

DICEMBRE 2019

d & q

XIX. 2019/2

diritto & questioni pubbliche

XIX. 2019/2

COMITATO EDITORIALE

Direzione

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

REDAZIONE

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

COMITATO SCIENTIFICO

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

© 2019, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo

www.dirittoequestionipubbliche.it

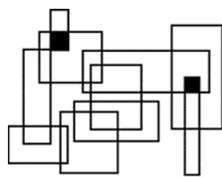
ISSN 1825-0173

Double-Blind Peer Review

Banche dati: Scopus, Heinonline, Elsevier

Progetto grafico e impaginazione rospeinfrantumi

Tutti i diritti riservati



Diritto & Questioni Pubbliche
XIX 2019/2 (dicembre)

STUDI

STANDARDS OF PROOF AND THE LIMITS OF LEGAL ANALYSIS

RONALD J. ALLEN



Standards of Proof and The Limits of Legal Analysis

RONALD J. ALLEN

John Henry Wigmore Professor of Law, Northwestern University; Fellow, China Political Science and Law University; President, Board of Foreign Advisors, Evidence Law and Forensic Sciences Institute, China Political Science and Law University.

E-mail: rjallen@law.northwestern.edu

ABSTRACT

This article was prepared for a conference in Girona, Spain, on Standards of Proof and Scientific Evidence. The article demonstrates, first, the analytical power under certain limiting assumptions of treating burdens of persuasion as conventional probability measures. It then demonstrates the remarkable inadequacy of that conceptualization once the limiting assumptions are relaxed as empirical descriptions of the relevant phenomena, and further that this inadequacy suggests that the analytical tools being employed misconceive rather than enlighten the object of inquiry. Alternative ways of analyzing the objects of inquiry are briefly proposed and discussed.

KEYWORDS

Standards of proof, scientific evidence, burden of persuasion, probability, legal analysis.

Standards of Proof and The Limits of Legal Analysis

RONALD J. ALLEN

1. *The Significance of the Burden of Persuasion* – 2. *The Limits of Legal Analysis*.

Generally speaking, three burdens can be imposed upon a party at trial: the burden of pleading, the burden of producing evidence, and the burden of persuasion. Burdens of pleading specify the conditions under which factual/legal issues will be deemed to be included within a litigated case. They can be distributed any way the law maker prefers, although usually they are allocated to the party asking for a change in the *status quo*. There are exceptions to this general rule designed to respond to this or that policy concern, such as the requirement that criminal defendants plead specifically an alibi even though an “alibi” is nothing but a general denial. Burdens of pleading are significant in that they create the scaffold of the trial; but they pose no interesting conceptual challenge, and thus they can be put aside¹.

The remaining burdens – burdens of production and persuasion – together comprise what is normally meant by the phrase “standards of proof”. Various countries give differing names to these two concepts, such as the evidential burden and the standard of proof, but whatever their titles the underlying concepts are clear. Parties can be required to produce evidence or face losing an issue or the entire case. Once a satisfactory evidentiary base is compiled, decision has to be reached in the face of uncertainty, and the burden of persuasion specifies the decision rule to be employed. These are universal analytical requirements that are entailed by the conceptual nature of litigation². Evidence must be produced if a disinterested third party is to decide the facts of the matter, and decision is virtually always under uncertainty.

Although it remains conventional to distinguish the burden of production from the burden of persuasion, Prof. McNaughton long ago demonstrated that the burden of production is a function of the burden of persuasion³. The measure of whether a burden of production is satisfied is, following the presentation of evidence, whether there remains a triable factual question – whether, in other words, further proceedings regarding that fact are in order. That depends both on the state of the evidence, but critically as well on the burden of persuasion. If a party with the burden of production produces some evidence of a factual issue, but no reasonable person could find for that party, given the burden of persuasion, then it is pointless to expend further resources on that factual issue and judgment should be entered accordingly (however this is done in each idiosyncratic procedural context). Thus, the critical conceptual

* Paper originally presented in the conference “Standards of Proof and Scientific Evidence”, Universitat de Girona, Girona, Spain, May 25-26, 2011. I am indebted to my good friends, co-authors, and somewhat in this article good humored foils, Larry Laudan and Michael Pardo, for commenting on an earlier draft of this paper.

¹ The *Twombly* revolution in federal pleading practice actually brings burdens of pleading under the coverage of the central thesis offered in this article by directly making the adequacy of the pleadings depend on a cost/benefit analysis of allowing the case to proceed, where part of the analysis is the probability of success on the merits. ALLEN, GUY 2010.

² Some continental theorists have tried to deny this on the ground that the standard of “intime conviction” avoids error, but this is literally impossible unless appointment as a judge in Europe creates omniscience, which I doubt. It is thus a positive development to see astute observers such as Jordi Ferrer Beltrán notice the limits of the slogan. See, e.g. FERRER BELTRÁN 2006, 18 (ms.).

³ MCNAUGHTON 1955, 1382.

issues of “standards of proof” reduce to the meaning and application of the burden of persuasion.

I intend to examine those conceptual issues in this article. First, I will demonstrate that the legal significance, and explanatory power, of the burden of persuasion ranges far beyond simply determining the implications of burdens of production. In the first part of the article, I will assume that the conventional understanding of burdens of persuasion as being probability measures is accurate. With the aid of that assumption, I will show that the burden of persuasion is one of the critical conceptual tools for understanding the litigation process. Second, I will address the current controversy over the substantive content of the burden of persuasion and the related controversy over the relationship between burdens of persuasion and errors. This analysis will include critically examining the assumption that the burden of persuasion is a probability measure. Indeed, I will attempt to demonstrate that the conventional understanding of the burden of persuasion and the recent efforts to respond to its shortcomings are inadequate as empirical descriptions of the relevant phenomena, and further that this inadequacy suggests that the analytical tools being employed misconceive rather than enlighten the object of inquiry.

One final introductory word. Much of the legal scholarship on burdens of persuasion, as on virtually all topics, is not meant to be descriptively adequate or contribute to discovery of knowledge, but instead is normative. My effort here is to the contrary. I will try to uncover certain interesting aspects of the problem to advance knowledge about them, and I will not editorialize about these matters. To be sure, a clearer understanding of the facts of the matter may yield more compelling normative analyses, but my objective here remains understanding not editorializing about the matters under investigation. Perhaps ironically, one implication of this analysis will be that different tools of legal analysis must be employed if one is to gain deeper understanding of legal phenomena. Of course, whether a deeper understanding is a desideratum is entirely subjective, and my argument will be IF this is a desideratum, THEN certain things follow.

1. *The Significance of the Burden of Persuasion*

As we have already seen, the burden of persuasion determines the meaning of the burden of production. It is also the key to understanding discrete jury control devices, such as affirmative defenses, presumptions, inferences, and judicial comment and notice, as well as more macro control devices such as, directed verdicts, summary judgments, and judgments as a matter of law. In each case, a burden of persuasion is directly or indirectly being imposed on a party or modified as it applies to a party. For reasons that will soon become clear, it is useful to sort out direct manipulations of the burden of persuasion from indirect manipulations. I begin with the former.

There are numerous direct allocations of the burden of persuasion. The substantive law determines who has the burden of persuasion through its articulation of elements and defenses, the only difference between the two being who has the burden of persuasion. In the Anglo-American realm, this allocation often occurs explicitly in statutory or common law rules. There is nothing conceptually difficult about this process, although there can be reasonable disagreements as to who should bear what burden. For example, should lack of contributory negligence be an element of a negligence cause of action or a defense to it? Should criminal defendants have to prove their own insanity or should the government have to prove sanity beyond reasonable doubt? There can be both moral and practical considerations favoring either, but once the decision is made its implementation is straight forward. If the plaintiff or state bears the burden of persuasion on an issue, it is labeled an element; if the defendant does, it is labeled a defense (sometime an “affirmative defense” to distinguish such things as contributory

negligence from a straight forward denial). In addition, the law can mix and match burdens of production and persuasion. There is nothing incoherent about requiring the defendant to bear a burden of production on an issue and the plaintiff to then bear the burden of persuasion. Of course, while coherent, it is unclear what is accomplished by this, as again the burden of production is a function of burdens of persuasion. Thus, only cases literally in equipoise should come out different, which is surely an exceedingly small set⁴.

Allocations of burdens of persuasion, and thus the creation of defenses, also occur somewhat obscurely but still directly through the use of presumptions. This is done with legal language to the effect that “upon proof of X, a presumption of Y arises that must be rebutted” by one party or the other. The language of “presumptions” is ubiquitous but pointless; all this amounts to is the direct allocation of a burden of persuasion. There are other uses of “presumption” language, but in each case the language is truly epiphenomenal, merely obfuscating rather simple relationships. In general, presumptions serve four different functions, three of which directly allocate or affect burdens of persuasion. They are used to articulate legal rules – these are the so-called irrebuttable presumptions, as just mentioned to allocate directly burdens of persuasion, and to allocate burdens of production, which as we have seen involve burdens of persuasion⁵. I will discuss these three uses of “presumption” language immediately below, and will then turn to the fourth use of presumptions – to provide for inferences and comments on the evidence. This use of the term involves indirect manipulations of the burden of persuasion and will be discussed in that context.

For various reasons, the law provides direct resolution of what might otherwise be contested facts. For example, proof that a person drove faster than the speed limit or with more than a certain amount of alcohol in his veins or evidence that a person violated a safety statute were at one time said to create an irrebuttable presumption of negligence. All this meant, however, is that the proof of the underlying condition – speeding, drunk driving, violating a safety statute – satisfied the elements of the cause of action, and thus satisfied whatever burden of persuasion might otherwise have been a play. In other instances, similar proof was held to create a rebuttable presumption, such as the presumption that a mailed letter was received by the addressee. This conclusion could be rebutted either by showing by a preponderance to the contrary, or by showing that a reasonable person could conclude by a preponderance to the contrary – and this is the critical distinction between the allocation of a burden of persuasion and a burden of production. In each instance, though, plainly the central feature is one or another type of direct manipulation of the burden of persuasion.

This exact same point applies to the various macro control devices, such as directed verdicts, summary judgments, judgment notwithstanding the verdict, and new trial orders, as has recently been demonstrated by Michael Pardo⁶. Each of these should be entered only when there is no jury issue or a jury reached an indefensible result, but when that is the case will depend on the burden of persuasion. New trial orders allow some greater latitude to the trial judge to handle second order proof problems – how confident is the judge that only one result is defensible or an indefensible result was reached? If quite confident, directed verdicts, summary judgments, or judgment notwithstanding the verdict are entered. If less but still reasonably confident, a new trial order permits the check of a second jury. The important point here, though, is that this entire analysis is driven directly by burdens of persuasion.

⁴ The way things work out in practice may differ from theory. Some studies suggest that preponderance of the evidence is understood as considerably higher than a .5 probability. Unfortunately, these studies do not show any operational consequence to the verbal descriptions. See, e.g., SIMON, MAHAN 1971; KAGEHIRO, STANTON 1985.

⁵ ALLEN 1981.

⁶ PARDO 2010.

There are indirect manipulations of the burden of persuasion as well. Many evidentiary devices as well as the admission or exclusion of evidence can affect the relative burden of persuasion even though the explicit burden of persuasion may remain unaffected⁷. Comment on the evidence, instructions on inferences (which are comments on the evidence), exclusion of relevant evidence or the admission of misleading evidence all change the relative burden of persuasion⁸. The fourth form of presumptions noted above does as well. It is used to create disguised comments/inference instructions through “presumption” language. A typical instruction is that “on proof of X a presumption of Y arises that is evidence of Y”. There is no possible meaning of “a presumption is evidence of some fact” except to encourage the fact finder to find the fact upon finding the basic fact of the presumption. This, obviously, is a comment on the evidence.

The effect of these various evidentiary manipulations on burdens of persuasion – what it means to affect the “relative burden of persuasion” – can be seen by comparing two cases in which the only distinguishing feature is that one does not contain one of these manipulations and the other does. Assume two cases with essentially identical facts that involve the crime of knowing possession of stolen goods where the only evidence of knowledge is the fact of possession of recently stolen goods. Assume further that the judiciary has come to believe that the possession of recently stolen goods is very highly correlated with knowledge of the nature of the goods, but the judges also believe this knowledge is not widely possessed by the general populace who make up juries. And last, assume that in one case the judge provides a judicial comment on the evidence or an inference instruction on the relationship between possession and knowledge, while in the other the judge says nothing about the matter.

In the case without judicial comment, the jury might conceivably convict, but the chance of acquittal is higher than in the second case, in which the judge explains the implications of possessing recently stolen goods. The judge’s comment increases the chance of conviction by enhancing the effect of the state’s evidence. In order for the defendant to have the same chance of acquittal in the second case as in the first, the defendant would have to produce more persuasive rebuttal evidence than that advanced in the first case. In other words, because of the comment on the evidence, the defendant’s task – his or her “burden of persuasion” – has been altered and made more difficult to meet. Although the formal relationship between the state and the defendant has remained the same – the jury has applied the reasonable doubt standard in each case – the comment has modified the relative burdens of persuasion by altering the factual matrix within which the jury reached its decision. In the case without the comment, there is a greater chance of acquittal than the case with the comment, unless the defendant responds with more evidence. This demonstrates that the effect of judicial comment is to change the relative positions of the parties by modifying the relative burden of persuasion that a party bears on an issue, just as with affirmative defenses and placement of the burden of production. The exclusion of relevant evidence and the admission of irrelevant but misleading evidence has exactly the same consequence, as whoever is adversely affected by the evidentiary decision must do more to meet what the burden of persuasion would have been absent the judicial intrusion into the inferential process⁹.

One objection to this analysis should be noted and resolved. That objection is that the burden of persuasion is on one party and not the other, and thus it may seem to make no sense to talk about shifting the relative burden of persuasion. This conventional view is false. Burdens of persuasion are reciprocal. To say that the plaintiff bears the burden of proving the case by a

⁷ This phenomenon was first identified in ALLEN 1980. Larry Laudan refers to this in LAUDAN 2010, 11 (ms.).

⁸ See, ALLEN 1980, 332-339. Some of what follows borrows heavily from that source.

⁹ So, too, does the admission of relevant evidence and the exclusion of irrelevant evidence, but presumably these activities move the decision maker to the idealized correct decision.

preponderance is isomorphic to the defendant having to show that the evidence does not show by a preponderance that the plaintiff deserves to win, or, taking out the negative, that there is at least a .5 chance that the defendant's case is true. Even in criminal cases where it is said, erroneously, that defendants bear no burden of persuasion on elements, they actually do. Again, the statements are equivalent that the prosecution must prove an element beyond reasonable doubt and that the defendant must show there is a reasonable doubt.

In sum, the burden of persuasion conceptualized as a conventional probability measure has enormous explanatory power. It allows for the meaning of the term "presumption" to be unpacked¹⁰; it allows a unified analysis of evidentiary and procedural devices¹¹; and it even permits order to be given the complexities of the constitutional requirement of proof beyond reasonable doubt in the United States¹². However, it is increasingly clear that there are limits to the accuracy and utility of modeling the burden of persuasion as a conventional probability measure. That, in turn, raises doubts about the tools of legal analysis that are ubiquitously employed by legal analysts, or alternatively about the adequacy of the conception of the phenomenon they are studying. I turn now to these issues.

2. *The Limits of Legal Analysis*

The attraction of a probabilistic analysis of burdens of persuasion is obvious. It is consistent with an equally attractive conceptualization of the evidentiary process as the updating of probabilities in the light of new evidence. Together, the two appear to explain both the evidentiary process at trial and the application of the decision rule at the end of the trial. Notwithstanding their appeal, the empirical and analytical inadequacy of these conceptualizations has become quite clear. For example, burdens of persuasion can play their allotted role in these conceptualizations only if they involve relative frequencies (how else can one say anything about errors?), yet the only interpretation of probability theory that has any possible explanatory power for juridical proof is subjective belief states. There is virtually never knowledge of relative frequencies at trial, DNA being an interesting exception to be sure; nor do either the propensity or logical theories of probability have any application¹³. The subjective theory is obviously false as a descriptive matter in the United States; no fact finder is instructed to consult his or her subjective belief states or personal utilities. They are instructed, sensibly enough one might think, to find the facts. Moreover, the structure of trial is radically inconsistent with the demands of subjective probability theory. Fact finders are instructed not to update in the light of new evidence, and in any event the updating would be computationally intractable¹⁴. Whatever the normative attraction of subjective theories of probability, or other uses they may serve (such as heuristics), they are empirically inadequate descriptors.

There are further difficulties. Larry Laudan has launched a multi-faceted attack on the meaning of proof beyond reasonable doubt, in which it is conceived as a high probability¹⁵. Part of his attack makes use of joint work that he and I have done that establishes that the common understanding of the justification of burdens of persuasion generally (not just in criminal cases) is completely unconvincing¹⁶. That justification is to allocate errors consistent with various policies.

¹⁰ ALLEN 1981.

¹¹ PARDO 2010.

¹² ALLEN 1980.

¹³ For a discussion of theories of probability, see GILLIES 2000.

¹⁴ ALLEN 1997.

¹⁵ LAUDAN 2006.

¹⁶ ALLEN, LAUDAN 2008; LAUDAN, ALLEN 2010; ALLEN, LAUDAN 2011.

In civil cases, the normal policies are to treat the parties equally and to reduce the total number of errors. In criminal cases, the policy is to protect innocent people by making it hard to convict anyone, and this supposedly is done through skewing errors in favor of acquitting the guilty (the mantra being that it is ten times worse to convict an innocent person than acquit a guilty person).

Although these slogans and ways of thinking have been around for perhaps centuries, it is plain that they suffer from irremediable defects. First, there are four decisions that can be made at trial, and all have social benefits or costs. In addition to errors, correct decisions can be made. Neglecting correct decisions is perverse. For example, in civil cases, the error equalization policy is satisfied by making errors in every single case, so long as the base rates of cases that go to trial include roughly the same number of deserving plaintiffs and defendants. Similarly, in criminal cases, the *ratio* of 10 incorrect acquittals to one incorrect conviction is satisfied by 99 out of every 100 cases being wrongly decided. Furthermore, without knowledge of the base rates of deserving parties that go to trial and the relationship between the assessments of fact finders and true states of affairs¹⁷, there is literally no way to predict the effect of a burden of persuasion on correct or incorrect decisions. If everyone who goes to trial is guilty, for example, there can be no convictions of the innocent, no matter how low the standard of proof. The conventional discourse on burdens also assumes a static system, whereas in fact it is dynamic. One aspect of this dynamism is that parties decide which cases to take further into the procedural system, and can adjust their decision in light of changes in the rules. Thus, the simple assumption that lowering the standard of proof in criminal cases will cause more errors of convicting the guilty, or any other suggested cause and effect relationship between burdens and outcomes, is obviously not analytically true; it depends on how the system responds to the change¹⁸.

The problems with these conventional modes of analysis press even more deeply. Trial decisions are only one part of the output of the legal system. Parties negotiate outcomes in both civil and criminal cases. They do so in the shadow of trials, among other things, but the outcomes in those cases are obviously part of the total social welfare effects of a legal system. More plainly put, it could be the case that quite random outcomes at trial or relatively high costs are socially optimal because they encourage party settlement¹⁹.

The empirical inadequacy of the conventional accounts of burdens of persuasion has generated three recent efforts to substitute an alternative theory. Two of those, created respectively by Larry Laudan and Jordi Ferrer Beltrán, are explicitly normative rather than positive, but they nonetheless are interesting in their implications for present conceptualizations of burdens of proof. The third, by Michael Pardo and myself, is explicitly positive, and while that is a virtue from my perspective, it has other interesting limitations. I will briefly explore these three theories and then turn to the limits of conventional legal analysis.

Larry Laudan's recent work extends his many complaints about the concept, such as it is, of proof beyond reasonable doubt²⁰. He complains, accurately, about its remarkable ambiguity and in addition notes that it is "preposterous" because of its subjectivity²¹. He reminds us of his

¹⁷ For example, working with a probabilistic conception, one needs to know what the relationship is between findings of the probability of liability and actual liability. Implicit in the conventional discourse is that a finding that the probability of liability is .8 means that in eight out of ten similar cases, the true facts are consistent with liability. However, there could be any relationship at all between fact finders' findings of probability and true states of affairs. In the set of all cases where fact finders find there to be a .8 probability of liability, it could be true that all cases in that subset are cases where no liability should be found.

¹⁸ Laudan and Ferrer Beltrán assert to the contrary, but plainly error rates cannot be deduced from the decision rule alone. See FERRER BELTRÁN 2006, 14, in particular n. 12 (ms.), asserting that the decision rule mediates the probability of Type I and Type II error. This is not analytically true in the legal context. See also, LAUDAN 2006, 9-11.

¹⁹ For discussion of this point, see ALLEN 2011; ALLEN, LAUDAN 2011.

²⁰ LAUDAN 2010. See also LAUDAN 2006, ch. 6.

²¹ LAUDAN 2006, 6 (ms.).

previous proposal of a way to understand what proof beyond reasonable doubt should mean:

«It rests on the insight emerging from statistics and the philosophy of science that a powerful test of the truth of any empirical hypothesis, H, is its ability to account for apparent facts or data that seem utterly unintelligible if H were false. Applied to the legal context, the idea would be that the prosecution's claim that the defendant is guilty acquires high plausibility just to the extent that some pertinent evidence has been established as *prima facie* true that can be readily accounted for if the defendant is guilty but that would be highly unexpected if the defendant were innocent. If some of the important features of the case that the guilt hypothesis can make sense of are likewise compatible with an hypothesis of innocence, then the prosecution's case is insufficiently strong to warrant a conviction. Likewise, if there are any pertinent facts that make sense only on the hypothesis of innocence, then an acquittal is called for. In short, this proposed standard demands that a conviction is warranted if and only if a). the hypothesis of guilt can explain most of the salient facts of the case, and b). the innocence hypothesis can account for no important evidence that is inexplicable on the guilt hypothesis. Just as we say that a scientific hypothesis that makes no surprising, corroborated predictions – unanticipated by its rivals – is not very credible, so a guilt hypothesis not backed up by very surprising evidence in its favor lacks the strong empirical support that should be a *sine qua non* for a conviction»²².

Laudan proceeds to acknowledge that the distributional consequences of a proposed definition of beyond reasonable doubt must be taken into account in addition to the attractiveness of the definition in the abstract. Nonetheless, I will focus just on the proposed definition, for, notwithstanding its creativity, I believe it is further evidence of the limits of conventional analysis. And in any event, as noted above, the distributional consequences of any rule or rule change is an empirical rather than analytical question.

The essential analytical move Laudan makes is to search for a decision rule from a related discipline to substitute for the inadequate legal decision rule, and in this case he takes it from generalizations about the progress of science. There are two difficulties. First, there is only a casual relationship between the typical activities of scientific inquiry and that of the legal system. Second, Laudan looks to the wrong phase of science, that of discovery or justification, rather than to the more analogous phase of application. I discuss these two points in turn.

Consider the differences between the standard trial and the research activities of most scientific fields²³. At trial, the effort virtually always is to determine what happened. The purpose is not to uncover general causal laws, although general causal laws may be and often are invoked as evidence that some event occurred. In most scientific efforts, the data are not ambiguous, although their causes are generally puzzling. What actually happens, such as particles have mass or are attracted to each other, is the starting point for attempting to explain why it happened (such as the search for the Higgs boson) – the search for the general causal law, in other words. Experiments can be run and rerun, and often tweaked along the way, in order to uncover a possible explanation. In the law, exactly the opposite obtains. Inconsistent primary data (“the light was red”-“no, it was green”) are the norm, and replication is generally impossible. Controversy always settles on what happened. Why something happened (whatever did happen) may be disputed, and parties may advance varying and conflicting generalizations, scientific or otherwise, for the benefit of the fact finder, but they will be advanced in an inferential structure leading to a conclusion about a fact or series of facts rather than about a universal, a principle, or a theory.

²² LAUDAN 2006, 7-8 (ms.).

²³ The next few paragraphs rely on ALLEN 1994.

Two other significant differences between science and law obtain. Scientific knowledge is organized in a top-down, deductive fashion. Scientific inquiry focuses on either systematizing further the deductive structure of preexisting knowledge through the elimination of anomalies (empirically or theoretically) or on the modification or replacement of the conceptual structure of the field. The differences between these activities caused quite a stir in the philosophy of science half a century ago²⁴, but the similarities of their respective practitioners is remarkable. They share a well-organized body of substantive knowledge and methodological approaches. They disagree, but over well-defined issues. Even those assaulting the conceptual foundations of a field typically share with those doing work within a field methodological and mathematical principles, agree on what counts as evidence, and are able to express their scope of disagreement comprehensibly.

This description of the activity of scientific research does not describe factual inquiry in the legal process. The difference is not that scientific inquiry is highly complicated and lay judgments about ordinary life quite simple, but the exact opposite. Scientific progress in large measure proceeds through the simplification of problems, in particular through controlling as many variables as possible. Judgments about ordinary events, by contrast, virtually never are and cannot be recast as the results of controlled experiments. Too many variables are constantly and necessarily in play. And factual judgments at trial are even more resistant to domestication because the complicating features of the trial process are draped over the bubbling cauldron of real life.

Consider a simple example I constructed some years ago:

Suppose a witness begins testifying, and thus a fact finder must decide what to make of the testimony. What are some of the relevant variables? First, there are all the normal credibility issues, but consider how complicated they are. Demeanor is not just demeanor; it is instead a complex set of variables. Is the witness sweating or twitching, and if so is it through innocent nerves, the pressure of prevarication, a medical problem, or simply a distasteful habit picked up during a regrettable childhood? Does body language suggest truthfulness or evasion; is slouching evidence of lying or comfort in telling a straight forward story? Does the witness look the examiner straight in the eye, and if so is it evidence of commendable character or the confidence of an accomplished snake oil salesman? Does the voice inflection suggest the rectitude of the righteous or is it strained, and does a strained voice indicate fabrication or concern over the outcome of the case? And so on.

The list of relevant variables goes far beyond credibility issues, of which demeanor is only one. When a witness articulates a proposition, the fact finder must determine what the proposition is designed to assert and what the fact finder believes it asserts. That task, too, involves an immense number of variables. In addition, the fact finder will possess some knowledge based on its observations leading up to the first articulated proposition by a witness, acquired from the lawyers for example. And there are many more examples. For the law to proceed as a science would require that many of these variables be in a deductive structure with their necessary and sufficient conditions spelled out. No such structure could be created; it would be too complex²⁵.

The second difference is equally critical. Scientific inquiry focuses on what fruitfully can be explored with the techniques of modern science. If a question does not yield to those techniques, such as what happened before the Big Bang, it is simply ignored. Moreover, there is no need to decide the answer to an experimental question. If the experiments render ambiguous results, or there is worry about some uncontrolled variable, or whatever, more work can be done

²⁴ The major players in this drama were KUHN 1962; POPPER 2002. For a compendium of perspectives on the problem, see SUPPE 1977.

²⁵ ALLEN 1994, 626.

until the investigators are more or less satisfied with the results. The law does not have the luxury of picking its disputes. Whatever the problem is, it must be dealt with. Nor does it have the luxury of postponing decision indefinitely, because not to decide is to decide. Legal disputes involve arguments over whether to modify or preserve the *status quo*. Not to decide typically leaves the *status quo* unmodified and thus one side obtains what it desires.

In sum, it is not at all obvious why a decision rule from such a radically different intellectual enterprise can usefully be imported into the law. Even were one inclined to do so, the decision rule from the enterprise of discovery, which is what Prof. Laudan proposes, seems to be the wrong one. The sorts of variables that he identifies are the ones many scientists and philosophers of science think best assist in the discovery of new scientific knowledge. If a new and purportedly better explanation of some phenomenon is offered, it is persuasive if that explanation makes surprising predictions that are then confirmed, such as Einstein's that light will bend around the sun²⁶. But for the most part trials do not involve surprising predictions; they involve the most mundane of disputes such as who is telling the truth and who is lying²⁷. To make a conviction depend on the production of "very surprising evidence" that is explained by creative, startling, or counter-intuitive hypotheses, or any other type of out of the ordinary hypothesis, is to doom prosecutors to virtually no convictions and more fundamentally to misconceive the nature of the trial process. And it is unclear why defendants should not be subject to the same standard, in which case there will be fewer acquittals whenever an affirmative defense is offered. Few "convictions" and "acquittals" works in the context of science, but may not in the context of trials (that depends on whether one thinks the *status quo* is objectionable).

It is also too rigorous a burden to expect the cases of the prosecution and defendant to be more or less hermitically sealed from each other, even if this is limited to whatever "important features" may refer to (and the phrase is quite ambiguous; what is "important" will be intensely idiosyncratic and dependent on what the parties assert). The typical case at trial involves massive overlap of evidence with a few salient disagreements²⁸. The fact finder's task is to decide who or what to believe to resolve those few disagreements, and provide judgment accordingly. Again, were it satisfactory for an acquittal that some of the prosecution's case is compatible with innocence, there would be no convictions, for most of a prosecution's case will always be compatible with innocence. And nothing is "utterly unintelligible" at trial. Evidentiary conflicts can come about because someone is lying to advance his or her interests. There is nothing unintelligible about that. Although I am a great admirer of Prof. Laudan's work, and in particular his forcing us within the law to engage seriously with fundamental conceptual problems, here I think he has not attended to the fundamental differences between the law and most scientific fields.

Jordi Ferrer Beltrán, more implicitly than Laudan under the influence of philosophy of science, proposes a test for proof beyond reasonable doubt that is somewhat analogous to Laudan's:

«According to this standard of proof, to consider a hypothesis as proving guilt, it must meet both of the following conditions:

1. The hypothesis should be able to explain the available information in a coherent way, and predictions about new information that the hypothesis manages to outline must have been confirmed.

²⁶ Popper argued that the progress of science includes making bold predictions and then attempting to falsify them. See POPPER 2002. For one of the empirical tests of the prediction of general relativity, see DYSON et al. 1920.

²⁷ See transcript in ALLEN et al. 2006, 2-75.

²⁸ See, again, ALLEN et al. 2006, 2-75.

2. All other plausible hypotheses which offer an explanation about the same information which are compatible with the defendant's innocence should have been refuted, except for *ad hoc* hypotheses²⁹».

Although the contours of this proposal are less sharply defined than Laudan's, one can see analogous conceptual issues. With regard to the first part of the definition, trials (in the United States at least) do not involve hypotheses that "predict" new information; they involve deciding what happened in light of all the information. This test seems to involve an unhelpful conflating of the legal and scientific contexts; as discussed above, in scientific endeavors, one criterion of a theory's success is its predictions, but that has literally no application to legal fact finding. As to the second part of the definition, it is unclear what it means in two respects. Take again a typical case of witnesses testifying to opposite observations. Obviously one is telling the truth and one is not. If one concludes that the defendant's witness is lying, one has a perfectly good hypothesis of guilt; if one concludes the opposite, then one has a good hypothesis of innocence. The extent to which "information" is compatible with different assertions depends upon how that information is treated by the fact finder. A defendant who testifies to his innocence is "refuted" if the fact finder concludes that he or she is lying.

The second difficulty with this proposal is that the escape hatch that excludes "*ad hoc*" hypotheses seems itself to be entirely *ad hoc*. An example given is the claim that a criminal defendant has been "setup and framed"³⁰. That simply amounts to a claim of innocence and an explanation for the state's evidence. Its plausibility will depend upon everything else in the case. That is true of all claims, whether by the state or the defendant. It is impossible to see why this possible claim of innocence is different from any other. Are alibi's *ad hoc*? Or the claim of the lack of the proper mental state, or insanity? This amounts to a test, contained in the first criterion and the first part of the second, to be applied in some undefined subset when it does not work by claiming any interfering problem is *ad hoc*. If the defendant raises an issue that cannot be refuted for some reason, it can be labeled *ad hoc*, even though it often will be isomorphic to a direct claim of innocence. Perhaps European criminal cases are different from American criminal cases, but this proposal is obviously not an accurate description of what occurs in the United States; nor does it seem normatively attractive.

Michael Pardo and I, building on earlier work of mine on "the relative plausibility theory"³¹, have explored whether the best understanding of burdens of persuasion is that they are an example of inference to the best explanation, using that phrase to refer to cognitive processes rather than as a solution to the question of what is knowledge. The central idea is that cases involve the comparison of alternative stories and the fact finder's choice is over them or driven by them, with the more plausible of the accounts being accepted as true for purposes of the trial. In criminal cases, the prosecution must advance a plausible account of guilt or lose; if the prosecution advances a plausible account, then the defendant must advance a plausible account of innocence or lose³².

This conceptualization is advanced not normatively but positively, and we have tried to show over the years how it is, actually by far, the best account of the actual trial process so far identified. It has the obvious virtue of being consistent with what we know about how fact finders reason, unlike all extant probabilistic accounts as well as Laudan's and Ferrer Beltrán's accounts. It also orders and explains many aspects of the trial process, from various evidentiary rules³³ to virtually all jury instructions on the evidentiary process ("use your common sense,"

²⁹ FERRER BELTRÁN 2006, 19 (ms.).

³⁰ FERRER BELTRÁN 2006, n. 21.

³¹ See, e.g., ALLEN 1994.

³² ALLEN, PARDO 2008.

³³ ALLEN 1991, 373.

“listen to your fellow jurors”, “you do not have to believe all the evidence but try to make sense of it”), except the formal definition of burdens of persuasion to be sure. But as I showed above, the formal definition makes no sense at all understood as a probability measure³⁴ and Laudan and Ferrer Beltrán propose a completely new understanding, and so no other theory of burdens benefits from its ability to explain what the relative plausibility theory cannot.

To be sure, and to be clear, many of the commentators, including Laudan and Ferrer Beltrán, are engaging in normative rather than positive efforts, whereas ours is virtually exclusively positive. We are simply trying to understand what we observe over a relatively narrow observational range. We were not trying to explain, for example, how the trial process fits into larger social processes; we were not even trying to estimate what kind of results obtain from the kind of judicial process we actually observe. We would say that those are empirical questions, for the most part, not analytical ones, and can only be answered empirically. In short, the large questions posed by people like Laudan and Ferrer Beltrán are beyond the scope of our analytical efforts.

Let me now recapitulate the lay of the analytical land concerning burdens of persuasion. The conventional, probabilistic understanding is obviously false in every interesting way; the alternatives that have been advanced are either hopelessly aspirational or very limited in their implications, leaving the larger issues focused on by people like Larry Laudan unaddressed. What could explain this? One possible explanation that I wish to explore to conclude this essay is that it is a consequence of the very method of analysis that is endemic to legal research³⁵. The standard method of legal research is to break problems down into manageable size and analyze them employing the standard tools of modern logic, in particular deduction³⁶. I am a great fan of logical deduction, but its utility has its limits, or perhaps it is being employed in domains that are themselves too capacious for such limited tools. In either event, the standard form of legal analysis is to engage in a logical critique and then to argue for substituting a new and better rule for the critiqued one, much as Laudan, Ferrer Beltrán, have done. Allen and Pardo’s work, while not quite in the same vein, nonetheless dealt with only a very small slice of the relevant universe.

Much of this work makes the implicit assumption that it is engaging with a static environment, and here is where it goes radically wrong, I believe. A more accurate conception of the legal system than a system of static rules is that it is a small part of a huge optimization problem. Consider first the law of evidence, which is comprised of relatively discrete rules of necessary and sufficient conditions, leavened in a number of instances with allocations of discretionary authority to trial judges. These rules are applied to the “trial evidence”, which means the testimony and physical objects proffered at trial, which supposedly provides an exhaustive basis for deducing liability. But this is false. The evidence is literally incomprehensible without rules of language and logic, yet it is simply accepted that a fact finder can process information and deliberate on it. That cannot be done without a vast storehouse of knowledge and the intelligence to use it appropriately. For the law of evidence truly to be regulatory, it must regulate the interaction between what is adduced at trial and the ensuing inferential process that depends upon fact finder’s knowledge and beliefs. It is precisely this gap that generated my example above about the witness testifying.

A derivative of the conceptual point above is also pertinent to an alternative way of understanding Laudan’s proposal. Dr. Laudan in graciously and helpfully commenting on a draft of this article asserted that, notwithstanding the exact wording of his proposal, he intended it as involving the context of application rather than discovery, and that what he had in mind was

³⁴ There are a host of other problems—conjunction effect, computational intractability, and so on.

³⁵ This is the central theme of the Meador Lecture I gave this academic year, ALLEN 2011.

³⁶ Much of Larry Laudan’s work is not so describable; he is attempting to burst conceptual boundaries, in particular his majestic book, LAUDAN 2006. This is not true, however, of his article on burdens of persuasion, *supra*, which neglects some of the lessons of his other work.

something like differential diagnosis in medicine. This moves his proposal significantly in the direction of the relative plausibility theory of Allen and Pardo, as well as undergirding it with inference to the best explanation, which together comprise the best explanation of juridical proof to date. Differential diagnosis, highly akin to qualitative chemical analysis, involves the elimination and inclusion of hypotheses based upon differentiating data points (e.g. if the litmus paper is blue, it's a base; if red, it's an acid). To some extent this is like story formation, but the conceptual gaps involving the nature of evidence and unique context of scientific endeavors noted previously remain. In differential diagnosis or qualitative chemical analysis, just as in the context of discovery (indeed, even more so) the data are clear – the litmus paper really was red or blue. The opposite obtains on the critical variables. One witness testifies the litmus paper was red and another blue. Or one witness testifies it was red and the other side offers evidence or points out circumstances (such as bias or interest) indicating the witness was lying. Or the fact finder simply reaches that conclusion itself based on its observations of demeanor. Trials involve untamable complexity and ambiguity that simply does not exist in standard scientific enterprises, whether in the discovery or application phase. In scientific endeavors, one does not have to gain the assent of some decision maker that is driven by that person's entire life experiences; rather, as previously noted above but equally applicable here, virtually everyone shares knowledge and methodology. Nevertheless, to the extent that differential diagnosis involves the creative articulation of possible explanations, it does indeed bear a relationship to the relative plausibility theory and inference to the best explanation, but it, like Allen & Pardo's work, would still only explain a small part of the relevant conceptual universe.

The challenge of effective legal regulation presses even more deeply. Consider the distinction between primary and litigation behavior. Primary behavior is every day activities, including economic and private behavior (and any other sort). Litigation behavior is behavior dedicated to vindicating legal rights. Resources spent on litigation appear to most legal commentators as dead weight social losses that add nothing of value to society, and thus should be kept to a minimum, yet this could obviously be false. Litigation behavior affects primary behavior and creates incentives for it, just as primary behavior affects litigation behavior and creates incentives for it, as well. For example, perhaps difficulties of litigation create incentives for people to order their primary behavior in ways to avoid litigation, and thus to optimize social productivity. Alternatively, litigation costs could create perverse incentives that overdeter productive primary behavior. The point is that that litigation and primary behavior are parts of huge optimization problems that need to be thought of in precisely that fashion³⁷. This involves thinking of things in system analytic terms rather than the common first order predicate logic or syllogistic terms common to legal research.

I recently addressed this topic in my Meador Lecture:

«[T]he reality of the legal system is that it is not a nice, tidy, simple, and static context, but instead is a bubbling cauldron of messy, complicated, organic, evolutionary processes. The standard tool used to regulate this bubbling mess is rules, and it is the friction between that tool and many of the uses to which it is put that explains in general why fact finding and legal regulation are viewed as so often problematic. This same relationship is explanatory of many legal puzzles, such as, in ascending order of importance, the curious implications of standard legal error analysis, the rules v. standards debate, and the meaning of "law".

The simple concept of a rule as setting necessary or sufficient conditions from which outcomes may be deduced is an example of monotonic logic, in which the addition of postulates or assumptions

³⁷ Larry Laudan begins this process in LAUDAN 2006, and this also motivates some of our joint work.

simply adds to what may be deduced from the previous assumptions. Monotonic logics are powerful tools, as the rise of modern mathematics and the success of many scientific fields demonstrate. They work best when their operant assumptions accurately capture their domains, which means they work quite well, in Hayek's famous dichotomy, in made systems such as games and less well in grown or organic systems, which typifies much of the human condition³⁸. A large part of debate over rules and their limits is often implicitly about the complexity of the relevant domain and one's tolerance for mistakes of different kinds. As the number of pertinent variables increases or when some of them are continuous rather than discrete, the deductive problem quickly becomes computationally intractable, even for computers let alone humans. And of course if a new variable pops up that was not previously anticipated, all deductive bets are off, as it were. In either case (computational intractability or failure of imagination), algorithmic approaches that rely on extant rules generate the standard critiques of the indeterminate nature of rules. In reality, it is not that rules are indeterminate but that they are being put to a task for which they are not optimal³⁹».

I ventured in that lecture to suggest that the central problem of the legal system is similar to the central problem of rationality, which is the taming of complexity. In both cases, simple deductive tools were being put to uses that were suboptimal. That raises the important question what other approaches may be more fruitful. Inspired by a brilliant article by an artificial intelligence researcher, Tim Van Gelder, that I came across many years ago, one possible answer I ventured was that the struggle of rationality to tame complexity may be less like digital computation and more akin to a dynamic regulator, such as the Watt Centrifugal Governor that was a critical part of the industrial revolution⁴⁰. Analogously, legal analysis may need to evolve to deal with the complexities of systems. Van Gelder's example is a metaphor rather than an argument for my purposes, for it provides just the suggestion of possibilities rather than a defined research program, but it is nonetheless interesting.

The growth of the textile industry in England depended upon a consistent energy source with very limited variability. The steam engine provided the energy but its pistons provided episodic bursts of energy rather than a smooth, continuous stream. Fly wheels helpful, but still not adequate. As Van Gelder pointed out, one potential solution to this problem is computational:

Static

1. Measure the speed of the flywheel.
 2. Compare the actual speed against the desired speed.
 3. If there is no discrepancy, return to step 1. Otherwise,
 - a. Measure the current steam pressure;
 - b. Calculate the desired alteration in steam pressure;
 - c. Calculate the necessary throttle valve adjustment.
 4. Make the throttle valve adjustment
- Return to step 1

Tim Van Gelder, WHAT MIGHT COGNITION BE, IF NOT COMPUTATION, *The Journal of Philosophy*, Vol. 92, No. 7 (Jul., 1995), p. 348

³⁸ HAYEK 1973, 35-54.

³⁹ ALLEN 2011, 1060.

⁴⁰ VAN GELDER 1995.

Unfortunately, this computational solution requires a costly person doing it, and it will rarely produce a smooth enough source of energy. James Watt solved this problem by placing movable arms on a spindle at the center of the flywheel, whose motion was transmitted instantaneously to the valve regulating the flow of steam. As the rotation of the fly wheel speeds up, the arms extend, which transmits to the valve and closes it until the proper equilibrium is reached, and vice versa:

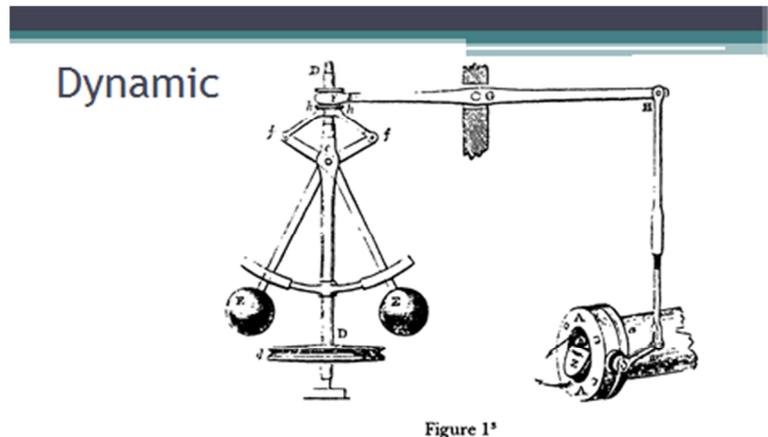


Figure 1³
³ The Watt centrifugal governor for controlling the speed of a steam engine—
 from J. Farey, *A Treatise on the Steam Engine: Historical, Practical, and Descriptive*
 (London: Longman, Rees, Orme, Brown, and Green, 1827).

Tim Van Gelder, WHAT MIGHT COGNITION BE, IF NOT COMPUTATION, *The Journal of Philosophy*,
 Vol. 92, No. 7 (Jul., 1995), p. 349

Regardless whether the centrifugal regulator captures something important about rationality, viewing the legal system with this metaphor in mind may be fruitful. The most dramatic point is that some problems can be solved other than through deductive arguments⁴¹. That is the crucial limitation of the work discussed above, and a consistent constraint on legal scholarship generally⁴². It is undoubtedly useful to break problems down into smaller parts, and so on, but at the same time that process can be counterproductive, disguising rather than highlighting the nature of the entity under examination. The work on burdens of persuasion, including our own, demonstrate that point. The alternative is to think of the legal system more, perhaps, like fluid dynamics treats the flow of liquids and gases, to embrace, in other words, the messiness of real life rather than abstract it away.

Another possibility, which I am presently exploring in my own work, involves the empirical adequacy of a conceptualization of the legal system as an optimization problem involving what is in essence something analogous to a neural network. The conventional conceptualization of the “legal system” remains one largely based on the concept of rules. This is obviously true of most doctrinal areas; indeed, “doctrine” and thus “doctrinal area” largely refer to rules and sets of rules, although their ambiguity and shortcomings are well known. Even the great jurisprudential debate of the last fifty years between Hart, Dworkin, and their respective adherents is largely a debate over rules and their limits that conceptualizes them as decided in a largely hierarchical way involving articulation, application, and review by higher courts. My intuition is that an empirically more adequate conceptualization of the legal system is that it involves an enormous number of decision nodes or loci, as in a neural network, with almost instantaneous communication with untold numbers of other nodes. When, for example, a trial

⁴¹ For a discussion sympathetic to the textual point, see HAACK 2007.

⁴² The rise of empirical research in the American law schools is to some extent a reaction to this problem.

court reaches a decision, it is transmitted to many other people across the country with analogous concerns, and not just to the appellate court that sits atop the trial court. If the case is appealed, again the result is transmitted across a network of interested parties. Even when that particular case is final, other parties can attack it directly in other jurisdictions, or respond to it in an almost infinite variety of ways. The larger the potential disruption of any particular decision, the greater incentive for other “nodes” in the system to respond to it, to attempt to modify, cabin or reject it. Thus rules or applications of rules are disturbances of a system that cause ripple effects across it, leading to reactions until finally some new equilibrium is reached. Thus, the question to ask about a rule or its application is not whether it is “correct”, but whether it is optimal or perhaps even more accurately whether it is satisfactory, where optimality and satisfaction are judged by reference to its disruptive effects on equilibria.

I believe this way of conceptualizing the legal system has enormous explanatory power. It explains, for example, many of the difficulties of burdens of persuasion noted above. They emerge from viewing burdens of persuasion as deductive rules rather than part of a complex system. The question that should be asked is not “what is the burden of persuasion”, but instead what effects do different articulations have.

I think the explanatory power of this conceptualization goes considerably further, as well. For example, it explains why the Dworkin agenda, whether focusing on the legal system or morality, is literally impossible⁴³. Just as no algorithm could predict how a water molecule will actually tumble down the mountain in a mountain stream (although obviously that is a completely determined process), no one could possibly know what the “best” reconstruction of either law or morality is. One can, by contrast, engage in a never ending negotiation over the differing effects of differing articulations of rules (or whatever). Right now, it seems to me that the legal system’s best explanation is precisely a never ending negotiation over those effects, carried on across a huge number of interconnected nodes, in which burdens of proof nudge outcomes in one direction or the other.

⁴³ See, e.g., DWORKIN 1986 and DWORKIN 2011.

References

- ALLEN R.J. 1980. *Structuring Jury Decisionmaking in Criminal Cases: A Unified Constitutional Analysis*, in «Harvard Law Review», 321, 1980, 331 ff.
- ALLEN R.J. 1981. *Presumptions in Civil Actions Reconsidered*, in «Iowa Law Review», 66, 1981, 843 ff.
- ALLEN R.J. 1991. *The Nature of Juridical Proof*, in «Cardozo Law Review», 13, 1991, 413-420.
- ALLEN R.J. 1994. *Factual Ambiguity and a Theory of Evidence*, in «Northwestern University Law Review», 88, 1994, 604 ff.
- ALLEN R.J. 1997. *Rationality, Algorithms, and Juridical Proof: A Preliminary Inquiry*, in «International Journal of Evidence and Proof» (Special Issue), 1997, 254 ff.
- ALLEN R.J. 2011. *Rationality and the Taming of Complexity*, in «Alabama Law Review», 62, 2011, 1047 ff.
- ALLEN R.J., GUY A.E. 2010. *Conley as a Special Case of Twombly and Iqbal: Exploring the Intersection of Evidence, Procedure, and the Nature of Rules*, in «Penn State Law Review», 115, 2010, 1 ff.
- ALLEN R.J., KUHNS R.B., SWIFT E., SCHWARTZ D.S. 2006. *Evidence: Text, Problems and Cases* (4th ed.), New York, Aspen Publishers.
- ALLEN R.J., LAUDAN L. 2008. *Deadly Dilemmas*, in «Texas Tech Law Review», 41, 2008, 65-92.
- ALLEN R.J., LAUDAN L. 2011. *Deadly Dilemmas III: Some Kind Words for Preventive Detention*, in «Journal of Criminal Law and Criminology», 101, 2011, 781 ff.
- ALLEN R.J., PARDO M. 2008. *Juridical Proof and the Best Explanation*, in «Law & Philosophy», 27, 2008, 223 ff.
- DWORKIN R. 1986. *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- DWORKIN R. 2011. *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- DYSON F.W., EDDINGTON A. S., DAVIDSON C. 1920. *A Determination of the Deflection of Light by the Sun's Gravitational Field, from Observations Made at the Total Eclipse of 29 May 1919*, in «Philosophical Transactions of the Royal Society», 220°, 1920, 291 ff.
- FERRER BELTRÁN J. 2006. *Legal Proof and Legal Truth: Bentham Revisited*, manuscript.
- GILLIES D. 2000. *Philosophical Theories of Probability*, London, Psychology Press.
- HAACK S. 2007. *On Logic in the Law: "Something but not All"*, in «Ratio Juris», 20, 2007, 1 ff.
- HAYEK F.A. 1973. *Law, Legislation, Liberty: Rules and Order*, Abingdon-on-Thames, Routledge.
- KAGEHIRO D.K., STANTON, W. C. 1985. *Legal vs. Quantified Definitions of Standards of Burden of Proof*, in «Law and Human Behavior», 9, 1985, 159 ff.
- KUHN TH. 1962. *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, University of Chicago Press.
- LAUDAN L. 2006. *Truth, Error and Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- LAUDAN L. 2010. *Is It Finally Time to Put 'Proof Beyond a Reasonable Doubt' out to Pasture?*, University of Texas Law, Public Research Paper no. 194.
- LAUDAN L., ALLEN R.J. 2010. *Deadly Dilemmas II: Bail and Crime*, in «Chicago-Kent Law Review», 85, 2010, 23-42.
- MCNAUGHTON J.T. 1955. *Burden of Production of Evidence: A Function of Burden of Persuasion*, in «Harvard Law Review», 68, 1955, 1382 ff.
- PARDO M.S. 2010. *Pleadings, Proof, and Judgment: A Unified Theory of Civil Litigation*, in «Boston College Law Review», 51, 2010, 1451 ff.

- POPPER K. 2002 [1934]. *The Logic of Scientific Discovery*, London-New York, Routledge.
- SIMON R.J., MAHAN L. 1971. *Quantifying Burdens of Proof: A View from the Bench, the Jury and the Classroom*, in «Law and Society Review», 5, 1971, 319 ff.
- SUPPE F. (ed.) 1977. *The Structure of Scientific Theories*, Urbana, University of Illinois Press.
- VAN GELDER T. 1995. *What Might Cognition Be, If Not Computation*, in «Journal of Philosophy», 92, 1995, 348 ff.

IL DIRITTO DI MORIRE IN
GEORGES CANGUILHEM
ANALISI E CRITICA DI UN
CASO PROBLEMATICO

GIANVITO **BRINDISI**



Il diritto di morire in Georges Canguilhem.
Analisi e critica di un caso problematico

The Right to Die in Georges Canguilhem.
Analysis and Criticism of a Problematic Case

GIANVITO BRINDISI

Ricercatore in Filosofia del diritto, Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”.
E-mail: gianvito.brindisi@unicampania.it

ABSTRACT

Il saggio espone e problematizza le tesi di Georges Canguilhem sul diritto di morire, pensato come diritto esistenziale. Dopo averne rintracciate le fonti e averle inquadrare nel complesso della sua opera, se ne analizzano alcune contraddizioni al fine di mostrare come una legalizzazione e una valenza critica del diritto di morire in rapporto ai conflitti normativi delle nostre società siano pensabili coerentemente con l'impianto filosofico canguilhemiano, sebbene contro la sua esplicita opinione.

This paper presents and problematizes the theses of Georges Canguilhem on the right to die, conceived as an existential right. After tracing their sources and framing them in the whole of Canguilhem's work, it analyzes some of their contradictions in order to show how a legalization and a critical value of the right to die in relation to the normative conflicts within our societies can be thinkable in line with the philosophical system of Canguilhem, albeit against his explicit opinion.

KEYWORDS

Canguilhem, diritto di morire, suicidio, normatività, normalità.

Canguilhem, right to die, suicide, normativity, normality.

Il diritto di morire in Georges Canguilhem

Analisi e critica di un caso problematico

GIANVITO BRINDISI

1. *Introduzione* – 2. *Normatività sociale e diritto, bioetica ed etica medica* – 3. *Il suicidio come “dramma della libertà” e le sue condizioni ambientali* – 4. *“L’envers d’un progrès”? La definizione del problema del diritto di morire e la critica dei critici dell’accanimento terapeutico* – 5. *Il fondamento del diritto di morire e la legittimità della domanda* – 6. *Il rapporto del diritto di morire con la medicina e con la legge* – 7. *Problematizzazione giuridica della fondazione e della concretizzazione del diritto di morire* – 8. *Problematizzazione etica e politica: lotte sociali e conflitti normativi* – 9. *Conclusioni*.

1. *Introduzione*

Il XXI secolo vede all’ordine del giorno la prosecuzione del dibattito intorno a un tema, quello del diritto di morire, che ha rappresentato una costante della riflessione giusfilosofica in ambito bioetico degli ultimi cinquant’anni e che, in ragione dei problemi giuridici ed etici posti dai continui progressi medici e tecnologici, non cessa di rinnovarsi.

Oggetto di questo contributo saranno le modalità con le quali Georges Canguilhem ha affrontato tale questione, offrendone una lettura originale e ponendo delle domande che in gran parte sono ancora le nostre.

Canguilhem tratta del diritto di morire nella fase più accesa del dibattito intorno alla medicalizzazione della vita, ovvero negli anni Settanta del secolo scorso, attraverso una serie di interventi, in parte inediti, accomunati da una netta irriducibilità a un discorso bioetico di tenore normativo. Il primo e più importante è senza dubbio il dialogo radiofonico con Henri Péquignot dal titolo *Le droit à la mort*, moderato da Roger Pillaudin e trasmesso su France culture nel programma *Dialogues* nel maggio 1975¹, in vista del quale Canguilhem aveva redatto delle *Notes sur le droit à la mort*². Segue la pubblicazione del *Rapport de synthèse* del convegno mondiale “Biologie et devenir de l’Homme” del 1974, di cui Canguilhem ha presieduto la sessione *Qualité de la vie, dignité de la mort*³.

Il discorso di Canguilhem sul diritto di morire si è dunque svolto attraverso interventi pubblici apparentemente occasionali e per lo più slegati da fini editoriali, ma ciò nondimeno, come giustamente sostenuto da Céline Lefève, esso risulta altamente meditato⁴.

È quest’ultima ragione che ci ha spinti a tentare, nelle pagine che seguono, di esplorare le tesi ancora poco note di Canguilhem sul diritto di morire, di inquadrarle nel complesso della sua opera, di chiarirne la prestazione specifica e infine di discuterne i limiti e di problematizzarle a partire da un’analisi delle loro contraddizioni interne: ciò al fine di riuscire a mostrare in qualche misura l’impossibilità di disgiungere le poste in gioco giuridiche, etiche e politiche del diritto di morire, pensandolo in relazione ai conflitti normativi interni alle nostre società, talvolta anche contro l’opinione dello stesso Canguilhem, ma sempre in accordo con il suo generale impianto filosofico.

¹ Cfr. CANGUILHEM 1975a. La pubblicazione non contiene gli interventi del pubblico e le risposte di Canguilhem e Péquignot, che possono essere ascoltati nella registrazione integrale conservata presso la Bibliothèque publique d’information del Centre Georges Pompidou di Parigi. Al riguardo cfr. LEFÈVE 2010, il solo contributo che fino a oggi abbia affrontato la questione, e che offre anche una sintesi delle risposte di Canguilhem alle domande del pubblico.

² CANGUILHEM 1975b.

³ Cfr. CANGUILHEM 1974.

⁴ Cfr. LEFÈVE 2010, 16.

2. Normatività sociale e diritto, bioetica ed etica medica

Tradizionalmente, è noto, nel dibattito pubblico il problema del diritto di morire è stato codificato dalla riflessione giuridica e morale in ambito bioetico. Poiché però questi ambiti non sono stati mai oggetto specifico della riflessione di Canguilhem, riteniamo opportuno, prima di entrare nel merito della questione, esplicitare sinteticamente il suo rapporto con il diritto e la bioetica richiamando alcune delle sue tesi più note in funzione del discorso che andremo a costruire, e nel corso del quale esse saranno ovviamente meglio contestualizzate.

E dunque, se è vero che Canguilhem non si è mai occupato di questioni giuridiche⁵, è stato però lui stesso, nel suo testo più noto, a collocarsi rispetto ad esse in una posizione mediana tra Kelsen e (via Freund) Schmitt.

Nel pensare il processo di razionalizzazione della società successivo alla Rivoluzione francese, Canguilhem riconosce alla normatività un margine di esteriorità rispetto all'oggetto della sua azione, pur concepandola come non riducibile a un insieme di imperativi da eseguire sotto minaccia sanzionatoria e senza rapporto con l'effettività sociale. La normalizzazione, lungi dall'essere immanente all'oggetto normato, si esplica nell'imposizione di esigenze collettive articolate intorno a un'organizzazione che definisce quel che ritiene essere il proprio bene. Per Canguilhem una norma è uno sforzo umano per organizzare il proprio ambiente, trae il proprio valore dal fatto che «fuori di essa esiste ciò che non risponde all'esigenza da cui essa dipende»⁶ e si dà solo nell'esperienza dello scarto nei confronti di un'esistenza insoddisfacente. Ecco perché quello di *normale* è un concetto dinamico e polemico: «normalizzare significa imporre un'esigenza a un'esistenza, a un dato la cui varietà e la cui differenza si offrono, al riguardo dell'esigenza, come un indeterminato ostile più ancora che estraneo»⁷.

Quello tra normale e anormale è pertanto un rapporto specificamente antropologico di inversione assiologica e di polarità: una norma è un modo di unificazione di un diverso, ma «proporsi non significa imporsi. A differenza di una legge della natura, una norma non rende necessario il proprio effetto. Il che significa che una norma, di per sé sola, non ha alcun senso di norma»⁸. Essa offre solo una possibilità di regolazione quando sia stata istituita come strumento per creare uno stato di cose a essa adeguato, ma lascia altresì spazio alla possibilità inversa. Nel suo ambito di applicazione l'infrazione ha allora una priorità, perché è solo essa a conferire alla regola la possibilità di esercitare una funzione di correzione (il suo rovescio sarebbe il sogno di un'età dell'oro in cui l'esistenza è già da sempre adeguata alla propria esigenza). È solo l'infrazione, cioè, a consentire alla regola di agire e di esistere in quanto regola, e per questa ragione l'infrazione non è all'origine della regola, ma all'origine dell'attività stessa di regolazione. Come spiega in termini kantiani Canguilhem: «proporremmo che la condizione di possibilità delle regole faccia tutt'uno con la condizione di possibilità dell'esperienza delle regole. L'esperienza delle regole è la messa alla prova, in una situazione di irregolarità, della funzione regolatrice delle regole»⁹. Ne consegue che

⁵ Si ricordi, però, che Canguilhem era fortemente educato a una concezione sociale del diritto, come testimoniano numerose note di corsi seguiti tra il 1927 e il 1928, depositate presso il Fonds Canguilhem, intrise di antiformalismo e incentrate sulle teorie socialiste del diritto e dello Stato, sulla solidarietà sociale, sul collettivismo, sulla giustizia commutativa, sul diritto consuetudinario etc., nonché su autori come Gény, Hauriou, Saleilles, Morin. Cfr. G. Canguilhem, *La justice, Alain, Collège Sévigné, 1927* (GC 5.4.11). Si vedano inoltre le note non datate raccolte in Canguilhem, *Le droit* (GC 5.4.10) e *L'État* (GC 5.4.12). Accanto a ciò, si consideri che Canguilhem conosceva quasi certamente l'opera di Silvio Trentin – del quale ha dichiarato di aver seguito con molta convinzione l'antifascismo e di avere adottato lo sguardo critico (cfr. BRAUNSTEIN 2011, 112) – e che ha scritto con Camille Planet un *Traité de logique et de morale* dedicato in gran parte proprio al diritto (cfr. CANGUILHEM, PLANET, 1939, 825-927).

⁶ CANGUILHEM 1998, 201.

⁷ CANGUILHEM 1998, 201.

⁸ CANGUILHEM 1998, 202.

⁹ Cfr. CANGUILHEM 1998, 204.

l'anormale, sebbene logicamente sia secondo alla norma, è esistenzialmente primo. Non rappresenta, cioè, il contrario del normale se non *a posteriori*, poiché è antecedente in quanto stato che presenta altre norme rispetto a quelle richieste dall'esigenza normalizzatrice¹⁰.

Siamo di fronte, quindi, a una teoria per molti versi simile e al contempo opposta a quella kelseniana, dove pure una norma (giuridica) non è riducibile alla legge naturale, sebbene possa avere senso di per sé sola, senza riferimento all'essere, e dove pure l'illecito non è negazione ma condizione di possibilità dello svolgimento della sua funzione da parte del diritto, benché non lo sia in quanto reale ostile – altro orizzonte normativo cioè da sottoporre alla norma –, ma in quanto iscritto anch'esso in una norma giuridica, ossia nel dover essere¹¹.

E difatti in *Il normale e il patologico* Canguilhem riconosce a Kelsen il merito di aver rilevato la produzione di validità delle norme e la loro mutua relatività in un sistema normativo¹², contestandogli però l'incapacità di cogliere il pluralismo ordinamentale. Sostiene, così, che anche «riconoscendo che il diritto, privato come pubblico, non ha altra radice che quella politica¹³, si può ammettere che l'occasione di legiferare sia data al potere legislativo da una molteplicità di costumi che spetta al potere istituzionalizzare in un tutto giuridico virtuale»¹⁴. Lo Stato, pur svolgendo un'attività di istituzionalizzazione della molteplicità ordinamentale in un tutto virtuale, non ha cioè il monopolio della dimensione normativa, non essendo questo tutto giuridico virtuale una risoluzione dei quadri normativi (tecnici, economici etc.) nell'unitarietà dello Stato, ma il tentativo di far convergere verso un fine specifico sistemi di norme non convergenti.

Sarà forse vero, allora, che ogni ordinamento concreto, come sostiene lo Schmitt degli anni Trenta, è legato a specifici concetti di normalità e di uomo normale in base ai quali si producono norme generali¹⁵, presupponendo la regolamentazione legislativa dei concetti di normalità da essa del tutto indipendenti¹⁶. Una norma giuridica legherebbe in tal modo la sua effettività al suo essere il riflesso di una normalità sociale costituente una vera e propria sostanza giuridica. Ma contro questo Schmitt tendente all'organicismo¹⁷ va rilevato – estendendo la riflessione sulla normatività sociale di Canguilhem alla sfera giuridica – che ogni normalizzazione giuridica fondata su una concretezza ordinamentale, ovvero su una specifica idea di situazione normale e di uomo normale, presuppone un'attività normativa propria di una parte dello spazio sociale che prova a imporre le sue esigenze ai valori che le sono ostili. Quello che è in realtà un giudizio di valore (senso dinamico del normale) si fa passare per una constatazione oggettiva di una realtà (senso statico del normale), misconoscendone il carattere istituito e il processo istituyente. E poiché la normalità non è mai una sostanza ma già sempre un risultato, un prodotto valoriale di un conflitto normativo¹⁸ che tende a rimuovere questo stesso conflitto e a presentarsi come naturale e non problematico, la norma giuridica equivarrebbe alla ricezione di un progetto normativo proprio di un'area dominante dello spazio sociale che tende a imporsi come naturale, là dove la normalità non sarebbe altro che la realizzazione di una norma che si abolisce in quanto tale nel suo compimento¹⁹. Non si dà,

¹⁰ CANGUILHEM 1998, 206.

¹¹ KELSEN 2000, 66-68.

¹² CANGUILHEM 1998, 211.

¹³ Canguilhem si riferisce a FREUND 1965.

¹⁴ CANGUILHEM 1998, 211.

¹⁵ Com'è noto, per Schmitt la differenza scientifica tra i modi di pensiero giuridico è individuabile nelle concezioni concrete di situazione normale, uomo normale e vita giusta, che costituiscono la premessa e il fondamento di ogni ordinamento generale. Le presunzioni di normalità, di uomo normale e di vita giusta «scaturiscono direttamente dai presupposti concreti di una situazione ritenuta normale e di un tipo umano inteso come normale» (SCHMITT 1934, 250).

¹⁶ Cfr. SCHMITT 1934, 259.

¹⁷ Cfr. GALLI 1996, 851-856.

¹⁸ Cfr. FOUCAULT 2004, 53.

¹⁹ Cfr. BOURDIEU 1986, 115.

pertanto, alcuna sostanza sociale normale o naturale, alcun reale concreto che non sia il prodotto di un'intenzione e di una decisione di normalizzazione.

Per Canguilhem, insomma, la dimensione giuridica non ha nulla a che vedere con una dimensione organicistica: né il diritto conferisce la propria forma alle altre normatività sociali, né queste ne esautorano il campo. Esiste invece un rapporto di correlazione potenziale tra le norme sociali, e questa correlatività tende a fare di un sistema sociale un'organizzazione, «vale a dire un'unità in sé, se non per sé e a sé finalizzata»²⁰. Diversamente che in un organismo vivente, in un'organizzazione sociale le norme sono esterne al reale cui si applicano, dovendo essere ricordate, apprese: «L'ordine sociale è un insieme di regole di cui i sottoposti o i beneficiari, in ogni caso i dirigenti, devono preoccuparsi. L'ordine vitale è fatto di un insieme di regole vissute senza problemi»²¹. Se la società cerca di porsi come il soggetto delle proprie attività, di raggiungere un fine attraverso una regolazione giuridica, ciò è segno del fatto che essa non ha un senso interno o un fine intrinseco, non ha autoregolazione, non può viverci, a differenza di un organismo, come un tutto:

«è sufficiente che un individuo si interroghi in una società qualunque sui bisogni e le norme di questa società e le contesti, segno che questi bisogni e queste norme non sono quelli dell'intera società, perché si constati fino a che punto il bisogno sociale non sia immanente, fino a che punto la norma sociale non sia interiore, fino a che punto in fin dei conti la società, sede di dissidi contenuti o di antagonismi latenti, sia lontana dal porsi come un tutto»²².

Se la società fosse un organismo, allora la giustizia, i principi di giustizia si potrebbero dedurre dal suo funzionamento, mentre la società è sempre in uno stato di crisi²³ e di conseguenza la giustizia non nasce se non dallo scontro con le norme che strutturano l'ambiente esistente. Le norme sociali costituiscono infatti lo sforzo dell'uomo per organizzare il suo ambiente e sono sempre affette da un indice di problematicità, in quanto possono essere vissute come problematiche e negate dalla normatività degli individui, i quali, vivendole, possono contestarle o crearne delle nuove. Dimenticarlo conduce alla valorizzazione dell'adattamento all'ambiente – vale a dire a quanto una data società valorizza definendolo come normale – e alla svalutazione del disadattamento come scarto rispetto all'ambiente stesso: ciò che esprime, per Canguilhem, il semplice fatto che una certa società si pensa «come una realtà che è al tempo stesso un bene»²⁴. Conformarsi alle norme sociali dominanti è sempre segno di una normatività diminuita, mentre la salute equivale alla capacità di produrre norme. Essere un soggetto normativo vuol dire dunque non adattarsi alla normalità, nella misura in cui una vita che si adatti all'ambiente è una vita che ha dimenticato la sua potenza di posizione di valori. Ecco allora spiegato perché sul piano giuridico e morale Canguilhem tradurrà la normatività umana in una concezione anticonformista (anomica secondo un criterio normalizzante) dei diritti²⁵, e sul piano specificamente politico la considererà come un impegno nella sfera della pratica in direzione di un valore fondato sulla libera scelta di una coscienza riflessiva che si assume il rischio dell'azione²⁶.

Rivolgendoci ora al rapporto della filosofia di Canguilhem con la bioetica, va ricordato innanzitutto che per il filosofo il concetto di normatività del vivente è essenziale in particolar modo ai fini della distinzione tra salute e malattia, intendendo per malattia non uno scarto quantitativo in rapporto a una media, ma una riduzione qualitativa delle variazioni possibili delle

²⁰ CANGUILHEM 1998, 212.

²¹ CANGUILHEM 1998, 213.

²² CANGUILHEM 1998, 219.

²³ Cfr. LE BLANC 1998, 93.

²⁴ CANGUILHEM 1998, 245.

²⁵ Cfr. *infra*, nel testo.

²⁶ Su Canguilhem come filosofo dell'azione cfr. TREBITSCH 1996.

condotte in rapporto all'ambiente, e per salute uno stato caratterizzato dalla plasticità individuale delle attitudini nei confronti dell'ambiente. Normale coincide dunque qui con normativo, con la capacità propria del vivente di istituire nuove norme, anche organiche. Ma ciò che costituisce la specificità dell'esperienza normativa umana è il suo rapporto con la conoscenza, con quella scientifica e con quella vissuta, irriducibili l'una all'altra²⁷. Pertanto, salute e malattia potranno essere comprese solo in rapporto all'esperienza umana.

Guillaume Le Blanc ha bene espresso il senso etico di questa impostazione: «*agis de telle sorte que tu multiplies la vie en toi et autour de toi*»²⁸. Etici sono quei gesti che la vita e il soggetto pongono in atto contro la propria distruzione. Di qui «*l'exemplarité du médecin qui se comporte de manière éthique car il essaie de réagir à des diminutions locales de vie*»²⁹. Ma se la vita è posizione inconscia di valore, il soggetto pone invece i valori coscientemente, ragion per cui per Canguilhem, nel confronto con la sofferenza, il medico deve guardarsi dal ridurre l'uomo al vivente – ciò che farebbe qualora privilegiasse il solo versante conoscitivo della medicina – e intenderlo piuttosto come soggetto che pone valori all'interno dell'esperienza per ristabilirne la potenza normativa. Essendo l'esperienza soggettiva del malato irriducibile all'oggettivazione che ne fa il sapere medico, l'arte medica deve cioè dipendere dai valori dei pazienti, e non da norme quantitative³⁰. Il medico è colui che risponde a un appello rivoltogli da una singolarità sofferente e si impegna a prendersene cura in tutte le sue norme di vita patologiche.

Canguilhem assume questa concezione individuale della medicina e della relazione terapeutica per evitarne la strumentalizzazione politica, o meglio, per evitare che esse si pongano come obiettivo quello di adattare il soggetto alle norme sociali e non invece quello di prolungarne la normatività, di aiutarlo ad appropriarsi delle norme, a divenirne l'inventore, a trasformarle, di contro dunque a una medicina subordinata a una concezione della società sul modello dell'organismo³¹, che adotta un concetto sociale di salute.

Siamo giunti, con ciò, al cuore della riflessione canguilhemiana sull'etica medica. E comprendiamo bene per quale ragione Canguilhem critichi sia la biologizzazione della medicina, sia il discorso bioetico che intende porre limiti dall'esterno alla pratica medica³²:

«L'erreur de la biologie consiste en ce qu'elle considère le vivant et non l'homme. Pour Canguilhem, l'éthique c'est la protection et la défense du sens et de la finalité de ce qui est humain et pas seulement vivant dans la vie humaine [...]. L'humanité de l'homme [...] est le contraire d'une nature, c'est une ouverture, et par conséquent une création de risques»³³.

Possiamo tornare ora all'interrogativo iniziale: in che modo, in una filosofia così strutturata in rapporto alla normatività del vivente e alla normatività sociale, e in un'etica medica cui è affidato il compito di moltiplicare la vita, può configurarsi un diritto di morire? Come può essere legittimo per un morente chiedere al medico di aiutarlo a morire se è dovere del medico ristabilire la normatività della vita? Il morire può essere concepito come un diritto del soggetto e l'aiuto del medico come un dovere rientrante nella sfera della cura?

Come si vedrà, Canguilhem dà una risposta affermativa a queste domande, accordando al diritto di morire la qualità di diritto esistenziale del soggetto.

²⁷ LE BLANC 1998, 46.

²⁸ LE BLANC 1998, 101.

²⁹ LE BLANC 1998, 102.

³⁰ In Italia un esempio di riflessione bioetica di analoga prospettiva è offerto da MASULLO 2000, 936.

³¹ Cfr. CANGUILHEM 1998, 220-223.

³² Cfr. BRAUNSTEIN 2014, 240-244.

³³ CANGUILHEM 1993, cit. in BRAUNSTEIN, 2014, 243. Si tratta di un motivo dominante nell'opera di Canguilhem, presente sin dagli scritti giovanili. Cfr. ad esempio CANGUILHEM 1929c, 250.

Ma poiché gran parte dell'argomentazione canguilhemiana al riguardo trova il suo fondamento in posizioni anteriori alla pubblicazione di *Il normale e il patologico*, non sarà inutile mostrare il modo in cui Canguilhem ha affrontato una questione sensibile della riflessione morale e sociologica come il suicidio, considerato anche che sarà lo stesso filosofo, negli anni Settanta, a legare esplicitamente la questione del diritto di morire a quella del suicidio, sebbene purtroppo senza esplicitarne le ragioni. Partiremo dunque dall'esame delle pagine dedicate da Canguilhem al suicidio, nella convinzione che fossero ben presenti al filosofo nella sua riflessione sul diritto di morire, e soprattutto, considerate le rilevanti differenze di impostazione tra la trattazione del suicidio e quella del diritto di morire, che siano necessarie per far risaltare il grado di problematicità delle posizioni canguilhemiane degli anni Settanta.

3. *Il suicidio come "dramma della libertà" e le sue condizioni ambientali*

Se è vero che una vasta produzione letteraria e filosofica ha in vario modo pensato il suicidio come gesto simbolizzante la cifra della libertà, ciò su cui non vi è modo di addentrarci in questa sede, altrettanto vero è, sul fronte opposto, che un'ancora più estesa interpretazione ne ha tendenzialmente fatto un peccato, un reato o una malattia, l'atto deviante per eccellenza, giustificato da una possessione diabolica, da una cattiva volontà, da una patologia mentale, e necessitante di una sanzione da parte del gruppo, che in esso vede violata la sua ragion d'essere. Il suicidio è inteso insomma ora come un fenomeno disgregatore, e perciò odiato dalla società in quanto espressione di indipendenza, ora come un fenomeno aggregatore, allorquando, esplicandosi come sacrificio, afferma e non nega la morale data³⁴. Come ha esemplarmente sintetizzato Antonio Cavicchia Scalamonti:

«Si dà per scontato l'attaccamento dell'uomo alla vita e si indaga sulle determinanti dell'azione "patologica". E questo giudizio precostituito influenza la scelta o la significatività dei motivi, con il risultato che si finisce per privilegiare gli aspetti "anormali" del fenomeno. La "anormalità" è definita in contrapposizione alla "normalità", termine con cui si santifica l'attuale vivere sociale ed i valori su cui si basa; il patologico (non a caso impiegato dal Durkheim) acquista vieppiù significati meno sociologici, avalutativi e più psichiatrici (malattia mentale). Queste tendenze a definire il fenomeno deviante inglobandolo nelle astratte, generali definizioni di "peccato" e "malattia mentale", nascondono il disegno di privilegiare l'organismo sociale esistente (*lo status quo*), a meno che la società non strumentalizzi il comportamento deviante, nel qual caso – come l'omicidio diventa "eroismo" – così il suicidio diventa "sacrificio"»³⁵.

Di questa problematica Canguilhem ha svolto negli anni giovanili un'analisi sofisticata in opposizione alla sociologia durkheimiana. Com'è noto, il lavoro di Durkheim sul suicidio³⁶ ha costituito per quasi un secolo il punto di riferimento obbligato di ogni discussione scientifica sull'argomento, ed è stato nel tempo oggetto di numerose accuse, come quelle di Bayet – che contestava a Durkheim di giungere a una conclusione (l'immoralità universale del suicidio) contrastante con i suoi presupposti scientifici (relatività della morale rispetto alle epoche e ai gruppi) a fronte della constatazione di una certa indulgenza della morale del suo tempo nei confronti del suicidio³⁷ – e di

³⁴ CAVICCHIA SCALAMONTI 1991, 43.

³⁵ CAVICCHIA SCALAMONTI 1991, 35. Sull'immaginario e sulle pratiche del suicidio si vedano MARRA 1987 e BARBAGLI 2009.

³⁶ Cfr. DURKHEIM 2007.

³⁷ Cfr. BAYET 1922, 7-8, che rilevava inoltre la limitatezza degli indicatori presi in considerazione dal sociologo, ovvero esclusivamente il diritto positivo, senza alcun riferimento agli scritti filosofici e letterari, né alla giurisprudenza o ai costumi.

Douglas, che molti anni dopo rimprovererà a Durkheim di avere dato per scontato proprio ciò che si trattava di dimostrare, forzando altresì i dati a sua disposizione a partire dal suo senso morale³⁸. Diversamente da questi autori, Canguilhem non solo disapprova la condanna durkheimiana dell'immoralità del suicidio, ma ne contesta il postulato secondo cui si ha ragione di voler vivere.

Per l'esattezza Canguilhem ha esaminato la questione nel 1930 in una importante recensione critica a *Les causes du suicide* di Maurice Halbwachs³⁹, che elogia per l'analisi centrata più su una dinamica che su una statica delle forze sociali⁴⁰, analisi che affrontando diversamente le cause del suicidio ne rovescia il segno. Sebbene Halbwachs confermi l'ipotesi durkheimiana della riduzione del tasso di suicidi in tempo di crisi sociale, da un altro canto secondo Canguilhem ne rovescia infatti l'impostazione, reinserendo famiglia e religione – gli ambienti che per Durkheim rafforzano le ragioni di vivere – nel più ampio contesto di vita in cui esse traggono il loro senso. Canguilhem valorizza dunque un principio di spiegazione geografico degli stati dello spirito, per generi di vita (urbano o rurale, ad esempio), così che famiglia e religione diventano variabili dell'ambiente.

Ad ogni modo, come rilevato da Cammelli, Canguilhem individua in questa analisi un confronto tra due tipi di normatività: «la prima, fondata su una relativa precedenza delle cose e su una relativa impotenza dell'uomo, rende più stabile la vita e più bassa la frequenza del suicidio proprio perché dà alla vita meno valore come tale; la seconda fondata, invece, sull'uomo, sulla sua potenza creativa è più esposta alla possibilità del suicidio perché “più l'uomo si aspetta dall'uomo più ha ragione di distaccarsene”»⁴¹. Critica inoltre la distinzione tra suicidio e sacrificio: se colui che si sacrifica ha messo il suo ideale nella società da cui si esclude, ed è pertanto socialmente approvato, perché non sostenere che colui «che si dà la morte si sacrifica alle proprie idee? Egli rimette la società di fatto al giudizio di una società di diritto»⁴².

Halbwachs sposta poi l'accento dalla società ai gruppi di cui essa si compone e ai loro modi di vita e punti di vista diversi, quando non del tutto opposti. E in questo «concerto d'opinioni che si contraddicono» che è la società, un uomo «non sentirà che ciò che è in grado di comprendere», afferma Canguilhem, fino a giungere al punto di ammettere «che la società, come ogni altra realtà», ha il valore che le conferisce uno spirito⁴³. La presenza in un individuo di una maggiore o minore capacità critica nei confronti dei luoghi comuni che costituiscono il sociale determinerà pertanto la sua forza o la debolezza.

Conclude Cammelli:

«L'interpretazione dell'aumento del tasso dei suicidî a partire dall'analisi delle forme di vita finisce, così, per rivelare l'esatto opposto di quel che credeva Durkheim. La condizione di maggior esposizione al suicidio non deriva da un difetto di normatività (“l'anomia sociale”), ma da una normatività in eccesso [...] che chiama la società ad andare oltre quel che essa è»⁴⁴.

³⁸ Cfr. DOUGLAS 1967, 68. Al riguardo si veda CAVICCHIA SCALAMONTI 1991, 15-16.

³⁹ CANGUILHEM 1931. Il testo è accompagnato da una interessante riflessione di Michele Cammelli, che lo contestualizza e ne amplia l'orizzonte di riflessione (CAMMELLI 2007). Il riferimento è a HALBWACHS 1930.

⁴⁰ Questo articolo è del tutto in linea con quanto Canguilhem affermerà in *Il normale e il patologico*, dove richiamerà nuovamente Halbwachs per criticare la nozione di media di Quételet come regolarità ontologica, nonché in riferimento alla media della statura come prodotto di una normatività non solo vitale, oltre che infine in rapporto all'analisi di un carattere fisiologico globale come la longevità, che Halbwachs mostra dipendere dall'importanza che una società conferisce al prolungamento della vita (CANGUILHEM 1998, 125-129).

⁴¹ CAMMELLI 2007.

⁴² CANGUILHEM 1931.

⁴³ CANGUILHEM 1931.

⁴⁴ CAMMELLI 2007. Sul suicidio come forma di auto-affermazione e auto-valorizzazione si vedano le interessanti riflessioni contenute in CAVAZZINI 2004.

Non si può non condividere tale posizione allorché si consideri la pressoché totale assenza di suicidi nei campi di concentramento nazisti. Come ebbero a scrivere autori quali Bettelheim o Citrome, infatti, la diminuzione dei suicidi nei campi derivava esattamente dal fatto che questi erano strutturati in modo tale da negare del tutto la personalità individuale, a conferma del rapporto inversamente proporzionale tra il tasso di integrazione del gruppo e il tasso di suicidi⁴⁵.

Ad ogni modo, qualche anno dopo la recensione ad Halbwachs, Canguilhem torna a parlare del suicidio nel capitolo VIII del *Traité de logique et de morale*⁴⁶ del 1939, scritto con Camille Planet, dal titolo kantiano *Morale personnelle ou des devoirs envers soi-même*, sebbene del tutto non kantiana sia la soluzione che i due filosofi danno alla questione⁴⁷.

Se da un trattato di morale ci si aspetterebbe una riflessione sulla produzione filosofica e letteraria sul suicidio, e di fatto a Canguilhem interessa approfondire la prospettiva morale, qui, al di là del riferimento a Egesia di Cirene, Seneca ed Epitteto e a Paul Valéry⁴⁸, l'impostazione sociopsicologica resta un referente costante del discorso di Canguilhem, e non dimenticata è la lezione di Halbwachs. Sostiene infatti Canguilhem:

«pour un vivant apte à devenir conscient de sa vie [...], la transformation du *fait de vivre* en *sentiment d'exister*, est nécessairement liée, encore qu'elle ne s'y laisse pas réduire davantage qu'aucune autre forme de la conscience, au mode de vie social que l'individu n'a pas plus choisi qu'il n'a choisi la vie elle-même. C'est pourquoi en finir avec la vie, fût-ce au fond d'un désert, c'est en finir avec la société»⁴⁹.

Il vivente umano, afferma il filosofo francese, non vive soltanto, *esiste*. Il sentimento che ha della sua esistenza è legato inevitabilmente al modo di vita sociale in cui egli è, modo che non ha scelto esattamente come non ha scelto di vivere, e sebbene farla finita con la vita equivalga a farla finita con la società, ciò non significa che il *sensu* del suicidio sia riducibile a spiegazioni di tipo psicosociologico, poiché il *sensu* del gesto suicida è individuabile solo a partire dalla coscienza morale⁵⁰. Questa, per Canguilhem, non è un epifenomeno, ma ha al contrario una sua ragione d'essere nella misura in cui non è ratifica della sacralità della vita, ma riflessione su di essa.

Ora, il giudizio della coscienza sulla vita è irriducibile al giudizio della coscienza su un qualsiasi atto del vivente. Un giudizio normativo nei confronti di un atto difettoso è sempre espressione di una volontà normativa proiettata nel futuro e attraverso cui la coscienza manifesta la sua iniziativa. Lo stesso non può dirsi della vita dell'individuo, il quale certamente non ha potuto volerla. Pertanto, la «seule initiative que l'individu puisse prendre concernant sa vie c'est de

⁴⁵ Cfr. CITROME 1952; BETTELHEIM 1960. Cfr. altresì CAVICCHIA SCALAMONTI 1991, 47-54.

⁴⁶ Fermo restando che *Traité de logique et de morale* è il prodotto di un lavoro comune, secondo Xavier Roth la prima parte è maggiormente attribuibile a Planet, mentre è certo che i capitoli I, II, III, VI e VII della parte dedicata alla morale sono stati scritti da Canguilhem. Riteniamo plausibile, tuttavia, che anche il capitolo VIII sia stato originariamente redatto da Canguilhem: non solo infatti il filosofo riprende gli argomenti del *Traité* in una parte del corso di filosofia politica tenuto presso il Lycée de Toulouse tra il 1937 e il 1941 e intitolata *Le problème du suicide* (cfr. al riguardo SFARA 2018, 94-130), ma soprattutto negli anni Settanta, trattando la questione del diritto di morire (per cui cfr. *infra*, nel testo), segue un ordine di ragionamento estremamente prossimo a quello del testo del '39. Per queste sole ragioni, nonché per comodità di esposizione, nel prosieguo del testo le riflessioni del capitolo VIII del *Traité* saranno riferite al solo Canguilhem.

⁴⁷ Per Kant, al di là dei casi limite, il suicidio si configura sempre come una trasgressione del soggetto nei confronti della sua qualità di persona e nei confronti dei suoi doveri verso gli altri e verso Dio, in quanto abbandono «del posto che ci ha assegnato senza averne ricevuto l'ordine» (KANT 2006, 459).

⁴⁸ Canguilhem rinvia a NIZAN 1936 e a VALÉRY 1932.

⁴⁹ CANGUILHEM, PLANET 1939, 871.

⁵⁰ Molti anni dopo, studiosi come Douglas e Baechler faranno oggetto di indagine proprio le motivazioni soggettive del suicida, conferendo alla sociologia una tonalità maggiormente esistenziale in opposizione a Durkheim. Cfr. DOUGLAS 1967, BAECHLER 1975.

la finir. Le suicide est la manifestation de puissance limitée d'un être dont l'engagement dans la vie, inexplicable en fait, devient pour lui injustifiable en droit»⁵¹.

È dunque vero – spiega Canguilhem – che si può sempre sperare di rimediare agli effetti disastrosi di un atto attraverso qualche altro gesto, ma è vero anche che le componenti biologiche e sociali dell'individualità esercitano talvolta una coercizione tale da rendere difficile che la coscienza riconosca come obbligatoria la speranza di miglioramento di una vita giudicata inaccettabile⁵².

Canguilhem conclude sostenendo che si può rispettare il senso e il valore, l'umanità di un gesto suicidario solo astenendosi dal condannarlo come dal lodarlo, non essendo data una ragione superiore che possa giudicare delle ragioni dei gesti suicidari, e non costituendo mai il suicidio soltanto l'espressione di un'individualità irriducibile sciolta da ogni forma di appartenenza. La vita è infatti a un tempo «l'occasion, le moyen et l'obstacle de la moralité», e ha valore solo in rapporto a ciò che la supera e l'arricchisce, vale a dire all'esigenza di giustizia⁵³. Il suicidio tocca pertanto problemi che vanno molto al di là dell'individualità:

«Si l'individu peut ou non faire moralement quelque chose de sa vie, cela ne dépend pas uniquement de sa seule résolution, car les moyens de faire de la vie le moyen de la moralité quand elle lui est un obstacle (maladie incurable, abjection sociale, etc.) ne sont donnés [...] que par un long et progressif effort des groupes humains»⁵⁴.

Canguilhem rifiuta insomma di condannare il suicidio come espressione di un'anomia o comunque di uno stato patologico, e ritiene anzi che possa essere un gesto pienamente morale e non ricadente, peraltro, nella sfera esclusiva dell'individualità, in quanto sempre connesso con un modo di vita complessivo di una comunità umana.

4. "L'envers d'un progrès"? La definizione del problema del diritto di morire e la critica dei critici dell'accanimento terapeutico

Veniamo ora al problema relativo al diritto di morire, affrontato da Canguilhem in una serie di scritti e interventi datati tra il 1973 e il 1975⁵⁵, nei quali le sue tesi emergono in modo piuttosto eloquente.

Sia nel dialogo con Henry Péquignot (*Le droit à la mort*), sia nelle *Notes sur le droit à la mort* a questo preparatorie, Canguilhem sostiene la necessità di delimitare adeguatamente la questione: in quanto evento ineluttabile, la morte cui si fa riferimento nella locuzione *diritto di morire* non può essere quella biologica, che in quanto tale è un fatto, una necessità, e non può costituire un diritto. L'emergenza del diritto di morire va ricercata piuttosto nel «rapport de la mort à la médecine»⁵⁶, può essere concepita esclusivamente nei confronti di «un malade qu'on sait et qui se sait perdu, incurable, dans une situation vitale tout à fait diminué», e può essere riconosciuta solo come diritto del morente «au choix du moment et des modalités de sa mort, de sa mort person-

⁵¹ CANGUILHEM, PLANET 1939, 872.

⁵² Di questo sentimento di impotenza a cambiare è stata fatta un'apologia nell'antichità, che Canguilhem commenta nel modo seguente: «L'impossibilité de modifier par la technique la structure des choses et par la politique celle de la société, jointe à la conscience exaltée d'une dignité spirituelle à affirmer peuvent aboutir, sans contresens, à la décision de devancer une mort inéluctable» (CANGUILHEM, PLANET 1939, 873).

⁵³ CANGUILHEM, PLANET 1939, 873. Sulla concezione canguilhemiana della giustizia cfr. CANGUILHEM 1930: «La définition du juste ne me semble pas mystérieuse: il est ce qui coûte à la suffisance d'un homme, d'une classe, ou d'un peuple, parce qu'il la contredit».

⁵⁴ CANGUILHEM, PLANET 1939, 874.

⁵⁵ Cfr. *supra*, nt. 1-3.

⁵⁶ CANGUILHEM 1975a, 1.

nelle»⁵⁷ in rapporto a un altro uomo, vale a dire al suo medico. Conseguentemente, «le problème du droit à la mort pose la question du devoir possible du médecin de reconnaître ce droit et de procurer, en quelque sorte, au malade la possibilité de l'exercer»⁵⁸.

Nelle *Notes sur le droit à la mort* Canguilhem rileva immediatamente come quella tra il malato e il suo medico sia una relazione potenzialmente conflittuale, in quanto al medico viene chiesto di snaturare il proprio ruolo: «la maladie, la souffrance ont suscité l'appel au médecins, l'espoir dans le médecin, la prolongation de la maladie, l'intensification de la souffrance ont tué l'espoir, ont renversé le sens de l'appel. Maintenant c'est l'appel à la délivrance d'une vie qu'on ne peut pas délivrer de la souffrance»⁵⁹. Definito il problema in questi termini, si tratta per Canguilhem di comprendere in quale misura la domanda di astensione dalle cure o di facilitazione del processo del morire sia fondata su un diritto del malato, quale sia il suo fondamento e quale il corrispondente dovere del medico, quali, infine, gli ostacoli al riconoscimento di tale dovere da parte del medico.

Se Canguilhem adotta un punto di vista molto ampio (rapporto della medicina con la morte) nel dialogo con Péquignot, questi nella sua risposta nota immediatamente che la delimitazione del problema fornita dal filosofo è caratterizzata da un preciso taglio storico, rilevando che: «Le problème ne se pose que parce que la mort s'est médicalisée», poiché «il y a relativement peu de temps que les médecins s'occupent des gens qui vont mourir [...], l'immense majorité des gens d'autrefois et encore maintenant dans le monde sont morts sans médecin». Afferma quindi che «chaque période de l'histoire a connu sa mort et le problème que vous posez est un problème qui n'est que l'envers d'un progrès»⁶⁰. Da qui la critica di Péquignot a quanti sostengono – a suo giudizio in modo più romanzato che concreto – che l'apparato medico avrebbe sottratto la morte ai morenti, essendo al contrario evidente come l'abbia resa meno atroce e più confortevole.

Questa posizione è profondamente condivisa da Canguilhem, che prende altresì di mira la nozione di accanimento terapeutico. Pur avendo mostrato in diverse occasioni come la medicina, dal XIX secolo in avanti, abbia obliterato la soggettività dei malati⁶¹, il filosofo non sente di poter sostenere le critiche nei confronti dell'accanimento terapeutico, e giudica severamente questa stessa locuzione proprio nella misura in cui da un lato misconosce i progressi dovuti all'attivismo terapeutico, e dall'altro porta a concepire l'aiuto al morire come una sospensione o come una rottura della relazione medica, quel che non è, appunto, per Canguilhem. Ciò conferisce alla sua posizione uno statuto del tutto singolare, quando si consideri che abitualmente la definizione del problema relativo al diritto di morire investe il tema dell'accanimento terapeutico, inteso come somministrazione di trattamenti medici da cui non è dato ricavare alcun beneficio per il paziente. Al tempo stesso, Canguilhem ritiene che la rivendicazione di un diritto di morire si spieghi proprio in ragione dell'efficacia della medicina e dei suoi progressi terapeutici e tecnologici – potendo questi condurre a un prolungamento delle sofferenze –, e che dunque il diritto di morire sia un caso di acuità di un problema che è più in generale quello del diritto di un soggetto colpito da malattia incurabile alla scelta del momento e delle modalità della propria morte. È opportuno a questo punto riportare le parole del filosofo:

«La forme généralement donnée à l'énoncé de la question dans les hebdomadaires ou dans les journaux vise ce qu'on a appelé l'activisme thérapeutique ou l'acharnement thérapeutique – dans une situation de rapport singulier, où le médecin semble ne voir que la maladie visée comme ennemi à abattre et perde de vue le malade comme sujet de la souffrance et de la déchéance. On a oublié trop ai-

⁵⁷ CANGUILHEM 1975b, 347.

⁵⁸ CANGUILHEM 1975b, 347.

⁵⁹ CANGUILHEM 1975a, 1.

⁶⁰ CANGUILHEM 1975b, 348, nostro il corsivo.

⁶¹ CANGUILHEM 1978b, 85-86.

sément que c'est une exigence collective des hommes révoltés par l'apparente fatalité des fléaux épidémiques, de la mortalité infantile, qui a suscité l'activisme thérapeutique, pris comme fait global de civilisation, et qui a applaudi à ses succès. Paradoxalement, si l'homme d'aujourd'hui fait valoir un droit à l'interruption des soins qu'on lui donne, c'est parce que la médecine contemporaine est créditée du pouvoir "d'efficacité"⁶².

Ribadisce questi concetti anche in *Le droit à la mort* e nel *Rapport de synthèse* del Convegno su "Biologie et devenir de l'homme" del 1974. Qui, pur non svalutando affatto l'opportunità di istituire nelle facoltà di medicina insegnamenti volti a sensibilizzare i medici nei confronti dell'esperienza soggettiva del morire, ciò su cui torneremo a breve, aggiunge, contro «un certain nombre d'adeptes de la mort naturiste» e contro quanti, nel corso dei lavori, avevano stigmatizzato l'attitudine ideologica di negazione della morte e di fuga da essa nella società americana contemporanea (auspicando «la nécessité de restituer à la mort la dignité qu'elle a eue longtemps dans les sociétés traditionnelles, [...] de retrouver le sens de la mort, du temps, du destin»)⁶³, che è stato questo attivismo terapeutico a essere «responsable de l'efficacité de la médecine contemporaine»⁶⁴ e che «si le médecin d'aujourd'hui a perdu le sens de la mort, c'est parce qu'il n'en a plus le spectacle, comme l'ont eu autrefois ceux qui firent leurs études avant la victoire remportée sur certaines maladies terrifiantes»⁶⁵.

Benché consapevole della conflittualità potenziale del rapporto medico-paziente, Canguilhem ritiene di non dover avallare né le critiche nei confronti di quello che si definisce accanimento terapeutico, né la posizione di quanti cercano di riagganciare la morte a pratiche ormai desuete e prive di effettività sociale. Al contrario, comprende che la difficoltà per un medico di non tentare di superare i propri limiti gli renda difficile l'accettazione di un diritto di morire che tuttavia Canguilhem giustifica⁶⁶. Difatti, la conclusione di questo ragionamento – lo si vedrà a breve – è l'iscrizione del diritto di morire come diritto esistenziale dell'uomo all'interno del rapporto terapeutico, al di là della legge, e la subordinazione della sua effettività alla decisione medica propria di una medicina che fa dell'aiuto a morire una parte della sua attività terapeutica. Da un lato Canguilhem assegna alla medicina il compito di superarsi in direzione della singolarità dei casi; dall'altro rileva l'opportunità che codici sociali rimasti privi di effettività si riconoscano come superati in ragione della medicalizzazione della morte, e che, conseguentemente si accetti la ridefinizione storica dell'esperienza del morire e se ne ridefinisca l'attitudine morale.

5. Il fondamento del diritto di morire e la legittimità della domanda

Definito in questi termini il problema del diritto di morire, è necessario esaminare ora come Canguilhem lo giustifichi moralmente e lo fondi filosoficamente. A tal fine sarà utile, ancora una volta, riportare il suo ragionamento:

«Il me semble que la question du droit à la mort peut se traiter d'abord hors de toute référence à l'état actuel des connaissances médicales, à l'état actuel du coût de la santé publique ou privé. [...] Je pense qu'il en est du droit à la mort comme de n'importe quel droit. Les droits sont la prise de conscience à un moment donné du fait qu'on est engagé sans l'avoir voulu, sans l'avoir cherché, dans une situation qu'on peut reprendre. Je m'explique: les droits politiques sont la prise de conscience à un moment

⁶² CANGUILHEM 1975a, 1.

⁶³ CANGUILHEM 1974, 6.

⁶⁴ CANGUILHEM 1975b, 351.

⁶⁵ Cfr. CANGUILHEM 1974, 7.

⁶⁶ CANGUILHEM 1975b, 352.

donné qu'on fait partie d'une société qu'on n'a pas choisie, mais qui, précisément parce qu'on ne l'a pas choisie, c'est-à-dire parce qu'on lui trouve des insuffisances, des défauts, pourrait être modifiée par l'exercice personnel d'une activité de réforme qui aboutirait à faire du fait social, du fait que je vis en société, association. Autrement dit, le droit, c'est la reprise par la conscience d'une situation dans laquelle elle est engagée sans l'avoir cherchée. Il en est de même de la vie. Le droit à la mort, c'est d'une certaine manière la prise de conscience qu'à un moment donné, je suis né sans y avoir été en quelque sorte invité, et pour cause. C'est-à-dire mon existence, le fait que je suis là, vivant, souffrant, et conscient de vivre, précisément parce que je souffre, ce fait, c'est un engagement : je suis engagé, je suis le gage de quelque chose, un engagement que je n'ai pas souscrit. Le droit à la mort n'est que l'expression de ce fait que la seule chose que je puisse faire sur la vie, de ma vie, à un moment donné, c'est de choisir la façon dont j'en sortirai. De sorte qu'il y a un rapport à mon avis nécessaire entre le problème du droit à la mort et une question dont il n'est jamais parlé dans la littérature consacrée à la question, c'est le rapport entre le droit à la mort et le suicide. Naturellement, revenons au problème de la relation médecin-malade. Il n'est pas possible naturellement ici de faire intervenir la notion de suicide: on ne demande pas à quelqu'un de vous rendre le service de vous aider à se suicider. Mais le problème du droit à la mort, si on essaie de le poser d'un point de vue en quelque sorte existentiel, ce problème du droit à la mort tient à ceci: que le malade est précisément l'être conscient que la seule initiative qu'il puisse prendre en ce qui concerne sa vie, c'est de l'interrompre. C'est là que le retour au médecin se fait par ceci: un droit suppose un devoir. Dans quelle mesure, à supposer que ce fondement du droit à la mort soit ce que j'en pense, dans quelle mesure le médecin doit répondre à ce droit par un devoir, là, je laisse la parole au médecin»⁶⁷.

Come appare chiaramente, Canguilhem cerca di dare un fondamento esistenziale al diritto di morire del soggetto al di là dello stato attuale della medicina (in quanto sapere) e al di là delle politiche relative ai costi della sanità, sostenendo che la genesi di questo diritto, come di qualsiasi altro, risiede nella presa di coscienza da parte del soggetto di essere in una situazione che può essere modificata, e nello specifico nel punto di vista del soggetto sofferente. Ciò che equivale ad avallare quanto sostenuto nella definizione del problema relativamente al fatto che il diritto di morire riguarda il rapporto della medicina (in quanto terapeutica) con la morte, e deve pertanto essere iscritto nella singolarità del rapporto terapeutico.

Tale posizione gli consente da un lato di non condannare l'attivismo terapeutico, e dall'altro di invitare il medico a ritrovare un senso della morte prendendo consapevolezza dei propri limiti, intendendo cioè il diritto di morire non dal suo punto di vista di medico, ma da quello dell'uomo sofferente, e dunque come dimensione esistenziale e autoaffermazione di un essere cosciente⁶⁸, di modo che mai, ad esempio, un individuo possa essere subordinato alle politiche mediche relative alla popolazione. Solo a partire da questi presupposti, come si vedrà, Canguilhem può definire il senso dell'attività medica e il dovere del medico nei confronti del malato, adottando una prospettiva per cui riconoscere la legittimità della domanda di morte non comporta una rottura, bensì una ridefinizione della relazione terapeutica in rapporto a come essa si è strutturata nella medicina positivista, una ridefinizione in direzione della relazionalità.

Prima di specificare ulteriormente questa posizione e di illustrare il seguito del discorso di Canguilhem nel suo dialogo con Péquignot, ci sembra però opportuno fornire delle coordinate

⁶⁷ CANGUILHEM 1975b, 356-357. Nelle *Notes sur le droit à la mort* Canguilhem aveva svolto lo stesso ragionamento, sostituendo ai diritti politici il diritto alla vita e alla libertà di pensiero. Cfr. CANGUILHEM 1975a, 1.

⁶⁸ Nelle *Notes sur le droit à la mort* Canguilhem ha annotato il seguente brano di Jacques Laplanche: «Quelque chose sinon quelqu'un s'est peut-être senti mûrir pour l'existence (ex-istence) tout en s'angoissant à l'idée de l'expulsion. Quelqu'un se sait en sursis soit d'une condamnation (s'il est croyant juif ou chrétien), soit d'une échéance - échec. Échec et mat. Échéance d'une dette que nous n'avons pas souscrite. Échec (et mat) dans une partie que nous n'avons pas engagée» (LAPLANCHE 1970, 13).

utili a inquadrare questa fondazione canguilhemiana e svolgere alcune considerazioni che ci consentiranno di chiarirne alcuni punti, anche e soprattutto perché si tratta di tesi e di ipotesi che non avranno uno sviluppo nel prosieguo della riflessione canguilhemiana.

Vorremmo pertanto in primo luogo rilevare che la sua fondazione del diritto di morire è più prossima sotto vari aspetti alle tesi sostenute nel *Traité de logique et de morale* che allo sviluppo della sua filosofia negli anni successivi alla pubblicazione di *Il normale e il patologico*, e che proprio diversi elementi in essa presenti e direttamente riconducibili al trattato giovanile ci consentono di chiarire il rapporto – eluso dal filosofo – tra diritto di morire e suicidio, come pure quello tra diritto e vita (morale).

Nell'affermare che la vita è un impegno a un tempo subito e assunto dal soggetto e che in determinate circostanze il solo modo di farne un impegno assunto è la decisione di morire, Canguilhem riprende infatti quasi alla lettera quanto aveva scritto nel *Traité* in relazione ai doveri verso se stessi. Lì, come si è visto, la trasformazione del fatto di vivere in sentimento di esistere era inevitabilmente legata al modo di vita sociale che l'individuo non ha scelto, al pari della vita stessa, così che farla finita con la vita, quand'anche in un deserto, equivarrebbe a farla finita con la società. Ebbene, intendere il malato come l'essere cosciente la cui sola iniziativa nei confronti della vita, in certe condizioni, è interromperla, non può non richiamare da vicino la tesi per la quale il soggetto può essere causa e iniziatore di qualcosa nella vita ma non della vita stessa, e pertanto, mentre è possibile effettuare un giudizio normativo su un atto del vivente allo scopo di legiferare sugli atti futuri, riparare cioè le conseguenze degradanti degli atti di cui siamo stati iniziatori attraverso un pentimento, una rinuncia o una conversione, della vita invece non c'è stata alcuna iniziativa, e l'unica iniziativa che si possa assumere al riguardo è finirla.

Ma c'è almeno un altro aspetto che richiama da vicino alcune tesi contenute nel *Traité*, relativo precisamente al diritto e al suo fondamento morale. Il diritto, afferma Canguilhem nei suoi scritti sul diritto di morire, è la ripresa o la riforma da parte della coscienza di una situazione nella quale essa è tenuta senza averlo voluto. Su un piano più generale, i diritti si configurano come la presa di coscienza di far parte di una società che non si è scelta, e che proprio per questo può essere modificata attraverso un impegno che arrivi a fare del fatto sociale un'associazione. Al riguardo vale la pena svolgere due osservazioni rispetto al rapporto tra sociologia e filosofia e tra diritto e morale per come questi si danno nel *Traité*.

Innanzitutto, Canguilhem riconosce le ragioni della sociologia contro il contrattualismo e sostiene che sono i costumi e le istituzioni, non gli individui, a costituire il dato originario con la conseguenza che l'associazione, che è un fatto di volontà, presuppone sempre una società, che è un fatto di natura: «Les sociologues contemporaines ont raison contre Rousseau», afferma, quando sostengono che l'associazione presuppone una società e che non c'è mai stato un solo vero contratto, «mais Rousseau n'a pas tort puisqu'il se pose le problème de transformer la société de fait en association de droit»⁶⁹. In questo senso la sociologia potrà conoscere i giudizi di valore che sono stati al centro di una data società in un dato momento storico, ma non potrà mai avere una funzione di organizzazione; potrà spiegare le costrizioni sociali, ma non le obbligazioni morali, che presuppongono un giudizio libero della coscienza morale in grado di criticare e riformare la società. Quindi, a meno «de supposer que la coutume est bonne parce qu'elle est coutume et non parce qu'elle est la perpétuation d'expédients ou d'inventions reconnus acceptables, il faut dire que les impératifs sociaux peuvent et doivent être discutés»⁷⁰. Se si sostiene infatti che la morale consiste nel dare seguito a dei lineamenti già dati in natura, allora il suo modello è una vita già data. Ma ciò che fa l'uomo morale è il *dover essere*, che Canguilhem intende come affermazione del valore in quanto iscritto nel reale e a un tempo a esso irriducibile, come espressione

⁶⁹ CANGUILHEM, PLANET 1939, 831. Cfr. anche CANGUILHEM, PLANET 1939, 854.

⁷⁰ CANGUILHEM, PLANET 1939, 839.

di una potenza d'agire per la riforma di una natura data, e pertanto «le principe de tout idéal en général sera celui d'une résistance au déterminisme naturel»⁷¹. Solo l'autonomia della volontà e la credenza nella libertà umana, o meglio, nella possibilità di diventare liberi possono costituire una morale, ciò che significa per Canguilhem che la moralità è lo sforzo compiuto dall'uomo per diventare non la bestia che è, ma l'uomo che può essere e che non è. Si realizza lo sforzo morale non quando si accetta o si adora il fatto⁷², non quando si fluttua come una canna al vento, come avrebbe detto Pascal, ma allorché si afferma la volontà di diventare quel che non siamo, allorché si costruisce una vita in assenza di modelli⁷³. Il fondamento della moralità è un'indipendenza relativa dell'individuo nei confronti della società, la possibilità cioè per l'agente morale di staccarsi dalle condizioni di cui è il prodotto – fermo restando che queste condizioni sono ostacolo e mezzo del loro stesso superamento. E la moralità si concretizza appunto nel procedere dall'esistenza alla possibilità, nel riformare lo stato di cose dato attraverso l'azione negativa dei valori, che non sono in posizione trascendente rispetto al mondo, non sono degli imperativi cui obbedire, ma fungono da strumenti utili per creare⁷⁴, per divenire-altro. Per questo Canguilhem è fortemente convinto che ciascuno sia responsabile nei confronti delle istituzioni, che la società «est et sera toujours la réalité à partir de laquelle un progrès quelconque pourra être accompli», e che pertanto il principio di Rousseau resta valido: «la société n'est pas bonne en soi, et ne peut le devenir que par la correction que peuvent lui apporter les suffrages éclairés»⁷⁵.

Questa concezione della morale, che rielabora in modo originale influenze materialistiche e spiritualistiche, ha un rilievo diretto sul modo di intendere il diritto. Perché se è vero che la società non è altro, con Pascal, che il costume come seconda natura dell'uomo, che il costume, a sua volta, non è che un modo tradizionale di governare i rapporti sociali avente spesso alla sua origine la regolamentazione di qualche tecnica⁷⁶, che il diritto decide dunque della condizione individuale a partire da uno stato precedente della società, e che pertanto nascere in un modo o in un altro vuol dire trovare dei diritti stabiliti in anticipo, ebbene, al tempo stesso la società deve essere subordinata alla persona umana⁷⁷, all'invenzione morale prodotta dal rapporto della coscienza con le contraddizioni del mondo. Ecco perché, dunque, la diversità empirica dei diritti non può negare e fa necessariamente segno verso il diritto *a priori* della persona ad avere diritti⁷⁸.

Possiamo dire, in conclusione di questa breve parentesi, che per il Canguilhem del *Traité* l'orizzonte dell'esperienza del soggetto è tracciato nel mondo, che non si dà una razionalità neutra priva di caratteri storico-sociali, e che il progresso morale è possibile solo attraverso la riforma del dato a partire dagli ostacoli del presente. La società di fatto, la comunità fenomenica, potremmo sostenere, è perciò sempre esposta alle trasformazioni che una coscienza riflessiva può produrre in essa e per il suo tramite⁷⁹, in un movimento indefinito e interminabile, perché non si

⁷¹ CANGUILHEM, PLANET 1939, 840. Sul rapporto tra il dover essere e le sue condizioni di possibilità antagonistiche in Canguilhem si veda MACHEREY 2016.

⁷² È comunemente riconosciuto che questa opposizione intransigente nei confronti degli adoratori dei fatti costituisce un motivo centrale di tutto il percorso canguilhemiano, e troverà espressione in un articolo giustamente famoso sulla critica della psicologia, per cui cfr. CANGUILHEM 1958. Si veda al riguardo BRAUNSTEIN 2004.

⁷³ CANGUILHEM, PLANET 1939, 823-824.

⁷⁴ Per questo, sostiene Macheray, «les vraies valeurs, celles qui sont en mesure d'enclencher une dynamique normative, sont toutes sans exception des valeurs négatives; elles représentent l'intrusion du négatif dans l'état de fait qu'elles remettent en question, et ouvrent ainsi, dans un climat d'incertitude et d'insécurité, la perspective d'un devenir» (MACHEREY 2016).

⁷⁵ CANGUILHEM, PLANET 1939, 858.

⁷⁶ Sulla questione della tecnica in Canguilhem come inserita sempre in un campo pratico-politico cfr. ANGELINI 2017.

⁷⁷ CANGUILHEM, PLANET 1939, 855.

⁷⁸ CANGUILHEM, PLANET 1939, 855.

⁷⁹ La vita umana, sosteneva Canguilhem già una decina d'anni prima del *Traité de logique et de morale*, non può non svolgersi nel pregiudizio, perché il linguaggio ci precede. Ma il linguaggio non va preso come un assoluto, non va

tratta di conciliarsi con la propria essenza, quanto piuttosto di tenere conto della potenza d'azione derivante dalla sofferenza delle persone. È per questo che i diritti sono la presa di coscienza in un momento dato del fatto che si è *engagés*, senza averlo voluto, in una situazione che può però essere trasformata. E probabilmente è proprio il riferimento alla coscienza, alla prassi della coscienza riflessiva, a permettere a Canguilhem di definire il diritto di morire non come diritto essenziale, o naturale o fondamentale, ma come diritto esistenziale, nella misura in cui il diritto si definisce in base all'esserci, alla prassi riflessiva, non all'essenza o alla necessità, perché l'esistenza non è indipendente da un atto dello spirito⁸⁰.

Consegnate queste coordinate, possiamo tornare al dialogo di Canguilhem con Péquignot. Quest'ultimo non sente di poter condividere il tentativo canguilhemiano di fondazione del diritto di morire, e rileva, in risposta, che non esiste in Francia un obbligo di cura⁸¹ e che non si ha il diritto di imporre a qualcuno di curarsi. Rifiuta, però, di spingersi oltre, per non essersi mai trovato di fronte a una richiesta *realmente* esplicita di morte: «Les gens qui vous parlent de leur mourir ou qui vous disent “je souhaite mourir” vous disent cela comme le héros de la fable bien connue de La Fontaine, et sont en réalité très loin de cette situation»⁸². Nega pertanto alla radice la possibilità che una domanda di morire abbia i tratti della legittimità, paragonando il morente al boscaiolo di La Fontaine (*La morte e il boscaiolo*) che, tornando dal bosco con il suo carico, disperato per le sofferenze fisiche e spirituali della sua esistenza, invoca la morte, e a questa, che sopraggiunge immediatamente, obietta di averla chiamata soltanto per farsi aiutare a reggere il peso del suo carico. La favola, com'è noto, si conclude con queste parole: «È la morte un gran rimedio / a chi è stanco di soffrir. / Sarà ver, ma piace agli uomini / più soffrire che morir»⁸³.

Morale della favola per Péquignot è che il desiderio di morire non può mai essere autentico, così che, conseguentemente, il miglioramento delle cure palliative eliminerà tali richieste e impedirà che il medico si faccia mero esecutore delle richieste del morente. Il diritto di morire, conclude, non è pertanto una situazione della realtà concreta, ma «une situation d'hypothèse d'école»⁸⁴.

Canguilhem, che non può ovviamente condividere una simile posizione, forse per evitare una degenerazione polemica del discorso non replica, come avrebbe potuto fare, a partire da un appunto delle sue *Notes sur le droit à la mort* – «Droit à la mort et question du suicide liés. On les conteste par invocation de l'inconscience: on pose que l'individu sain et lucide ne peut pas vouloir mourir»⁸⁵ –, ma sposta sottilmente l'attenzione sull'opportunità che questo genere di problemi, di «ipotesi di scuola», come le chiama Péquignot, sia presente nella formazione universitaria dei

creduto, e solo il giudizio può rompere l'incanto magico della parola: «Préjugé et coutume sont même chose. Mais la pensée rompt la coutume» (CANGUILHEM 1929, 240).

⁸⁰ Si avverte in queste tesi l'influenza di quello che Canguilhem ha definito «idealisme militante» e legato al concreto di René Le Senne (CANGUILHEM 1933, 441), secondo il quale la coscienza non è altro che la sofferenza vissuta dovuta alla contraddizione, e l'essere coscienti è il sentirsi duplici avvertendo l'esigenza di essere uno (CANGUILHEM 1933, 442). Per Le Senne l'obbligo morale è l'invito a risolvere le contraddizioni mediante un'invenzione e verso una finalità, mentre l'immoralità consiste nella diserzione da esse. È la nostra vulnerabilità che ci impedisce di ridurci al nostro comportamento (LE SENNE 1950, 109), e ogni contraddizione, ossia l'urto del soggetto col mondo, è l'occasione di un'ascensione in rapporto alle leggi biologiche e sociali.

⁸¹ A distanza di trent'anni dal dialogo tra Canguilhem e Péquignot, la Francia ha legittimato questo principio nella cd. “Loi Léonetti” del 2005, che conferisce al paziente il diritto al rifiuto e alla sospensione dei trattamenti e quello alla sedazione profonda in caso di fine vita. La nuova legge n. 87/2016 (“Loi Claeys-Léonetti”) ha rafforzato l'impianto etico della precedente per quanto attiene al rifiuto dell'accanimento terapeutico, ossia di quegli atti inutili, sproporzionati o privi di altro effetto che non sia il mantenimento artificiale della vita (art. 2). Nel 2018 il Comité Consultatif National d'Éthique ha avviato gli Stati generali della bioetica (<https://etatsgenerauxdelabioethique.fr/>), con l'obiettivo di cogliere le ragioni sottese alle prese di posizione in materia bioetica e predisporre un rapporto da consegnare all'Office Parlementaire d'Évaluation des Choix Scientifiques et Technologiques.

⁸² CANGUILHEM 1975b, 358.

⁸³ DE LA FONTAINE 2013. Dello stesso tenore la favola intitolata *La morte e il disgraziato*.

⁸⁴ CANGUILHEM 1975b, 359.

⁸⁵ CANGUILHEM 1975a, 3.

medici – ciò non avrebbe alcun senso, si capirà, se Canguilhem non credesse non solo alla realtà ma anche alla legittimità della domanda di morte proveniente da un essere cosciente della propria sofferenza⁸⁶.

Se Péquignot ritiene insomma che un soggetto sofferente normale non possa non voler vivere, che quindi la psicologia normale del morente sia totalmente oggettivabile dal punto di vista medico⁸⁷, Canguilhem non ha mai giudicato lo spirito oggettivabile e ha costantemente contrastato quelle concezioni deterministiche dell'uomo che annullano del tutto la sua dimensione spirituale⁸⁸. Assumendo al contrario che ciascuno vuole vivere, al modo durkheimiano⁸⁹, Péquignot nega *a priori* il diritto di morire ritenendolo espressione di una volontà patologica. Ma la sofferenza che Péquignot crede di poter oggettivare è per Canguilhem espressione di un valore soggettivo che sfugge a ogni giurisdizione possibile propria di un sapere oggettivo⁹⁰. Come nel caso del suicidio, il filosofo ritiene necessario interrogarsi sul senso soggettivo dell'esperienza del morire, facendo così del diritto di morire un gesto della soggettività normativa che si autoafferma e che non è determinata o necessitata dal suo stato.

Il diritto di morire è pertanto legato necessariamente per Canguilhem all'esperienza vissuta della malattia terminale, e deve essere riconosciuto dalla medicina come terapeutica, non come sapere, in quanto è impossibile oggettivare la singolarità dell'esperienza. Se infatti è certo che nella malattia terminale non è dato guarire o instaurare nuove norme, la scelta della morte non è tuttavia obbligata. Il punto di vista del morente è inoggettivabile, e il medico ha il compito di riconoscere la sua volontà e il suo diritto, facendo o astenendosi dal fare qualcosa che provochi la morte. L'impegno del medico non deve essere al servizio esclusivo della vita, ma della normatività del suo paziente, che lo obbliga a rispettare il senso e il valore che questi conferisce alla sua esistenza.

Il diritto di morire è funzione dell'esistenza concreta e del suo progettarsi, dunque non libertà *da*, ma libertà *di*, che può realizzarsi solo nel riconoscimento degli altri. Ciò nonostante, Canguilhem non ritiene comunque che il medico debba essere giuridicamente obbligato a tale riconoscimento, e per questo afferma l'opportunità di non legiferare affatto, o di lasciare uno spazio vuoto, o addirittura di tacere. Non ci resta allora che analizzare questi aspetti, che, al pari della fondazione stessa del diritto di morire, contribuiscono a definire la singolarità della sua posizione.

6. Il rapporto del diritto di morire con la medicina e con la legge

Come si è detto, Canguilhem conferisce al diritto di morire un fondamento che va al di là delle conoscenze mediche, delle politiche sanitarie e delle critiche all'accanimento terapeutico. Ma la

⁸⁶ Péquignot comprende bene la posta in gioco messa in campo da Canguilhem e dichiara di non credere molto all'insegnamento teorico di questi problemi, ma in compenso di auspicare l'attivazione di insegnamenti che preparino i medici a relazionarsi con i morenti (CANGUILHEM 1975b, 360). Per altro verso, Canguilhem riconosce che la difficoltà maggiore nella questione «c'est lorsque le médecin se trouve en présence d'un malade inconscient et d'une famille qui veut lui imposer ce qu'elle croit être le point de vue du malade» (CANGUILHEM 1975b, 364).

⁸⁷ Come ha ben visto Céline Lefève, Péquignot, mettendo in questione la legittimità della domanda di morte e sforzandosi di individuare delle possibili soluzioni (le cure palliative) atte a prevenire questo genere di domande, tratta la questione del diritto di morire come una questione di fatto, cancellando del tutto il significato soggettivo del diritto di morire come problematica relativa al valore. Ma questa impostazione deriva essa stessa da una posizione di valore dissimulata propria di una concezione positivista della medicina per la quale il valore e la finalità primaria della medicina risiedono nella conservazione della vita (LEFÈVE 2010, 39).

⁸⁸ L'assunto per cui il diritto di morire equivale a una questione di carattere spirituale manifesta una continuità con quanto Canguilhem affermava già in uno dei suoi scritti giovanili pubblicato nei *Libres propos* di Alain: «en faisant de l'esprit un petit univers à part, séparable et observable, comme avec des appareils, on fait de l'esprit une chose, c'est-à-dire qu'on l'enterre comme esprit» (CANGUILHEM 1929a, 224).

⁸⁹ Cfr. DURKHEIM 1963, 168. Cfr. al riguardo CAVICCHIA SCALAMONTI 1991, 47-54.

⁹⁰ LE BLANC 1998, 63.

sua posizione è invero assai più articolata, in quanto il fondamento del diritto di morire va al di là anche della legge – in ogni intervento sostiene infatti che è del tutto inopportuno legiferare in materia –, e la sua effettività e il suo riconoscimento vengono fatti dipendere in ultima analisi dalla decisione etica del medico, invitato esplicitamente a superare il punto di vista oggettivante della medicina.

Giunto alla fine del suo tentativo di fondazione, venendo alla relazione tra diritto di morire, legge e rapporto terapeutico, Canguilhem afferma: «Dans quelle mesure, à supposer que ce fondement du droit à la mort soit ce que j'en pense, dans quelle mesure le médecin doit répondre à ce droit par un devoir, là, je laisse la parole au médecin»⁹¹.

Questo «je laisse la parole au médecin» ha un duplice significato, perché se da un lato, e banalmente, segna il passaggio di parola al suo interlocutore nel dialogo con Péquignot, dall'altro racchiude il senso della risposta offerta da Canguilhem al problema generale del diritto di morire, che va demandato appunto alla decisione medica. Come sostiene infatti in *Le droit à la mort*, è

«nocif de légiférer en la matière parce que c'est dans un cas individuel donné qu'un médecin qui aurait reconnu la légitimité de l'interrogation sur ce droit du malade, qui aurait par conséquent laissé ébranler sa certitude qu'il doit à tout prix être le serviteur de la vie, ce médecin décidera en présence du cas singulier. Si je dis qu'il ne faut pas légiférer, c'est parce que contrairement à ce qu'on dit souvent: "il y a des choses qui vont bien sans les dire mais qui vont mieux en le disant", je pense, au contraire, que ce type de décision, cette sorte de décision à prendre, cette nouvelle relation du médecin au malade, cela va mieux sans le dire qu'en le publiant»⁹².

Nelle *Notes sur le droit à la mort* il filosofo aveva però espresso una posizione più elaborata, sostenendo che né il diritto di morire né il dovere medico possono essere iscritti nella legge, anche se «la loi peut laisser expressément la chose en suspens. La loi peut reconnaître la valeur de la clause de conscience. Euthanasie: moins on en parle mieux ça vaut. Pratique qui va mieux sans dire qu'en le disant»⁹³.

La risoluzione canguilhemiana di porre il riconoscimento di questo diritto non nella sfera della legge ma in quella della decisione medica, e senza che quest'ultima debba essere giuridificata o anche solo resa pubblica, deriva molto semplicemente dal fatto che nella sua prospettiva il diritto di morire dipende in ultima analisi dalla singolarità del morente e dal rapporto che questi ha con il suo medico, dunque da una posizione etica molto specifica la cui autenticità, a suo dire, rischierebbe di essere minata da una qualsivoglia forma di pubblicizzazione⁹⁴.

A giustificare il convincimento che il rapporto medico-morente non possa e non debba essere giuridificato è la qualità della relazione terapeutica, che si caratterizzerebbe proprio per il suo non essere applicazione di una scienza e per il suo prendere in carico la soggettività dei malati, ciò che rimanda alla tesi canguilhemiana per la quale i fenomeni patologici non sono delle variazioni quantitative dello stato normale, e la vita malata è espressione di un'altra normatività che ha la medesima dignità ontologica della vita sana.

L'etica medica – lo si è visto – ha per Canguilhem il compito di confrontarsi con la sofferenza e di reagire alle diminuzioni locali di vita. Contro una medicina subordinata a una concezione della società sul modello dell'organismo, che adotta un concetto sociale e non individuale di salute, il filosofo si appella dunque alla vocazione eminentemente individuale della medicina di

⁹¹ CANGUILHEM 1975b, 357.

⁹² CANGUILHEM 1975b, 362. Così Canguilhem nel suo *Rapport de synthèse*, pp. 105-106: «Le droit du malade à sa mort, à un moment donné, ne peut pas être reconnu ailleurs que dans la décision du médecin» (CANGUILHEM 1974).

⁹³ CANGUILHEM 1975a, 1.

⁹⁴ È quanto Canguilhem afferma nel dibattito radiofonico successivo al dialogo con Péquignot, non riportato in CANGUILHEM 1975b ma disponibile presso la BPI del Centre Georges Pompidou.

prolungare la normatività del soggetto, di aiutarlo ad appropriarsi delle norme, a divenirne il soggetto. Rispondendo all'appello rivoltogli da una singolarità sofferente, il medico deve cioè impegnarsi a prendersene cura in tutte le sue norme di vita patologiche, da cui quelle di fine vita non possono ritenersi ovviamente escluse.

Più specificamente, Canguilhem afferma l'opportunità che la conoscenza delle norme di vita e la comprensione dell'esperienza del malato orientino l'azione medica, e auspica perciò un cambio di registro negli studi che consenta alla medicina di rivolgersi non più solo alla conoscenza del funzionamento dell'organismo e delle malattie – espressione dell'oblio professionale del malato da parte del medico –, ma al contrario al riconoscimento e alla comprensione dell'esperienza soggettiva dei malati⁹⁵, così da affermarsi come arte, come esperienza e non solo come sapere. Rivaluta pertanto la clinica e la terapeutica, che, oltre a dover mobilitare le conoscenze e le tecniche oggettive fornite loro dalle scienze biologiche, rispetto ai saperi hanno l'onere supplementare di rivolgere un'attenzione personale all'esperienza soggettiva dei malati. In questa prospettiva al medico è attribuita una doppia responsabilità, razionale nei confronti della malattia ed etica nei confronti del malato, sebbene nell'esercizio della medicina la prima di esse rischi sempre di annullare «dans l'objectivité du savoir médical la subjectivité de l'expérience vecue du malade»⁹⁶. La presa in carico del malato comporta insomma una responsabilità che va al di là della lotta contro la malattia, al di là del sapere, e che è rivolta all'esperienza vissuta del malato inteso come soggetto normativo. Il medico allora, prima che riparatore, deve essere esegeta del paziente, ascoltare la sua esperienza vissuta, riconoscere il senso esistenziale della malattia⁹⁷ e astenersi dall'oggettivare i propri valori nel linguaggio medico, subordinandoli invece a quelli del paziente, preso dunque in considerazione come persona.

Assunta l'attività medica come comprensione e ristabilimento dell'attività normativa del paziente, nella singolarità di ogni situazione, si comprende come in determinati casi di fine vita, non dandosi eventualità di guarigione, il paziente possa ritenere di esercitare la propria attività normativa assumendo su di sé la decisione di porre fine alla propria esistenza. La medicina, potremmo quindi sostenere, deve sì essere un sapere, ma un sapere che non neghi la natura soggettiva dell'oggetto cui è rivolta la sua attività di cura, non potendo nulla dire, nel caso in esame, della singolarità dell'esperienza inoggettivabile del morente, pena l'imposizione al paziente di una visione della salute o del bene che a questi sarebbe estranea.

Che un simile aiuto a morire, fondato sulla capacità del medico di sentire i valori del paziente, debba rientrare per Canguilhem nell'ambito dell'etica medica è perfettamente comprensibile quando si volga lo sguardo a colui che ha rappresentato per il filosofo francese un esempio di medicina come arte pratica di spessore etico autonoma dalla teoria. Ci riferiamo a Pierre Aboulker, medico chirurgo molto apprezzato da Canguilhem per la sua capacità di non annullare nel fenomeno della malattia la sua dimensione simbolica e di senso, e di rinunciare alla pretesa prometeica della medicina ponendosi proprio al livello della sofferenza dei suoi pazienti. Richiamiamo il giudizio di Canguilhem su questo medico non solo per l'interesse della sua concezione terapeutica, ma anche perché riteniamo che essa abbia informato la stessa concezione canguilhemiana del diritto di morire. Come ricorda in un testo inedito del marzo 1977 dal titolo *Le chirurgien, le malade et la mort. Hommage à Pierre Aboulker*, Canguilhem aveva infatti invitato proprio Aboulker a tenere la relazione di apertura di una delle tavole rotonde del convegno mondia-

⁹⁵ CANGUILHEM 1978a, 392-411.

⁹⁶ CANGUILHEM 1978a, 408-409. Uno dei riferimenti di Canguilhem è in questa direzione GOLDSTEIN 2010. Al riguardo si veda LEFÈVE 2013.

⁹⁷ Questa concezione della medicina è direttamente ispirata al modello della relazione analitica. La già richiamata recensione al testo di René Allendy (cfr. CANGUILHEM 1929c), tra i fondatori della Société psychanalytique de Paris, ne è testimonianza. Ma si vedano anche CANGUILHEM 1978b e CANGUILHEM 1988. Coglie giustamente questa prosimità RECALCATI 2008.

le “Biologie et devenir de l’Homme”, nella sezione *Qualité de la vie, dignité de la mort*, ruolo che per ragioni di salute Aboulker rifiutò. Questa la sua sentita e toccante argomentazione:

«Il s’agissait d’examiner la question: *le droit à la mort peut-il être reconnu par la médecine?* J’ai eu beaucoup de peine à convaincre le Professeur Aboulker qu’il était, à mes yeux, l’homme de cette question. [...] Pour ma part, j’avais espéré, en m’adressant à lui, lui donner l’occasion de développer, devant une assemblée d’extension internationale, les commentaires d’attitudes et de décisions qu’il avait confiés à ses interlocuteurs d’un Colloque sur “Le réanimateur et la mort”⁹⁸. Des déclarations de Pierre Aboulker, je ne veux retenir ici que celle où l’on devine l’authenticité de sa relation personnellement vécue – et non plus seulement professionnellement assumée – avec ses patients: “Pour le chirurgien, la mort d’un de ses malades est la négation de son œuvre. Il est affronté à sa propre annihilation. Comme pourrait-il regarder le malade mourir sans être lui-même profondément affecté?”. Mais, pour ceux qui ont été ses malades, la mort de leur chirurgien est la négation de l’illusion fortifiante qui leur avait fait percevoir, un jour, penché sur leur corps fragile et douloureux, un être qu’ils avaient cru plus fort que la mort. Pierre Aboulker, dont on peut penser qu’il se sentit toujours au même niveau de fragilité que ses malades, a été si profondément conscient de la puissance de cette illusion qu’il a, avec une délicatesse singulière, décelé la part qui, dans sa genèse, peut revenir au chirurgien. Dans sa *Leçon inaugurale*, il a dépeint la figure symbolique de l’homme qui s’apprête aux gestes réparateurs. “Fermement installé au centre de lui-même, il se sent le serviteur de la Nature, le Thérapeute. Comme le héros des tragédies d’Eschyle, il doit résister à l’ivresse de la toute-puissance, cette démesure qui fit le châtement de Prométhée”⁹⁹.

Sulla scorta di questa impostazione, quello che Canguilhem definisce un rovesciamento del senso dell’appello non costituisce quindi una rottura della relazione medica solo a condizione che quest’ultima sia concepita come un sostegno dell’attività normativa del paziente.

Torniamo ora alla questione della legge. Si è detto che Canguilhem non riconosce l’opportunità di una legislazione sull’eutanasia, auspicando al riguardo un silenzio del legislatore. Questo silenzio, beninteso, non è in alcun modo legato al timore che un’eventuale legge potrebbe generare pratiche affini a quelle naziste¹⁰⁰, spesso paventate dalla critica come fatalmente derivanti da un riconoscimento pubblico del diritto di morire. E esso, piuttosto, è la conseguenza della privatezza e dell’intimità, per non dire della segretezza, che il filosofo attribuisce alla relazione medica, che nessun testo di legge, sostiene, «ne saurait protéger efficacement». Vero è, però, che Canguilhem non spiega perché una legge non potrebbe proteggere il medico e il malato, né da chi o da cosa dovrebbe farlo. Probabilmente nella sua prospettiva la giuridificazione della relazione medico-paziente comporterebbe la definizione di limiti formali all’agire medico – che potrebbe con ciò ritrovarsi tiranneggiato e contenuto nella sua responsabilità –, o rischierebbe di minare il rapporto di fiducia, necessariamente al di là della legge, tra medico e paziente; o ancora, come sostiene la Lefève, non garantirebbe la comprensione da parte del medico dell’esperienza e dei valori del paziente, né proteggerebbe il medico dal sentimento del paziente di non essere compreso.

⁹⁸ Il riferimento di Canguilhem è alla relazione tenuta da Aboulker nel convegno *Le réanimateur et la mort*, in cui questi parla di un caso di fine vita che l’aveva riguardato personalmente, e nel quale la decisione di sospendere i trattamenti riposava su un’intima conoscenza del paziente (cfr. al riguardo LEFÈVE 2010, 47-48). Cfr. anche CANGUILHEM 1978a, 409.

⁹⁹ CANGUILHEM 1977, 2-3. Cfr. al riguardo CANGUILHEM, PÉQUIGNOT, ROY 1973, 13, cit. in LEFÈVE 2014, 38.

¹⁰⁰ Così Canguilhem: «Les questions sur l’euthanasie sont des questions corrompues à l’avance par le fait qu’un certain nombre de voyous criminels ont, à un moment, baptisé de ce nom des pratiques collectives qui n’avaient rien à voir avec ce problème presque de rapport au prochain qu’est à un moment donné le fait qu’un soignant, un médecin, par compassion, comme le dit le Pr. Péquignot, consent à quelque chose que, moi personnellement, je n’appellerais pas un meurtre» (cit. in LEFÈVE 2010, 46). Sulle teorie che mettono in relazione l’eutanasia con le pratiche naziste di eliminazione della vita non degna di essere vissuta cfr. GOFFI 2006, 25-36.

Al limite, sostiene Canguilhem, la legge potrà lasciare la cosa in sospeso, per quanto anche quest'espressione risulti piuttosto oscura e soprattutto non si comprenda in che modo lasciare la cosa in sospeso da parte della legge possa distinguersi dal non legiferare affatto¹⁰¹. Quel che invece il filosofo afferma chiaramente, nell'ipotesi di una legalizzazione dell'eutanasia, è la necessità di lasciare spazio all'obiezione di coscienza da parte dei medici, ciò che rivela come la sua preoccupazione sia rivolta maggiormente a non giuridicizzare il dovere dei medici nei confronti dei malati, che a riconoscere legalmente il diritto dei morenti.

Canguilhem qualifica dunque come diritto la legittima richiesta di morire, senza però conferirle (né lasciando aperture in tal senso) alcuna consistenza giuridica concreta, né da un punto di vista legale, né, ci sembra di capire, da un punto di vista giurisdizionale, nella misura in cui, a suo giudizio, un diritto può essere fatto valere contro il potere solo quando enunciato dalla legge. La decisione relativa a questa richiesta spetta solo al medico che avrà lasciato cadere la sua certezza di essere servitore della vita e si sarà fatto servitore del soggetto. In questi termini, il diritto di morire si ritrova in conclusione al di qua e al di là dell'ordinamento giuridico: al di qua, per il suo carattere generale, al di là, perché strettamente legato a una relazione intima che è per definizione quanto una legge non è in grado di esprimere.

7. *Problematizzazione giuridica della fondazione e della concretizzazione del diritto di morire*

A quest'altezza del discorso disponiamo di tutti gli elementi utili a mostrare come il diritto di morire, a differenza del suicidio, rappresenti un punto molto problematico nella filosofia canguilhemiana, da un lato per la contraddizione esistente tra questo diritto e la sua concretizzazione nel quadro del rapporto con il medico e con il legislatore, da un altro perché tale sua concretizzazione nella relazione terapeutica appare non conseguente rispetto non tanto all'etica medica di Canguilhem, quanto alla sua filosofia complessiva in relazione al conflitto normativo interno alla società.

Si è detto infatti che Canguilhem ritiene il diritto di morire un diritto esistenziale dell'uomo, che afferma anche in tal modo la propria normatività. E che questo diritto esistenziale, lungi dal dover essere positivizzato, deve essere concretizzato nella relazione terapeutica, ciò che implica una preliminare riforma degli studi di medicina capace di trasformare il rapporto terapeutico secondo uno specifico ideale normativo. Siamo dunque dinanzi a un diritto il cui esercizio è subordinato all'intimo riconoscimento della sua legittimità da parte del medico, nell'assenza di quella che in termini strettamente giuridici viene definita come una effettiva titolarità: da un lato è un diritto appartenente all'uomo, dall'altro è così intimo e privato da risultare assolutamente individuale e singolare. Ma questo ideale normativo di intimità della relazione terapeutica ci sembra correre il rischio di scivolare in una grande estraneità. Se l'oggetto dell'arte medica è un soggetto, se dunque la medicina deve dipendere dai valori del paziente, che deve essere riconosciuto come agente – e nel caso specifico come titolare di un diritto di morire che, alla stregua di ogni altro diritto, è la capacità di un soggetto cosciente di modificare la situazione data –, appare infatti difficile spiegare per quale ragione questo diritto debba essere subordinato al riconoscimento del medico, o, meglio ancora, perché «ne peut être reconnu ailleurs que dans la décision du médecin». La sua traduzione nel rapporto terapeutico rovescia cioè la sua fondazione nella

¹⁰¹ La contrarietà di Canguilhem rispetto a un'ipotesi di legalizzazione appare anche quando tiene a precisare che la sua è un'opinione strettamente personale che non sentirebbe mai di poter affiancare alle posizioni di quanti rivendicano una legislazione in materia: «Je suis résolument opposé à prendre une initiative de ce genre, et encore plus résolument opposé à participer à une société, une association qui se donnerait pour tâche publique de faire valoir quelque chose qui n'est pas un droit. On peut faire valoir un droit reconnu par la loi et violé par un gouvernement ou une administration. Mais là, il s'agit de justifier un point de vue philosophique personnel» (cit. in LEFÈVE 2010, 45).

sua subordinazione alla decisione medica, così che il diritto dell'uno (paziente) si rovesci non nel dovere, ma nel diritto/dovere dell'altro (medico).

Si tratta, a nostro giudizio, di un problema che merita di essere discusso, a partire dalla già richiamata contraddizione tra il diritto e la sua concretizzazione, passando per la problematizzazione della relazione terapeutica, fino ad arrivare all'analisi del diritto di morire all'interno del rapporto tra le normatività sociali. Ne conseguirà che quella sopra espressa non è la sola posizione etica (e giuridica) compatibile con l'impianto filosofico canguilhemiano. Ma procediamo con ordine.

Canguilhem non fa certo proprie quelle posizioni etiche che impongono al medico di non soddisfare la richiesta dei malati e per le quali il valore vita è sottratto alla valutazione del soggetto. Al contrario, il discorso che si snoda attraverso i suoi molteplici interventi sul tema concepisce la vita non come un dono di cui il soggetto non può disporre, ma come un impegno che non è stato sottoscritto e dal quale, in determinate condizioni, ci si può anche sottrarre. E inquadra i diritti come la ripresa da parte della coscienza di una situazione nella quale essa è coinvolta senza averlo voluto. Come logica conseguenza, in determinate situazioni il malato dovrebbe vedersi riconosciuto il diritto di determinare la propria morte, ciò a cui dovrebbe corrispondere un dovere del medico, a nostro giudizio sia in caso di eutanasia attiva (che presuppone un agire specifico del medico) o passiva (che prevede la sola sospensione del trattamento), sia in caso di suicidio assistito (dove è il soggetto a darsi la morte con l'aiuto del medico), sebbene Canguilhem non adotti queste distinzioni.

Ma è a partire da qui che il suo ragionamento pratico¹⁰² non risulta del tutto conseguente in termini etici e giuridici. I diritti hanno infatti anche una dimensione sociale e istituzionale, ragione per cui in questo caso si dovrebbe riconoscere che andrebbe consentito al medico, da parte dei legislatori e dei giudici, di attivarsi a tal fine senza che sia obbligato a farlo e senza la minaccia, per altro verso, di ripercussioni legali. Eppure, come si è visto, non è esattamente questa la conclusione cui giunge Canguilhem, per il quale il diritto di morire, benché fondato come gli altri diritti, a differenza di questi non dovrebbe essere enunciato. Il filosofo non esprime insomma neanche l'ambizione di modificare da un punto di vista legale o comunque pubblico la configurazione sociopolitica cui il diritto di morire si oppone, rifiuta infatti esplicitamente di promuovere pubblicamente questo diritto aderendo alle rivendicazioni delle istanze sociali allora attive su questo fronte, né ritiene infine che esso possa essere fatto valere in qualche modo. Pertanto, possiamo dedurre, un tale diritto di morire non sarebbe rivendicabile di fronte a un giudice, perché Canguilhem – che su questo punto mostra stranamente di ragionare a partire da una concezione del diritto di marca strettamente positivista – riconosce solo ai diritti garantiti dalla legge la possibilità di essere fatti valere, anche e soprattutto contro i governi o le amministrazioni.

Ciò non può non destare un certo stupore, tenuto conto delle posizioni politiche del filosofo francese, e crediamo sia sufficiente per provare a discutere quella che ci sembra un'impostazione contraddittoria del suo discorso.

Assunto il rilievo che Canguilhem attribuisce alla coscienza normativa in direzione di una riforma del fatto sociale, si ha diritto ogni qualvolta un fatto subito è riformato normativamente, ogni qualvolta un'insufficienza o una contraddizione del fatto in cui si è viene espressa socialmente sotto forma di rivendicazione, di protesta o di vera e propria elaborazione normativa (com'è accaduto storicamente per molti diritti). La fondazione canguilhemiana è dunque anti-conformista oltre che antiformalistica, non consentendo di delineare un catalogo di diritti naturali, né di ridurre i diritti alla loro enunciazione positiva, e per ciò stesso si scontra con l'idea che sia possibile far valere solo un diritto riconosciuto dalla legge. Nel caso in esame, riconoscendo il conflitto potenziale tra medico e malato, Canguilhem avrebbe potuto sostenere, al contrario, che un diritto può essere affermato da un giudice anche in assenza di una legge, così che dove non si

¹⁰² Cfr. CANALE 2017, 18-25 e 129-161.

dia esegesi del paziente da parte del medico subentri quella del soggetto di diritto da parte del giudice, il quale è agente di una tecnica che deve essere al servizio dei bisogni della vita e del reale ed è chiamato anch'egli, alla pari del medico, a valutare la singolarità dei casi e la specifica soglia di sofferenza di cui è espressione il conflitto, creando la norma di volta in volta più adeguata. A una simile giurisprudenza Canguilhem non potrebbe non prestare il suo consenso, considerato che nella sua prospettiva il giudizio non potrebbe mai essere pensato come applicazione di una legge da cui praticamente non si distingue.

Da un altro punto di vista, essere anticonformisti e antiformalisti non implica che non si possano apprezzare le virtù della forma. Pertanto, la contrarietà del filosofo a una legalizzazione del diritto di morire che dia concretezza alla richiesta di una norma attributiva di un potere resta oscura.

È davvero sufficiente invocare il rischio che la pubblicità della relazione medico-malato ne mini l'autenticità, quando già all'altezza degli anni Settanta tale rapporto era giuridificato in molteplici forme e disciplinato da numerose leggi che pure non avevano (né avrebbero) precluso il suo carattere intimo e privato? Secondo Lefève, Canguilhem avrebbe negato il suo consenso a un'ipotesi di legalizzazione temendone delle conseguenze criminali sul piano sociale¹⁰³, ma un siffatto timore, per quel che è di nostra conoscenza, non trova espressione in nessuno dei suoi interventi. E quand'anche lo avesse sostenuto, sarebbe stato in manifesta contraddizione con quanto da lui stesso affermato rispetto all'assenza di una qualsiasi somiglianza tra l'eutanasia e le omonime pratiche naziste.

Si potrebbe allora ipotizzare che Canguilhem neghi l'utilità di una legge perché ritiene che i rapporti sociali non debbano essere modificati dall'alto, da una forma di potere separata dalla normatività sociale, e dunque perché il diritto di morire non si è ancora affermato socialmente (ragion per cui invocherebbe una riforma degli studi di medicina). Benché plausibile, questa possibilità si infrange però contro la convinzione di Canguilhem che l'eutanasia debba restare fuori da ogni forma di pubblicità, come a significare, forse, che il diritto di morire rappresenta già ai suoi occhi una normatività sociale più o meno diffusa. Ma se così fosse, attendere che il diritto di morire si affermi socialmente senza imporre per legge di riconoscerlo a chi lo nega o a chi comunque non ne è persuaso può ritenersi espressione di una concezione della società organica e unanime (o di un'analogia concezione della legge) che non appartiene certo a Canguilhem, che avalla al contrario una normatività diffusa di tipo sociale senza alcuna portata idealizzante, dunque antiorganicisticamente.

Infine, si è visto come il diritto sia espressione di un sentimento di insoddisfazione in rapporto alla configurazione fattuale data, e come un diritto esistenziale riguardi un soggetto irriducibile a ciò che lo costituisce, che conserva una capacità di scelta, di elaborazione e di riforma di sé e del dato. Stando così le cose, non si comprende allora perché Canguilhem non abbia sostenuto le lotte sociali degli anni Settanta che invocavano proprio quella trasformazione della relazione terapeutica da lui auspicata, ciò che apre altresì al problema della valenza critica del diritto di morire, di cui si vedrà a breve.

Per concludere intanto su questo primo punto, la fondazione canguilhemiana fa del diritto di morire un diritto esistenziale nella sua concezione filosofica, ma non in un ordinamento giuridico, dotato di un'autorità esclusivamente morale e non ordinamentale¹⁰⁴, privo di un'identità o di una consistenza che non sia quella filosofica, dunque extra-giuridica, e tale da non dover essere positivizzato. Ma i diritti fondamentali posti fuori dalle istituzioni, come ha ben rilevato Gianluigi Palombella, possono essere al contempo assoggettati a questa loro superiorità, fino a restare paralizzati¹⁰⁵. E nel caso che stiamo discutendo, questo diritto, restando fuori da un processo istituzionale o legale, rischia addirittura di rovesciarsi nel suo contrario.

¹⁰³ LEFÈVE 2010, 18 e 40.

¹⁰⁴ Per questa declinazione del concetto di autorità si rinvia a PALOMBELLA 2002.

¹⁰⁵ PALOMBELLA 2002, 133.

Al fine di dimostrarlo, è necessario passare attraverso la declinazione canguilhemiana di questo diritto sul versante storico, vale a dire attraverso la sua concretizzazione all'interno del rapporto terapeutico. Se da un lato il diritto di morire rischia di permanere come entità morale astratta, dall'altro ci appare come una destinazione etica dell'uomo che deve restare radicalmente fuori dall'ordinamento giuridico, eccentrica rispetto a questo nella misura della sua intimità, della sua privatezza e della sua drammaticità non giuridicizzabili. Ma la privatezza cui aspira Canguilhem, del tutto condivisibile, non implica che il diritto di morire sia al di fuori di ogni istituzione o di ogni rapporto normativo. Canguilhem non concepisce infatti il diritto di morire del tutto astrattamente, slegato cioè da ogni processo storico. Ci sembra evidente che il filosofo, dovendo pensare una concretizzazione del diritto di morire, non ritiene possibile separarlo dal quadro storico di medicalizzazione della morte, né, aggiungeremmo, dalla storicità della relazione medico-paziente, di cui invoca appunto una trasformazione che le permetta di prendere in considerazione il diritto del morente (cosa possibile solo tenendo ferma l'ipotesi di una storicità della relazione terapeutica). Ma ci sembra altresì che per Canguilhem il diritto di morire neanche *debba* essere separato da questo quadro di medicalizzazione della morte, altrimenti si faticherebbe non poco a comprendere per quale ragione il riconoscimento di tale diritto non possa darsi che nella decisione del medico, potendo esservi difatti altri modi di concretizzarlo in relazione a una malattia incurabile.

Siamo pertanto di fronte a un diritto che nel suo inserimento istituzionale, concepito da Canguilhem solo nei termini della relazione terapeutica, non funziona a partire dal suo fondamento e rischia di rovesciarsi nel suo contrario; di fronte alla posizione di un valore che non deve essere positivizzato e la cui effettività riposa nel riconoscimento di chi avrebbe il dovere di permetterne la realizzazione, vale a dire il medico. Il quale però, come nel caso di Péquignot, potrebbe non riconoscerlo, interpretando la sua richiesta come una manifestazione patologica di volontà.

Canguilhem, si ricorderà, aggiunge anche che, nel caso si legiferasse, bisognerebbe lasciare ai medici libertà di coscienza, ritenendo che non si possa né si debba imporre al medico un obbligo di aiutare a morire, mentre non tiene ugualmente a garantire la volontà del paziente. Ma poiché è sempre possibile che il medico non si senta obbligato a riconoscere la volontà del morente, ciò a cui non può naturalmente essere costretto, si dovrebbe almeno assicurare una qualche concordanza tra il diritto del morente e il dovere del medico, considerato anche che la pure auspicabile riforma degli studi di medicina, oltre a costituire un processo di lungo periodo, non trasformerà immediatamente la relazione medico-paziente. Vi è sempre la possibilità che si continui a essere curati non solo fino al punto in cui la cura è inutile, ma anche contro la propria volontà, come aveva ben visto Hans Jonas, e che il diritto esistenziale di trascendere il fatto della dipendenza si rovesci nel vincolo del riconoscimento medico.

Ci appare chiaro, insomma, che la fondazione canguilhemiana articola contraddittoriamente socialità, storicità e giuridicità del diritto di morire: non lo lega alle lotte sociali per il diritto, come una rivendicazione normativa di tipo storico, né ritiene faccia parte o debba far parte dell'ordinamento giuridico. Questo ci aiuta a comprendere che quella di Canguilhem non è una risposta storico-sociale in termini di diritto a un mutato quadro delle pratiche del morire, ma una risposta storico-sociale in termini etici che rischia di restare senza conseguenze perché vincolata nella sua privatezza, per quanto nobile e desiderabile.

8. *Problematizzazione etica e politica: lotte sociali e conflitti normativi*

Giunti a questo punto, ogni spiegazione delle contraddizioni sinora rilevate risulterebbe solo ipotetica. Vorremmo perciò provare, al contrario, a superare alcune incongruenze e ad ampliare l'analisi al fine di mostrare la possibilità, restando all'interno dell'impianto filosofico canguilhemiano, di un ordine di ragionamento diverso e più conseguente, che ci consenta di declinare il discorso sul diritto di morire sul piano della normatività sociale, la quale non è riducibile al

rapporto terapeutico o comunque all'interpretazione di questo alla luce dei principî dell'etica del *care*, come ci sembra voglia la Lefève¹⁰⁶. Con quest'ultima certamente non si può non concordare quando sostiene che la posizione di Canguilhem sul diritto di morire prolunga la sua pedagogia della relazione medica, nella misura in cui aiutare un paziente a morire è una manifestazione del riconoscimento da parte del medico della soggettività del paziente. E tuttavia, a nostro giudizio, insistere sul tenore etico della prestazione medica come ideale normativo non fa risaltare adeguatamente il fatto che negli ultimi due secoli la medicina e l'etica medica sono state comunque al centro di un conflitto tra normatività sociali che ha completamente ridefinito la relazione medico-paziente in direzione della negazione della questione della morte.

Benché nei suoi testi Canguilhem manchi in effetti di evidenziare che la medicina, a seguito delle trasformazioni storiche subite dal rapporto terapeutico in questo lasso di tempo, ha negato e rimosso la questione della morte, non riconoscendo validità alla domanda di morte e alle richieste normative orientate in tal senso, questa rimozione è però direttamente legata all'oblio della dimensione soggettiva della malattia e dell'individualità del malato nella relazione medica, di cui il filosofo è estremamente consapevole. Di tale configurazione storica del rapporto terapeutico, anzi, Canguilhem è stato tra i critici più acuti: parla infatti di questa rimozione come di un oblio professionale, nella misura in cui lo sviluppo della medicina scientifica del XIX secolo ha promosso una postura professionale e un rapporto terapeutico che hanno determinato dei meccanismi psichici di difesa che permettono al medico di non identificarsi con il malato; denuncia come la trasformazione della medicina in sapere elimini l'angoscia nei confronti della malattia, permettendo al medico di non ricordare che lui stesso è esposto alla malattia e alla morte, proteggendolo dall'angoscia e inducendolo in tal modo non solo a negare la propria vulnerabilità, ma a mancare la soggettività del paziente; mostra infine come il ricorso al sapere sia funzionale a un'irresponsabilità medica nei confronti della dimensione soggettiva del malato, laddove mettersi nei panni del malato consente al medico di non negare la propria situazione ontologica di vivente esposto alla fragilità e alla morte, di non negare la sua angoscia¹⁰⁷.

Se Canguilhem auspica una trasformazione della relazione terapeutica in direzione della soggettività è dunque per tutte queste ragioni. Ma a difficoltà si aggiunge difficoltà, in quanto non è semplice comprendere la ragione per la quale il filosofo non iscrive il diritto di morire all'interno delle lotte che negli anni Settanta valorizzavano questa richiesta normativa alla luce delle trasformazioni complessive del campo medico e della gestione tecnica delle negatività dell'esistenza, né è dato comprendere il perché non discuta di tale diritto all'interno del rapporto tra normatività sociali.

Infatti, proprio negli anni in cui riflette sulla questione vedono la luce non solo il *Manifesto per l'eutanasia*, pubblicato sul numero di *Le Monde* del 12 gennaio 1973, ma anche e soprattutto alcuni degli studi più significativi sulla questione del morire, che la iscrivono radicalmente in ambito storico-politico: basti pensare a Philippe Ariés, che nel 1975 pubblica la sua raccolta di saggi intitolata *Essais sur l'histoire de la mort en Occident*¹⁰⁸, testo che avrà vasta risonanza e che illustra proprio il progressivo farsi di quel processo storico in virtù del quale si è costituito un quadro di «“medicalizzazione” del sentimento della morte», e più in generale di medicalizzazione dell'«idea che ci si fa della vita», che ha fatto sì che il malato scomparisse come figura soggettiva¹⁰⁹. Diversamente, pur avendo Canguilhem sottolineato più volte la necessità di una riforma della medicina che andasse in questa dire-

¹⁰⁶ Cfr. LEFÈVE 2014.

¹⁰⁷ Su tutto ciò cfr. CANGUILHEM 1978a, 409.

¹⁰⁸ Cfr. ARIÉS 1989, nonché ARIÉS 1977.

¹⁰⁹ Sempre del 1974 è l'anticipazione del lavoro più famoso di Ivan Illich (ILLICH 2004), a cura di Michel Bosquet, nel corposo dossier *Quand la médecine rend malade*, pubblicato in «Le Nouvel Observateur», 519, 21 ottobre 1974. Insieme ad altri ritagli di giornale intorno alla questione del diritto di morire, Canguilhem conservava questo dossier nel suo archivio (G.C. 23.I.4).

zione, resta fuori dalle sue analisi una problematizzazione storico-sociale delle pratiche del morire comparabile a quella che Ariés stava portando avanti da tempo in Francia¹¹⁰, come anche una problematizzazione delle conseguenze dello sviluppo tecnologico sulla vita. Sotto quest'ultimo aspetto, non si può neanche sostenere che all'epoca di Canguilhem i fenomeni dovuti all'avanzamento tecnologico non fossero ben percepibili, come è vero che è lo stesso filosofo a domandarsi esplicitamente, nel corso del convegno *Qualité de la vie, dignité de la mort*, se «faire son devoir, pour le médecin, est-ce prolonger la mort de l'humain dans la vie végétative». Ma l'ideale terapeutico promosso da Canguilhem sembra rivolto più al rapporto del soggetto con qualsiasi malattia incurabile¹¹¹ che alle esigenze di un'esistenza nei confronti di una nuova dolorosità della vita legata al suo prolungamento artificiale, come sosterrà di lì a breve, in modo difficilmente contestabile, Hans Jonas¹¹², riconoscendo proprio in questo stato di cose la condizione storica di possibilità della comparsa di un diritto di morire «di nuovo genere; a causa delle inusitate modalità di trattamento, volte soltanto a mantenere in funzione l'organismo»¹¹³.

Ora, è chiaro che all'altezza degli anni Settanta la rivendicazione di un diritto di morire è rilevante al livello del conflitto normativo interno alle società occidentali, come rivendicazione che esprime la sofferenza in rapporto a uno stato di fatto in cui si è e denuncia la violazione dell'ideale terapeutico che proprio Canguilhem valorizzava. E storicamente questa richiesta normativa ha trovato in vari Paesi una traduzione legale il cui terreno era stato preparato dalle stesse lotte (è già del 1976 il *Natural Death Act*, con cui la California ha depenalizzato l'eutanasia e introdotto il primo testamento biologico). Ma Canguilhem – che pure avrebbe potuto aderire, se non alla contestazione della medicalizzazione *tout court* della vita, come nel caso di Ivan Illich, almeno a quella dell'oggettivazione medica della vita che elimina l'istanza valoriale rappresentata dalla soggettività –, non sente di poter dare però il suo sostegno ai movimenti che invocano una legislazione sul diritto di morire, e demanda la questione al solo riconoscimento medico, con la conseguenza di esporre il diritto di morire come istanza normativa al rischio di essere fagocitato dalla normalità sociale di una medicina che non ritiene di poter fare proprio questo dovere di aiuto nella morte, e che nega a una forma di vita il suo radicamento assiologico e il suo diritto esistenziale all'autoaffermazione (fatti salvi i casi di eutanasia silenziosa e quelli in cui il medico accetta l'appello del morente).

Eppure Canguilhem avrebbe potuto perfettamente iscrivere il diritto di morire nel conflitto normativo interno alla società restando coerente al suo impianto filosofico: operazione tanto più legittima in quanto lui stesso riconosce un conflitto potenziale tra medico e malato, un potenziale divenire del medico oggetto della volontà del morente – tale da giustificare, nel caso, la previsione del diritto all'obiezione di coscienza da parte dei medici –, e comunque l'opportunità di una riforma degli studi di medicina che sensibilizzi gli aspiranti medici rispetto alla soggettività dei morenti. Proveremo, pertanto, a interpretare questo diritto in relazione ai conflitti normativi.

Come si è detto, il conflitto tra norme è un dato strutturale di ogni società umana, dovuto principalmente al carattere agonistico della norma e al fatto che ciascuna società ignora quale sia lo stato normale da istituire. È la condizione che Canguilhem qualificava come polemica e che Foucault giudicherà politica: la guerra sociale è una guerra di norme, la guerra di norme è una guerra

¹¹⁰ A due anni di distanza dalla pubblicazione de *La storia della morte in Occidente* compare *La volontà di sapere* di Michel Foucault, in cui il filosofo avanza l'ipotesi per la quale il precoce ingresso del suicidio nel campo dell'analisi sociologica traduceva lo stupore di una società il cui potere aveva assunto il compito di gestire la vita e di incrementare la qualità complessiva del vivente nei confronti del «diritto individuale e privato di morire» (FOUCAULT 2003, 122).

¹¹¹ Ciò nonostante Canguilhem, come si è visto, parla anche dell'«*émergence de la question dans le rapport de la mort à la médecine*», nonché di una «*nouvelle relation du médecin au malade*» (CANGUILHEM 1975b 362).

¹¹² Come sosteneva Hans Jonas, la tecnologia medica contemporanea è «in grado di procrastinare la fine oltre il punto in cui la vita ha ancora valore per il paziente stesso, anzi oltre il punto in cui questi è ancora in grado di darle un valore» (JONAS 1991, 11).

¹¹³ JONAS 1991, 12-13.

di valori, e la norma che ambisca a iscriversi nell'esistenza entra in conflitto con altre norme che cercano un reale da normalizzare. Ebbene, l'ideale terapeutico che Canguilhem voleva si realizzasse non si è realizzato se non in piccola parte, essendo restato subordinato al valore della sopravvivenza biologica, soggetto a una normalità sociale della medicina che ha il compito di adattare i soggetti alle norme sociali e che perverte il diritto esistenziale di morire determinando l'auto-percezione dei morenti. Come sottolineava mirabilmente lo stesso Canguilhem: «la conscience que les malades ont de leur situation n'est jamais une conscience nue, sauvage. On ne saurait ignorer la présence, dans l'expérience vécue du malade, des effets de la culture et de l'histoire»¹¹⁴. Pertanto, contro coloro che intendono imporre la norma della vita anche ai morenti, si può ricordare, con il Canguilhem delle *Nuove riflessioni*, per il quale la salute è un valore individuale giudicato soddisfacente da un soggetto, che la medicina deve valutare lo stato patologico dell'individuo in funzione non del suo disadattamento sociale¹¹⁵ – in questo caso alla norma della vita –, ma delle sue sofferenze, delle quali l'individuo è il solo giudice, pena la subordinazione del rapporto medico alla norma collettiva, che è sempre il prodotto di una decisione normativa.

Chiarito che il diritto di morire avrebbe potuto essere analizzato da Canguilhem in questa direzione, ci sembra necessario sottolineare che le opinioni canguilhemiane sul diritto di morire rivelano senza ombra di dubbio un grado di problematizzazione etica e politica inferiore rispetto a quella riconoscibile nei suoi interventi giovanili sul suicidio, nella misura in cui è rimasta esclusa dal suo orizzonte di pensiero una riflessione sul processo sociale e sul rilievo politico in senso ampio delle trasformazioni delle tecniche e delle pratiche del morire. Il suicidio, lo si è detto, costituisce un'espressione radicale della normatività umana non tanto perché istituisce una nuova norma soggettiva, ma perché mette in questione la normalità sociale. E conserverebbe questo carattere quand'anche avesse luogo in un deserto, come sottolinea Canguilhem nel *Traité*, dove del suicidio, del suo senso irriducibile alle sue cause, offre una valutazione morale che presuppone sempre di non pensarlo come un gesto anomico, ma in relazione a una vita (umana, sociale) che non si dà i mezzi per trascendersi. Ebbene, come si è visto Canguilhem sostiene che diritto di morire e suicidio sono questioni intimamente connesse – benché non ne illustri le ragioni –, senza contare che la descrizione del primo riprende quasi alla lettera quella del secondo nel *Traité*. Se ciò testimonia di una grande continuità del pensiero canguilhemiano¹¹⁶, allora a maggior ragione si fatterà a comprendere perché il diritto di morire, che a differenza del suicidio si presenta come una partenza con domanda preliminare di congedo, non esprima una drammaticità storico-sociale, e soprattutto perché il diritto di morire non avrebbe una simile valenza critica – peraltro supportata socialmente – nei confronti della società data e dello stato di cose relativo al rapporto terapeutico.

9. Conclusioni

Tutto ciò considerato, e rilevato il difetto di consequenzialità del ragionamento pratico canguilhemiano su diritto, rapporto terapeutico e società, possiamo concludere che l'ipotesi di una legalizzazione – senza attribuire alla legge dei caratteri che essa non ha né delle vette che non può raggiungere, e senza necessariamente auspicarla – si scontrerebbe di certo con l'opinione di Canguilhem, ma non con il suo complessivo impianto filosofico. Né a questo sarebbe contraria una funzione critica del diritto di morire, nella misura in cui la trasformazione della morte in malattia, rilevata dalla sociologia del morire, intende esattamente far fronte all'eliminazione del-

¹¹⁴ CANGUILHEM 1978a, 409.

¹¹⁵ CANGUILHEM 1998, 245.

¹¹⁶ In una lettera del 26 ottobre 1984 indirizzata a Giuseppe Sertoli e custodita nel Fondo Canguilhem presso il CAPHES, Canguilhem osserva: «Il me serait facile de montrer dans le *Traité* le départ de certaines itinéraires poursuivis, sans renoncement ni répudiation» (citata in ROTH 2011, 612 n).

la morte come punto di resistenza alla medicalizzazione della vita, sottrazione della vita non tanto alla medicalizzazione *tout court*, quanto all'oggettivazione medica. In questo senso il diritto di morire può rappresentare una risposta delle nostre società alla negazione del radicamento assiologico di una forma di vita che si rifiuta di essere ridotta a cosa, disumanizzata perché oggettivata mediante l'annullamento del suo essere posizione cosciente di valore. Se il diritto di morire è un diritto esistenziale, insomma, è perché è proprio di un soggetto che non può essere essenzializzato, oggettivato, cosificato, ma che è al contrario un agente responsabile di scelte, e non in quanto razionale, bensì perché responsabile del proprio modo d'essere e di vivere, in quanto agente sociale che si riconosce in una specifica identità.

A sostegno di queste conclusioni, ci sia consentito sviluppare un'ultima argomentazione di carattere generale.

Dal punto di vista della legalizzazione del diritto di morire e delle sue ricadute sul rapporto terapeutico, e restando sul piano dell'analisi, se da un canto va ricordato che una relazione sociale non si modifica certo per decreto, dall'altro è assolutamente possibile riconoscere questo diritto in assenza di una generale trasformazione della relazione medica. Benché infatti un nuovo equilibrio di rapporti non possa nascere da una legge, questa può però consentire il diritto e fungere da stimolo per una nuova configurazione di rapporti che sia già diffusa socialmente in una certa misura. Pur derivando naturalmente da un determinato stato della normatività sociale (che si tratti di eutanasia silenziosa o di rivendicazione socialmente diffusa), la legalizzazione sarebbe in questo caso promotrice di una normalizzazione. Definirebbe normale il morire, e tornerebbe a trattare la morte come tale e non come una malattia. Esercitando il suo discorso legittimo, il diritto manifesterebbe la sua forza di normalizzazione e naturalizzazione nei confronti di quella che è una scelta normativa, un'opzione di valore¹¹⁷, nei confronti di una morte sottratta per lungo tempo alla sfera della vita, almeno nell'immaginario, per via della medicalizzazione.

Le richieste normative di un diritto di morire possono essere intese, infatti, come espressioni una protesta contro una prassi di rapporto terapeutico tendente a perpetuarsi anche una volta persa la sua propria ragione d'essere sociale, o comunque contro nuove pratiche che, pur senza tendere alla demonizzazione del rapporto terapeutico e dei progressi del sapere medico, cercano di fare in modo che il morente, all'interno dell'istituzione ospedaliera, non sia più percepito come un anormale, un deviante o un disertore dalla lotta per la vita.

D'altronde, lo si è visto, Canguilhem ha sempre adottato una postura del tutto anti-conservatrice in virtù della quale la morale è rottura degli automatismi, slancio creativo nei confronti di una norma obsoleta in rapporto a un contesto sociale come universo di possibili. In questo senso, una legge può servire esattamente all'affermazione di un nuovo costume. Si tratterebbe di una legge sperimentale, come sosteneva un antiformalista come Jean Cruet, che in certe ipotesi di normatività sociale diffusa, qual è il caso dell'eutanasia praticata silenziosamente, può «constituer une réaction salutaire du milieu social»¹¹⁸ proprio in virtù del fatto che esistono delle leggi, come quella relativa all'omicidio del consenziente, che possono minare non solo questa normatività – per il pericolo che fa correre ai medici di vedersi trascinare in tribunale –, ma anche la presa di coscienza di questa normatività e conseguentemente lo sforzo cosciente di riforma della situazione data.

Pertanto, ritenere opportuna una legge non significa necessariamente voler razionalizzare o logicizzare un rapporto come quello tra medico e malato, necessariamente singolare. Vi può ben essere la creazione di una norma legale che non si difenda dal vivente, ma che consenta al vivente di esprimere i suoi rapporti¹¹⁹, senza autorizzare alcuna magistratura bioetica a imporre dall'esterno ai pazienti un valore e ai medici un'etica. Una legalizzazione che non esprima il valore oggettivo di una vita, la sua dignità, la soglia di dolore sopportabile etc., non impedirebbe al

¹¹⁷ Sul rapporto circolare tra giuridicizzazione e normalizzazione cfr. BOURDIEU 1986, 110-113.

¹¹⁸ CRUET 1908, 173.

¹¹⁹ Cfr. RODOTÀ 2006, 247-266.

medico di curare la vita e lottare per la vita, né comporterebbe una banalizzazione del diritto di morire, che potrebbe darsi soltanto nel caso in cui il regime di normatività che si applica alla vita fosse esclusivamente quello legale¹²⁰, come invece non è e come Canguilhem sapeva bene.

Giungiamo così all'ultimo punto del nostro discorso, ossia alla valenza critica del diritto di morire. Rifacendoci ad Ariés, a Foucault e a quanti altri hanno mostrato come negli ultimi due secoli i processi di medicalizzazione della vita abbiano spostato la soglia dello scandalo investendo le condotte che mettono a rischio la vita o che non gestiscono adeguatamente il loro capitale biologico, possiamo sostenere che, sebbene negli ultimi quarant'anni il diritto di morire sia stato riconosciuto, a livello legislativo o giurisdizionale, in numerosi Paesi, esso continua ad essere percepito come in qualche modo scandaloso. E la ragione dello scandalo è che il diritto di morire tende a costituire la negazione di una normalità sociale come prodotto di processi storici di valorizzazione che hanno conferito al prolungamento della vita un'importanza sempre crescente, con la conseguenza che attorno a esso si è giocata e si gioca una battaglia simbolica per la definizione di quel che è normale o anormale.

Come si è cercato di mostrare con Canguilhem, però, il diritto di morire è una norma esistenziale e non vitale, riguarda il valore della vita e non il suo mero durare per il soggetto che ne è titolare: in quanto affermazione della propria autonomia, della propria forma di vita, la decisione di morire non può essere sciolta da un caso e da un'esistenza singolari, e in questo senso è un'opposizione normativa alla medicalizzazione dell'esistenza, poiché non sottoscrive il fatto della società medicalizzata come «una realtà che è al tempo stesso un bene»¹²¹.

Nella convinzione di quanto si è appena sostenuto, riteniamo tuttavia necessario guardarsi dall'enfatizzare oltre misura il diritto di morire come posta in gioco simbolica delle nostre società intorno alla medicalizzazione dell'esistenza, attenuando cioè il carico simbolico che si fa gravare su questo diritto, inteso, a seconda dei casi, ora come una richiesta normativa che configura l'ultima barriera nei confronti della medicalizzazione della vita – ciò che è eccessivo quando si consideri che tutto sommato a essere invocata è comunque una morte medicalizzata –, ora come una richiesta normativa di medicalizzazione della morte, ciò è ugualmente eccessivo essendo il fine vita già di per sé medicalizzato.

Se è infatti vero che il presente di Canguilhem, esattamente come il nostro, era caratterizzato da un imperativo igienizzante e medicalizzato che ha prodotto importanti riflessi sul senso comune, non è detto che la richiesta di morire risponda maggiormente a questo imperativo e non piuttosto alla volontà del soggetto di affrancarsi da uno stato nel quale è passivamente costretto.

Probabilmente, consentendo al morente di porre fine alla sua vita con l'aiuto del medico, il diritto di morire è suscettibile di rientrare nella dimensione biopolitica di medicalizzazione della morte, con la conseguenza che il diritto alla morte degna equivarrebbe al diritto a una vita immunizzata¹²². Ma al tempo stesso il mancato riconoscimento di questo diritto non getterà il fine vita nelle mani del potere medico più di quanto già non sia, e lascerà sopravvivere medicalmente una vita che vuole morire.

Cheché se ne dica, il diritto di morire è un luogo critico che rivela un conflitto tra valori differenti e tra due modi differenti di intendere l'attività terapeutica, oltre a rappresentare una modalità di esistenza critica rispetto alla configurazione socioculturale data. Pertanto, al fine di promuovere quell'ideale relazionale pensato da Canguilhem, una legalizzazione è senz'altro pensabile¹²³, non fosse altro che per liberare i medici dalla difficile situazione in cui si trovano senza richiedere loro necessariamente un atto "eroico".

¹²⁰ Al riguardo ci sia consentito il rinvio a BRINDISI 2010.

¹²¹ CANGUILHEM 1966, 245.

¹²² Cfr. BROSSAT 2010, 228 e 233.

¹²³ Cfr. RODOTÀ 2009, 84: «Serve una norma che individui l'area che deve rimanere estranea alla regolazione giuridica, dove l'autonomia dei soggetti sia "presidiata" al solo fine che altri non possano invaderla».

Riferimenti bibliografici

- ANGELINI A. 2017. *Le rapport vie-technique-savoir chez Canguilhem et Foucault: entre épistémologie et théorie des institutions*, intervention pour les 3èmes journées d'études sur l'Épistémologie Historique (18-20 mai 2017), École doctorale de Philosophie ED 280, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.
- ARIÉS PH. 1989. *Storia della morte in Occidente*, Milano, Rizzoli (ed. or. *Essais sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Âge à nos jours*, Paris, Seuil, 1975, trad. it. di S. Vigezzi).
- ARIES PH. 1977. *L'homme devant la mort*, Paris, Seuil.
- BAECHLER J. 1975. *Les suicides*, Paris, Calmann-Lévy.
- BARBAGLI M. 2010. *Congedarsi dal mondo. Il suicidio in Occidente e in Oriente*, Bologna, il Mulino.
- BAYET A. 1922. *Le suicide et la morale*, Paris, Alcan.
- BETTELHEIM 1960. *Il cuore vigile. Autonomia individuale e società di massa*, Milano, Adelphi, 1988 (ed. or. *The Informed Heart. Autonomy in a Mass Age*, New York, Free Press, 1960, trad. it. di P. Bertolucci).
- BOURDIEU P. 1986. *La forza del diritto. Elementi per una sociologia del campo giuridico*, Roma, Armando, 2017 (ed. or. *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*, in «Actes de la recherche en sciences sociales», 64, 1986, 3 ss., trad. it. di C. Rinaldi).
- BRAUNSTEIN J.-F. 2004. *La critique canguilhemienne de la psychologie*, in «Estudos e Pesquisas em Psicologia», vol. 4, 2, 2004, 6 ss.
- BRAUNSTEIN J.-F. 2011. *Introduction. À la découverte d'un «Canguilhem perdu»*, in CANGUILHEM G. 2011, *Œuvres complètes. Volume I. Écrits philosophiques et politiques*, sous la direction de J.-F. Braunstein et Y. Schwartz, Paris, Vrin, 101 ss.
- BRAUNSTEIN J.-F. 2014. *Bioéthique ou philosophie de la médecine?*, in «Revue de métaphysique et de morale», 82, 2014, 239 ss.
- BRINDISI G. 2010. *Pensare il diritto di morire. Tra istanze storico-sociali, fronti etici e profili giuridico-politici*, in U. Pomarici (a cura di), *Il diritto come prassi. I diritti fondamentali nello stato costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, 69 ss.
- BROSSAT A. 2010. *Droit à la vie?*, Paris, Seuil.
- CAMMELLI M. 2007. *Canguilhem e il problema delle norme in sociologia. Riflessioni di epistemologia biopolitica*, in «Storicamente», 3, 2007.
- CANALE D. 2017. *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Roma-Bari, Laterza.
- CANGUILHEM G. 1927. *La justice, Alain, Collège Sévigné, 1927*, testo inedito consultabile presso il Fonds Georges Canguilhem, custodito nel Centre d'Archives en Philosophie, Histoire et Édition des Sciences (CAPHÉS), dossier GC 5.4.11.
- CANGUILHEM G. 1929a. *La fin d'une parade philosophique, le bergsonisme*, in «Libres propos», 20 avril, 1929, ripreso in ID., *Œuvres complètes. Volume I. Écrits philosophiques et politiques*, sous la direction de J.-F. Braunstein et Y. Schwartz, Paris, Vrin, 2011, 221 ss.
- CANGUILHEM G. 1929b. *Préjugés et jugement*, in «Libre propos», 20 juin 1929, ripreso in ID., *Œuvres complètes. Volume I. Écrits philosophiques et politiques*, sous la direction de J.-F. Braunstein et Y. Schwartz, Paris, Vrin, 2011, 240 ss.
- CANGUILHEM G. 1929c. *À la gloire d'Hippocrate, père du tempérament*, in «Libres propos», 20 août, 1929, ripreso in ID., *Œuvres complètes. Volume I. Écrits philosophiques et politiques*, sous la direction de J.-F. Braunstein et Y. Schwartz, Paris, Vrin, 2011, 248 ss.

- CANGUILHEM G. 1930. *Discours prononcé par G. Canguilhem, agrégé de l'université, professeur de philosophie, à la distribution des prix du lycée de Charleville, le 12 juillet 1930*, Charleville, Typographie et lithographie P. Anciaux.
- CANGUILHEM G. 1931. *Sociologia – Le cause del suicidio. Recensione all'opera del sociologo Maurice Halbwachs Les causes du suicide*, in «Storicamente», 3, 2007 (ed. or. *Sociologie. – Les causes du suicide*, in «Libres propos», novembre 1931, ripreso in CANGUILHEM G. 2011, *Œuvres complètes. Volume I. Écrits philosophiques et politiques*, sous la direction de J.-F. Braunstein et Y. Schwartz, Paris, Vrin, 2011, 375 ss., trad. it. di M. Cammelli).
- CANGUILHEM G. 1933. *R. Le Senne – Le devoir*, in «Méthode. Revue de l'enseignement philosophique», 5, 1933, ripreso in ID., *Œuvres complètes. Volume I. Écrits philosophiques et politiques*, sous la direction de J.-F. Braunstein et Y. Schwartz, Paris, Vrin, 2011, 441 ss.
- CANGUILHEM G., PLANET C. 1939. *Traité de logique et de morale*, in CANGUILHEM G. 2011, *Œuvres complètes. Volume I. Écrits philosophiques et politiques*, sous la direction de J.-F. Braunstein et Y. Schwartz, Paris, Vrin, 2011, 632 ss.
- CANGUILHEM G. 1958. *Qu'est-ce que la psychologie?*, in «Revue de Métaphysique et de morale», 1, 1958, 12 ss., ripreso in ID., *Études d'histoire et de philosophie des sciences concernant la vie*, Paris, Vrin, 1994, 365 ss.
- CANGUILHEM G. 1974. *Rapport de synthèse au Colloque mondial "Biologie et devenir de l'homme", Sorbonne, 18-24 septembre 1974*, testo consultabile presso il Fonds Georges Canguilhem, custodito nel Centre d'Archives en Philosophie, Histoire et Édition des Sciences (CAPHÉS), dossier G.C. 23.1.3.; pubblicato in C. Galpérine (ed.), *Biology and the Future of Man*, Universities of Paris, 1976, Ediscience-McGraw Hill, Paris-New York, 1976, e ripreso in "Bio-éthique", II, 6 décembre 1991.
- CANGUILHEM G. 1975a. *Notes sur le droit à la mort*, testo inedito consultabile presso il Fonds Georges Canguilhem, custodito nel Centre d'Archives en Philosophie, Histoire et Édition des Sciences (CAPHÉS), dossier G.C. 23.1.4.
- CANGUILHEM G. 1975b. *Le droit à la mort*, in GAILLE M. (ed.), *Philosophie de la médecine. Frontière, savoir, clinique*, Paris, Vrin, 2011, 347 ss.
- CANGUILHEM G. 1977. *Le chirurgien, le malade et la mort. Hommage à Pierre Aboulker*, mars 1977, testo inedito consultabile presso il Fonds Georges Canguilhem, custodito nel Centre d'Archives en Philosophie, Histoire et Édition des Sciences (CAPHÉS), dossier G.C. 24.9.21
- CANGUILHEM G. 1978a. *Puissance et limites de la rationalité en médecine*, in ID., *Études d'histoire et de philosophie des sciences*, Paris, Vrin, 1995, 392 ss.
- CANGUILHEM G. 1978b. *Une pédagogie de la guérison est-elle possible?*, in ID., *Écrits sur la médecine*, Paris, Seuil, 2002, 49 ss.
- CANGUILHEM G. 1988. *La santé: concept vulgaire et question philosophique*, in ID., *Écrits sur la médecine*, Paris, Seuil, 2002, 69 ss.
- CANGUILHEM G. 1993. *Conférence, L'éthique médicale : entre pouvoir, devoir et savoir*, testo inedito consultabile presso il Fonds Georges Canguilhem, custodito nel Centre d'Archives en Philosophie, Histoire et Édition des Sciences (CAPHÉS), dossier G.C.29.5 Éthique médicale.
- CANGUILHEM G. 1998. *Il normale e il patologico*, Torino, Einaudi (ed. or. *Le normal et le pathologique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1966, trad. it. di M. Porro).
- CANGUILHEM G. 2011. *Œuvres complètes. Volume I. Écrits philosophiques et politiques*, sous la direction de J.-F. Braunstein et Y. Schwartz, Paris, Vrin.
- CANGUILHEM G., PÉQUIGNOT H., ROY P. 1973. *L'autorité du médecin*, in «Médecine de l'homme. Revue du Centre catholique des médecins français», 55, mai 1973.

- CAVAZZINI A. 2004, *Per una filosofia critica. Lettura di Georges Canguilhem*, in CANGUILHEM G., *Scritti filosofici*, a cura di A. Cavazzini, Milano, Mimesis, 2004, 7 ss.
- CAVICCHIA SCALAMONTI A. 1991. *Tempo e morte*, Napoli, Liguori Editore.
- CITROME P. 1952. *Conclusion d'une Enquête sur le Suicide dans les Camps de Concentration*, in «Cahiers internationaux de sociologie», VII, 1952, 147 ss.
- CRUET J. 1908. *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, Flammarion.
- DOUGLAS J.D. 1967. *The Social Meanings of Suicide*, New Jersey, Princeton University Press.
- DURKHEIM É. 2007. *Il suicidio. Studio di sociologia*, Milano, BUR (ed. or. *Le suicide. Étude de sociologie*, Paris, Alcan, 1897, trad. it. di R. Scramaglia).
- DURKHEIM É. 1963. *Sociologia e filosofia*, Milano, Edizioni di Comunità (ed. or. *Sociologie et philosophie*, Paris, Alcan, 1924, trad. it. di F. Airoidi-Namer).
- FONTAINE J. DE LA 2013. *Favole*, L'Aquila, REA Edizioni (ed. or. *Fables*, trad. it. di E. De Marchi, 1669).
- FOUCAULT M. 2003. *La volontà di sapere. Storia della sessualità 1*, Milano, Feltrinelli (ed. or. *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, trad. it. di P. Pasquino e G. Procacci).
- FOUCAULT M. 2004. *Gli anormali. Corso al Collège de France 1974-1975*, Milano, Feltrinelli. (ed. or. *Les anormaux. Cours au Collège de France 1974-1975*, sous la direction de F. Ewald et A. Fontana, Paris, Seuil/Gallimard, 1999, trad. it. di V. Marchetti e A. Salomoni).
- FREUND J. 1965. *L'essence du politique*, Paris, Sirey.
- GALLI C. 1996. *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, il Mulino.
- GOFFI J.-Y. 2006. *Pensare l'eutanasia*, Torino, Einaudi (ed. or. *Penser l'euthanasie*, Paris, PUF, 2004, trad. it. di A. Serafini).
- GOLDSTEIN K. 2010. *L'organismo. Un approccio olistico alla biologia derivato dai dati patologici nell'uomo*, Roma, Giovanni Fioriti Editore (ed. or. *Der Aufbau des Organismus. Einführung in die Biologie unter besonderer Berücksichtigung der Erfahrungen am kranken Menschen*, Den Haag, Wilhelm Fink, 1934, trad. it. di L. Corsi).
- HALBWACHS M. 1930. *Les causes du suicide*, Paris, Alcan.
- ILLICH I. 2004. *Nemesi medica. L'espropriazione della salute*, Milano, Mondadori (ed. or. *Limits to Medicine – Medical Nemesis: The Expropriation of Health*, London, Marion Boyars, 1975, trad. it. di D. Barbone).
- JONAS H. 1991. *Il diritto di morire*, Genova, il melangolo (ed. or. *Techniken des Todesaufschubs und das Recht zu sterben*, Frankfurt am Main, Insel Verlag, 1985, trad. it. di P.P. Portinaro).
- KANT I. 2006. *Metafisica dei costumi*, Milano, Bompiani (ed. or. *Metaphysik der Sitten*, Berlin, 1797, trad. it. di G. Landolfi Petrone).
- KELSEN H. 2000. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi (ed. or. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, Franz Deuticke Verlag, 1934, trad. it. di R. Treves).
- LAPLANCHE J. 1970. *Vie et mort en psychanalyse*, Paris, Flammarion.
- LE BLANC G. 1998. *Canguilhem et les normes*, Paris, Presses Universitaires de France.
- LEFÈVE C. 2010. *Le droit à la mort peut-il être reconnu par la médecine? À propos du dialogue radiophonique «Le droit à la mort» entre Georges Canguilhem et Henri Péquignot*, in «Les cahiers du Centre Georges Canguilhem», 4, 2010, 13 ss.

- LEFÈVE C. 2013. *La relation médecin-malade chez Georges Canguilhem*, in «Dialogue: Canadian Philosophical Review / Revue canadienne de philosophie», 52, 2013, 695 ss.
- LEFÈVE C. 2014. *De la philosophie de la médecine de Georges Canguilhem à la philosophie du soin médical*, in «Revue de Métaphysique et de Morale», 2, 2014, 197 ss.
- LE SENNE R. 1950. *Le devoir*, Paris, Presses Universitaires de France.
- MACHEREY P. 2016. *Canguilhem et l'idée de milieu*, relazione tenuta il 22 aprile 2016 à Liège al convegno «Georges Canguilhem. Science, technique, politique: perspectives actuelles». Disponibile in: <https://philolarge.hypotheses.org/1737> (consultato il 24/12/2019).
- MARRA R. 1987. *Suicidio diritto e anomia. Immagini della morte volontaria nella civiltà occidentale*, ESI, Napoli.
- MASULLO A. 2000. *La bioetica, una frontiera della ragione pratica*, in GALLINO L., SALVADORI M.L., VATTIMO G. (eds.), *Atlante del Novecento*, Torino, Utet, 2000, 933 ss.
- NIZAN P. 1936, *Les matérialistes de l'antiquité*, Paris, Éditions Sociales Internationales.
- PALOMBELLA G. 2002. *L'autorità dei diritti*, Roma-Bari, Laterza.
- RECALCATI M. 2008. *L'ideale della salute o il reale del sintomo? Sulla singolarità nella pratica della psicoanalisi*, in «aut aut», 340, 2008, 134 ss.
- RODOTÀ S. 2006. *La vita e le regole*, Milano, Feltrinelli.
- RODOTÀ S. 2009. *Il caso Englaro: una cronaca istituzionale*, in «Micromega», 2, 2009, 77 ss.
- ROTH X. 2011. *Présentation*, in CANGUILHEM G. (ed.), *Œuvres complètes. Volume I. Écrits philosophiques et politiques*, sous la direction de J.-F. Braunstein et Y. Schwartz, Paris, Vrin, 2011, 597 ss.
- SCHMITT C. 1934. *I tre tipi di pensiero giuridico*, Bologna, il Mulino, 1972 (ed. or. *Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934, trad. it. di P. Schiera).
- SFARA E. 2018. *Georges Canguilhem inédit. Essai sur une philosophie de l'action*, Paris, L'Harmattan.
- TREBITSCH M. 1996. *L'intellectuel dans l'action. Lettres de Georges Canguilhem à Jean-Richard Bloch (1927-1946)*, in «Vingtième Siècle, revue d'histoire», 50, 1996, 111 ss.
- VALÉRY P. 1932. *Rombi e altri rombi della rosa dei venti*, Robin, Torino, 2015 (ed. or. Rhumbs, Paris, Gallimard, 1932, trad. it. di M. Catucci).

CONSUETUDINE, NORMA
DI RICONOSCIMENTO,
NORMATIVITÀ
OVVERO, DELEUZE
E IL PROBLEMA DELLA
RIPETIZIONE

DAMIANO CANALE



Consuetudine, norma di riconoscimento, normatività
Owvero, Deleuze e il problema della ripetizione

Custom, Rule of Recognition, and Normativity
Or, Deleuze and the Problem of Repetition

DAMIANO CANALE

Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università Bocconi di Milano.
E-mail: damiano.canale@unibocconi.it

ABSTRACT

Sebbene la consuetudine giuridica sia oggi una fonte sussidiaria del diritto, il concetto di consuetudine viene implicitamente utilizzato dai giuristi per dar conto di numerosi fenomeni para-giuridici come, ad esempio, le convenzioni costituzionali, il vincolo del precedente nei sistemi di *civil law*, l'uso del diritto straniero da parte delle corti, le regole e i principi di *soft-law*. Il concetto di consuetudine viene inoltre utilizzato, in ambito filosofico-giuridico, da chi individua il fondamento del diritto in una pratica sociale, come nel caso della teoria della norma di riconoscimento di Hart. Il saggio considera innanzitutto i problemi filosofici che la concezione tradizionale della consuetudine giuridica solleva. In secondo luogo, il saggio sviluppa una concezione originale della consuetudine giuridica, che trae ispirazione dall'indagine filosofica di Gilles Deleuze sul concetto di ripetizione. In base alla concezione proposta, la consuetudine giuridica è una fonte interstiziale di diritto che modifica i contenuti e le condizioni di applicazione del diritto positivo. Il saggio fornisce infine alcuni spunti originali con riguardo al dibattito contemporaneo sulla normatività del diritto.

Although legal customs are nowadays a subsidiary source of law, the concept of custom is implicitly used by legal scholars to account for quasi-juridical phenomena such as the role of precedents in civil law systems, the use of foreign law by courts, the constitutional conventions, or the non-binding agreements, rules and principles of soft law. The same concept has been also employed in legal philosophy to characterize the social practice at the foundation of law, such in the case of Hart's theory of the rule of recognition. In this essay I first consider the problems that the traditional accounts of customary law gives rise to. Then I put forward an original account of customary law based on Gilles Deleuze's philosophical inquiry into the concept of repetition. According to the account proposed in this essay, legal custom is an interstitial source of law which modifies the content and the conditions of application of positive law. This account also provides some new insights with regard to the contemporary debate on the normativity of law.

KEYWORDS

Consuetudine giuridica, Fonti del diritto, Norma di riconoscimento, Normatività, Deleuze, Hart.

Customary Law, Sources of Law, Rule of Recognition, Normativity, Deleuze, Hart.

Consuetudine, norma di riconoscimento, normatività. Ovvero, Deleuze e il problema della ripetizione

DAMIANO CANALE

1. *Consuetudine e normatività del diritto* – 2. *Problemi aperti* – 3. *Un itinerario deleuziano* – 4. *Iterazione e ripetizione* – 4.1. *Variazione dell'opinione* – 4.2. *Variazione dell'usus* – 5. *Particolare assoluto* – 6. *Consuetudine giuridica e diritto positivo* – 7. *Consuetudine e norma di riconoscimento* – 8. *Il problema della normatività del diritto riconsiderato*.

1. *Consuetudine e normatività del diritto*

È noto come la consuetudine giuridica sia oggi una fonte sussidiaria del diritto. Fatta eccezione per l'ambito del diritto internazionale, essa svolge un ruolo del tutto marginale negli ordinamenti contemporanei, al punto che il suo studio viene ritenuto privo di interesse dalla maggior parte dei giuristi. Non di meno, la nozione di consuetudine continua a stimolare l'attenzione delle scienze giuridiche e della filosofia del diritto, il più delle volte in modo implicito o sotto mentite spoglie. Questa nozione viene implicitamente usata per spiegare fenomeni para-giuridici come le convenzioni costituzionali, il vincolo del precedente negli ordinamenti di *civil law*, l'uso persuasivo del diritto straniero nelle motivazioni delle sentenze, come pure, più in generale, quella costellazione di accordi, regole e principi – privi di efficacia giuridica ma spesso ritenuti giuridicamente rilevanti – denominati *soft-law*¹. I requisiti dell'*usus* e dell'*opinio*, così come tradizionalmente caratterizzati dalla dottrina, sembrano utili per spiegare l'origine di questi fenomeni e per dar conto del loro carattere normativo.

Ma il tema della consuetudine giuridica si presenta sotto mentite spoglie anche in taluni tentativi di individuare il fondamento degli ordinamenti giuridici. L'esempio più celebre è costituito dalla teoria hartiana della norma di riconoscimento, la quale si configura, a tutti gli effetti, come una norma consuetudinaria. Come noto, in *The Concept of Law* Hart afferma che la norma di riconoscimento consiste in una prassi sociale che individua le fonti dell'ordinamento giuridico². Più precisamente, si dà il caso di una norma di riconoscimento quando la generalità dei giudici e dei funzionari pubblici applica regolarmente una certa classe di norme (*usus*), giustificando tale comportamento mediante la considerazione che esso è dovuto poiché tali norme sono fonti del diritto (*opinio*). Per un verso, se considerata dal punto di vista di un osservatore esterno, la norma di riconoscimento serve dunque a spiegare la pratica sociale che consiste nell'individuazione del diritto da parte di giudici e funzionari; per altro verso, tale norma svolge una funzione normativa per chi partecipa alla pratica. Essa è dunque parte dell'ordinamento che serve a individuare sebbene non si possa dire né valida né invalida poiché la sua esistenza non dipende da altre norme quanto piuttosto dal comportamento qualificato di un gruppo sociale, quello composto da giudici e funzionari.

* Una prima versione di questo saggio è stata presentata in occasione del convegno "Per una teoria estetica generale del diritto e del segno", Università di Torino, 30 novembre 2015. Sono grato a Paolo Heritier, Giulio Itzcovich, Francesca Poggi, Ugo Volli e a un referee anonimo per le loro osservazioni critiche e i loro suggerimenti.

¹ Cfr. PASTORE 2003; SENDEN 2004; SOMMA 2009; WESTERMAN, HAAGE, KIRSTE, MACKOR 2018.

² HART 1994, cap. 7.

Ora, ci si potrebbe chiedere perché la nozione di consuetudine continui ad essere evocata, implicitamente o sotto mentite spoglie, per dar conto di innumerevoli fenomeni para-giuridici come pure del fondamento degli ordinamenti. Probabilmente ciò accade perché essa fornisce una traccia per rispondere a una questione centrale nel dibattito filosofico-giuridico: come possiamo spiegare la circostanza che un fatto sociale sia *action-guiding*, ovvero sia in grado di fungere da guida per i comportamenti sociali?

La nozione di consuetudine risponde a questo quesito suggerendo che un fatto sociale acquista carattere normativo se si ripete in un gruppo con una costanza tale da poter essere spiegato soltanto come l'osservanza intenzionale di una regola idonea a giustificarlo.

2. Problemi aperti

Come ho sostenuto in altra sede³, questa risposta solleva tuttavia numerosi problemi.

Con riguardo all'*usus*, ovvero sia al requisito materiale della consuetudine, la mera ripetizione generalizzata di un comportamento non è sufficiente per identificare la norma di cui tale comportamento costituirebbe l'osservanza. Come evidenzia il paradosso del seguire una regola, nella trattazione fornita da Saul Kripke, dato un comportamento qualsivoglia, generalmente tenuto dai membri di un gruppo sociale, vi saranno sempre più norme, incompatibili tra loro, in grado di spiegarlo o giustificarlo⁴. Servono dunque elementi ulteriori per determinare quale norma consuetudinaria sia generata e/o seguita da chi tiene il comportamento che si ripete. Il problema viene tradizionalmente risolto ricorrendo al requisito dell'*opinio*, vale a dire considerando gli stati psicologici (credenze, desideri, intenzioni) che motivano i membri del gruppo a tenere il medesimo comportamento. Chi lo concepisce come *opinio iuris*, ovvero sia come la credenza di agire conformemente a diritto, sembra tuttavia incorrere in circolarità: una norma consuetudinaria esiste soltanto se i membri di un gruppo sociale credono di agire conformemente a una norma consuetudinaria, col che rimangono misteriose l'origine e le caratteristiche distintive di questo tipo di norma. Se inteso invece come *opinio necessitatis*, ovvero sia come la credenza che il comportamento sia dovuto perché condizione necessaria per proteggere un interesse meritevole di tutela, l'*opinio* conduce a rappresentare la consuetudine giuridica come il rafforzamento di una regola sociale. Anche in questo caso, tuttavia, resta misterioso come tale rafforzamento possa aver luogo a prescindere dall'intervento di un'autorità giuridica che renda la regola sociale giustiziabile e coercibile, trasformandola in una norma giuridica.

Questi problemi sembrano perdere rilevanza qualora si ancori l'*opinio* a una qualche forma di intenzionalità collettiva, configurando la consuetudine, ad esempio, come una convenzione sociale. In base a questa prospettiva, l'*opinio* consisterebbe nella disposizione, da parte della generalità dei membri di un gruppo, a tenere una certa condotta a patto che gli altri facciano lo stesso. Si darebbe cioè il caso di una consuetudine quando un certo comportamento è generalmente tenuto (*usus*) perché ci si aspetta che gli altri si comportino nello stesso modo mossi dalla medesima aspettativa (*opinio*)⁵. Questa ricostruzione, tuttavia, riduce la consuetudine a una forma di coordinamento sociale i cui contenuti sono del tutto fungibili. Dato un problema di coordinazione qualsivoglia – ad esempio, tenere la destra oppure la sinistra nella circolazione stradale – è del tutto indifferente il modo in cui esso viene risolto; ciò che conta è che gli attori sociali agiscano nello stesso modo sulla base di una mutua aspettativa di reciprocità. Ma nel caso di una consuetudine giuridica, la scelta d'azione collettiva non sembra fungibile. La condotta tenuta è la

³ Per un'analisi più dettagliata dei problemi indicati in questo paragrafo mi permetto di rinviare a CANALE 2008, 109 ss.

⁴ Cfr. KRIPKE 2002.

⁵ Cfr. CELANO 1995.

condotta che *si deve* tenere in quel contesto d'azione in alternativa ad altre, anche a quelle che potrebbero svolgere una funzione equivalente, e ciò è tipicamente giustificato da ragioni di tipo prudenziale, morale, sociale, politico. Il concepire la consuetudine come una convenzione non consente cioè di cogliere il carattere normativo che siamo soliti attribuirle. Qualora si assuma questa prospettiva, il requisito dell'*opinio* si rivela dunque troppo debole, sotto-determinato rispetto al tipo di pratica che il concetto consuetudine cattura⁶.

Per superare questa difficoltà si potrebbe ritenere che il ripetersi della condotta sia motivato o giustificato da forme più ricche di intenzionalità collettiva, non riducibili alla mera aspettativa di reciprocità. L'*opinio* consisterebbe cioè nell'intenzione di compiere un'azione condivisa: i membri del gruppo tengono generalmente la medesima condotta perché la maggior parte di essi intende che il gruppo agisca così⁷. Si pensi ai casi tipici, diffusamente discussi in letteratura, del gruppo di amici che dipingono insieme una casa o del semplice passeggiare con qualcuno. Si tratta di azioni che comportano una stretta interdipendenza tra le intenzioni e i piani di azione individuali, la cui realizzazione dipende dall'agire degli altri membri del gruppo e dalla conoscenza condivisa delle condizioni alle quali ciò può accadere. In base a questa prospettiva, dunque, si darebbe il caso di una consuetudine soltanto in presenza di forme di cooperazione e di mutua responsabilità (*responsiveness*) tra gli individui la cui condotta si ripete.

A prescindere dai problemi filosofici che il concetto di intenzionalità collettiva solleva, sui quali non è possibile soffermarsi in questa sede⁸, appare evidente che la concezione appena considerata attribuisce all'*opinio* un carattere troppo forte, sovra-determinato rispetto al tipo di pratiche che stiamo considerando. Il ripetersi della condotta in cui consiste l'osservanza di una norma consuetudinaria non implica né presuppone necessariamente forme di interdipendenza, cooperazione e responsabilità reciproca tra i membri di un gruppo sociale; requisiti, questi, che sono invece richiesti ove l'intrecciarsi coordinato dei comportamenti individuali risulti determinante affinché l'agire collettivo si produca⁹. Senza contare che è del tutto implausibile ritenere che le forme "robuste" di intenzionalità e agire collettivo possano riprodursi su larga scala, coinvolgendo un'intera comunità sociale o anche solo l'insieme dei giudici e dei funzionari di un ordinamento a cui fa riferimento Hart¹⁰.

I problemi fin qui richiamati fanno della consuetudine giuridica una sorta di enigma, che nel lessico della filosofia del diritto *main stream* contemporanea non è altro che l'enigma della normatività, della capacità di un fatto sociale di fungere da guida per l'azione.

3. *Un itinerario deleuziano*

In questo saggio vorrei provare a sciogliere questo enigma interrogando una linea minore, eccentrica, della filosofia continentale contemporanea: quella tracciata da Gilles Deleuze. Deleuze è il filosofo che più di ogni altro nel secolo scorso ha indagato il concetto di ripetizione, tratto caratteristico della consuetudine, e questo mediante un gesto filosofico di rottura, teso a riconfigurare i concetti filosofici tradizionali in modo spesso paradossale, trasgressivo, provocatorio. La filosofia deleuziana si propone infatti come un'esplorazione dei presupposti del pensiero che non si

⁶ Vedi tuttavia CELANO 2014.

⁷ Cfr. SEARLE 1990, BRATMAN 1999, capp. 5-8; TOUMELA 2007, 46 ss.

⁸ Tra l'ampia letteratura sul tema, vedi BAIER 1997, VELLEMAN 1997; ZAIBERT 2003, PETERSSON 2007.

⁹ Il medesimo ordine di considerazioni può essere esteso alle posizioni filosofiche che individuano l'intenzionalità collettiva non in virtù del suo *contenuto* ma del *soggetto* a cui è imputata. È questo il caso di chi concepisce i gruppi sociali, date certe condizioni, come veri e propri "soggetti plurali", i cui membri acquistano diritti (*entitlements*) e obblighi in virtù dell'appartenenza al gruppo. Cfr. GILBERT 2006, 145 ss.

¹⁰ Si veda su questo punto BALTZER 2002; CELANO 2013.

accontenta di procedere mediante l'analisi di concetti o la ricerca del loro fondamento, comunque questo venga concepito, ma che sfocia in un atto creativo, ovvero sia nell'elaborazione di concetti nuovi¹¹.

Va dà sé che interrogare questa linea di pensiero con riguardo al nostro tema pone innumerevoli problemi. In primo luogo, negli scritti deleuziani non troviamo alcun riferimento alla consuetudine né tanto meno alla consuetudine giuridica. Più in generale, l'opera di Deleuze non offre una trattazione organica e articolata dei temi classici della filosofia del diritto. Nell'economia dell'opera di Deleuze, questa attenzione frammentaria ed episodica per il mondo del diritto può essere interpretata in diversi modi: come malcelato disprezzo nei confronti della cultura e del pensiero giuridico, come implicita riduzione del diritto ad altre manifestazioni della realtà sociale, o come mossa filosofica deliberata, tesa a mostrare come il diritto sia uno spazio vuoto, una rete di concetti e di pratiche dotate di forma ma prive di contenuto¹². Non prenderò qui posizione a favore di alcuna di queste ricostruzioni. La lettura di alcuni scritti deleuziani che proporrò in questo saggio tenterà piuttosto di prendere alla lettera l'approccio che lo stesso Deleuze dichiarò di adottare con i classici della filosofia¹³. Tenterò cioè di prendere questo autore "alle spalle", facendogli esprimere tesi che egli non ha mai espresso e giungendo deliberatamente a "tradire" il suo pensiero, ponendolo in relazione con alcuni temi e problemi dell'*analytical jurisprudence* contemporanea. Un tradimento che, nella prospettiva deleuziana, è tuttavia l'unica strada che conduce alla creazione di concetti, ovvero sia alla pratica filosofica propriamente intesa¹⁴.

Prenderò le mosse dall'ultimo libro accademico di Deleuze, *Differenza e ripetizione*, nel quale l'autore trae le fila delle sue precedenti ricerche di storia della filosofia e fornisce, per certi versi, un quadro sistematico del suo pensiero prima della svolta degli anni Settanta. Si tratta di una sistematicità che presenta un andamento del tutto *sui generis*: far convergere su alcuni snodi concettuali ricorrenti una pluralità disomogenea di temi, discipline, stili di ricerca tra loro apparentemente eterogenei, dalla filosofia al teatro, dal cinema alla letteratura, dalla psicologia alla musica e alle scienze sociali. *Differenza e ripetizione* fornisce tuttavia alcune indicazioni preziose per ripensare il concetto di consuetudine giuridica, nel tentativo di risolvere i problemi evidenziati in precedenza.

Questo itinerario ci condurrà a distinguere, sotto il profilo concettuale, la consuetudine come fonte del diritto oggettivo dalla consuetudine come prassi interstiziale di produzione giuridica, parassitaria rispetto alle fonti di diritto positivo. In secondo luogo, il percorso proposto fornirà alcuni spunti per chiarire la funzione normativa della norma di riconoscimento e per sviluppare un approccio originale al problema della normatività del diritto.

4. Iterazione e ripetizione

Abbiamo ricordato in apertura come sia opinione consolidata che la consuetudine sorga dal ripetersi qualificato di un comportamento sociale. Ma in cosa consiste la ripetizione di un comportamento?

¹¹ Cfr. DELEUZE 1996a.

¹² Cfr. LEFEBVRE 2008, 53 ss.; DE SUTTER 2011. La stessa affermazione deleuziana secondo cui "la giurisprudenza è la filosofia del diritto", sulla quale la letteratura critica si è a lungo soffermata, non costituisce, a ben vedere, una tesi filosofico-giuridica quanto piuttosto un invito rivolto a filosofo ad assumere un atteggiamento casistico nel suo lavoro, per per certi versi simile a quello del giudice e dell'avvocato. Cfr. DELEUZE 2000, 204.

¹³ La celebre "arte del ritratto", che Deleuze dichiara di adottare nella sua lettura dei classici della filosofia, consiste "[nell']arrivare alle spalle di un autore e fargli fare un figlio, che fosse suo e tuttavia fosse mostruoso", passando "attraverso ogni tipo di decentramenti, slittamenti, rotture, emissioni segrete" (DELEUZE 2000a, 15).

¹⁴ Cfr. BADIOU 2007, 73 ss.

Nel capitolo introduttivo di *Differenza e ripetizione*, Deleuze sottolinea innanzitutto cosa esso non è:

«La ripetizione non è la generalità (...). La generalità esprime il punto di vista secondo cui un termine può essere scambiato per un altro, un termine sostituisce l'altro (...). Ripetersi e comportarsi, ma rispetto a qualcosa di unico e di singolare, che non ha *simile* o *equivalente*¹⁵».

Troviamo qui un primo elemento di riflessione: secondo Deleuze la ripetizione è altro dalla generalità, intesa come ordine di equivalenze e ordine di somiglianze. Questi due ordini sono tipicamente generati dalla *legge*, qui intesa da Deleuze come legge scientifica e come legge morale. «In una totalità di simili, [la legge] pretende di isolare e selezionare fattori identici che rappresentano l'essere-uguale di un fenomeno»¹⁶; e questo a fini esplicativi (leggi scientifiche) oppure a fini normativi (leggi morali). Nel primo caso, lo scienziato, mediante il metodo sperimentale, seleziona una serie di fenomeni empirici considerati equivalenti, la cui osservazione gli consente di inferire una regola generale, utilizzata poi per prevedere fenomeni simili sotto un aspetto rilevante¹⁷. Nel secondo caso, la legge morale qualifica come moralmente doverosa una classe di comportamenti frutto della generalizzazione di condotte singolari ritenute tra loro equivalenti poiché realizzano o proteggono il medesimo bene morale; questa legge viene poi applicata a tutti i casi a questi assimilabili, ovverosia riconducibili alla classe precedentemente individuata¹⁸.

Deleuze osserva che l'ordine delle equivalenze e l'ordine delle somiglianze, impliciti in qualsiasi forma di generalizzazione, costituiscono gli aspetti definitivi non solo della legge ma anche dell'abitudine. Per identificare un'abitudine sociale, assumiamo una «conformità variabile di elementi d'azione rispetto a un modello supposto» (ordine delle somiglianze), come pure «l'uguaglianza degli elementi d'azione in situazioni diverse, dal momento che l'abitudine è assunta» (ordine delle equivalenze)¹⁹. A quale condizione – riprendendo un celebre esempio di Hart – è giustificato asserire che un gruppo di amici ha l'abitudine di andare al cinema la domenica pomeriggio? Laddove si dia il caso di una serie di comportamenti simili sotto un profilo rilevante, che ricadono dunque sotto un medesimo concetto o modello d'azione (andare al cinema la domenica pomeriggio), e tale modello venga utilizzato per qualificare comportamenti successivi come equivalenti ai primi, ovverosia come istanze del medesimo concetto.

Sorprende tuttavia che Deleuze contrapponga la ripetizione, tratto caratteristico della consuetudine, tanto alla legge scientifica e alla legge morale, quanto all'abitudine sociale. Egli afferma, in modo perentorio, che «la ripetizione è per natura trasgressione, eccezione, poiché esibisce una singolarità contro i particolari sottomessi alla legge e all'abitudine»²⁰. Si tratta di una posizione a prima vista del tutto controintuitiva²¹. Se chiudo le palpebre due volte di seguito, non sto ripetendo la medesima azione? Se osservo una persona bussare tre volte alla porta, non vedo quella persona ripetere per tre volte il medesimo atto? La considerazione da cui Deleuze sembra prendere le mosse è la seguente: sotto il profilo empirico, nulla si ripete. Ciascun fatto, atto o evento esiste al modo una singolarità eterogenea e irrelata rispetto a tutte le altre. Queste singolarità sono tuttavia dotate di un numero infinito di proprietà, le quali si intersecano in «nodi» momentanei, generici,

¹⁵ BADIOU 2007, 8.

¹⁶ BADIOU 2007, 10.

¹⁷ Cfr. SOMERS-HALL, 8 ss. Il tema della generalizzazione induttiva trova una trattazione sistematica negli scritti di Deleuze nel contesto della discussione del principio di causalità in Hume: vedi DELEUZE 2000. Sulla diffidenza di Deleuze nei confronti delle generalizzazioni, dietro le quali si nasconderebbe una forma di dialettica, vedi DE PRETO 2012, 61 ss.

¹⁸ Cfr. WILLIAMS 2003, 30; HUGES 2009, 28 ss.

¹⁹ DELEUZE 1997, 11.

²⁰ DELEUZE 1997, 12. Vedi anche DELEUZE 2000b, 71.

²¹ Questo punto è ben sottolineato da CHANG 1999, 185.

impersonali (il colore rosso di un mazzo di rose, il portare la giacca sul posto di lavoro, il bussare alla porta del vicino di casa, ecc.). Questi “nodi” si prestano ad essere cristallizzati dal nostro intelletto mediante l'utilizzo di associazioni, correlazioni, concetti, i quali operano una selezione delle proprietà rilevanti in un certo contesto d'azione, consentendo così di individuare delle regolarità quali quelle identificate dalla legge e dall'abitudine. Ma se così stanno le cose, che significato possiamo ritagliare al termine “ripetizione”? Cosa differenzia quest'ultima dalla legge e dall'abitudine? E ancora, la ripetizione è trasgressione ed eccezione rispetto a che cosa?

Pur essendo altro dalla legge e dall'abitudine, la ripetizione si manifesta a partire dalle prime secondo Deleuze: ne costituisce una variazione, una disarticolazione e riarticolazione continua. Il concetto di ripetizione cattura cioè i “nodi” nei quali convergono e si intersecano le proprietà di oggetti, fatti ed eventi singolari, conservando l'instabilità e la variazione continua di queste intersezioni rispetto a ogni loro possibile generalizzazione. Per chiarire questo punto, è utile richiamare una distinzione che svolge un ruolo chiave in *Differenza e ripetizione*, quello tra “ripetizione statica” e “ripetizione dinamica”, ovvero, utilizzando una diversa terminologia, tra *iterazione* di un comportamento e la sua *ripetizione* in senso proprio²². Così caratterizza la distinzione Deleuze:

«[L'iterazione] rinvia a uno stesso concetto, che lascia sussistere soltanto una differenza esterna tra le sue istanze, l'altra è ripetizione di una differenza interna, compresa in ciascuno dei suoi momenti²³».

Per comprendere questo passaggio è utile tornare all'esempio hartiano richiamato in precedenza. Immaginiamo un gruppo di amici che sono soliti recarsi al cinema la domenica pomeriggio. Quando nasce la regola sociale di cui questa condotta costituisce l'osservanza? Secondo Hart, sono tre i requisiti necessari: 1) il comportamento C viene tenuto regolarmente dalla generalità dei membri del gruppo G; 2) se chiediamo ai membri di G perché tengono il comportamento C, questi rispondono che stanno seguendo la regola R, la quale viene esibita come una ragione per agire che giustifica la loro condotta; 3) i membri di G assumono un atteggiamento critico-riflessivo nei confronti delle condotte dei membri di G, criticando le violazioni di R ed esercitando una pressione sociale affinché R venga osservata²⁴.

Nel lessico di Deleuze, ciò che Hart qui descrive è l'*iterazione* di un comportamento: le condotte $C_1, C_2, C_3, \dots, C_n$ compiute dai membri di G sono ricondotte al medesimo concetto (andare al cinema la domenica pomeriggio), mentre le differenze che sussistono tra le singole istanze della condotta sono “esterne” al concetto. È irrilevante che quella domenica ci fosse il *derby*, che un membro del gruppo indossasse un maglione blu e l'altro una giacca marrone, o che quel giorno la Germania abbia invaso la Polonia. Ciò che conta è che la generalità dei membri di G sia solita andare al cinema la domenica pomeriggio, che questa condotta sia generalmente giustificata invocando la regola R, e che venga esercitata una pressione sociale affinché R venga osservata. Tuttavia, la serie $C_1, C_2, C_3, \dots, C_n$ si presta a due tipi di variazione nelle quali si manifesta la ripetizione, ovvero, il variare continuo della correlazione tra ciò che accade. Consideriamo queste variazioni nel dettaglio.

4.1. *Variazione dell'opinione*

Immaginiamo di chiedere a un membro di G perché sta facendo C, e che questi anziché rispondere (come la generalità di G è solita fare) che sta andando al cinema perché prescritto da R, dica che sta sfuggendo alla noia domenicale, come sempre i membri di G hanno in realtà fatto e de-

²² Vedi su questa distinzione CROCKETT 2013, 30 ss.

²³ DELEUZE 1997, 32.

²⁴ HART 1994, 255.

vono fare. Chiamiamo questa ragione per agire R^* . Per un verso C è il *medesimo* comportamento di prima sotto il profilo empirico (consiste in una sequenza di movimenti del corpo che conducono chi agisce in un luogo prefissato) ma ne costituisce al contempo una variazione sotto il profilo intenzionale: il comportamento è ricondotto sotto un diverso concetto o modello d'azione, il quale viene utilizzato per esprimere una diversa ragione per agire (R^*).

Ora, il fatto che C venga inteso da chi agisce come l'osservanza di R^* anziché di R per un verso *riconfigura l'ordine delle azioni passate* e, per altro verso, *prefigura un nuovo ordine di azioni future*²⁵. Consideriamo il primo lato della questione. Abbiamo visto che il comportamento che i membri del gruppo sono soliti tenere viene ora ricondotto sotto un diverso concetto da chi agisce. Ne segue che talune istanze di C precedentemente incluse nella serie, perché conformi a R, potrebbero ora esserne escluse, poiché violano R^* . Si pensi al caso delle domeniche pomeriggio trascorse a vedere i film di Tarkovskij, ritenuti, dalle generalità dei membri di G, insopportabilmente noiosi. Al contempo, talune istanze precedentemente escluse dalla serie poiché violavano R, potrebbero ora essere retrospettivamente incluse in essa, poiché conformi a R^* . I membri di G che in passato, per sfuggire alla noia, sono andati al *pub* anziché al cinema, hanno in realtà tenuto il comportamento che si ripete, giustificato da R^* ²⁶. La variazione dell'*opinione*, segnalata dall'uso di R^* in sostituzione di R, produce dunque un effetto retroattivo sull'intera serie delle azioni passate. Non nel senso che le azioni passate vengono semplicemente selezionate, raggruppate o escluse dalla serie in modo differente, ma nel senso che esse istanziano proprietà delle condotte regolate che fino a quel momento non erano state ritenute rilevanti.

Consideriamo ora il secondo lato della questione, la prefigurazione dell'ordine delle azioni future. In forza di R^* , i membri di G potranno considerare giustificata la loro condotta anche se la domenica successiva non si recheranno al cinema ma faranno qualcos'altro capace di sottrarli alla noia domenicale, tenendo così un comportamento che costituisce l'osservanza di R^* ma non di R. Ovviamente, nulla vieta ai membri di G di continuare ad andare al cinema per sfuggire alla noia domenicale, ma questa condotta viene ora intesa come l'istanziamento di un diverso concetto o modello d'azione giustificato da R^* . La variazione dell'*opinione* espressa da R^* muta dunque il corso di azioni che i membri di G dovranno tenere in futuro. Si tratta tuttavia di un mutamento che viene inteso come la continuazione di una serie di azioni che hanno avuto luogo in passato. Quanto prescritto da R^* è infatti, secondo chi agisce, ciò che sempre è avvenuto e doveva avvenire anche se gli altri membri di G non lo sapevano o ritenevano diversamente.

4.2. *Variazione dell'usus*

Supponiamo che una domenica pomeriggio i membri di G, anziché recarsi in una sala cinematografica, si ritrovino a vedere un *film* a casa di un membro del gruppo che possiede un proiettore e una stanza dedicata alla visione di opere cinematografiche. Supponiamo, inoltre, che i membri di G giustificino questa condotta – che chiameremo C^* – sostenendo che stanno osservando R (“i membri di G devono andare al cinema la domenica pomeriggio”) così come da tempo immemore sono soliti fare. In questo caso non è l'*opinione* (la ragione che giustifica l'azione) a subire una variazione, quanto piuttosto la condotta tenuta, l'*usus*.

Per un verso, vedere un film a casa di un amico è un'azione che ha alcune proprietà in comune con l'andare al cinema: ha luogo in uno spazio chiuso, comporta la visione di un'opera cine-

²⁵ Sugli effetti prodotti dalla ripetizione sulla sintesi del tempo nella prospettiva Deleuze, si veda LAPOUJADE 2016, 80 ss.

²⁶ La conseguenza più immediata di questo fatto è che, se prima era giustificato rimproverare i membri del gruppo che al cinema preferivano il pub, ora non lo è più; mentre è giustificato esercitare una pressione sociale verso chi tiene comportamenti non qualificati come istanze di “sfuggire alla noia domenicale”, anche se tali comportamenti consistono nell'andare al cinema.

matografica, ecc. Per altro verso, tuttavia, C^* ha proprietà devianti rispetto ai comportamenti $C_1, C_2, C_3 \dots C_n$ tenuti in precedenza dai membri di G : la visione ha luogo in uno spazio privato anziché in uno spazio pubblico, non comporta il pagamento di un biglietto, e via dicendo. Potremmo cioè dire che C^* è un caso *borderline* di applicazione di R : può risultare dubbio se questo comportamento cada entro l'ambito di applicazione della regola oppure no. Nel nostro esempio, tuttavia, C^* viene considerato dai membri di G come un'istanza del concetto o del modello d'azione prescritto da R (andare al cinema la domenica pomeriggio), vale a dire come l'osservanza della medesima regola utilizzata in precedenza per giustificare C . Ciò provoca una variazione dell'*usus*, vale a dire delle caratteristiche della condotta che si ripete, una variazione che comporta una riconfigurazione sia della serie delle condotte tenute in passato sia della serie delle condotte future, così come accade ove a variare sia l'*opinio*. I casi *borderline* assimilabili a C^* che si sono verificati in passato vengono inclusi retrospettivamente nella serie, mentre quelli che avranno luogo in futuro saranno immediatamente inclusi ad essa: d'ora in avanti vedere un film a casa di un membro di G costituirà a tutti gli effetti un caso chiaro di osservanza della norma consuetudinaria R che governa il comportamento dei membri di G .

5. Particolare assoluto

Le variazioni dell'*opinio* e dell'*usus* appena richiamate esemplificano ciò che contraddistingue la ripetizione nella prospettiva di Deleuze. La ripetizione non si risolve nell'istanziamento di una medesima condotta che consiste nell'osservanza della medesima regola. Si tratta piuttosto di un evento in virtù del quale la regola non cessa mai di costituirsi mediante una variazione continua del suo contenuto e dei comportamenti regolati²⁷; una variazione che finisce col riconfigurare il modo in cui ordiniamo le condotte sociali, sia con riguardo al passato sia con riguardo al futuro. Nel lessico di Deleuze, potremmo cioè dire che la ripetizione manifesta una variazione *interna* alla regola. Il variare dell'*opinio* e dell'*usus* non costituisce il risultato di un atto che ha luogo all'esterno del contesto d'azione nel quale il comportamento avviene. Si tratta piuttosto di una variazione operata dai destinatari della regola, i quali modificano quest'ultima nel mentre partecipano alla pratica che consiste nell'osservanza della regola.

Se così stanno le cose, acquistano un significato preciso le affermazioni di Deleuze secondo cui “la ripetizione è una virtualità che non cessa di attualizzarsi”, “una mutazione immanente alla realtà che la legge e l'abitudine ordinano”²⁸.

Con riguardo alla prima affermazione, abbiamo visto in precedenza che, dato un comportamento generalmente iterato, vi sono sempre più ragioni in grado di giustificarlo quale osservanza di una regola. Al contempo, data una regola che giustifica un comportamento, vi saranno sempre casi *borderline* di applicazione della regola capaci di indurre chi partecipa alla pratica a variare il contenuto della regola in quanto ragione che giustifica la sua azione²⁹. Le variazioni in cui la ripe-

²⁷ Cfr. PEARSON 1999, 77 ss.

²⁸ DELEUZE 1997, 8.

²⁹ Si potrebbe qui obiettare che i membri di G tenderanno a stabilizzare nel tempo le credenze e i desideri che individuano le proprietà rilevanti dei comportamenti che consistono nell'osservanza di R , con la conseguenza che tali comportamenti non verranno di fatto giustificati utilizzando una regola diversa da R . Al contempo, molte regole sembrerebbero non ammettere casi *borderline*, i quali dipendono dalla vaghezza, generalità, genericità del linguaggio, come pure, più in generale, dalla dipendenza contestuale dei contenuti linguistici (per una visione d'insieme di questi fenomeni vedi LUZZATI 1990, POSCHER 2012, POGGI 2013, MARMOR 2014, KEIL e POSCHER 2016). Un contesto comunicativo sufficientemente stabile e determinato – così prosegue l'argomento – conduce ad escludere, o perlomeno a rendere assai improbabile, l'insorgere di casi dubbi di applicazione di R . La ricostruzione proposta nel testo non è tuttavia incompatibile con queste considerazioni. La tesi difesa in questo saggio è che nella variazione dell'*opinio* si manifesta un mutamento dei desideri e/o delle credenze di sfondo dei partecipanti alla pratica, mentre

tizione consiste sono cioè virtuali nel senso che, anche nei casi in cui non le vediamo in atto, sono un elemento costitutivo di questo fenomeno e non possono essere eliminate. In tutti i momenti in cui si attualizzano, inoltre, esse alterano le condotte iterate o la regola che le disciplinano³⁰.

Con riguardo poi alla seconda affermazione, va da sé che le variazioni dell'*opinio* e dell'*usus* modificano la serie delle condotte conformi alla regola soltanto se a tali variazioni segue la loro iterazione entro il gruppo. Non basta che un singolo membro di G giustifichi C mediante R* oppure consideri C* come l'osservanza di R. Serve che l'uno o l'altro di questi atti individuali venga iterato dalla generalità dei membri di G. Sussiste dunque un rapporto biunivoco tra ripetizione e iterazione: non si dà il caso di ripetizione se non a partire da un'iterazione, e non vi è iterazione se non come conseguenza di una ripetizione, anche nel caso in cui di questa non sia conservata memoria. La ripetizione, infatti, si manifesta solo a partire da una generalità (una legge, un'abitudine) poiché consiste nell'alterazione dell'ordine di equivalenze e somiglianze che contraddistingue l'iterazione di un comportamento. Al contempo, la legge e l'abitudine sono necessariamente un risultato della ripetizione poiché a poter essere iterata è un'azione singolare (una singolarità) che viene generalizzata, consentendo l'individuazione di istanze simili ed equivalenti. Ciò non equivale a dire che ogni ripetizione genera l'iterazione di un comportamento ma che non è possibile che un comportamento venga iterato senza essere prima ripetuto, ovvero sia identificato nella sua singolarità quale variazione di ciò che è generale o considerato equivalente ad altro³¹. Richiamando il lessico di Deleuze, l'iterazione è cioè "prolungamento di singolarità"³², mentre la ripetizione è "una mutazione immanente alla realtà che la legge e l'abitudine ordinano"³³. Questo spiega perché Deleuze definisca la ripetizione un *particolare assoluto*. Si tratta per un verso di un fatto particolare rispetto alla generalità in cui viene ricompreso quale elemento di una serie; per altro verso, tale fatto prende congedo dalla serie, si assolutizza rispetto ad essa, poiché altera l'ordine che la costituisce provocando una sua riconfigurazione. Nella prospettiva che stiamo considerando, la consuetudine ha in altri termini un carattere "interstiziale": non può darsi il caso di una consuetudine se non come variazione della legge o dell'abitudine, come indice del loro divenire³⁴.

È importante sottolineare come questo modo di concepire la consuetudine giuridica non generi i problemi richiamati in precedenza con riferimento alla caratterizzazione tradizionale di questo concetto. Con riguardo al paradosso del seguire una regola, che mina alle fondamenta il requisito dell'*usus*, va notato che in una prospettiva deleuziana la consuetudine non trova origine nel ripe-

nella variazione dell'*usus* si manifesta un mutamento del contesto d'azione e dei comportamenti dei membri del gruppo, il quale attiva i fenomeni di indeterminatezza della regola. Tali variazioni non sono sempre in atto, altrimenti la pratica non potrebbe essere identificata. Si tratta di variazioni potenziali o, utilizzando il lessico di Deleuze, virtuali.

³⁰ "Il virtuale non si oppone al reale, ma soltanto all'attuale. *Il virtuale possiede una realtà piena in quanto virtuale (...)*. Il virtuale va anche definito come una parte integrante dell'oggetto reale – come se l'oggetto avesse una parte virtuale, e vi si immergesse come in una dimensione oggettiva" (DELEUZE 1997, 336). Su concetto di virtuale in Deleuze vedi ZOURABICHVILI 2012, 83 ss.; WILLIAMS 2003, 11 ss.

³¹ Si potrebbe qui obiettare che mentre non può darsi il caso di ripetizione (nel senso di Deleuze) senza previa iterazione, l'iterazione di un comportamento non è necessariamente preceduta dalla ripetizione, ovvero sia dalla variazione di una regola o della classe di comportamenti che di una regola istanziano l'osservanza. Possiamo cioè immaginare comportamenti iterati *tout court*, indipendentemente dalla variazione generata dalla ripetizione (ci siamo sempre comportati così!). La lettura dei testi di Deleuze corrobora tuttavia una ricostruzione diversa: l'iterazione di un comportamento non sorge dal nulla. Essa trova origine nei comportamenti e negli atteggiamenti intenzionali di chi agisce, sebbene tale origine risulti talora imperscrutabile. Più precisamente, come avrò modo di osservare più oltre, l'iterazione di un comportamento trova origine nella *differenza pratica* generata dalla ripetizione all'interno di un contesto d'azione. Vedi su questo punto *infra*, par. 8.

³² DELEUZE 2000a, 204.

³³ DELEUZE 1997, 12.

³⁴ Sul concetto di divenire in Deleuze, strettamente correlato ai concetti di differenza e di ripetizione, vedi ZOURABICHVILI 1997; PARR 2010, 25-27; GIL 2015, 274 ss.

tersi di un comportamento che “genera” una regola sociale o giuridica, ma consiste piuttosto nella variazione di una regola già data per effetto di un comportamento singolare, il quale viene poi iterato da parte dei membri di un gruppo sociale riconfigurando il contenuto della regola medesima. Il ripetersi di una condotta non si presta dunque ad essere descritto come l’osservanza di regole tra loro incompatibili, come il paradosso di Kripke sembra suggerire, quanto piuttosto come la variazione dei contenuti o delle condizioni di applicazione di una regola predeterminata, una variazione che viene successivamente iterata dai membri del gruppo. Nella prospettiva che stiamo considerando, inoltre, la consuetudine non dipende dagli atteggiamenti intenzionali degli agenti né da forme di intenzionalità collettiva (*opinio*). Le ragioni che giustificano l’azione conservano in essa un carattere impersonale, generico e singolare, il quale rileva, come vedremo più avanti, non perché tali ragioni sono condivise dai membri del gruppo ma perché esse generano una differenza pratica nel modo in cui le condotte sociali vengono giustificate.

Ci si potrebbe tuttavia chiedere: quali vantaggi offre concepire la consuetudine ricorrendo al concetto deleuziano di ripetizione? Cosa aggiunge l’uso di questo concetto alla caratterizzazione tradizionale delle regole sociali e dei loro processi di trasformazione? E ancora: che interesse può avere nel campo della filosofia del diritto l’idea di consuetudine come ripetizione e iterazione di un comportamento singolare? Ritengo che quanto osservato nelle pagine precedenti fornisca degli spunti di riflessione originali e interessanti in tre distinti ambiti del dibattito filosofico-giuridico contemporaneo: la teoria delle fonti, il concetto di norma di riconoscimento e il problema della normatività del diritto. A questi tre temi sono dedicati i paragrafi che seguono.

6. Consuetudine giuridica e diritto positivo

Come noto, secondo la dogmatica la consuetudine è un fatto idoneo a produrre norme giuridiche, ovvero sia una fonte di diritto oggettivo. Negli ordinamenti contemporanei la qualificazione della consuetudine come fonte avviene solitamente in forza di una norma sulla produzione normativa inespressa, costruita a partire da concetti dogmatici e dottrinali³⁵. La fattispecie di questa norma è costituita dai requisiti dell’*usus* e dell’*opinio*, mentre la conseguenza giuridica imputata alla fattispecie consiste nella nascita di una norma generale giustiziabile e coercibile, ovvero sia dotata di efficacia giuridica. Utilizzando il lessico di Deleuze, la dogmatica rappresenta dunque la consuetudine come l’iterazione di un comportamento frutto di una generalizzazione. Il comportamento qualificato di gruppo sociale non ha di per sé un carattere normativo sotto il profilo giuridico. Lo acquista nel momento in cui un soggetto esterno alla pratica (tipicamente, il giudice) generalizza alcune istanze individuali di condotta ricorrendo ai requisiti dell’*usus* e dell’*opinio*, e costruisce un ordine di somiglianze e un ordine di equivalenze a partire da essi. Tale generalizzazione acquista poi un carattere normativo sotto il profilo giuridico, configurandosi come una norma giuridicamente efficace, soltanto nel momento in cui il giudice, nell’esercizio dei suoi poteri, decide che l’iterazione del comportamento così individuata integra una fattispecie (inespressa) di produzione normativa.

Due sono gli ordini di problemi che vale la pena menzionare in questa sede: il primo concerne l’accertamento della consuetudine, il secondo il suo carattere normativo. Con riguardo al primo, vale quanto osservato in apertura: la pratica, in quanto tale, non determina quando i requisiti dell’*usus* e dell’*opinio* sono soddisfatti né, tanto meno, il contenuto della norma consuetudinaria che da essi deriva. Sarà piuttosto il giudice, o comunque un soggetto autorizzato, ad operare la

³⁵ Come ha sottolineato Vezio Crisafulli, per caratterizzare questa fattispecie di produzione normativa gli ordinamenti tradizionalmente rinviano alla riflessione dei giuristi, al punto che diventa difficile distinguere “la figura dogmatica della consuetudine, fonte formale dell’ordinamento dato” dalla “rispettiva nozione ‘dottrinale’ prevalente in sede di teoria generale” (CRISAFULLI 1993, 161). Vedi sul punto BOBBIO 2010, 39 ss.

generalizzazione necessaria per descrivere tale pratica come l'osservanza di una norma. Di più: dal momento che l'iterazione di un comportamento può sempre essere descritta come l'osservanza di più norme incompatibili tra loro, e che il requisito dell'*opinio* rinvia a forme di intenzionalità collettiva il cui contenuto è sotto-determinato o sovra-determinato rispetto alle caratteristiche della pratica, ne segue che l'accertamento della consuetudine comporta scelte discrezionali compiute da un osservatore esterno, al quale spetta *costruire* la norma consuetudinaria affinché questa possa produrre effetti giuridici. Con riguardo al carattere normativo della consuetudine, inoltre, è stato notato che questo dipende da una norma sulla produzione normativa applicata dal giudice (o da un soggetto autorizzato) per qualificare giuridicamente la pratica. Come dire: la consuetudine non è una fonte originaria del diritto ma acquista esistenza ed efficacia giuridica in virtù di altre norme³⁶. Qualora invece si riconosca alla consuetudine un carattere normativo originario³⁷, descrivendola come una forma spontanea e irriflessa di creazione del diritto, resta da determinare quale sia il fondamento di questa normatività originaria e in che rapporto esso stia con quello delle altre fonti del diritto.

Le osservazioni di Deleuze forniscono alcuni spunti per elaborare un diverso concetto di consuetudine giuridica, intesa come ripetizione e iterazione di un comportamento, che non solleva i problemi appena considerati. In una prospettiva deleuziana, l'aggettivo "giuridica" non indica la circostanza che la consuetudine è una fonte di diritto oggettivo, così come lo sono i regolamenti, la legge, la costituzione e via dicendo. Indica piuttosto il tipo di generalità – quella che caratterizza le norme di diritto positivo – sul quale la consuetudine opera una variazione a cui segue un'iterazione. Abbiamo visto che in *Differenza e ripetizione* Deleuze descrive i tratti caratteristici della ripetizione con riguardo alla legge scientifica e alla legge morale. Tuttavia, il termine "legge" è utilizzato in senso generico negli scritti deleuziani. Esso designa qualsiasi piano di organizzazione della realtà inteso a "isolare le costanti, anche se esse sono soltanto rapporti fra variabili"³⁸. Questa funzione di organizzazione è svolta tanto dalla legge morale e dalla legge scientifica quanto dalla legge giuridica, intesa da Deleuze come enunciato normativo emanato da un soggetto autorizzato³⁹. Al pari di ogni altra forma di legge, le disposizioni normative di tipo giuridico operano una generalizzazione dei comportamenti umani. La fattispecie di una disposizione delle fonti costituisce la generalizzazione di istanze di condotta individuali, considerate simili sotto un aspetto rilevante. La conseguenza giuridica imputata alla fattispecie opera poi una generalizzazione con riguardo a tutte le istanze future di condotta che ricadono in essa, istanze che la disposizione rende tra loro equivalenti sotto il profilo delle conseguenze giuridiche previste dalla norma.

Nella prospettiva di Deleuze, dunque, è pertinente affermare che una consuetudine è giuridica quando insiste sulle norme di diritto oggettivo, operando una variazione dei loro contenuti. Essa va intesa come una pratica "interstiziale" che altera le caratteristiche delle norme giuridiche, adattandole alle esigenze che emergono all'interno di un gruppo sociale. In che modo? Determinando o integrando il contenuto dei testi normativi, garantendo l'efficacia delle norme, giustificando eccezioni implicite alla loro applicazione. Due esempi possono essere qui d'aiuto per meglio comprendere questa tesi.

(1) La dottrina italiana, sulla scorta di quella anglosassone, definisce le convenzioni costituzionali come regole di comportamento non scritte che sorgono da accordi o comportamenti conclu-

³⁶ Celebri sotto questo profilo sono le posizioni di Hans Kelsen e Alf Ross: cfr. KELSEN 2000, 34-35, 169, 365, 369; ROSS 1990, 87-93.

³⁷ Vedi, ad esempio, ROMANO 1947, 41 ss.

³⁸ DELEUZE, GUATTARI 2006, 540. Per una ricostruzione delle diverse forme che la legge assume nella storia vedi DELEUZE, GUATTARI 2002, 239 ss.

³⁹ Vedi DELEUZE, GUATTARI 1996b, 79 ss. Per un'accurata ricostruzione del concetto di legge giuridica in Deleuze rinvio in ogni caso a DE SUTTER 2011, 15 ss.

denti compiuti dagli organi costituzionali⁴⁰. Tali regole vengono generalmente seguite fintantoché non intervengano nuovi accordi o comportamenti che ne modifichino il contenuto o ne decretino di fatto l'estinzione. Le convenzioni costituzionali non sono norme di diritto oggettivo e non sono dunque suscettibili di applicazione giudiziale. Non di meno, esse svolgono un ruolo rilevante nella prassi costituzionale. In base alla classica ricostruzione offerta da Rescigno, vi sono perlomeno quattro tipi di convenzioni costituzionali nell'ordinamento giuridico italiano: (a) convenzioni il cui contenuto si "sostituisce" al contenuto di una disposizione costituzionale, di cui resta soltanto la forma; (b) convenzioni che integrano o completano il contenuto di una disposizione costituzionale; (c) convenzioni che integrano la costituzione sebbene non siano connesse ad alcuna specifica disposizione costituzionale; (d) convenzioni che si sovrappongono a una disposizione costituzionale, facendo seguire a un atto o evento conseguenze politiche non previste dalla norma scritta⁴¹. A ben vedere, la struttura e la funzione delle convenzioni costituzionali corrispondono a quelle della consuetudine come ripetizione e iterazione di un comportamento. Nella prospettiva che stiamo considerando, le convenzioni costituzionali non si configurano cioè come regole sociali para-giuridiche indipendenti, frutto di meri comportamenti iterati da parte dei soggetti istituzionali, le quali integrano il dettato costituzionale. Data una norma che esprime il significato di una disposizione costituzionale, la convenzione provoca piuttosto una variazione del comportamento generale previsto dalla norma. Questo può avvenire in due modi: (1) mediante l'inclusione entro l'ambito di applicazione della norma costituzionale di condotte fino a quel momento in esso non ricomprese (variazione dell'*usus*), inclusione successivamente interata dagli attori costituzionali, ovvero (2) giustificando, in quanto istanze di osservanza della norma, comportamenti fino a quel momento non prescritti né adottati di fatto nella prassi (variazione dell'*opinio*), una giustificazione che risulta poi parimenti iterata. L'idea di consuetudine come ripetizione e iterazione di un comportamento consente in altri termini di porre in evidenza la stretta interdipendenza tra convenzioni e norme costituzionali, e il modo in cui queste interagiscono tra loro nel processo di determinazione dei contenuti della costituzione.

(2) È oggi frequente nella prassi il richiamo a fonti di diritto straniero da parte del giudice. Tali fonti non sono vincolanti nell'ordinamento in cui il giudice esercita la propria giurisdizione; esse vengono non di meno citate, in sede di motivazione della sentenza, come ragioni persuasive a sostegno della decisione. Questa pratica viene sovente descritta in dottrina come uno dei modi in cui le corti "dialogano" tra loro nel contesto contemporaneo, stabilendo collegamenti informali tra differenti giurisdizioni, scambiandosi informazioni e criteri decisionali, risolvendo potenziali conflitti tra ordinamenti, costruendo progressivamente un corpo di principi giuridici comuni, e tutto ciò al fine di armonizzare i contenuti del diritto su scala globale⁴². Più precisamente, il diritto straniero viene usato nelle motivazioni delle sentenze per giustificare (a) l'interpretazione di una disposizione di diritto interno coerente con una norma applicata da una corte straniera, ricavata da disposizioni, precedenti, concetti elaborati dalla dottrina, ecc.; (b) l'interpretazione di una disposizione di diritto interno *non coerente* con una norma di diritto straniero, in quanto appartenente a un ordinamento che ha caratteristiche incompatibili con quelle dell'ordinamento domestico; (c) la norma di diritto straniero utilizzata per colmare una

⁴⁰ Vedi, per tutti, PALADIN 1996, in particolare pp. 381 ss.; GUASTINI 1998, 645 ss. Sulla teoria delle convenzioni costituzionali nel diritto inglese vedi MARSHALL 1993; JACONELLI 2005, 149-176.

⁴¹ Cfr. RESCIGNO 1972. A questa classificazione si può aggiungere perlomeno un quinto tipo di convenzioni costituzionali, quelle che giustificano la disapplicazione di una norma. Un caso emblematico è costituito dalla sentenza n. 200/2006 in occasione della quale la Corte costituzionale italiana ha stabilito che il potere di grazia spetta in via esclusiva al Presidente della Repubblica e che questi può concedere la grazia solo per ragioni umanitarie. Questa norma, frutto di un'interpretazione creativa dell'art. 89 Cost., è stata tuttavia disapplicata nella prassi in forza di una convenzione costituzionale ad essa precedente.

⁴² Cfr. SLAUGHTER 2000; FEDTKE 2006; WALDRON 2012.

lacuna, ove questo sia permesso da una norma di rinvio⁴³. Le norme di diritto straniero vengono dunque usate dai giudici per modellare i contenuti delle disposizioni giuridiche di diritto interno, ovvero per integrare l'ordinamento ove la disciplina di una fattispecie giuridicamente rilevante risulti lacunosa. Se osservata con attenzione, la prassi appena descritta costituisce un caso di consuetudine come ripetizione e iterazione di un comportamento. Dati i contenuti generalmente attribuiti dal giudice a una disposizione di diritto interno, il riferimento al diritto straniero giustifica l'inclusione (o l'esclusione) dall'ambito di applicazione della norma di casi in esso precedentemente esclusi (o inclusi) (variazione dell'*usus*), come pure l'inclusione nell'ordinamento di una nuova norma, che consente di disciplinare comportamenti giuridicamente rilevanti che fino a quel momento non erano regolati (variazione dell'*opinio*).

Ora, quanto osservato con riguardo a questi due esempi può essere esteso a molti altri fenomeni istituzionali e para-istituzionali che costellano la prassi giuridica, condizionando i contenuti che il diritto assume. Ciò conduce a delineare due diversi concetti di consuetudine in quanto fonte del diritto. Il primo, tradizionalmente utilizzato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, concepisce i requisiti dell'*usus* e dell'*opinio* come elementi di una fattispecie di produzione normativa prevista dall'ordinamento giuridico positivo. In questa prospettiva, la consuetudine è una fonte di produzione del diritto assimilabile a qualsiasi altra fonte di diritto derivata. Il secondo concetto, elaborato a partire dalle nozioni deleuziane di ripetizione e iterazione, raffigura invece l'*usus* e l'*opinio* come tratti distintivi di una prassi "interstiziale" che modifica i contenuti e le altre caratteristiche del diritto oggettivo, evidenziando il legame che sussiste tra quest'ultimo e le pratiche sociali ad esso collegate. In questa seconda accezione, la consuetudine si configura come una fonte di diritto originaria, il cui intrinseco carattere normativo trova spiegazione nel rapporto tra ripetizione e iterazione descritto in precedenza.

7. Consuetudine e norma di riconoscimento

Abbiamo già ricordato come la norma di riconoscimento hartiana possa essere descritta muovendo da due prospettive distinte: quella di un osservatore esterno e quella di chi partecipa alla pratica che essa regola. Se osservata dal primo punto di vista, la norma di riconoscimento *spiega* la prassi sociale che consiste nell'individuare le norme giuridiche valide. Se osservata invece dal punto di vista interno, essa *giustifica* tale pratica, svolgendo una funzione normativa. Ora, in che senso la norma di riconoscimento può essere concepita come una consuetudine giuridica? Un primo senso è stato indicato in apertura: la norma di riconoscimento si presta ad essere descritta come una fonte del diritto che individua i criteri di validità delle norme ad essa subordinati, e questo in base alla circostanza che essa è generalmente seguita da giudici e funzionari (*usus*) e ritenuta da questi vincolante (*opinio*). Se intesa in questi termini, tuttavia, la norma di riconoscimento designa, in una prospettiva deleuziana, la mera iterazione statica di un comportamento sociale, risultato della generalizzazione di condotte individuali. Una concezione questa che apre il fianco, in base a quanto osservato in apertura, al paradosso del seguire una regola come pure ai problemi dell'intenzionalità collettiva⁴⁴.

⁴³ Per una ricostruzione più dettagliata dei diversi usi del diritto straniero nella prassi argomentativa delle corti, mi permetto di rinviare a CANALE 2015.

⁴⁴ Coerentemente con quanto osservato alla nt. 31, potrebbe sorgere qui spontanea la seguente obiezione: qual-sivoglia pratica sociale è sostenuta da un insieme di desideri e credenze di sfondo che stabilizzano l'individuazione dei comportamenti conformi alla pratica. Richiamando il lessico di Nelson Goodman, una generalizzazione è preferita ad un'altra perché risulta meglio trincerata (*entrenched*), ovverosia maggiormente consolidata in base alla storia dei comportamenti tenuti fino a quel momento. Cfr. GOODMAN 1983, 108 ss. Se questa

Il concetto di consuetudine come ripetizione e iterazione apre invece la strada a una spiegazione alternativa del fondamento degli ordinamenti giuridici, che conduce a focalizzare l'attenzione sul loro divenire. Nel capitolo sesto di *The Concept of Law*, Hart osserva che l'esistenza di un ordinamento giuridico non può essere compresa come un fatto privo di durata quanto piuttosto come una serie di eventi che si succedono nel tempo.

«È evidente che un sistema giuridico, così come un essere umano, può in un certo momento essere in gestazione, in una seconda fase non essere ancora indipendente dalla propria madre, godere successivamente di un'esistenza piena e indipendente, per poi deperire ed infine morire⁴⁵».

A caratterizzare un ordinamento, dunque, non sono semplicemente i criteri di validità delle norme che ne fanno parte quanto piuttosto i momenti di transizione che segnano il suo sviluppo. Ci si potrebbe tuttavia chiedere: che relazione sussiste tra il divenire di un ordinamento e la norma di riconoscimento? I concetti deleuziani di ripetizione e iterazione consentono di far luce su questo punto.

Hart affronta il tema della nascita e della morte degli ordinamenti giuridici discutendo la loro "embriologia e patologia"⁴⁶, ovvero le situazioni in cui (1) la generalità dei consociati – per effetto di una rivoluzione, di un'occupazione militare, dell'insorgere dell'anarchia – cessa di osservare le norme identificate come fonti dalla norma di riconoscimento, decretando di fatto l'estinzione dell'ordinamento; (2) i giudici applicano una nuova norma di riconoscimento facendo sorgere un ordinamento nuovo, come accaduto nel caso delle colonie americane alla fine del Settecento; (3) i funzionari entrano in disaccordo tra loro con riguardo ai criteri ultimi di validità delle norme, rendendo dubbia l'identificazione dell'ordinamento. Consideriamo le tre situazioni richiamate da Hart più nel dettaglio.

(1) Supponiamo che al tempo t_1 la generalità dei consociati osservi le norme appartenenti all'ordinamento, ovvero che le condotte sociali istanzino, nella maggior parte dei casi, i modelli d'azione individuati dalle norme giuridiche valide. Quando questo accade, sussiste una corrispondenza tra il ripetersi delle condotte individuali, il loro intersecarsi e convergere in nodi generici e impersonali⁴⁷ (fermarsi col semaforo rosso, pagare le imposte sul reddito, adempiere ad un certo obbligo contrattuale, ecc.) e, dall'altro, le generalizzazioni che trovano formulazione nella fattispecie disciplinate dalle norme giuridiche. Va notato che il sussistere di tale corrispondenza è indipendente dalle motivazioni profonde degli agenti come pure dalle ragioni che giustificano l'azione. Come osserva lo stesso Hart, i consociati talora osservano il diritto valido in modo inconsapevole, per motivi insondabili e irriflessi, o per le ragioni più diverse. L'osservanza generalizzata delle norme appartenenti a un ordinamento è cioè un fatto impersonale e generico, che siamo soliti denominare effettività del diritto. Immaginiamo, tuttavia, che in t_2 la generalità dei consociati cessi di osservare le norme appartenenti all'ordinamento per effetto, ad esempio, di una rivoluzione. Quando questo accade, viene meno la relazione tra diritto positivo e comportamenti sociali catturata dal concetto di effettività: i nodi generici e impersonali nei quali momentaneamente convergono le azioni singolari degli individui (ripetizione) cessano di corrispondere alle generalizzazioni operate dalle fattispecie normative fino a t_2 . Allo stesso tempo,

soluzione pragmatica del paradosso del seguire una regola spiega il processo di selezione delle generalizzazioni ammissibili e il consolidarsi di una pratica sociale, essa non è tuttavia in grado di dar conto del mutamento della pratica, ovvero di spiegare in che modo la generalizzazione che meglio illustra la storia dei comportamenti iterati sia suscettibile di mutare nel tempo.

⁴⁵ HART 1994, 112.

⁴⁶ HART 1994, 117 ss.

⁴⁷ Cfr. DELEUZE, GUATTARI 2006, 392 ss.

viene meno il processo continuo di aggiustamento reciproco tra contenuti normativi e agire sociale che caratterizza, nella prospettiva di Deleuze, il rapporto tra ripetizione e iterazione. E ciò a prescindere dal fatto che la generalità dei giudici e dei funzionari pubblici continui ad osservare la norma di riconoscimento, il cui contenuto diviene irrilevante per il diritto e la cui forza normativa risulta insufficiente, secondo Hart, per garantire la sopravvivenza dell'ordinamento.

(2) Immaginiamo che fino a t_i le corti della Virginia, per giustificare le loro decisioni nei casi di omicidio, abbiano proferito il seguente enunciato:

(R) In base alla legge del parlamento di Westminster, chiunque commette un omicidio è punito con l'impiccagione.

Supponiamo, tuttavia, che successivamente a t_i le corti della Virginia proferiscano un diverso enunciato per giustificare le loro decisioni con riguardo alla medesima fattispecie:

(R*) In base alla legge della Virginia, chiunque commette un omicidio è punito con l'impiccagione.

Ora, la norma giuridica che giustifica la decisione è apparentemente la stessa: qualora venga commesso un omicidio, questo deve essere punito con l'impiccagione. È mutato tuttavia il criterio di identificazione di questa norma in quanto fonte del diritto: è intervenuta cioè una variazione che segnala la nascita di una nuova norma di riconoscimento, in base alla quale appartengono all'ordinamento le disposizioni emanate dal parlamento della Virginia e non più, invece, quelle emanate dal parlamento di Westminster. La prassi che R* spiega dal punto di vista esterno (e giustifica dal punto di vista interno) costituisce una trasgressione e alterazione dell'ordine precedente, capace di riconfigurarlo sia rispetto al passato sia rispetto al futuro. Il consolidarsi di questa prassi tra i giudici della Virginia, ovvero sia la sua iterazione nel tempo, fa sì che muti l'ordine di somiglianze e l'ordine di equivalenze che giustificano le loro decisioni: per un verso i contenuti delle disposizioni emanate dal parlamento di Westminster continueranno ad essere considerati vincolanti ove questi corrispondano ai contenuti di disposizioni emanate dal parlamento della Virginia; per altro verso, ove i contenuti differiscano, solo quelli di queste ultime verranno trattati come vincolanti. In una prospettiva deleuziana, in questa variazione "interstiziale" dell'*opinio*, delle ragioni che giustificano le decisioni giudiziali, si manifesta il divenire della consuetudine in quanto norma di riconoscimento. Più precisamente, nella decisione del giudice della Virginia giustificata da R* si attualizza una norma consuetudinaria perché tale decisione si configura come un "particolare assoluto": la decisione costituisce l'istanza di una generalità (quella fissata dalle norme di diritto oggettivo inglesi che attribuiscono al giudice della Virginia il potere di decidere la controversia); tale istanza è tuttavia assoluta perché R* prende congedo da quella generalità, si assolutizza rispetto ad essa, riconfigurando l'identità dell'ordinamento nel quale il giudice opera mediante l'iterazione nel tempo di tale variazione⁴⁸.

(3) Supponiamo che in t_o la generalità dei giudici italiani risolva le controversie mediante l'applicazione delle leggi promulgate dal parlamento, così come previsto dalla costituzione. Tale

⁴⁸ Si potrebbe qui obiettare che R* trova in realtà fondamento nella decisione sovrana dei *Virginia Revolvers*: il giudice non dà applicazione a una norma consuetudinaria ma a una norma posta dal potere costituente della Virginia. Qualora si concepisca la consuetudine come una fonte interstiziale del diritto, che opera mediante una variazione e successiva iterazione dei contenuti attribuiti alle fonti di diritto oggettivo, tale obiezione non coglie tuttavia nel segno. La consuetudine, nell'accezione qui proposta, consente piuttosto di spiegare perché e in che modo l'atto fondativo di un nuovo ordinamento possa avere, come conseguenza, la semplice incorporazione nel nuovo ordinamento delle medesime norme che appartenevano all'ordinamento precedente.

condotta si presta ad essere spiegata (o giustificata) dalla norma di riconoscimento “È diritto quanto prescritto dalla legge e dalla costituzione”. Immaginiamo, tuttavia, che a partire da t_1 alcuni giudici italiani inizino a decidere le controversie dando applicazione diretta alle direttive europee, sebbene ciò non sia espressamente previsto dalla costituzione. In t_1 risulta dunque incerto cosa la norma di riconoscimento preveda. Secondo una parte giudici, sono fonti del diritto la costituzione e la legge; secondo altri, lo sono la costituzione, la legge e le direttive europee. Questa situazione può generare un conflitto istituzionale: nel medesimo momento storico e ambito territoriale convivono due ordinamenti giuridici, potenzialmente in conflitto tra loro. Questa situazione di incertezza può preludere alla nascita di un nuovo ordinamento ove la generalità dei giudici giunga a riconoscere che le loro decisioni sono giustificate da una nuova norma di riconoscimento, così come osservato nel caso precedente. Ma immaginiamo che tutti i giudici, o perlomeno la generalità di essi, continuino a giustificare le loro decisioni asserendo che il giudice è sottoposto *soltanto* alla legge, come sancito dalla costituzione, e che le direttive europee sono equiparabili alla legge intesa in senso generico. Se così accade, si verifica una variazione dell'*usus* che altera il contenuto della norma di riconoscimento senza farne nascere una nuova. L'applicazione delle direttive europee da parte dei giudici può essere descritta, da un osservatore esterno, come un caso *borderline* di applicazione della norma di riconoscimento osservata fino a quel momento. L'iterazione del comportamento dei giudici, che di fatto conduce a includere i casi *borderline* nell'ambito di applicazione della norma, non modifica i criteri di identificazione dell'ordinamento ma estende di fatto l'insieme delle norme che ne fanno parte per effetto della prassi giudiziale. L'esempio appena proposto illustra una variazione “interstiziale” dell'*usus*, dell'insieme di condotte giustificate dalla norma di riconoscimento, che costituisce uno dei modi in cui si manifesta, in una prospettiva deleuziana, la consuetudine come ripetizione e iterazione.

Più in generale, nei tre esempi appena considerati il concetto di consuetudine non dà conto della fisiologia dell'ordinamento, che rinvia allo statico susseguirsi dei comportamenti di giudici, funzionari e consociati, ma spiega (o giustifica) il divenire dell'ordinamento, i modi in cui i suoi contenuti si trasformano nel tempo per effetto dei comportamenti dei destinatari delle norme.

8. Il problema della normatività del diritto riconsiderato

Quanto osservato in merito alla regola di riconoscimento hartiana ha conseguenze degne di nota con riguardo a un ulteriore snodo del dibattito filosofico-giuridico contemporaneo: il problema della normatività del diritto.

È noto come il problema della normatività venga declinato in modi assai diversi dai filosofi del diritto⁴⁹. Da taluni viene concepito come un problema di natura empirica, la cui trattazione è di pertinenza della sociologia e della psicologia sociale: a quali condizioni le norme giuridiche sono effettive, ovvero si vengono osservate dai loro destinatari? Altri studiosi, sulla scorta di Hart, lo concepiscono invece come un problema al contempo empirico e concettuale: si tratta di individuare i fatti sociali che un osservatore esterno è tenuto a considerare per ascrivere in modo appropriato certi atteggiamenti a degli agenti qualificati⁵⁰. Altri invece associano il problema della normatività alla struttura dell'agire sociale su vasta scala e alle condizioni razionali del suo coordinamento e controllo⁵¹. Altri ancora concepiscono la normatività come quell'insieme di caratteristiche distintive degli atteggiamenti umani (credenze, desideri, intenzioni) dai quali di-

⁴⁹ Come ha opportunamente osservato David Enoch, “è del tutto oscuro in che cosa consista il problema della normatività del diritto. In realtà non vi è soltanto un problema sul tavolo: gli studiosi sembrano avere in mente problemi diversi quando usano questa espressione” (ENOCH 2011, 2).

⁵⁰ Cfr. HIMMA 2013.

⁵¹ SHAPIRO 2013.

pende l'esistenza di entità sociali come le norme e le istituzioni giuridiche⁵². Per quanto assai diversi tra loro, a ben vedere questi approcci tentano di offrire una risposta al medesimo quesito di fondo, già ricordato in apertura: come possiamo spiegare la circostanza che il diritto governi i comportamenti sociali guidando le condotte dei suoi destinatari?

Nel dibattito filosofico-giuridico più recente, questo quesito sembra ammettere due risposte alternative. In base alla prima risposta, la circostanza che il diritto riesca effettivamente a guidare le condotte sociali dipende da ragioni di tipo morale che motivano in ultima istanza l'azione⁵³. Le norme giuridiche, in quanto tali, non avrebbero cioè la capacità di guidare l'azione; l'acquisterebbero nel momento in cui attivano o modificano le attitudini morali dei loro destinatari. In base alla seconda risposta, il diritto sarebbe dotato di una normatività *sui generis*, indipendente da ragioni di altro tipo, che trova fondamento nell'architettura istituzionale degli ordinamenti giuridici. Le norme giuridiche sarebbero cioè in grado di motivare e giustificare l'azione in modo concludente semplicemente perché sono emanate da un soggetto autorizzato⁵⁴. Ciò che entrambe le risposte sembrano presupporre, ad ogni modo, è che la capacità del diritto di guidare le condotte sociali sia la conseguenza della *differenza pratica* che le norme giuridiche generano "nella struttura o nel contenuto della deliberazione pratica dei destinatari della norma"⁵⁵.

Come ha osservato Scott Shapiro, per stabilire se una norma giuridica genera una differenza pratica per i suoi destinatari si può ricorrere a un ragionamento controfattuale, ovvero si immaginare cosa succederebbe se un membro di un gruppo sociale, nell'agire conformemente alla norma in questione, non si appellasse ad essa per giustificare la propria azione:

«La norma genera una differenza nel ragionamento pratico di qualcuno solo se, in questa circostanza controfattuale, chi agisce *potrebbe* non conformarsi ad essa. Se invece chi agisce dovesse conformarsi alla norma senza fare appello ad essa, dovremmo concludere che la norma non genera una differenza pratica⁵⁶».

Ora, la peculiarità del concetto di consuetudine come ripetizione e iterazione sta nel fatto che tale concetto indica a quali condizioni un fatto sociale genera una differenza pratica all'interno di un gruppo sociale. Ciò accade se un fatto (azione, comportamento) sociale provoca una variazione nel comportamento iterato dei membri del gruppo, variazione a cui segue una nuova iterazione. Come abbiamo visto in precedenza, questo accade in due circostanze. Un fatto sociale genera una differenza pratica (1) se viene concepito come un'istanza del comportamento iterato fino a quel momento, un'istanza giustificata tuttavia da una ragione nuova, oppure (2) se tale fatto presenta caratteristiche diverse sotto un profilo rilevante rispetto a quelle dei comportamenti iterati, ma è giustificato dalla medesima ragione per agire. La differenza pratica che un fatto sociale genera, detto altrimenti, può essere concepita soltanto a partire da condotte generalmente seguite, le cui caratteristiche vengono modificate dal fatto medesimo; e questo o dal punto di vista materiale dell'*usus* (delle caratteristiche empiriche del comportamento) oppure dal punto di vista psicologico dell'*opinio* (delle intenzioni di chi agisce). La consuetudine come ripetizione e iterazione consiste propriamente nel manifestarsi di questa differenza, la quale acquista un carattere normativo nel momento in cui viene, a sua volta, iterata, prestandosi ad essere descritta come una generalità di condotte o di ragioni.

Ovviamente una domanda può sorgere qui spontanea: perché la differenza pratica generata dalla ripetizione viene iterata? Cosa spiega o giustifica il fatto che al "particolare assoluto" della

⁵² BERNAL PULIDO 2013.

⁵³ Cfr. GREENBERG 2014; HERSHOVITZ 2015.

⁵⁴ Cfr. BIX 2018; REDONDO 2018.

⁵⁵ COLEMAN 2001, 134.

⁵⁶ SHAPIRO 1989.

ripetizione segue la sua iterazione? A mio modo di vedere, il pregio della prospettiva di Deleuze sta nel fatto che essa lascia questa domanda aperta, evidenziando la sua irrilevanza sotto il profilo filosofico. Il comportamento ripetuto può essere iterato per le ragioni più diverse: poiché esso attiva o modifica ragioni di tipo morale; poiché genera una convenzione tra i membri del gruppo; poiché riflette l'attitudine alla conformità che contraddistingue la psicologia umana; poiché riflette la tendenza di qualsiasi sistema biologico a stabilizzarsi mediante *routine*, e molto altro ancora⁵⁷. Il tipo di spiegazione o giustificazione del rapporto che intercorre tra ripetizione e iterazione è del tutto irrilevante ai nostri fini. La consuetudine come ripetizione e iterazione individua semplicemente il "dispositivo concettuale" della normatività, indicando a quali condizioni un fatto sociale genera una differenza pratica nelle condotte umane. Se intesa nei termini appena descritti, il problema della normatività cessa di essere concepito in modo statico e riduzionistico, aprendo il campo a indagini di tipo nuovo, relative ai rapporti di co-dipendenza tra norme giuridiche e condotte sociali.

Tutto ciò evidenzia l'interesse e la fecondità, per la filosofia del diritto contemporanea, della riflessione attorno alla consuetudine giuridica, a patto che tale riflessione prenda congedo dagli stilemi della dogmatica giuridica tradizionale per aprirsi a spunti originali ed eterodossi, quali quelli messi a disposizione dall'opera di Gilles Deleuze.

⁵⁷ Cfr. MILLIKAN 2005.

Riferimenti bibliografici

- BADIOU A. 2007. *Oltre l'uno e il molteplice. Pensare (con) Gilles Deleuze*, a cura di Ariemma T. e Cremonesi L., Verona, ombre corte.
- BAIER A. 1997. *Doing Things With Others: The Mental Commons*, in ALANEN L., HEINÄMAA S., WALLGREN T. (eds.), *Commonality and Particularity in Ethics*, New York, St. Martin's Press, 15-44.
- BALTZER U. 2002. *Joint Action of Large Groups*, in MEGGLE J. (ed.), *Social Facts and Intentionality*, Frankfurt am Main, Hänsel-Hohenhausen, 1-18.
- BERNAL PULIDO C. 2013. *Austin, Hart and Shapiro: Three Variations on Entities Grounded in a Social Practice*, in «Rechtstheorie», 44, 2013, 157-188.
- BIX B. 2018. *Kelsen, Hart and Legal Normativity*, in «Revus», 34, 2018, 1-17.
- BOBBIO N. 2010. *La consuetudine come fatto normativo*, Torino, Giappichelli.
- BRATMAN M., *Faces of Intention: Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- CANALE D. 2008. *Paradossi della consuetudine giuridica*, in ZORZETTO S. (a cura di), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, Pisa, ETS, 109-136.
- CANALE D. 2015. *Comparative Reasoning in Legal Adjudication*, in «Canadian Journal of Law and Jurisprudence», 28, 2015, 5-27.
- CELANO B. 1995. *Consuetudini, convenzioni*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (a cura di), *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 35-87.
- CELANO B. 2013. *What Can Plans Do For Legal Theory?*, in CANALE D., TUZET G. (eds.), *The Planning Theory of Law. A Critical Reading*, Dordrecht, Springer, 129-152.
- CELANO B. 2014. *Consuetudine: un'analisi concettuale*, in «Diritto e questioni pubbliche», 2014, 597-667.
- CHANG B.G. 1999. *Deleuze, Monet, and Being Repetitive*, in «Cultural Critique», 41, 1999, 184-217.
- COLEMAN J. 2001. *The Practice of Principles. In Defence of a Pragmatic Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- CRISAFULLI V. 1993. *Lezioni di diritto costituzionale. II: L'ordinamento costituzionale italiano. I: Le fonti normative*, Padova, CEDAM.
- CROCKETT C. 2013. *Deleuze beyond Badiou. Ontology, Multiplicity, and Event*, New York, Columbia University Press.
- DE PRETO D. 2012. *Differenza e contraddizione. Deleuze critico di Hegel*, in RAMETTA G. (ed.), *L'ombra di Hegel. Althusser, Deleuze, Lacan e Badiou a confronto con la dialettica*, Monza, Polimetrica, 57-102.
- DE SUTTER L. 2011. *Deleuze. La pratique du droit*, Paris, Michalon, 2009 (trad. it. di Rusteghi L., *Deleuze e la pratica del diritto*, Verona, ombre corte).
- DELEUZE J. 1997. *Différence et répétition*, Paris, PUF, 1968 (trad. it. di Guglielmi G., *Differenza e ripetizione*, Milano, Cortina).
- DELEUZE J. 2000a. *Pourparler 1972-1990*, Paris, Minuit, 1990 (trad. it. di Verdicchio S., *Pourparler 1972-1990*, Macerata, Quodlibet).
- DELEUZE J. 2000b. *Empirisme et subjectivité. Essai sur la nature humaine selon Hume*, Paris, PUF, 1953 (trad. it. di Cavazza M., *Empirismo e soggettività. Saggio sulla natura umana secondo Hume*, Napoli, Cronopio, 2000).
- DELEUZE J., GUATTARI F. 1996a. *Qu'est -ce que la philosophie?*, Paris, Minuit, 1991 (trad. it. di De Lorenzis A., *Che cos'è la filosofia?*, Torino, Einaudi).

- DELEUZE G., GUATTARI F. 1996b. *Kafka, pour une littérature mineure*, Paris, Minuit, 1975 (trad. it. di Serra A., *Kafka. Per una letteratura minore*, Macerata, Quodlibet).
- DELEUZE G., GUATTARI F. 2002. *L'Anti-Œdipus. Capitalisme et schizofrénie*, tome I, Paris, Minuit, 1972 (trad. it. di Fontana A., *L'anti-Edipo. Capitalismo e schizofrenia*, Torino, Einaudi).
- DELEUZE G., GUATTARI F. 2006. *Mille plateaux. Capitalisme et schizofrénie*, tome II, Paris, Minuit, 1980 (trad. it. di Passerone G., *Mille piani. Capitalismo e schizofrenia*, Roma, Castelvecchi, 2006).
- ENOCH D. 2011. *Reason-giving and The Law*, in GREEN L., LEITER B. (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 1-38.
- FEDTKE J. 2006. *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?*, New York, Routledge.
- GIL J. 2015. *L'impercettibile divenire dell'immanenza*, Napoli, Cronopio.
- GILBERT M. 2006. *A Theory of Political Obligation: Membership, Commitment, and the Bonds of Society*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- GREENBERG M. 2014. *The Moral Impact Theory of Law*, in «Yale Law Journal», 123, 2014, 1288-1342.
- GUASTINI R. 1998. *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè.
- GOODMAN N. 1983. *Facts, Fiction and Forecast*, Forth Edition, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- HART H.L.A. 1994. *The Concept of Law. Second Edition*, Oxford, Oxford University Press.
- HERSHOVITZ S. 2015. *The End of Jurisprudence*, in «Yale Law Journal», 124, 2015, 1160-1204.
- HIMMA K.E. 2018. *The Problems of Legal Normativity and Legal Obligation*, in HIMMA K.E., JOVANIVIC M., SPAIC B. (eds.), *Unpacking Normativity. Conceptual, Normative, and Descriptive Issues*, Oxford, Hart, ch. 4.
- HUGES J. 2009. *Deleuze's Difference and Repetition. A Reader's Guide*, London-New York, Continuum.
- JACONELLI J. 2005. *Do Constitutional Conventions Bind?*, in «Cambridge Law Journal», 64, 2005, 149-176.
- KEIL, G., POSCHER, R. (eds.) 2016. *Vagueness and Law: Philosophical and Legal Perspectives*, Oxford, Oxford University Press.
- KELSEN H. 2000. *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1945 (trad. it. di Cotta S. e Treves G., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, ETAS, 2000).
- KRIPKE S. 2002. *Wittgenstein on Rules and Private Language. An Elementary Exposition*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1982 (trad. it. di Santambrogio M., *Wittgenstein su regole e linguaggio privato*, Torino, Bollati Boringhieri, 2002).
- LAPOUJADE D. 2016. *Les mouvements aberrants*, Paris, Minuit.
- LEFEBVRE A., *The Image of Law. Deleuze, Bergson, Spinoza*, Stanford, Stanford University Press, 2008.
- LUZZATI, C. 1990. *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè.
- MARMOR, A. 2014. *The Language of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- MARSHALL G. 1993. *Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Clarendon Press.
- MILLIKAN R.G. 2005. *Language: A Biological Model*, Oxford, Clarendon Press.
- PALADIN L. 1998. *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino, 1996.

- PARR A. (ed.) 2010. *The Deleuze Dictionary. Revised Edition*, Edinburgh, Edinburgh University Press.
- PASTORE B. 2003. *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in «Lavoro e diritto», 17, 1, 2003, 5-16.
- PEARSON K.A. 1999. *Germinal Life. The Difference and Repetition of Deleuze*, London-New York, Routledge.
- PETERSSON B. 2007. *Collectivity and Circularity*, in «The Journal of Philosophy», 104, 3, 2007, 138-156.
- POGGI, F. 2013. *The Myth of Literal Meaning in Legal Interpretation*, in «Analisi e diritto», 313-335.
- POSCHER, R. 2012. *Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation*, in SOLAN L., TIERSMA P. (eds.), *Oxford Handbook on Language and Law*, Oxford, Oxford University Press.
- REDONDO C. 2018. *La normatività istituzionale del diritto*, Madrid, Marcial Pons.
- RESCIGNO G.U. 1972. *Le convenzioni costituzionali*, Padova, CEDAM.
- ROMANO S. 1947. *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè.
- ROSS A. 1990. *On Law and Justice*, London, Steven & Sons, 1958 (a cura di Gavazzi G., *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi).
- SEARLE J. 1990. *Collective Intentions and Actions*, in COHEN P., MORGAN J., POLLACK M.E. (eds.), *Intentions in Communication*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 401-415.
- SENDEN L. 2004. *Soft Law in European Community Law*, Oxford, Hart.
- SHAPIRO S. 1989. *On Hart's Way Out*, in «Legal Theory», 4, 1989, 495-496.
- SHAPIRO S. 2013. *Legality*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- SLAUGHTER A.-M. 2000. *Judicial Globalization*, in «Virginia Journal of International Law», 40, 2000, 1103-1124.
- SOMERS-HALL D. 2013. *Deleuze's Difference and Repetition*, Edinburgh, Edinburgh University Press.
- SOMMA A. (ed.) 2009. *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli.
- TOUMELA R. 2007. *The Philosophy of Sociality: The Shared Point of View*, Oxford, Oxford University Press.
- VELLEMAN J.D. 1997. *How to Share an Intention*, in «Philosophy and Phenomenological Research», 57, 1997, 29-51.
- WALDRON J. 2012. *"Partly Laws Common to All Mankind." Foreign Law in American Courts*, New Haven, Yale University Press.
- WESTERMAN P., HAAGE J., KIRSTE S., MACKOR A.R. (eds.) 2018. *Legal Validity and Soft Law*, Dordrecht, Springer.
- WILLIAMS J. 2003. *Gilles Deleuze's Difference and Repetition. A Critical Introduction and Guide*, Edinburgh, Edinburgh University Press.
- ZAIBERT L.A. 2003. *Collective Intentions and Collective Intentionality*, in D.R. Koepsell, L.S. Moss (eds.), *John Searle's Ideas about Social Reality. Extensions, Criticisms and Reconstructions*, Oxford, Blackwell, 209-232.
- ZOURABICHVILI F. 1997. *Qu'est-ce qu'un devenir, pour Gilles Deleuze?*, Lyon, Horlieu.
- ZOURABICHVILI F. 2012. *Le vocabulaire de Deleuze*, Paris, Ellipses, 2003 (trad. it. di Zaltieri C., *Il vocabolario di Deleuze*, Mantova, Negretto).

LA “RELIGIONE SENZA DIO” DI RONALD DWORKIN

LUIGI MARIANO **GUZZO**



La “religione senza Dio” di Ronald Dworkin

“Religion without God” by Ronald Dworkin

LUIGI MARIANO GUZZO

Assegnista di ricerca in Diritto ecclesiastico e canonico presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia dell’Università “Magna Graecia” di Catanzaro.

E-mail: imguzzo@unicz.it

ABSTRACT

Nel suo ultimo libro Ronald Dworkin parla di una “Religione senza Dio”. Questo concetto può essere considerato come il punto di arrivo del fenomeno sociale delle religioni senza confini. In questo contributo tenterò di offrire un approccio critico all’argomento di Dworkin, rispondendo a tre domande: perché Dworkin parla di una religione senza Dio? Che cos’è una religione senza Dio? Quali sono le differenze tra l’idea di Dworkin e altre tesi sulla religione secolare?

In his last book, Ronald Dworkin speaks about a “Religion without God”. It can be considered as a final point of the social phenomenon about “religions without borders”. In this paper I will give a critical approach to Dworkin’s argument, answering to three questions: Why Dworkin speaks about a Religion without God? What is a Religion without God? What are the differences between Dworkin’s idea about Religion without God and other ideas about secular religion?

KEYWORDS

Dworkin, religione senza Dio, ateismo, valori, diritto.

Dworkin, religion without God, atheism, values, law.

La “religione senza Dio” di Ronald Dworkin

LUIGI MARIANO GUZZO

1. Introduzione – 2. L’ateismo religioso di Ronald Dworkin – 3. Il realismo non fondazionale sul valore: un giusnaturalismo “thin” – 4. La proposta di una spiritualità senza Dio – 5. Alcuni “punti di vista” su una religione secolare – 6. Conclusioni: e il problema di Dio?

Andremo incontro alla morte credendo di aver fatto qualcosa di buono in risposta alla più grande sfida che un mortale debba affrontare. Ciò potrebbe non essere sufficiente ai vostri occhi; potrebbe non addolcire neanche un po’ la paura che ci aspetta. Ma è l’unico tipo di immortalità che possiamo immaginare, almeno l’unico genere che è affar nostro volere. Questa è una convinzione religiosa, se mai qualcosa lo è. Ci è accessibile indipendentemente da quale dei due schieramenti religiosi sia quello a cui scegliamo di unirci, quello devoto a un Dio, o quello senza Dio.

(Ronald Dworkin, *Religione senza Dio*)

1. Introduzione

Con riferimento al cristianesimo, Simone Weil parlava di due “religioni distinte”: la “religione dei mistici” e l’“altra religione”¹. La religione dei mistici è la “religione vera”², è il nucleo essenziale, personale e irriducibile di ogni sentimento che anela ad una qualche forma di spiritualità; è l’esperienza diretta con il divino. L’“altra religione” comprende, invece, tutto il resto, ossia quel contorno comunitario, culturale ed istituzionale costruito intorno all’esperienza di fede di ciascun individuo. Essa attiene alla dimensione sociale dell’esperienza di fede; è la religione intesa come fenomeno sociale. Di più: l’“altra religione” costituisce l’oggetto di studio, di analisi e di indagine delle scienze sociali. Invero, ogni “altra religione” è strettamente connessa alla “religione vera”; ogni “altra religione” è vissuta nella singolarità di una personale esperienza spirituale come “religione vera”. Peraltro, la distinzione che opera Weil è interessante sul versante della costante tensione che tradizionalmente alimenta il concetto di religione: da un lato, la centralità dell’individuo nel suo rapporto con il sacro (la “religione vera”), dall’altro, invece, il principio di autorità (l’“altra religione”). E così, la storia delle religioni è soprattutto storia dell’affermazione e dell’affrancazione del riconoscimento del diritto di libertà di religione quale diritto soggettivo, nei moderni sistemi giuridici, sul dispotismo delle chiese e, più in generale, delle organizzazioni religiose³.

In effetti, ad essere entrata in crisi oggi, negli ordinamenti occidentali, non è tanto la nozione di religione in sé⁴, quanto piuttosto la religione che si esprime in termini di autorità, di credenza tradizionale, di sistema teologico sedimentato nel tempo⁵. Non è un caso, d’altronde, che nell’epoca della globalizzazione, le religioni tradizionali, pur continuando a percepirsi in maniera localizzata, si rinnovano e si presentano come proposta identitaria culturale⁶.

¹ WEIL 2011, 42.

² *Ibid.*

³ È nota la tesi storicistica del filosofo e giurista austriaco JELLINEK 2002.

⁴ Per un tentativo di qualificare la “religione”, cfr. MAZZILLO 1997; vedi pure MAZZILLO 2004. Sulla difficoltà di una definizione giuridica di religione, da un punto di vista del diritto internazionale si rimanda, a WOEHLING 2010, 615 s. Sullo stesso tema vedi anche GUNN 2003, 189-215.

⁵ Il “pastafarianesimo” può ritenersi un interessante esperimento fenomenologico e sociologico di critica alle tradizionali categorie della religione, v. HENDERSON 2008.

⁶ CONSORTI 2007, 2 s.

Già con l'avvento sulla scena pubblica dei “nuovi movimenti religiosi”, gli ordinamenti giuridici, per un verso, sono entrati in crisi nel cercare una qualificazione di “confessione religiosa” e, per altro verso, hanno scardinato i tradizionali modelli di regolamentazione tra lo Stato e le stesse confessioni⁷. E così è stata sottolineata la necessità di un momento *ri-fondativo* delle discipline giuridiche del fenomeno religioso, tenuto conto dei mutamenti antropologici del “religioso” quale pre-condizione del giuridico⁸. Allo stesso modo, chi ricostruisce oggi la dignità della persona umana a partire da una moralità del diritto che sia ancorata al dovere di preservare la biosfera terrestre⁹, prospetta oggi un momento rifondativo della scienza giuridica.

Di fronte al fenomeno dell'erosione dei tradizionali confini del concetto di religione¹⁰, gli studiosi, almeno da vent'anni, non difficilmente parlano di “religioni senza frontiera”¹¹. Le religioni senza frontiere si contraddistinguerebbero per la loro capacità di essere *valvola* di integrazione e inclusività in un tessuto sociale culturalmente disomogeneo¹². Oggi, lo sviluppo del fenomeno di una spiritualità trasversale in cui ad essere divinizzata è ormai la realtà, fa già parlare dell'avvento di un “Dio invisibile”, la cui fonte di energia si ritrova nell'istinto di auto-potenziamento dell'uomo, tanto da potersi parlare di una super-religione:

«Dio è la nuova superpotenza mondiale. Ha più armi degli imperi americano e sovietico di ieri e del dragone cinese di oggi; ha più territorio, più tecnologia, più menti. È ricco di sorprese, il nostro Dio super potente, e ama prender forme vecchie e nuove. Può ancora apparire con i boccoli d'oro d'un Gesù della Boston ottocentesca, con l'arte calligrafica di Fez, con le braccia di Kali. Ha però anche imparato a incarnarsi in algoritmi, neutrini e Mp3. Si rannicchia nelle grotte del Waziristan, ti scanna con la lama del pastore, digita sul satellitare un numero di Londra»¹³.

L'ultimo capitolo di questa lunga parabola sociale è rappresentato dalla proposta di Ronald Dworkin, tra i maggiori filosofi del diritto del nostro tempo, di una “religione senza Dio”¹⁴, contenuta nel volume postumo *Religion without God*¹⁵ del 2013, tradotto in Italia l'anno succes-

⁷ Cfr. MANTINEO 2009, 1-5.

⁸ Si veda, ad esempio, FERLITO 2005. Si rimanda pure a DIENI 2008; MACRÌ et al. 2012; FERRARI 2017.

⁹ Cfr. POLICASTRO 2016, il quale avvia la sua teoria dagli assunti del geochimico russo-ucraino Vernadsky secondo cui l'apparenza e lo sviluppo della vita umana è un fenomeno di natura cosmica.

¹⁰ Un fenomeno che già dagli anni Quaranta del secolo scorso ha portato prima all'allargamento poi all'azzeramento dei confini del concetto di religione. Così FIORITA, ONIDA 2011, 29: «Finito il tempo in cui dal punto di vista di una religione nessun'altra appariva degna di quel nome, dagli anni quaranta del secolo scorso ha preso avvio un processo di sempre maggiore allargamento, fino all'azzeramento, dei confini del concetto di religione (processo guidato dalla giurisprudenza di Stati Uniti e Australia ma nei fatti originato e preparato da secoli e millenni, soprattutto nel subcontinente indiano, da poderose scuole di pensiero la più nota delle quali è certamente il buddismo). Abbattuti da subito gli steccati che difendevano dall'esterno le cosiddette “religioni del Libro”, in breve tempo la concretezza della realtà su cui operano i giudici ha imposto di spostare i confini di ciò che è definibile come religione fino a ricomprendervi qualsiasi concezione che riconosca almeno l'esistenza di un Dio, non importa come caratterizzato. E poco dopo anche questo estremo argine oggettivo è venuto meno nelle decisioni dei giudici, praticamente ridotti ad accettare come religioso qualunque soggetto si autodefinisca tale».

¹¹ Cfr., sul punto, FILORAMO 1998, 566.

¹² Sul rapporto tra democrazia e religione in un'epoca post-secolare, si rimanda, per tutti, a ROMEO 2016.

¹³ VENTURA 2016, 7.

¹⁴ È interessante notare come nella pubblicistica dei primi anni del Novecento della storia delle religioni, l'espressione “religione senza Dio” veniva ad essere utilizzata come criterio di distinzione tra fattore magico e fattore religioso nei processi di evoluzione sociale. Cfr., per tutti, VAN DER LEEUW 1992, 424: «Non è dunque ammissibile stabilire tra religione e magia un certo contrasto come se la prima fosse succeduta alla magia, essendo questa areligiosa e quella non essendo mai magica. La magia è una religione perché ha a che fare con le potenze. Non ha bisogno di nessun dio, ma agendo senza dio si può ben agire religiosamente. Ciò che distingue la magia dall'altra religione è che, in via di principio, vuol dominare il mondo, governarlo».

¹⁵ DWORKIN 2013a.

sivo¹⁶. Il lavoro di Dworkin prende le mosse dalle *Einstein Lectures* che il filosofo ha tenuto all'Università di Berna nel 2011; un progetto di ricerca che egli avrebbe voluto proseguire dopo aver ritirato il premio Balzan 2012 per la teoria e la filosofia del diritto, ma che una fulminante leucemia contratta nell'agosto 2012 gli ha impedito di approfondire, concedendogli giusto il tempo di revisionare alcune parti del testo originali prima di morire nel febbraio 2013, come ricorda la nota al testo di Thomas Nagel. In questo saggio, la “frontiera” che intende superare Dworkin, sul terreno della religione, è, insomma, quella che può apparire come l'ultima, l'estrema, la più inespugnabile: la frontiera di Dio. Ed è questa una frontiera che non a caso il filosofo del diritto, da ateo, cerca di oltrepassare nel momento in cui avverte ormai il decadimento fisico, e fa i conti, quindi, con la finitudine dell'esistenza umana. L'affermazione «religion is deeper than God»¹⁷, contenuta nell'incipit del volume, segna ormai il punto di non ritorno del concetto di religione nella post-modernità, l'abbattimento della frontiera di Dio; la religione non ha più bisogno di un Dio trascendente o immanente nella natura per auto-comprendersi come tale.

Dio diventa in tal modo *estraneo, accessorio, straniero* e addirittura *nemico*¹⁸, persino alla religione, come sembrava già predire Emil Cioran agli inizi degli anni Novanta: «Quanto più gli uomini si allontanano da Dio, tanto più progrediscono nella conoscenza delle religioni»¹⁹. Contrapposto all'ateismo militante e religiosamente decostruttivo di autori come Dawkins²⁰, nell'ateismo religioso²¹ di Dworkin, insomma, non si è più *contro* Dio, si è (semplicemente?) *senza* Dio²². Un paradigma, quello dell'ateismo religioso, che cercheremo di approfondire attraverso l'indagine teorica che porta avanti Dworkin.

2. L'ateismo religioso di Ronald Dworkin

Nella “religione senza Dio” di Dworkin la religione non può essere ridotta alla forma del teismo: «Religione, dovremmo dire, non significa necessariamente credere in Dio»²³. Il punto di partenza di Dworkin è la constatazione che oggi i maggiori conflitti sociali su temi eticamente sensibili – il riconoscimento di determinati diritti alle coppie omosessuali, l'obiezione di coscienza al servizio militare, l'insegnamento nelle scuole del creazionismo o del darwinismo... – si innescano tra *believers* e *nonbelievers*, piuttosto che tra i credenti delle diverse confessioni religiose. Il terreno di scontro su temi eticamente sensibili, quindi, non è tanto quello “tutto” religioso di diverse credenze tradizionali i cui aderenti non si mettono d'accordo sulle domande “penultime”, possiamo dire, della vita umana, quanto piuttosto quello che si riferisce alla questione prima (e, al contempo, ultima) dell'esistenza o meno di Dio. Cambia, quindi, il modello delle guerre di religione. Ai nostri giorni, infatti, sostiene il filosofo Dworkin,

«le battaglie più aspre non sono fra le diverse sette delle religioni devote a un Dio, bensì tra i fedeli credenti e quegli atei che i fedeli reputano miscredenti e immorali, di cui non ci si può fidare e il cui

¹⁶ DWORKIN 2014.

¹⁷ DWORKIN 2013a.

¹⁸ Per una riflessione teologica in merito allo “spazio” di Dio in una società post-moderna v. MATTEO 2008.

¹⁹ CIORAN 1991, 31.

²⁰ Vedi DAWKINS 2007.

²¹ Già la stessa locuzione di “ateismo religioso”, invero, è indicativa di un modo del tutto nuovo e inedito di guardare all'ateismo come ad una forma spirituale religiosa, superando ormai il pensiero di quanti ritenevano che fosse «impossibile ricomprendere sotto il *nomen iuris* della religione l'ateismo, che è negazione di Dio, negazione di ogni verità religiosa, negazione della necessità della religione medesima», così RAVÀ 1959, 41.

²² RAVASI 2008, VII.

²³ DWORKIN 2014, 20.

numero crescente, sempre a loro avviso, costituisce una minaccia per la salute morale e l'integrità della comunità politica»²⁴.

Dworkin supera la dicotomia credente/non credente, con la proposta di una "religiosità diffusa", finalmente emancipata da Dio. Per separare in maniera netta e definitiva Dio dalla religione, il filosofo ritiene necessario «capire che cosa sia veramente il punto di vista religioso»²⁵ attraverso un procedimento di astrazione definito "ecumenico"²⁶, secondo il quale una visione religiosa del mondo – epurata dalla previsione di obblighi confessionali – accetta la presenza di una verità oggettiva di due giudizi centrali che possono darsi sul valore: il primo, «la vita umana ha un significato oggettivo o un'importanza oggettiva»²⁷; il secondo, «ciò che chiamiamo natura non è un mero dato di fatto ma è intrinsecamente sublime: qualcosa che ha valore e incanto intrinseci»²⁸. Tali due giudizi («significato intrinseco della vita» e «bellezza intrinseca della natura») si riferiscono alle due essenziali dimensioni dell'esistenza umana: quella "biologica" (l'essere) e quella "biografica" (la durata fisica dell'essere).

Non si comprende questo inedito «punto di vista religioso» se non all'interno del perimetro del realismo non fondazionale sulla metafisica del valore, secondo il quale l'unico modo possibile per *riflettere* sul valore è *riflettere* sulle nostre convinzioni morali in maniera responsabile. Per Dworkin, infatti, il mondo del valore si contiene e si certifica da solo. Non vi è, in altri termini, alcuna assunzione dell'esistenza di una forte realtà ontologica né la necessità di inserire la comprensione del valore in un contesto culturale di riferimento. La certificazione del valore è insomma circolare, in quanto il valore si certifica da se stesso. A chi possa risultare insoddisfacente la proposta di una certificazione circolare del valore, Dworkin suggerisce che ogni attività di ricerca della verità in qualsivoglia ambito intellettuale richiede una certificazione circolare: gli stessi assiomi matematici, ad esempio, si certificano all'interno della matematica. Ma rimane la questione: se il mondo del valore si certifica da sé, come per ogni altro ambito intellettuale, perché è più semplice essere d'accordo sulla formula «5 più 5 uguale 10» che non su ciò che è giusto, che è bello e che è vero? A questa obiezione Dworkin risponde che vi è un maggiore "accordo interpersonale" sull'equazione «5 più 5 uguale 10» che non sulle idee di giustizia, di bellezza e di verità. E d'altronde tale accordo interpersonale «non è una certificazione esterna in nessun ambito»²⁹. Infatti, se pure la comunità scientifica dubitasse che «5 più 5 uguale 10», la generalità dei consociati, invece, non avrebbe alcun valido argomento per dubitare che «5 più 5 uguale 10». All'interno di un ambito intellettuale, quindi, l'accordo interpersonale sulla certificazione esterna di un valore niente dice sulla verità dello stesso. Scrive Dworkin:

«che cosa succederebbe se – orrore inimmaginabile – la razza umana smettesse di essere d'accordo sulle argomentazioni matematiche o logiche valide? Sprofonderebbe in un declino esiziale, ma nessuno avrebbe alcuna buona ragione, mentre ciò succede, per dubitare che cinque più sette fa dodici»³⁰.

Il consenso o la discordia possono quindi essere irrilevanti per la verità del valore e, d'altronde,

«solo un giudizio di valore può deporre a favore della verità di tale convinzione [...] la nostra profonda convinzione che la crudeltà sia sbagliata è la convinzione che la crudeltà è realmente sbagliata; non possiamo avere tale convinzione senza pensare che essa sia oggettivamente vera»³¹.

²⁴ Ivi, 21.

²⁵ Ivi, 22.

²⁶ Ivi, 23.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Ivi, 28.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Ivi, 30.

Per ritenere, in altre parole, che le pretese di verità oggettiva sul valore non siano infondate Dworkin considera necessario credere (cioè, avere *fede*) nel valore e riconoscere che vi sia una convinzione sul valore. Nel momento in cui tale convinzione sopravvive ad una riflessione responsabile, non vi è alcuna buona ragione per dubitare sulla verità del valore, almeno fino a quando non si presentino altre prove o argomentazioni. Tale processo è indicativo di quello che per Dworkin è il punto di vista religioso del mondo.

Credere nella verità oggettiva del valore per i teisti vuol dire assumere che il loro realismo sia fondazionale: «Dio, a loro avviso, ha fornito loro, e certifica, la percezione che hanno del valore, ossia delle responsabilità della vita e delle meraviglie dell'universo»³². Ma, invece, è «l'indipendenza assoluta del valore dalla storia, compresa la storia divina, a far sì che la loro fede sia difendibile»³³. Anche nella prospettiva teistica, insomma, non può essere la descrizione di un evento storico o scientifico a fondare una tesi etica, morale o estetica, quanto, invece, la presenza di un giudizio di valore di fondo che rende quel dato evento storico rilevante. L'esistenza di un Dio, quindi, può anche essere determinante nella scelta di assumere una scelta morale, ma solo nella misura in cui tale scelta sia ancorata ad un giudizio di valore che fa da sfondo: «se esiste un Dio, magari può mandare le persone in paradiso o all'inferno. Ma non può a suo piacimento creare risposte giuste a domande morali o infondere nell'universo una gloria che altrimenti esso non avrebbe»³⁴.

Tale visione del mondo, in cui un valore oggettivo permea tutte le cose, trova il suo esempio paradigmatico nell'universo: il cosmo al non credente non suscita meno stupore e meno meraviglia di quanto ne susciti al credente: «non è vero – afferma Dworkin – che la natura è un mero contenitore di oggetti che sono belli in sé. Il loro essere meravigliosi dipende dal fatto che è la natura, anziché una qualche intelligenza o volontà umana ad averli prodotti»³⁵. Quindi, la categoria della bellezza nelle scienze naturali può assumere il significato dell'unità di un modello fisico come dell'irripetibilità dello stesso.

Affermata l'importanza di adottare una concezione di religione più profonda del teismo (personalista o non-personalista) attraverso l'assunzione di un realismo non fondazionale sulla metafisica del valore, Dworkin sposta la questione sul terreno della morale politica, interrogandosi sul concetto stesso di libertà di religione. Perché la tutela della libertà di religione dovrebbe applicarsi «solo alla scelta fra religioni devote a un Dio, inclusa la scelta di rifiutarle tutte?»³⁶. Infatti, le persone «hanno un diritto al libero esercizio delle loro convinzioni profonde sulla vita e sulle sue responsabilità, sia che esse derivino dalla fede in Dio sia che non ne derivino, e che nelle sue politiche e finanziamenti il governo deve rimanere neutrale rispetto a tutte queste convinzioni»³⁷.

Così Dworkin intende ampliare la stessa nozione di libertà religiosa, fino a farla coincidere con il riconoscimento di un «diritto generale all'indipendenza etica»³⁸. È complesso il percorso teorico che intraprende Dworkin, per il quale la teoria morale alla base delle moderne interpretazioni convenzionali sul diritto alla libertà religiosa³⁹ presuppone che «le persone abbiano un diritto morale specifico alla libertà di scelta riguardo alla pratica religiosa e che l'interpretazione dei documenti giuridici debba ricalcare il diritto morale specifico»⁴⁰. A ciò si aggiunga (a) che risulta «molto difficile definire la portata» di tale presunto diritto morale, (b) che la sua prote-

³² Ivi, 31.

³³ *Ibid.*

³⁴ Ivi, 34.

³⁵ Ivi, 48.

³⁶ Ivi, 92.

³⁷ Ivi, 97.

³⁸ In realtà, la teorizzazione di un principio generale all'indipendenza etica rappresenta una riproposizione della tesi già espressa dallo stesso autore in DWORKIN 2013b, 428 ss.

³⁹ Sul punto v. MCCLAIN 2015, 136 ss.

⁴⁰ DWORKIN 2014, 105.

zione non può essere limitata alle religioni devote ad un Dio e che neanche possiamo «definirla sensatamente come se comprendesse tutte le convinzioni che ricadono sotto un resoconto più generoso della religione» e (c) che vi è un conflitto tra due idee che appartengono allo stesso diritto morale specifico: «che il governo non possa penalizzare l'esercizio della religione, ma anche che non debba discriminare favorevolmente alcuna religione»⁴¹. In tal modo si realizza la costruzione della libertà di religione non come un diritto speciale, bensì alla stregua di un «caso centrale di un diritto più generale all'indipendenza etica»⁴². Al tempo stesso, inoltre, il concetto di religione è disconnesso da (un) Dio⁴³, tanto che «le religioni possono essere costrette a limitare le loro pratiche in modo da obbedire a leggi razionali e non discriminatorie che non dimostrino nei loro confronti una considerazione meno che uguale»⁴⁴.

Per Dworkin, quindi, gli atei «possono accettare i teisti come solidali a tutti gli effetti con le loro ambizioni religiose più profonde», mentre i teisti «possono accettare che gli atei abbiano per le convinzioni morali e politiche gli stessi fondamenti che hanno loro»⁴⁵.

A questa religione senza Dio, Dworkin consegna anche la prospettiva di una vita dopo la morte. Perché la differenza tra una religione con (un) Dio e una religione senza (un) Dio potrebbe scontrarsi proprio sulla questione della vita ultraterrena. Rilevata la presenza di un pensiero religioso ancorché slegato dall'idea di Dio, l'unica differenza – tra una religione con Dio ed una senza Dio – sarebbe relativa all'offerta di una speranza di vita dopo la morte. Ma, in realtà, già la stessa promessa di una vita dopo la morte aumenta l'attrattiva per la religione con un Dio. Su questo Dworkin ritiene che «la vita dopo la morte in realtà significa semplicemente qualcosa – qualsiasi cosa – che non è ciò da cui siamo disperatamente terrorizzati: la dissoluzione totale e definitiva di tutto, anch'essa inimmaginabile»⁴⁶. Tale “cosa” che non è la dissoluzione totale, per Dworkin arriva grazie alla teoria dei quanti, ossia la certezza (scientifica) che i nostri elementi non si dissolveranno nella realtà fisica. A molti questa visione può non essere sufficiente, nondimeno però al filosofo americano appare come l'unica possibile soluzione razionale alla nostra speranza di immortalità: «Convengo sul fatto che la prospettiva che la nostra anima naturale sopravviva alla nostra morte sotto forma di frammenti quantici non sia fra le più confortanti. Tuttavia, se tutto ciò che agogniamo è non finire nel nulla, questo almeno ce lo assicurerebbe»⁴⁷.

3. *Il realismo non fondazionale sul valore: un giusnaturalismo “thin”*

Il punto chiave, cioè la “base teorica”, della proposta di Dworkin è l'adesione ad una forma di realismo non fondazionale. Si intende sgomberare il campo dall'equivoco secondo il quale il soggetto non credente non possieda una morale oggettivistica. Nell'ambito del realismo non fondazionale la metafisica del valore assoluto non è il prodotto di una dogmatica religiosa creazionistica quale unica alternativa al relativismo valoriale proprio del naturalismo evoluzionistico⁴⁸, che guarda pure al valore come la risultante di un'evoluzione culturale e sociale⁴⁹. Il natura-

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ivi*, 116.

⁴³ *Ivi*, 107.

⁴⁴ *Ivi*, 109 s.

⁴⁵ *Ivi*, 117.

⁴⁶ *Ivi*, 121.

⁴⁷ *Ivi*, 122.

⁴⁸ Si rimanda, sul punto, a NAGEL 1986; NAGEL 2010; NAGEL 2015. Per una lettura gius-filosofica del pensiero di Nagel si veda LA TORRE 1991, 141-171.

⁴⁹ A proposito di una simile impostazione, per tutti, si veda DE WAAL 2013, 277, in cui si parla di una «moralità dal basso all'alto» per la quale «la legge morale non è imposta dall'alto o derivata da principi, bensì deriva da valori radicati che sono esistiti fin dall'inizio dei tempi».

lismo evolucionistico è una forma di riduzionismo (ideologico) della comprensione della realtà⁵⁰, in cui, come criticamente afferma il teologo Jürgen Moltmann⁵¹, «il “mistero” dell’uomo “non è nient’altro che” biologia»⁵², i valori sono prodotti dell’evoluzione darwiniana e le stesse deliberazioni morali – secondo ormai le recenti prospettive delle neuroscienze applicate alle scienze filosofiche e sociali – potrebbero considerarsi quali il prodotto di processi neurologici determinati dall’evoluzione genetica⁵³. Ma ciò porterebbe a paradossali esiti antropologici:

«L’interpretazione naturalistica della moderna ricerca sul cervello dice che l’uomo moderno è incapace di colpe e “irresponsabile”, e lo rende parte del moderno mondo delle macchine. Questo, detto con parole dure, è la cancellazione definitiva dell’essere umano come lo abbiamo conosciuto finora. L’uomo, come è stato finora, diventa allora “antiquato” nel suo mondo moderno. Questa è una situazione paradossale»⁵⁴.

Al contrario, nella prospettiva “non fondazionale” assunta da Dworkin i principi che governano i fenomeni mentali, nonché la stessa struttura biologica della realtà, sarebbero principi teleologici più che meccanicistici, considerato che neanche la biologia, secondo Nagel, può essere ritenuta quale scienza puramente fisica (la critica qui è mossa quindi sul piano del riduzionismo materialistico e biologico tipico dell’evoluzionismo). In questo caso, è ovvio che l’idea di un valore assoluto non si fonda su alcuna forte assunzione ontologica dell’esistenza di una realtà creatrice (come, invece, per il “realismo fondazionale” tipico delle forme metaetiche rivelazionistiche), quand’anche nella prospettiva di Dworkin vi sia l’assunzione di una riflessione – *melius*, di un’argomentazione⁵⁵ – responsabile sul valore. Questo tipo di realismo, infatti, sostiene che «certe verità, che i soggettivisti ritengono debbano essere fondate su qualcos’altro, non debbano in realtà essere fondate in questo modo, ma che siano semplicemente vere di per sé»⁵⁶. In altre parole, finché non si trovano argomenti contrari alla validità di un valore non c’è motivo di dubitare sull’universalità dello stesso.

In tal senso la teoria di Dworkin si propone quale alternativa al positivismo giuridico, tanto da poter parlare a proposito di una forma di giusnaturalismo, sebbene sia molto diversa dalla tradizionale teoria giusnaturalistica di matrice tomistica⁵⁷, il cui più influente pensatore dei nostri giorni è John Finnis⁵⁸. Il giusnaturalismo di Dworkin si avvicina più che altro a quella che è stata definita come teoria “debole” o “leggera” del giusnaturalismo, in cui la determinazione di fini universali è data da una strategia argomentativa sulle concrete deliberazioni morali dell’individuo⁵⁹.

“Religione senza Dio” per di più si inserisce pienamente nel solco dell’itinerario teorico di Dworkin. Infatti, il filosofo riprende tesi molto contigue a quelle già esposte in *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom* (1993), in cui riteneva che il prin-

⁵⁰ Per una diffusa critica al riduzionismo biologico anche in campo teologico e un dialogo tra l’epistemologia della scienza e l’epistemologia della fede si veda, per tutti, BRANCACCIO 2016. Su evoluzione e teologia cattolica si veda, poi, MORANDINI 2009.

⁵¹ Tra le opere più importanti si ricordano MOLTSMANN 2008 [1964]; MOLTSMANN 2011; MOLTSMANN. 2014; MOLTSMANN 2016 [2014]. Per una lettura della Teologia della speranza cfr. MORANDINI 2005, 92-104; SILVESTRE 2012, 31 ss.; GUZZO 2013, 62-66.

⁵² MOLTSMANN 2016, 26.

⁵³ Nell’ambito di questi studi, anche in Italia ormai si parla di una “neuro-teologia”. Cfr. GALLINARO 2014.

⁵⁴ MOLTSMANN 2016 [2014], 26.

⁵⁵ A proposito di una teoria del discorso razionale come discorso sulla motivazione giuridica si veda, in particolare, ALEXY 1998.

⁵⁶ NAGEL 2015, 107.

⁵⁷ Cfr. BIX 2016, 119.

⁵⁸ Cfr., in particolare, FINNIS 1983; FINNIS 1991; FINNIS 1998; FINNIS 2011 [1980].

⁵⁹ Cfr. LA TORRE 2010a, 24-26.

cipio della sacralità della vita non fosse proprio soltanto di quei credenti apertamente contrari a questioni etiche come l'eutanasia o l'aborto. Anzi, nel tentativo di riconciliare le posizioni di un'etica religiosa con quelle di un'etica secolare, egli offriva un significato laico di "sacralità", che assumeva i contorni di un valore oggettivo indipendente da quello che le persone desiderano o necessitano, o da ciò che è bene per loro⁶⁰. Insomma, la riflessione sull'oggettività del valore è stata sempre di grande importanza nella teoria normativa di Dworkin⁶¹, finanche nella nota tesi della "One Right Answer", cioè dell'unica risposta corretta⁶² dell'operatore del diritto di fronte a casi difficili: nonostante i precedenti giurisprudenziali, la legge ordinaria e le disposizioni costituzionali lascino la possibilità di scelta, i valori che guidano tale scelta – i diritti, la giustizia e il bene comune – possono essere reali e oggettivi⁶³. Da qui l'unicità della risposta corretta nel processo di interpretazione giurisprudenziale, che, in un diritto intelaiato di regole e di principi, si compone di un processo che è definibile come tipicamente morale⁶⁴.

Nell'ambito del cosiddetto approccio "interpretativo al diritto"⁶⁵ (o *interpretativismo*) il processo noto come "interpretazione costruttiva", in Dworkin, dipende «dalla capacità di assegnare un valore o un obiettivo specifico all'oggetto dell'interpretazione, a prescindere che tale oggetto sia costituito da un'opera d'arte o da una pratica sociale»⁶⁶; tale valore o obiettivo è, quindi, il criterio per determinare l'interpretazione di una norma (come di un quadro o di un testo letterario) sia migliore o peggiore di un'eventuale interpretazione alternativa, considerato che in tale prospettiva, l'interpretazione costruttiva è ritenuta il metodo più adeguato sia per l'interpretazione giuridica che per quella artistica e letteraria⁶⁷.

Ciò determina un'ulteriore tesi di primaria importanza per comprendere la base teorica della religione senza Dio: la tesi dell'unità del valore. In *Giustizia per i ricci* (2011) Dworkin considera l'unità del valore come una tesi «vecchia e di ampia portata»⁶⁸, secondo la quale:

«[...] il valore è una cosa importantissima. La verità sulla vita buona, sull'essere come si deve, su ciò che è degno di ammirazione, non solo sono coerenti fra loro, ma si convalidano reciprocamente: ciò che pensiamo riguardo a una di queste cose deve in ultima analisi combaciare con qualsiasi argomentazione che troviamo convincente riguardo alle altre»⁶⁹.

Il valore è *unitario* nel senso che se è positivo in una sfera di azione non può essere negativo in una diversa sfera d'azione, ossia «se x è male, x sarà sempre male». La tesi dell'unità del valore, come ben può essere compreso, è essenziale all'oggettività dello stesso valore, in quanto questa implica una coerenza del sistema assiologico⁷⁰.

⁶⁰ Vedi DWORKIN 1993.

⁶¹ Vedi WALDRON 2013.

⁶² «Per Dworkin il giurista e il giudice nell'accertare il diritto vigente per un caso sono mossi per la pragmatica che regge la loro condotta a ottenere la risposta corretta, che non può essere che una (come dice tra gli altri Kant nell'introduzione ai *Prolegomeni ad ogni futura metafisica*): per ogni filosofo – dice Kant – la propria filosofia ha la pretesa di essere l'unica vera; così funzionano le cose – dice Dworkin – anche per il giudice. Ciò però non implica che ci sia effettivamente tale risposta, o che la sentenza del giudice di fatto la costituisca o rappresenti», così LA TORRE 2010b, 352.

⁶³ Si rimanda, in particolare, a DWORKIN 2010.

⁶⁴ Vedi ZACCARIA 2014, 47.

⁶⁵ DWORKIN 2011, 123-156.

⁶⁶ BIX 2016, 123.

⁶⁷ D'altronde è ormai pacifica, soprattutto per quanto riguarda il settore di studi di *Law and Literature*, l'idea che un testo giuridico possa essere letto e interpretato al pari di un testo letterario. Sul punto, v. per ultimo CAVALONE 2016.

⁶⁸ DWORKIN 2013, 12.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Per un approccio critico alla tesi dell'unità del valore, si veda, fra tutti, DE MONTICELLI 2015.

4. La proposta di una spiritualità senza Dio

Nella visione ateistica di Dworkin è possibile, quindi, parlare di una spiritualità non ancorata ad una qualsivoglia idea trascendente o immanente di Dio. In quella che è stata definita come «l'età secolare»⁷¹ – in cui il venir meno della strutturazione religiosa della società non ostacola il mantenimento di una vita religiosa su scala personale⁷² – non sembra una contraddizione parlare di una spiritualità senza Dio⁷³, propria di quell'ateismo non dogmatico⁷⁴ che si contrappone all'ateismo scienziato⁷⁵ di impianto evoluzionistico. Per Comte-Sponville la spiritualità senza Dio deve fondarsi sul comune sentire valoriale della tradizione spirituale dell'Occidente. Se non è più possibile parlare di una “fede comune” bisogna, invece, sentire necessaria l'urgenza di una «fedeltà comune, cioè un attaccamento condiviso a quei valori che abbiamo ricevuto, un attaccamento che presuppone o implica per ciascuno di noi, la volontà di trasmetterli»⁷⁶. In questo senso si riduce – come per Dworkin – la distanza tra atei e teisti in quanto è possibile «fare a meno della religione; ma non di senso della comunione, né della fedeltà, né dell'amore»⁷⁷. La spiritualità di Comte-Sponville, quindi, afferma l'assoluto pur negando il trascendente⁷⁸, in quanto spiritualità senza Dio significa «negare che l'assoluto sia Dio»⁷⁹, convinto che gli uomini siano «esseri effimeri aperti all'eternità [...] essere relativi aperti all'assoluto. Quest'apertura è appunto lo spirito»⁸⁰.

Anche l'ateo, che non crede all'esistenza trascendente di un Essere personalista o alla presenza immanente di un tutto nella natura, può avere una *religiosità* che fornisce, comunque, uno *scopo* alla vita umana ed un *ordine* al cosmo. Credenti e non credenti, insomma, si ritrovano accomunati da un'unica *fede* religiosa, per Dworkin, o da una *fedeltà comune*, per Comte-Sponville. Siamo, insomma, ormai lontani – e, anzi, appaiono qui del tutto superati – i tempi in cui Origone tagliava una linea netta di demarcazione tra religione e ateismo, e definiva l'ateismo come «quel modo di vita spirituale che comincia là dove finisce la vita religiosa»⁸¹. Quando invece, nella religione senza Dio, l'ateismo può intendersi quale modo di vita spirituale pienamente religioso. Infatti, com'è stato sottolineato:

«una spiritualità senza Dio è un insieme di atteggiamenti e di pratiche dotate ognuna di significato che l'individuo adotta quali elementi per dare un senso unitario alla propria vita, che si presenta come modello distintivo condiviso all'interno di collettività e che si riferisce ad una dimensione trascendentale della vita»⁸².

A riguardo è importante mettere in evidenza che Dworkin, nella sua proposta, riprende due elementi propri e caratteristici della nozione tradizionale e comune di religione: l'elemento cosmologico e l'elemento escatologico. L'elemento cosmologico è da individuare nella bellezza del

⁷¹ TAYLOR 2009.

⁷² FERRY, GAUCHET 2005.

⁷³ Cfr. COMTE-SPONVILLE 2007.

⁷⁴ Si veda anche NATOLI 2002; KRISTEVA 2006; DE BOTTON 2011; DUCCIO 2011; RECALCATI 2011.

⁷⁵ L'ateismo scienziato è la risposta teorica al “naturalismo scientifico”, secondo il quale ogni segmento della realtà può essere compreso attraverso il metodo delle scienze naturali e assumendo il paradigma dell'evoluzionismo. Cfr. ODIFREDDI 2011 [2007]; GIORELLO 2010; DAWKINS 2007; HARRIS 2006; HITCHENS 2007.

⁷⁶ COMTE-SPONVILLE 2007, 32.

⁷⁷ Ivi, 61.

⁷⁸ Vedi TONIOLO 2012, 15.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ COMTE-SPONVILLE 2007, 116.

⁸¹ ORIGONE 1950, 77.

⁸² BERZANO 2014, 52.

cosmo e della realtà circostante, data non dalla sua struttura costitutiva o dalla credenza in una fonte creatrice, ma da un *qualcosa in più*, un senso, un valore oggettivo derivante dalla sua irripetibilità e necessità: l'universo non può essere semplicemente considerato come un insieme di particelle di cui gli umani possono fare esperienza; l'universo è sublime a prescindere o meno dall'esperienza dell'uomo⁸³. Per quanto riguarda, poi, l'elemento escatologico, strettamente connesso quindi alla proposta di una salvezza ultraterrena, Dworkin supera quella che è stata definita la cosiddetta "patologia della religione"⁸⁴, cioè il concetto di sovranaturale, senza però mancare di proporre uno degli elementi più attrattivi della religione, la speranza in una vita ultraterrena o, comunque, la possibilità di scongiurare la dissoluzione totale della propria individualità. Per Dworkin la prospettiva di una salvezza ultraterrena non implica affatto l'assunzione di una prospettiva sovranaturale: con la riproposizione della *teoria dei quanti* si offre un significato laico (e razionale) di immortalità che non sconvolge le leggi della fisica. E se anche tale idea potrebbe non essere sufficiente ad alleviare i dubbi e i timori dell'uomo dinanzi alla morte, è questa – per il nostro filosofo – l'unica strada razionalmente percorribile, sulla quale teisti e atei, ancora una volta, non possono che trovarsi d'accordo.

Ci sembra, per altro verso, quella di Dworkin, la proposta di una "trascendenza dall'interno" o di una "trascendenza del mondo", per come la definiva Habermas:

«Nell'agire comunicativo facciamo riferimento a pretese di validità che possiamo elevare fattualmente solo nel contesto delle *nostre* lingue e delle nostre forme di vita, anche se la possibilità di riscattarle, che è insieme implicitamente posta, *addita al di là* del provincialismo del nostro ripetitivo luogo storico. Siamo esposti al movimento di una trascendenza dall'interno di cui disponiamo tanto poco quanto l'attualità della parola parlata ci rende padroni della struttura del linguaggio (o del *logos*)»⁸⁵.

Tale trascendenza interna, incapace di darci contezza del movimento contrario, di una trascendenza esterna, dell'al di là, si basa sull'agire comunicativo tra gli uomini nell'ambito del discorso normativo, e quindi è caratterizzata dalla solidarietà tra gli uomini.

5. Alcuni "punti di vista" su una religione secolare

Vogliamo ora presentare tre "punti di vista" sul concetto di religione secolare che, in maniera più o meno diretta, sono connessi alla "religione senza Dio" di Dworkin: a) quello di Hans Kelsen; b) quello di Manuel Fraijó; e c) quello di Eugenio Lecaldano.

a) Hans Kelsen

La concezione di Dworkin di una religione senza Dio si inserisce in un più ampio dibattito, che negli ultimi anni ha animato la filosofia e, in particolare, la filosofia del diritto e la filosofia della religione. Nel 2012, infatti, l'Istituto "Hans Kelsen" di Vienna dà alle stampe il volume inedito di Hans Kelsen *Secular Religion*⁸⁶. Si tratta di pagine che il filosofo austriaco nel 1964 aveva scelto di non pubblicare, dopo aver lavorato per due anni alle bozze e pagando un'ingente somma di denaro all'University of California Press per ritirare l'opera. Negli anni di gestazione, circa dodici

⁸³ FRANCIS 2015, 679-681.

⁸⁴ GRAVES 2017 [1950], 29.

⁸⁵ HABERMAS 1993, 147.

⁸⁶ Cfr. KELSEN 2012. Per l'edizione italiana, KELSEN 2014. In merito all'opera si segnalano, per tutti, BERSIER LADAVAC, 2013, 141-147; DI LUCIA, PASSERINI GLAZEL 2015, 221-243; GENTILE 2015, 759-764. Vedi anche, più in generale, RICCOBONO 2013.

ci, Kelsen modifica almeno tre volte il titolo del suo lavoro⁸⁷, lasciando pressoché invariato il sottotitolo: «*Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come "nuove religioni"*». Tra l'originale *Defens of Modern Times* e il definitivo *Secular Religion*, per l'appunto, compare il titolo *Religion without God?*, che, punto interrogativo a parte, è del tutto simile al titolo che mezzo secolo dopo Dworkin darà al suo lavoro, nonostante i due autori sul tema non si siano mai confrontati personalmente (sebbene non si possa escludere che Dworkin abbia avuto sottomano le bozze dell'opera inedita di Kelsen) e, comunque, il loro pensiero presenti prospettive teoriche e percorsi gius-filosofici notevolmente diversi. Tant'è che è stato sottolineato come sia una "coincidencia muy sugerente" che il libro di Dworkin, l'"anti-Kelsen", com'è possibile definirlo, abbia un titolo del tutto simile ad una delle versioni di *Religione secolare* di Kelsen⁸⁸. Kelsen muove una strenua critica a quelle teorie che tendono ad individuare implicazioni teologiche nelle dottrine sociali e politiche del XX secolo, facendone di queste "religioni secolari". È lo stesso Kelsen ad affermare, per l'appunto, che egli si rivolge

«contro il recente tentativo, operato da diversi autori, di interpretare come teologia mascherata o snaturata, a dispetto della loro dichiarata tendenza antiteologica, le più importanti opere della filosofia sociale della modernità (in particolare le opere di filosofia della storia), e di considerare certe ideologie politiche del nostro tempo come "religioni secolari"»⁸⁹.

In realtà, ancora una volta, vi è il tentativo del teorico della *Dottrina pura del diritto* di ribadire la purezza della scienza senza che questa possa essere minata da implicazioni teologiche che andrebbero ad influenzare l'ambito del politico⁹⁰. L'operazione di Kelsen è un tentativo di resistenza a quelli che erano prospettive ideologiche ben radicate⁹¹. Sebbene possa sembrare che Kelsen e Dworkin affrontino temi abbastanza simili, in realtà la "religione senza Dio" di Dworkin non rientra nello schema di una "religione secolare", in quanto non vi è la volontà di assurgere a paradigma religioso un'ideologia sociale, bensì di fondare le basi teoriche di una nuova idea di "religioso" e di "religione".

b) Manuel Fraijó

Nel 2012 Manuel Fraijó pubblica su *Isegoria* la ventunesima *Conferencias Aranguren* dal titolo *Religión sin Dios?*⁹², in cui si interroga, in maniera molto problematica, sulla possibilità della religione di "camminare da sola" rispetto a Dio. Il percorso teorico è differente rispetto a quello che avanzerà Dworkin. Con lucidità Manuel Fraijó mette in guardia da due pericoli che potrebbero presentarsi dinnanzi alla definizione di una "religione senza Dio". Da un lato, infatti, si potrebbe sostenere che ci si trovi in presenza di un concetto "debole" di religione, secondo il quale per religione potrebbe intendersi «ogni processo di autoascolto, ogni metodo di rilassamento per vincere lo stress, ogni specie di cura umanistica grazie a cui si recuperano le forze» e la «funzione di questo concetto di religione potrebbe essere assunto dalla musica, dalla poesia o da qualun-

⁸⁷ Si rimanda a DI LUCIA, PASSERINI GLAZEL 2014, X s.

⁸⁸ Cfr. LA TORRE, GARCÍA PASCUAL 2015, 27.

⁸⁹ KELSEN 2014, 3.

⁹⁰ Così COLAIANNI 2015, 16.

⁹¹ Tra queste, si può pensare ad esempio alla proposta di Benjamin di leggere il capitalismo come una religione, con una propria dimensione culturale e determinate specificità connesse alla durata permanente del culto (per il capitalismo non ci sono giorni feriali né festivi) e alla produzione di debiti e colpe in luogo dell'espiazione sacrificale, cfr. BENJAMIN 2003.

⁹² FRAIJÓ 2012. Nel 2014 il contributo è stato tradotto in italiano da Ferruccio Andolfi in una versione leggermente abbreviata e approvata dall'autore: FRAIJÓ 2014.

que altro messaggero di bellezza e armonia»⁹³. Dall'altro lato, invece, il concetto di religione potrebbe assumere il significato di un «atteggiamento contemplativo, di attesa, estetico e artistico di fronte alla vita»⁹⁴, facendo cadere, in tal modo, la proposta di una religiosità senza Dio, in una prospettiva idealistica⁹⁵.

Fraijó sembra comprendere il concetto di religione senza Dio all'interno di una teoria dell'emotivismo, secondo la quale «i giudizi di valore e in generale gli enunciati prescrittivi, direttivi o normativi sono mere manifestazioni di sentimenti o di emozioni»⁹⁶. Si propone, quindi, una concezione soggettivistica della religione che non permette di deliberare in materia morale, in quanto «considerato che per essa con il linguaggio o si descrive o si esprime un'emozione, non sarà possibile – secondo tale teoria – trovare ragioni in favore di, o contro, un giudizio morale»⁹⁷. Ma, in realtà, la proposta di Dworkin è ben lontana dalle insidie rispetto alle quali Fraijó mette in guardia, in quanto essa si costruisce, come abbiamo visto, su una robusta concezione oggettivistica della morale.

c) Eugenio Lecaldano

Eugenio Lecaldano pare guardare con favore alla concezione di Dworkin, nella misura in cui questa conciliabilità tra l'essere ateo e la possibilità di una religiosità, si collochi all'interno di quelle molteplici «dimensioni che si ritenevano monopolio dell'esperienza mistica di chi credeva nel trascendente e che sono state rivendicate da persone impegnate in vite del tutto secolari e prive di qualsiasi aperture al sovrannaturale ed in senso stretto senza Dio»⁹⁸. Per Lecaldano, insomma, è accettabile una religiosità che sia propria di persone atee, ma tale religiosità non dovrebbe, come invece fa Dworkin, ritenere «operante il senso del mistero»⁹⁹, in quanto ciò «equivale a giudicare positivamente in questo territorio la presenza di forze sovrannaturali»¹⁰⁰. È quella di Dworkin una particolare concezione ateistica che non deve, però, avere la pretesa di includere in sé tutte le possibili forme di concezioni ateistiche. Per questo motivo Lecaldano ritiene che non bisogna «pretendere in modo esclusivo che la religiosità faccia parte della vita di coloro che hanno messo da parte Dio»¹⁰¹. Il filosofo morale riprende un'obiezione sul concetto in sé di «religione senza Dio» che egli stesso aveva già mosso nei confronti di Fraijó: «vi sono forme di ateismo e umanesimo che indicano nella religione una delle principali fonti di divisione nella umanità: perché costringere qualcuno a dichiararsi comunque religioso? Perché non garantire le persone che vogliono vivere senza religione...?»¹⁰². Secondo il filosofo, quindi, perché mai dovrebbe essere definito (o definirsi) «religioso» un soggetto che con la religione, e con tutto il bagaglio di tradizione, di storia e di cultura che tale concetto rappresenta, niente vuole avere a che fare?

Questa critica è simile nei contenuti a quella che generalmente viene prospettata rispetto alla teoria dello storico delle religioni rumeno Mircea Eliade, per il quale nella dialettica tra sacro e profano, il sacro è tutto ciò che è reale, mentre il profano appartiene al flusso di un divenire senza significato, ed è quindi privo di valore e di realtà¹⁰³. Com'è stato sottolineato, l'identificazione tra sacro e profano, al punto che solo il sacro è reale, è uno degli aspetti meno convincenti della

⁹³ Ivi, 31.

⁹⁴ Ivi, 32.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ LA TORRE 2008, 255.

⁹⁷ Ivi, 256.

⁹⁸ LECALDANO 2015, 115.

⁹⁹ Ivi, 116.

¹⁰⁰ Ivi, 117.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² LECALDANO 2014, 54.

¹⁰³ Cfr. ELIADE 2007 [1954].

riflessione di Eliade. Perché sacro e profano possono sì rappresentare due funzioni della religione, ma non tali da trovare una identità: se per l'animo religioso tutta l'esperienza umana può consumarsi nell'esperienza del sacro, lo stesso, in effetti, non può dirsi per chi rifiuta un punto di vista religioso¹⁰⁴.

Sembrerebbe che ciò valga anche per la religione senza Dio di Dworkin, svuotato della trascendenza, o comunque di ogni forma di eccedenza rispetto alla realtà, il concetto di religione può costruirsi come coincidenza tra sacro e profano. Ma ci troviamo ancora in un terreno che considera i concetti di "religione" e di "religioso" nei loro significati tradizionali. È evidente infatti che la "religione" della "religione senza Dio" supera il concetto tradizionale di "religione", compresa la sua eredità culturale, storica e sociale. L'individuo, insomma, potrebbe non ritenersi "religioso" alla maniera tradizionale, quanto esserlo alla "maniera" *dworkiniana*, e quindi prendere coscienza che nell'esistenza individuale vi sia un valore unico e assoluto che permea l'intero nell'universo, a prescindere dal credere o meno in un Dio. L'atteggiamento religioso per Dworkin risiede nella contemplazione di un valore unico e universale.

6. Prime conclusioni: e il problema di Dio?

La discussione contemporanea sulla concettualizzazione della religione (cioè, il tentativo di rispondere alla domanda su che cosa debba intendersi per "religione"), sembra ruotare, in ultima analisi, intorno a tre opzioni di fondo: 1) la religione intesa come la fede in un Dio personalista e più o meno onnipotente, oppure comunque in un'entità trascendente la realtà immanente ovvero in una forma panteistica; 2) la pretesa dell'etica – o della morale positiva – di sostituirsi alla religione e, quindi, la non-necessarietà della religione (si può parlare in questo caso di "neoteismo"); 3) l'affermazione di una "religiosità diffusa" che connatura anche i soggetti atei ("ateismo religioso" o "ateismo devoto"), sganciata da qualsivoglia Realtà trascendente o panteistica¹⁰⁵. I diritti dei non credenti¹⁰⁶ rappresentano un po' la cartina di tornasole della tutela della libertà di religione, la cui definizione in termini negativi¹⁰⁷ – il diritto di non credere – era già espressa in dottrina da Ruffini agli inizi del Novecento:

«La libertà religiosa è la facoltà spettante all'individuo di credere a quello che più gli piace, o di non credere, se più gli piace, a nulla. Onde ugualmente riconosciuto e protetto deve essere il diritto alla *irreligione*, all'*aconfessionismo*, alla *miscredenza*, alla *incredulità*. Diceva con tutta ragione il D'Alembert: "*L'incredulité est une espace de foi pour la plupart des impies*"»¹⁰⁸.

Ma la novità della proposta di Dworkin sta nell'evidenza che la tutela dei diritti dei non credenti non si configura come manifestazione negativa della tutela sentimento religioso, ma è invece ricompresa nella stessa nozione di religione, salvo poi ricostruire la nozione di libertà di religione come un caso centrale di un più generale principio all'indipendenza etica¹⁰⁹.

¹⁰⁴ MAZZILLO 2004, 256.

¹⁰⁵ Queste tre opzioni sono diffusamente riprese da ANDOLFI 2014, 39 s.

¹⁰⁶ Per una ricostruzione delle fasi evolutive della tutela giuridica dei non credenti all'interno dell'ordinamento nazionale e inoltre per quanto attiene alla disciplina sovranazionale, si rimanda a CROCE 2012.

¹⁰⁷ Cfr. la Sentenza CEDU *Kokkinakis c. Grecia*, 25 maggio 1993, ric. n. 143077/88.

¹⁰⁸ RUFFINI 1992 [1924], 279.

¹⁰⁹ L'affermazione di una religiosità diffusa, e così una conseguente estensione della nozione di religione, per il giurista positivo tocca il tema della tutela e della rappresentanza delle organizzazioni umaniste che dinnanzi ai pubblici poteri rivendicano la costruzione di un rapporto paritario alle denominazioni confessionali (BILOTTI 2011), in tema di libertà religiosa, non solo per quanto riguarda i diritti individuali, ma soprattutto per quanto attiene all'organizzazione collettiva, come d'altronde esprime in principio l'art. 17 del Trattato di Lisbona, che rispetta lo

La “religione senza Dio” di Dworkin parte, insomma, dal presupposto che gli uomini possono pure essere in disaccordo sull’esistenza di Dio e, nondimeno, arrivare ad un consenso sull’esistenza del divino, rintracciabile nell’ordine del mondo e nell’armonia cosmica, che poi rappresenta l’esperienza diretta con il divino¹¹⁰. D’altronde come sottolinea Luc Ferry in una conversazione con Marcel Gauchet,

«già per i greci Dio non esiste ma il divino esiste ... il divino è, per gli stoici per esempio, l’armonia cosmica in sé, in quanto tale, una forma di trascendenza nell’immanenza nel mondo, ed è essa e non una o più persone ritenute divine, che ci libera, almeno se la si comprende adeguatamente, dalla finitezza e dai timori che suscita»¹¹¹.

Può sembrare che ormai l’ateismo abbia vinto sulla religione, tanto da presentarsi quale nuova forma di religione con l’appropriazione degli schemi e dei modelli che di quest’ultima sono propri.

Tant’è che è stato anche sostenuto come la religione senza Dio di Dworkin non sarebbe “realmente” una forma di ateismo, in quanto farebbe

«a meno di Dio, quello delle rappresentazioni sacre, per sostituirlo con un’altra e non meno ingombrante entità divina, che adesso prende le forme di una “natura moralizzata”, un luogo fisico e ideale allo stesso tempo, in cui accanto agli alberi, al mare e alle stelle hanno sede anche i valori e la verità della morale»¹¹².

Questa religione senza Dio, in realtà, vuole offrire semplicemente un superamento della dicotomia tra credenti e atei, tra teisti e non teisti, per ridurre i conflitti etici all’interno della società. Eppure, non risolve – quand’anche, probabilmente, sarebbe stata la consolazione di Dworkin – la questione prima e ultima della vita umana: l’esistenza di Dio. In effetti, ne è consapevole lo stesso autore che, per l’appunto, conviene sul fatto che «la prospettiva che la nostra anima naturale sopravviva alla nostra morte sotto forma di frammenti quantici non sia fra le più confortanti»¹¹³. Il problema di Dio nell’uomo rimane, quindi, in tutta la sua complessità¹¹⁴. Il teologo Moltmann ha espresso una posizione critica su quelle forme di ateismo religioso che vorrebbero proporsi quale alternativa al teismo: «se vince l’ateismo e scompare il teismo, che ne sarà dell’ateismo? Che succederà della negazione se la posizione non esiste più?»¹¹⁵. L’uomo “post-ateo” o “post-secolare” ha ormai lasciato alle spalle le opposizioni e le “lotte” tra credenti e non credenti, che senso ha, quindi, parlare di ateismo quando non c’è più il teismo di cui l’ateismo vuole essere negazione, già fin nella stessa etimologia greca del termine con l’ α -privativo? La negazione del teismo non afferma l’ateismo, come ricorda Moltmann: «Alla negazione dell’aldilà non segue assolutamente l’affermazione dell’aldiquà. Se non c’è più “aldilà”, non c’è più neppure “aldiquà”»¹¹⁶. Senza Dio non c’è più la domanda sul male e sulla sofferenza nel mondo, perché «Dio è l’inesauribile protesta contro ogni ingiustizia e violenza»¹¹⁷. Questo Dworkin lo sa bene, e la domanda su Dio per l’uomo rimane in tutta la sua complessità.

status, tanto delle chiese, associazioni o comunità religiose, quanto delle organizzazioni filosofiche non confessionari (COLAIANNI 2011).

¹¹⁰ YUSHIN MARASSI 2014, 61.

¹¹¹ FERRY, GAUCHET 2005, 60.

¹¹² PORCIELLO 2019, 14.

¹¹³ DWORKIN 2014, 122.

¹¹⁴ Sul punto si veda, per tutti, NEGRI 1995.

¹¹⁵ MOLTSMANN 2016, 27.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*

La tesi è che tale paradigma è un'importante base di partenza nella definizione di concetti come "religione" e "religioso" – rispetto ai quali i giuristi e gli operatori del diritto, nonché in generale i ricercatori sociali, sono chiamati a confrontarsi quotidianamente –, ma, comunque sia, l'approccio di Dworkin non è in grado di fornire un nuovo significato di religione, in quanto la nozione di "religione secolare" non può offrire una risposta alla profonda questione dell'esistenza di Dio e del significato della vita, del dolore o della salvezza dopo la morte: tutte domande centrali nelle esperienze religiose individuali o comunitarie.

Riferimenti bibliografici

- ALEX Y R. 1998. *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè.
- ANDOLFI F. 2014. *Commento al saggio Religione senza Dio?* di Manuel Fraijó, in «La società degli individui», 50, 2014, 39 ss.
- BENJAMIN W. 2003. *Capitalismo come religione*, a cura di C. Salzani, Genova, Il Nuovo Melangolo.
- BERSIER LADAVAC N. 2013. *La controversia di Hans Kelsen con le religioni secolari*, in «Sociologia del diritto», 3, 2013, 141 ss.
- BERZANO L. 2014. *Spiritualità senza Dio?*, Milano-Udine, Mimesis.
- BILOTTI D. 2011. *L'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR), membro associato della International Humanist and Ethical Union, come soggetto stipulante un'intesa con lo Stato, ex art. 8, III Cost.*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionali», luglio 2011, 1 ss.
- BIX B.H. 2016. *Teoria del diritto. Idee e contesti*, a cura di A. Porciello, Torino, Giappichelli.
- BLANDO G. 2015. *Recensione a Religione senza Dio*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», aprile/giugno, 2015, 373 ss.
- BRANCACCIO F. 2016. *Ai margini dell'universo, al centro del Creato. L'uomo e la natura nel dialogo tra scienza e fede cristiana*, Cinisello Balsamo (Milano), San Paolo.
- CAVALLONE B. 2016. *La borsa di Miss Flite. Storie e immagini del processo*, Milano, Adelphi.
- CIORAN E.M. 1991. *L'inconveniente di essere nati*, Milano, Adelphi.
- COLAIANNI N. 2011. *Religioni e ateismi: una complexio oppositorum alla base del neo-separatismo europeo*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», giugno 2011, 1 ss.
- COLAIANNI N. 2015. *Gli elementi essenziali delle religioni nella giurisprudenza costituzionale*, in «Forum di Quaderni Costituzionali», 26 ottobre 2015, 1 ss.
- COMTE-SPONVILLE A. 2007. *Lo spirito dell'ateismo. Introduzione a una spiritualità senza Dio*, Milano, Ponte alle Grazie.
- CONSORTI P. 2007. *Globalizzazione della democrazia, laicità e religioni*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», giugno 2007, 1 ss.
- CROCE M. 2012. *I non credenti*, in «Forum di Quaderni Costituzionali» 15 novembre 2012, 1 ss.
- DAWKINS R. 2007. *L'illusione di Dio. Le ragioni per non credere*, Milano, Mondadori.
- DE BOTTON A. 2011. *Del buon uso della religione. Una guida per i non credenti*, Milano, Guanda.
- DE MONTICELLI R. 2015. *Al di qua del bene e del male*, Torino, Einaudi.
- DE WAAL F. 2013. *Il bonobo e l'ateo. In cerca di umanità fra i primati*, Milano, Raffaello Cortina (trad. it. di L. Sosio).
- DI LUCIA P., PASSERINI GLAZEL L. 2014. *Religione senza un Dio? Prefazione all'edizione italiana*, in KELSEN H. 2014. *Religione Secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come "nuove religioni"*, DI LUCIA P., PASSERINI GLAZEL L. (eds.), Milano, Raffaello Cortina, IX ss.
- DI LUCIA P., PASSERINI GLAZEL L. 2015. *Religiones sin Dio? Hans Kelsen antropólogo de la modernidad*, in «Revista de Antropología Social», 24, 2015, 221 ss.
- DIENI E. 2008. *Diritto & Religione vs. "nuovi" paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del Diritto Ecclesiastico civile*, Milano, Giuffrè.
- DUCCIO D. 2011. *La religiosità degli increduli. Per incontrare i «gentili»*, Padova, EMP.

- DWORKIN R. 1993. *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, New York, Knopf.
- DWORKIN R. 2010. *I diritti presi sul serio*, Bologna, il Mulino.
- DWORKIN R. 2011. *Justice for Hedgehogs*, Harvard, Harvard University Press.
- DWORKIN R. 2013a. *Giustizia per i ricci*, Milano, Feltrinelli.
- DWORKIN R. 2013b. *Religion without God*, Harvard University Press, Cambridge-London.
- DWORKIN R. 2014. *Religione senza Dio*, Bologna, il Mulino (trad. it. di V. Ottonelli).
- CAMASSA E. (ed.) 2016. *Democrazia e religioni. Libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- ELIADE M. 2007. *Trattato di storia delle religioni*, Torino, Bollati Boringhieri (1^a ed. 1954).
- FERLITO S. 2005. *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Rubbettino, Soveria Mannelli.
- FERRARI S., VARNIER G.B., CASUSCELLI G., CIMBALO G., MILANI D., FUCCILLO A., BERLINGÒ S., BILOTTI D., GUZZO L.M., BELGIORNO M.G., PARLATO V., RICCA M. 2017. *Vivere la transizione. La fine del monopolio delle scienze ecclesiasticistiche e la difficoltà di gestire le nuove dimensioni del fenomeno religioso*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 7, 2017, 1 ss.
- FERRY L., GAUCHET M. 2005. *Il religioso dopo la religione*, Santa Maria Capua Vetere (Caserta), Ipermedium, 2005.
- FILORAMO G. 1998. *Religione e modernità: i nuovi movimenti religiosi*, in FILORAMO G., MASSENZIO M., RAVERI M., SCARPI P. (eds.) 1998. *Manuale di storia delle religioni*, Roma-Bari, Laterza, 566 ss.
- FINNIS J. 1983. *Fundamentals of Ethics*, Georgetown, Georgetown University Press.
- FINNIS J. 1991. *Moral Absolutes: Tradition, Revision and Truth*, Washington, Catholic University of America.
- FINNIS J. 1998. *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- FINNIS J. 2011. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press (1^a ed. 1980).
- FIORITA N., ONIDA F. 2011. *Anche gli atei credono*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 1, 2011, 15 ss.
- FRAIJÓ M. 2012. *Religión sin Dios?*, in «Isegoria», 47, 2012, 381 ss.
- FRAIJÓ M. 2014. *Religione senza Dio?*, in «La società degli individui», 50, 2014, 39 ss. (trad. it. di F. Andolfi).
- FRANCIS N. L. 2015. *Religion without God by Ronald Dworkin*, in «Osgoode Hall Law Journal», 52, 2015, 679 ss.
- GALLINARO R. 2014. *Cervello umano e religione. Le neuroscienze di fronte a Dio e alla teologia*, Siena, Cantagalli.
- GENTILE E. 2015. *Se è secolare non è religione*, in «Domenica-Il Sole 24 Ore», 12 aprile 2015, 31.
- GIORELLO G. 2010. *Senza Dio. Del buon uso dell'ateismo*, Milano, Longanesi.
- GRAVES R. 2017. *Intellettuale e credente: un ossimoro*, in «MicroMega», 1, 2017, 29 ss.
- GUNN T.G. 2003. *The Complexity of Religion and the Definition of Religion in International Law*, in «Harvard Human Rights Journal», 16, 2003, 189 ss.
- GUZZO L.M. 2013. *Istanze di liberazione nella comunità ecclesiale italiana*, Cosenza, Editoriale Progetto 2000.
- HABERMAS J. 1993. *Testi filosofici e contesti storici*, Roma-Bari, Laterza (trad. it. di E. Rocca).

- HARRIS S. 2006. *La fine della fede. Religione, terrore e il futuro della ragione*, San Lazzaro di Savena, Nuovi Mondo Media.
- HENDERSON B. 2008. *Il libro sacro del Prodigioso Spaghetto Volante*, Milano, Mondadori (trad. it. di M. Lunari).
- HITCHENS C. 2007. *Dio non è grande. Come la religione avvelena ogni cosa*, Torino, Einaudi.
- JELLINEK G. 2002. *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, a cura di G. Bongiovanni, Roma-Bari, Laterza.
- KELSEN H. 2012. *Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science and Politics as "New Religions"*, a cura di R. Walter, C. Jabloner, K. Zeleny, New York, Springer.
- KELSEN H. 2014. *Religione Secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come "nuove religioni"*, a cura di P. Di Lucia, L. Passerini Glazel, Milano, Raffaello Cortina.
- KELSEN H. 2015. *Religión Secular*, Madrid, Trotta.
- KRISTEVA J. 2006. *Bisogno di credere. Un punto di vista laico*, Roma, Donzelli.
- LA TORRE M. 1991. *Mirando desde ningún lugar. Una breve introducción a la filosofía de Thomas Nagel*, in «Doxa», 10, 1991, 141 ss.
- LA TORRE M. 2008. *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- LA TORRE M., ZANETTI G. (eds.) 2010. *Altri seminari di filosofia del diritto*, Soveria Mannelli, Rubbettino.
- LA TORRE M. 2010a. *Morale*, in LA TORRE M., ZANETTI G. (eds.) 2010. *Altri seminari di filosofia del diritto*, Soveria Mannelli, Rubbettino, II ss.
- LA TORRE M. 2010b. *Dopo Hart: il dibattito giusfilosofico contemporaneo*, in BALLARINI A., BELVISI F., BONSIGNORI F., GRECO T., LALATTA COSTERBOSA M., LA TORRE M., PORCIELLO A., RICCOBONO F., RIPEPE E., RIVA N., SCERBO A., VILLA V. 2010. *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Torino, Giappichelli, 345 ss.
- LA TORRE M., GARCÍA PASCUAL C. 2015. *Prólogo, Hans Kelsen, Eric Voegelin y la legitimidad de la modernidad*, in KELSEN H. 2015. *Religión Secular*, Madrid, Trotta.
- LECALDANO E. 2014. *Commento al saggio Religione senza Dio? di Manuel Fraijó*, in «La società degli individui», 50, 2014.
- LECALDANO E. 2015. *Senza Dio. Storie di atei e ateismo*, Bologna, il Mulino.
- LEEUW (V. D.) G. 1992. *Fenomenologia della religione*, Torino, Bollati-Boringhieri.
- MACRÌ G., PARISI M., TOZZI V. 2012. *Diritto e religione. L'evoluzione di un settore della scienza giuridica attraverso il confronto fra quattro libri*, Salerno, Plectica.
- MANTINEO A. 2009. *Associazioni religiose e "nuovi movimenti" religiosi alla prova del diritto comune in Italia e del diritto comunitario*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», ottobre 2009, I ss.
- MATTEO A. 2008. *Come forestieri. Perché il cristianesimo è divenuto estraneo agli uomini e alle donne del nostro tempo*, Soveria Mannelli, Rubbettino.
- MAZZILLO G. 1997. *Sulla definibilità della religione*, in «Rassegna di Teologia», 38, 1997, 347 ss.
- MAZZILLO G. 2004. *L'uomo sulle tracce di Dio. Corso di introduzione allo studio delle religioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- MCCLAIN L.C. 2015. *Corporate Conscience and the Contraceptive Mandate: A Dworkinian Reading*, in «Journal of Law and Religion», 30, 2015, 136 ss.

- MOLTMANN J. 2008. *Teologia della Speranza. Ricerche sui fondamenti e sulle implicazioni di una escatologia cristiana*, Brescia, Queriniana (1^a ed. 1964, trad. it. di A. Comba).
- MOLTMANN J. 2011. *Etica della speranza*, Brescia, Queriniana (1^a ed. 2010).
- MOLTMANN J. 2014. *Il futuro ecologico della teologia moderna*, in MANTINEO A., MONTESANO S., GUZZO L.M., BILOTTI D. (eds.) 2014. *La speranza torna a parlare. Appunti per un tempo di crisi*, Molfetta, La Meridiana, 25 ss.
- MOLTMANN J. 2016. *Il Dio vivente e la pienezza della vita*, Brescia, Queriniana (1^a ed. 2014).
- MORANDINI S. 2005. *Teologia ed ecologia*, Brescia, Morcelliana.
- MORANDINI S. 2009. *Darwin e Dio. Fede, evoluzione, etica*, Brescia, Morcelliana.
- NAGEL T. 1986. *The View from Nowhere*, New York, Oxford University Press.
- NAGEL T. 2010. *Secular Philosophy and the Religious Temperament. Essays 2002-2008*, Oxford, Oxford University Press.
- NAGEL T. 2015. *Mente e cosmo. Perché la concezione neodarwiniana della natura è quasi certamente falsa*, Milano, Raffaello Cortina.
- NATOLI S. 2002. *Il cristianesimo di un non-credente*, Magnano, Qiqajon.
- NEGRI A. (ed.) 1995. *Il Dio dei filosofi e degli scienziati. Novecento teologico*, Settimo Milanese, Marzorati Editore.
- ODIFREDDI P. 2011. *Perché non possiamo essere cristiani (e meno che mai cattolici)*, Milano, Tea (1^a ed. 2007).
- ORIGONE A. 1950. *La libertà religiosa e l'ateismo*, in «Annali triestini», XX, 1950, 65 ss.
- POLICASTRO P. 2016. *Biosfera, politica del diritto e educazione delle coscienze*, in CAMASSA E. (ed.) 2016, *Democrazie e religioni. Libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del Convegno Nazionale Adec (Trento, 22 - 23 ottobre 2015)*, Napoli, Editoriale Scientifica, 43 ss.
- PORCIELLO A. 2019. *La religione atea di Dworkin e la divinizzazione del valore*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 6, 2019, 1 ss.
- RAVÀ A. 1959. *Contributo allo studio dei diritti individuali e collettivi di libertà religiosa nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè.
- RAVASI G. 2008. *Prefazione*, in MATTEO A. 2008. *Come forestieri. Perché il cristianesimo è divenuto estraneo agli uomini e alle donne del nostro tempo*, Soveria Mannelli, Rubbettino, VII ss.
- RECALCATI M. 2011. *Cosa resta del padre? La paternità nell'epoca ipermoderna*, Milano, Raffaello Cortina.
- RICCOBONO F. 2013. *Kelsen e la religione*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2, 2013, 395 ss.
- ROMEO A. 2016. *Diritto, religioni, democrazia. La partecipazione democratica dei cittadini religiosi*, Giuffrè, Milano.
- RUFFINI F. 1992. *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Bologna, il Mulino, 1992 (1^a ed. 1924).
- SILVESTRE G. 2012. *Una teologia dai Sud del mondo*, in MANTINEO A. (ed.) 2012, *Per un approccio alle teologie del contesto*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2012, 29 ss.
- TAYLOR C. 2009. *L'età secolare*, Milano, Feltrinelli.
- TONIOLO A. 2012. *Ricerca di Dio e ateismo, due aspetti costitutivi dell'esperienza religiosa*, in «Credere oggi», 187, 2012, 7 ss.
- VENTURA M. 2016. *Dio non basta, è ora di super religione*, in «Domenica-Corriere della Sera», 17 gennaio 2016, 7.

- WALDRON J. 2013. *Religion Without God by Ronald Dworkin. Review*, 28 novembre 2013. Disponibile in <https://www.theguardian.com/books/2013/nov/28/religion-without-god-ronald-dworkin-review> (consultato il 10 dicembre 2019).
- WEIL S. 2011. *Lettera a un religioso*, 6^a ed., Milano, Adelphi.
- WOEHLING J.M. 2010. *Religion (définition)*, in MESSNER F. (ed.) 2010, *Droit des Religions*, Paris, CNRS Édition, 615 s.
- YUSHIN MARASSI A.M. 2014. *Commento al saggio Religione senza Dio?* di Manuel Fraijó, in «La società degli individui», 50, 2014, 61 ss.
- ZACCARIA G. 2014. *Rileggendo la giurisprudenza normativa di Ronald Dworkin: una valutazione complessiva*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2014, 41 ss.

PROCESS, CONSEQUENCES
AND MEANS OF
(DE)CONSTITUTIONALIZATION:
A RECONSTRUCTION OF
GUASTINI'S CONCEPT OF
CONSTITUTIONALIZATION

MARIO **KREŠIĆ**



Process, consequences and means of (de)constitutionalization:
a reconstruction of Guastini's concept of constitutionalization

MARIO KREŠIĆ

Assistant professor, University of Zagreb, Faculty of Law, Chair of Legal Theory.

E-mail: makresic@pravo.hr

ABSTRACT

The second half of the twentieth century witnessed a modification of many legal orders by a process called “constitutionalization”, although it is not always obvious what exactly has changed or how. Any theoretical endeavour to explain this phenomenon will be faced with questions such as how this process differs from other transformations of the legal order, what the conditions required for the process to arise are, whether there can be differences in the degree of this process, whether the process is reversible, what the consequences of this process are in the legal system, what kind of practice is necessary for the process to happen and what the ultimate cause of this practice is. Furthermore, different explanations can be more or less suitable for use in empirical research.

The theory of constitutionalization advanced by Riccardo Guastini is a suitable conceptual tool for describing this phenomenon although some of its presuppositions should be made explicit. Based on his theory, constitutionalization will be understood as referring to a specific legal-political model of the legal order and its description will consist of the following elements: process, consequences and means. In addition to a detailed analysis of the main elements of Guastini's concept of constitutionalization, the concept of the reverse process of deconstitutionalization will be introduced. Since both concepts include the attitudes of judges and other actors as a necessary element, the concept of the legal consciousness as an integral part of both concepts will be proposed. The analysis provided in this article may contribute to theoretical and practical perspectives on constitutionalization and deconstitutionalization.

KEYWORDS

constitutionalization, deconstitutionalization, legal consciousness, constitution, Riccardo Guastini.

Process, consequences and means of (de)constitutionalization: a reconstruction of Guastini's concept of constitutionalization

MARIO KREŠIĆ

1. *Introduction* – 2. *The concept of constitutionalization* – 2.1. *Riccardo Guastini's concept of constitutionalization* – 2.2. *Setting the framework for a reconstruction of Guastini's concept of constitutionalization* – 3. *The process of constitutionalization and deconstitutionalization* – 4. *Two remarks on the process* – 4.1. *How to determine deconstitutionalization?* – 4.2. *The process of constitutionalization and the change of the constitution* – 5. *The first consequence of (de)constitutionalization: a change in the characteristics of the constitutional norms* – 6. *The second consequence of (de)constitutionalization: a change in the mode of changing the legal system* – 7. *The transformation of the legal practice of the courts as a means of (de)constitutionalization* – 8. *The transformation of the legal consciousness as a means of (de)constitutionalization* – 9. *Conclusion*.

1. *Introduction*

The second half of the twentieth century witnessed a modification of many legal orders by a process called “constitutionalization”, although it is not always obvious what exactly has changed or how. Any theoretical endeavour to explain this phenomenon will be faced with questions such as how this process differs from other transformations of the legal order, what the conditions for the process to arise are, whether there can be differences in the degree of this process, whether the process is reversible, what the consequences of this process are in the legal system, what kind of practice is necessary for the process to happen and what the ultimate cause of this practice is. Furthermore, the explanations can be more or less suitable for use in empirical research.

The paper discusses the process of constitutionalization understood as the process of the transformation of a legal order which results in its impregnation with constitutional norms. It analyses Riccardo Guastini's concept of constitutionalization, starting from the hypothesis that this concept is a useful analytical tool for describing and explaining the relevant changes in contemporary legal orders.

Guastini usefully demarcates three meanings of the term constitutionalization, sets out three conditions for constitutionalization, identifies its five aspects, and determines its outcome. However, it seems that, in view of some particular phenomena, as well as with regard to some aspects of all relevant phenomena, this analytical tool is, at least *prima facie*, insufficiently sharp and explanatory. The paper claims that, first, in relation to the process of transformation of the legal order itself, the concept of constitutionalization should be able to account for the difference between the phenomenon of constitutionalization and other transformations of legal orders, the possibility of constitutionalization in legal systems that do not have a written constitution with characteristics usually found in constitutionalized legal orders, the appearance of a difference in the degree of constitutionalization between different legal orders and the possibility of a reversible process. Second, in relation to the results of this process, the concept

* I am grateful to the reviewers for their helpful critical comments on the earlier draft of this work.

of constitutionalization should be able to account for the consequences for the legal system that go beyond the simple assertion that the legal order is influenced by the constitution. Finally, given the means that lead to such processes, the concept of constitutionalization should be able to account for the different practices of judges and the ultimate causes of these differences.

The paper argues that the insufficient sharpness and explanatory value of Guastini's concept of constitutionalization is due to the fact that some of its elements remained at the level of implicit assumptions. Therefore, the primary aim of the paper is to make these implicit assumptions explicit and show the concept's usefulness in identifying, describing and explaining all the phenomena in contemporary constitutional legal orders that one can capture by the term constitutionalization as defined above. To this effect, the paper will offer a reconstruction of Guastini's understanding of constitutionalization. The reconstruction will mostly consist of expressing the implicit assumptions of Guastini's theory and adding a few distinctions compatible with the theory. In particular, it will include the introduction of: a) the distinction between the processes, means and consequences of (de)constitutionalization; b) the concept of deconstitutionalization; c) two consequences of constitutionalization regarding the characteristics of norms and the mode of changing the legal system; d) the definition of constitutionalizing practice as the judicial practice determined by a set of doctrinal assumptions and interpretative directives that the judges in constitutionalized orders are supposed to follow, and e) the concept of the legal consciousness.

Since Guastini's concept of constitutionalization rests on an analysis of legal academic discourse (more precisely, constitutional law discourse), its reconstruction will be informed by the views of the comparative constitutional law scholars pertaining to classical and new constitutionalism as two models of the legal-political order. In particular, the two models will be used to explain changes in the characteristics of constitutional norms, and for an explanation of the different meanings of deconstitutionalization.

The secondary aim of the paper is to indicate the possibility of developing an analytical tool suitable for empirical research into constitutionalization and deconstitutionalization which is currently lacking.

The paper first presents the elements of constitutionalization according to Guastini's concept of constitutionalization and a framework for the reconstruction of Guastini's theory (§ 2). Thereafter, the process is determined more closely (§ 3), and two controversial issues related to the process are discussed separately (§ 4). Then the two consequences of the process are explained in detail: a change in the specific characteristics of the constitutional norms (§ 5) and a change in the mode of changing the legal system (§ 6). Finally, the means to achieving these consequences are analysed and explicated: constitutionalizing practice (§ 7) and legal consciousness (§ 8).

2. *The concept of constitutionalization*

2.1. *Riccardo Guastini's concept of constitutionalization*

We will briefly describe Guastini's explanation of constitutionalization as exposed in his book *La sintassi del diritto* which contains all the elements needed for the purpose of this article as his last non-modified views on these elements¹.

¹ For example, the same elements of Guastini's concept of constitutionalization can also be found in GUASTINI 1998, GUASTINI 2003; GUASTINI 2006, GUASTINI 2011.

Guastini has differentiated three meanings of the term constitutionalization. The first two meanings are the introduction of a written constitution and the establishment of at least some legal relation between the sovereign (originally the monarch) and its subordinated subjects (initially represented in the parliament)². The third meaning of constitutionalization Guastini describes as a «process of transformation of a legal order, at the end of which the legal order is completely “impregnated” by constitutional norms», i.e. they occupy the entire space of social and political life³. Such a state of the legal order, according to Guastini, is characterized by specific practices that we can call “constitutionalizing practices”⁴.

A more comprehensive description of legal and one segment of political practices can be found in Guastini’s elaboration of the five aspects of constitutionalization⁵: a) the idea that all constitutional norms are binding; b) an interpretative attitude to fill constitutional gaps by the creation of implicit norms; c) a doctrinal thesis according to which the courts may apply the constitutional norms directly; d) an adaptive interpretation of the statutory provisions (it.: *interpretazione adeguatrice delle leggi*); e) an attitude to extend the impact of constitutional norms to political relations. The last-mentioned aspect is subdivided into three elements: e1) the introduction of an institutional framework that allows for adjudication in some political relations; e2) a doctrinal thesis on the judicial review of political discretion followed by an interpretative attitude to argue the decision reached in the review by applying the principle of reasonableness and the technique of value balancing, and e3) political argumentation in political discourse based on constitutional norms⁶. A long (i.e., including the catalogue of rights), rigid and judicially guaranteed constitution is considered to be a precondition for constitutionalization⁷.

2.2. Setting the framework for a reconstruction of Guastini’s concept of constitutionalization

In describing constitutionalization, Guastini starts with three meanings which differ in their emphasis on different elements important for the observed phenomena. When referring to different elements of a legal phenomenon it is firstly important to distinguish whether the elements are part of the existing practice of legal actors or part of the theoretical (ideological or methodological) practices of those referring to the practices of legal actors. This is the first distinction of the term constitutionalism made in the meta-theoretical discourse⁸. In defining constitutionalization we will start with an understanding of this term as referring to the legal-political model practiced in a particular community. Since scholars of comparative

² GUASTINI 2014, 189.

³ GUASTINI 2014, 190. Similarly to Guastini, Pierluigi Chiassoni considers the legal order constitutionalized when 1) the constitution is regarded as the basic source of law, 2) therefore it affects the legal and political system of the country and social life at large, and 3) it comprises the specific features regarding the constitution (which are similar to Guastini’s five aspects; see below, nt. 6). CHIASSONI 2011, 329.

⁴ According to Guastini, constitutionalizing practices encompass legislative, judicial, doctrinal and political practice as well as the practice of citizens. GUASTINI 2014, 190 f.

⁵ GUASTINI 2014, 193-215. In *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, Guastini described seven conditions of constitutionalization, stating that the list is not final. In addition to the five aspects of constitutionalization described in *La sintassi del diritto*, the list contains a rigid and guaranteed constitution. The elements of a rigid and guaranteed constitution are considered necessary conditions, while the remaining five conditions are considered to be sufficient conditions. GUASTINI 2003, 50-58.

⁶ Similarly to these five aspects we can find the five features of constitutionalization by Chiassoni: normativity, overinterpretation, the constitution as a political programme, direct application, interpretative fit. In addition to constitutionalization at the national level, «at the international level, the process of constitutionalization involves the establishment of effective ways in which fundamental rights can be protected globally. This can be achieved either by successfully widening state protection, or by supra-national guarantees». CHIASSONI 2011, 329.

⁷ GUASTINI 2014, 191-193.

⁸ We are following the distinctions made by Paolo Comanducci. He emphasized two meanings of the terms “constitutionalism” and “neoconstitutionalism”. COMANDUCCI 2002, 89.

constitutional law deal with existing legal-political models it is important to take their descriptions into consideration. After all, Guastini himself starts his exposition with reference to the discourse of legal science. This brings us to the second important insight regarding the different meanings of constitutionalization: the legal-political models themselves can be differentiated with regard to the elements they contain. Namely, in the discourse of comparative constitutional law, the distinction between two types of constitutionalism can be found⁹. We will name this second distinction in constitutionalism the distinction between classical and new constitutionalism. Following comparative constitutional law, the first term could be ascribed to the model of the legal-political orders existing in the period from the 18th to the first part of the 20th century and the second after the Second World War¹⁰. In Guastini's concept of constitutionalization this distinction is not explicitly stated, although it is present when distinguishing the three meanings of constitutionalization. He refers to the discourse of legal scientists on the process that appears after the Second World War and later to the doctrine of classical constitutionalism to explain a legal order that is not constitutionalized¹¹.

This distinction between new and classical constitutionalism is present throughout this paper, since it refers to the models of the legal order to which the processes lead. In particular it is used for the explanation of: a) changes in the characteristics of constitutional norms, and b) the different meanings of deconstitutionalization. An important addition to Guastini's theory is making explicit an element which is perceived in the discourse of comparative constitutional law as a distinctive element between the two types of constitutionalism which causes debate on new constitutionalism. In the field of comparative constitutional law this element is defined as the absence of the supremacy of the parliament, and in this paper we will take account of this element through the prism of the legal system and explain it as a transformation of the mode of changing the legal system. Although the element of the absence of parliamentary supremacy is not a particularly prominent element in Guastini's concept of constitutionalization, it certainly stems from the fifth aspect of his concept.

From the insights of Guastini's theory, we can identify the following three elements of the concept of constitutionalization: a) process, b) consequences and c) means. As we will soon see, this restructuring of his theory through these three categories is possible without losing any of the main elements of his description of constitutionalization. There are three reasons for the restructuring of Guastini's theory in this three-part model. The first reason is to group his insights in a way which is more suitable for debate on the theoretical and practical problems of constitutionalization. The second reason is to make his theory more connected with theories in comparative constitutional law, especially regarding the consequences of constitutionalization.

⁹ The term "new constitutionalism" is used by Tamas Gyorfı to describe the constitutional set-up after the Second World War: dualist constitutional architecture, codified bill of rights, judicial supremacy and the robust exercise of judicial review. What we call "classical constitutionalism" Gyorfı named "orthodox constitutionalism" characterized by: monistic constitutional architecture, the lack of substantial constraints on legislation and the lack of constitutional judicial review. GYORFI 2016. Stephen Gardbaum makes the distinction between "the legislative supremacy model of constitutionalism" as the dominant model throughout the world prior to 1945 and "the American model of constitutionalism" after World War II. GARDBAUM 2001.

¹⁰ We shall make two remarks on this classification. First, the distinction between models is related to the practices typical for a particular period of time with possible exemptions. The crucial exemption in terms of the timeframe of the appearance of the classical and new constitutionalism refers to the constitutionalism of the United States of America. The second remark is that the distinction between the two types of constitutionalism which could be made from methodological and ideological aspects is still contested by legal theory. The name neoconstitutionalism was proposed by scholars of the Genoa School in order to criticize the methodological and ideological aspects of theories labelled by that name. BARBERIS, BONGIOVANNI 2016, 263. Giovanni Battista Ratti separated the negative and positive theory of neo-constitutionalism, whereby the second group refers to discoveries about contemporary legal systems. RATTI 2015.

¹¹ GUASTINI 2014, 189 and 190.

The third reason is to avoid a circular definition by introducing the elements of means and consequences. The term “impregnation” mentioned by Guastini can be conceived as shorthand for the result of the five operations (aspects) listed above which we named “constitutionalizing practice”. To be more precise, it could be said that “impregnation” means that the constitutionalized legal order is absolutely influenced by the constitution. However, to provide more substantive information on what “absolute influence by the constitution” means for the legal order without referring to the constitutionalising practices which cause this result, we need further explanation of the consequences of constitutionalization.

The process of constitutionalization requires further determination. When comparing it with other processes of transformation, the explanation requires the identification of the characteristic which distinguishes it from other processes of the transformation of legal orders. Additionally, the position regarding its degree and reversibility should be clarified. Under the presumption that this process can be reversible, the concept of deconstitutionalization will be introduced and considered as the opposite mirror concept to constitutionalization throughout this article. The character of the process can be an interesting topic for further elaboration and this paper will address two such questions: the meaning of deconstitutionalization and the character of the process with respect to the existing constitution.

Although Guastini has not explicitly mentioned a newly-established relation between legislation and the judiciary as a consequence of constitutionalization, comparative constitutional law has described this phenomenon by including the element of the absence of the supremacy of the parliament as part of the new constitutionalism model¹². In line with Guastini’s view on the changing of the legal system, this element can be perceived as a transformation of the mode of norm-changing. This term means that the norms in a constitutionalized legal order are changed not only through statutes but also through adjudication in a specific way. On the other hand, in a constitutionalized legal order a practitioner of law considers that constitutional norms produce specific effects, for example that they are directly applicable. These effects are not anticipated explicitly by legal provisions but appear through practice by the ascription of specific characteristics to constitutional norms. We propose that these two elements be perceived as the consequences of constitutionalization.

Among the elements of the new constitutionalism, some can be considered the means which lead to the above-mentioned consequences. Although the existence of a rigid, long and judicially guaranteed constitution contributes to constitutionalization it can be argued that this is neither a necessary element for constitutionalization if these characteristics are perceived as the elements of the written constitution, nor a sufficient element for the process of constitutionalization. The second means – the constitutionalizing practice of courts – will be regarded as a necessary means for constitutionalization although it is not possible without the third means we propose to attach to the definition of constitutionalization. This is the element of the legal consciousness which is not mentioned in the field of comparative constitutional law nor explicitly observed in the legal theory we are going to use as the foundation for the elaboration of constitutionalization.

Consequently, the stipulative definition of constitutionalization proposed in this article is the following: constitutionalization is the specific process of the transformation of the legal order which leads to a change in the characteristics of the constitutional norms and a new mode of changing of the legal system, through the means of the constitutionalized practice of courts determined by the legal consciousness.

¹² See above, nt. 9.

3. *The process of constitutionalization and deconstitutionalization*

The first element of Guastini's concept of constitutionalization is that it refers to the process of transformation of the legal order. We will add three additional insights regarding this element.

Firstly, we shall add that constitutionalization (from the point of view of the model of new constitutionalism) is a specific type of transformation since the legal order can be modified in different ways. We shall group these ways under two main types. The first type represents a systematic change in the essential patterns of behaviour of citizens, the second is characterized primarily by the transformation of the mode of changing or applying the legal norms¹³. Both transformations could occur through the explicit change of normative provisions or through new practices whereby the normative provisions stay the same. In addition, the mode of changing and applying the legal norms can be transformed by changing the power-conferring norms and by changing the directives on doctrinal assumptions and interpretation in the existing set of power-conferring norms.

Constitutionalization can be considered to belong to the second group of the first distinction since the final consequence of this process refers to the transformation of the mode of changing the legal system which, besides the legislative, includes the adjudicative agencies. Additionally, this change cannot happen solely through a change in the power-conferring norms but through a necessary change in the courts' interpretative practice. The adjudicative application of norms remains the same in terms of the norms on the competence of the organs to adjudicate and the adjudicative process these organs use, the logical structure of deductive reasoning, the existence of a process of the identification of norms belonging to the legal system, the implementation of some styles of interpretation (methods) and different techniques of argumentation. As we will see later, the change lies in new practices regarding the use of directives in the interpretation process, which transforms the mode of changing the legal system into the legislative-adjudicative mode. To make this type of transition more illustrative we can provide the following example. In a state X the constitution does not contain the power-conferring provision that the Supreme Court of the country can supervise the political decisions of the parliament. The Supreme Court makes a decision in which, according to the legal-political doctrine which the judges of that court recognize as the source of law, the Supreme Court may supervise the decisions of the parliament. Through the interpretation of the Constitution and statutes, the Supreme Court starts not only to supervise but also to guide the political decisions of the parliament. The power-conferring provisions in the written Constitution remain the same, the Supreme Court is performing the function of applying the law as prescribed by the Constitution but the practice of the Supreme Court changes. At the same time, a state Y has a constitutional provision which authorizes the Supreme Court to supervise political decisions. The judges of that Supreme Court do not accept the doctrinal assumptions and interpretative directives which characterize constitutionalizing practice. In the state Y the power-conferring norms remain the same but constitutionalization does not take place. In both cases the question is not whether structural changes regarding the behaviour of citizens occur, but whether a change in the mode of how norms on behaviour are introduced or abolished in society really takes place.

Secondly, the question is whether such a process could go in the opposite direction¹⁴. If so, then this reverse process could be called "deconstitutionalization"¹⁵. Deconstitutionalization

¹³ In the first group we can include, for example, transition from the socialist to the capitalist legal order or transition from the theological to the secular state. Examples of another type include the accession of the European states to the European Union, the separation of new states from an existing one, and decentralization or regionalization of the state.

¹⁴ Barberis considers that the development of the constitutional state through three phases – rigid constitution, constitutional supervision and the impregnation of the legal order by constitutional norms through interpretation –

could be defined as the opposite process which by the means of the deconstitutionalized practice of courts determined by the legal consciousness leads to the consequences opposite to those of constitutionalization.

Thirdly, if constitutionalization is defined as a process we can ask the following question. How can we ascertain that the process is complete and when can we say that the order has been entirely impregnated by constitutional norms? The answer to this question could be that, although we might not say that this process ever ends entirely in real life, we can nevertheless use a theoretical model of a completed constitutionalized legal order to compare it with the description of an actual legal order to place it closer to or further from the model¹⁶.

4. *Two remarks on the process*

4.1. *How to determine deconstitutionalization?*

In the second section we made a distinction between the practice of legal actors and practices (theories, ideologies or methods of analysis) referring to the existing practice of legal actors, as well as a distinction between the types of existing practice of legal actors. It is important to differentiate several practices of legal actors (listed below) which can be compared with the theoretical model of (de)constitutionalization. Whether these practices will be considered to be part of deconstitutionalization depends on the theoretical model used. As mentioned before, these practices of legal actors as a phenomenon could be observed through the classical constitutionalism model or through the model of new constitutionalism.

With regard to the model of classical constitutionalism, we can say that constitutionalization would mean the following real practices of legal actors: a) the introduction of a written constitution, and b) the establishment of some legal relations between the sovereign and citizens. These two practices are the first two meanings of constitutionalization mentioned by Guastini which he separates from the meaning of the phenomenon he wants to describe. In the same vein, deconstitutionalization with regard to classical constitutionalism would mean the abolition of a written constitution or abolition of any legal restraints on political power. Guastini also mentions the characteristics of a rigid, long and guaranteed constitution as the conditions of constitutionalization in the model of new constitutionalism and it can be concluded at first sight that a constitution without such characteristics would mean deconstitutionalization. According to

is not an irreversible process but difficult to reverse. «Più che uno stato, lo stato costituzionale è un processo evolutivo, non irreversibile ma difficilmente reversibile (ingl. path dependent), sviluppatosi sinora in tre fasi» (BARBERIS 2017, 23).

¹⁵ Chiassoni mentions the term “de-constitutionalization process” when describing critics of constitutionalized national and international legal orders from the late 1970s, and in the context of four crises that appeared at that time. He has mentioned four crises of a) legality, b) social solidarity, c) the sovereignty of the constitution and the related crisis of the constitutional state, and d) the crisis of the global rule of law and the related crisis of supranational constitutionalism. CHIASSONI 2011, 330.

¹⁶ It can be noticed that when referring to constitutionalization, Guastini is using the term “process at the end of which” (“processo [...] al termine del quale”) the legal order is completely impregnated by constitutional norms. Similarly, Comanducci: «Se trata de un proceso al término del cual el derecho es “impregnado” [...]» COMANDUCCI 2002, 95. Chiassoni more precisely mentions that: «A legal order is constitutionalized (such a property being of course a matter of degree), whenever [...]» CHIASSONI 2011, 329. Although there is no further explanation of what these expressions (complete impregnation, matter of degree) exactly mean, it seems useful to accept the view that constitutionalization is a matter of degree. This view directs researchers, for example, to investigate whether one legal order is more constitutionalized now than before, or whether one legal order is more constitutionalized than another legal order. Of course, this would require development of an analytical tool for measurement of such a process.

Guastini, in classical constitutionalism the constitution constrains political power, albeit in a limited scope of relations. In addition, we can mention that even if the practice of legal actors introduces judicial supervision of constraints on political power in this limited scope of relations, but constitutionalizing practice does not appear, the legal order could still be considered deconstitutionalized from the point of view of new constitutionalism. We have seen that according to Guastini's third meaning, constitutionalization refers to progress towards the model of new constitutionalism, and means a process which progresses, at least theoretically, to the final point of establishing a new order entirely impregnated by constitutional norms. If we use the term "impregnation" in the same vein, deconstitutionalization would then mean that the legal order is not impregnated by constitutional norms. As we have proposed above, the term "impregnation" as the consequence of (de)constitutionalization can be replaced by two features of the legal system.

In accordance with all these insights, the term "deconstitutionalization" could refer to any of the following practices:

- 1) abolition of the written constitution with limited legal constraints on political power;
- 2) abolition of the specific characteristics of the constitution (rigid, long and guaranteed);
- 3) abolition of the specific practices of courts which are more than pure supervision of the limited legal constraints on political power;
- 4) abolition of the specific characteristics of constitutional norms;
- 5) abolition of the specific mode of changing the legal system.

From the point of view of the classical constitutionalism model of the legal order, the legal order would be deconstitutionalized in the first case. In principle the first and second cases could be considered to lead to deconstitutionalization from the new constitutionalism point of view but additional remarks will be made below. From the point of view of the model of new constitutionalism the order is already deconstitutionalized in the fourth and fifth case, and since these consequences are not possible without the means of the specific practices of the courts, the order is also deconstitutionalized in the third case.

Regarding the third case additional explanation is needed. Legal orders which recognize the practice of the courts to supervise the limited constraints of political power can be differentiated from legal orders which recognize the practice of the courts to legally direct political power in all situations. There are two differences between these two practices. The first difference refers to the scope of actions under the authority of the courts: limited scope of actions of political power versus all activities of private and political power in the legal order. The second difference refers to the characteristic of the courts' approach to exercising this power: supervision of political power versus supervision and material guidance (legal direction) of (political and private) power. From the point of view of new constitutionalism, the legal order would be already deconstitutionalized when the courts do not exercise the authority to provide material guidance (legal direction) of political and private power even though the limited supervision of political power by the courts remains¹⁷.

Regarding the second case, it is worth emphasizing that a rigid, long and judicially guaranteed constitution presents one of the demarcation characteristics between classical and new constitutionalism as defined by comparative constitutional law. However, it can be claimed that its explicit introduction or abolition in formulated norms by the creator of the first constitution or the authority for amending the constitution is neither a necessary nor a

¹⁷ Even before the Second World War, some legal orders had institutionalized judicial review but still could not be considered constitutionalized in the sense of the processes which appeared after the War.

sufficient element of the beginning or the end of the (de)constitutionalization process. A rigid, long and judicially guaranteed constitution is considered by Guastini to be a prerequisite of constitutionalization. Nevertheless, a constitutional framework which explicitly provides these elements according to Guastini is not sufficient for the beginning of the constitutionalization of the legal order because, despite its existence, constitutionalizing practice may not occur. Of course, a legal order in which the courts are more empowered for constitutional adjudication and interference in political relations is likely, but not necessarily, to be more constitutionalized through practice. In favour of the thesis that these characteristics of a constitution (rigid, long and guaranteed) do not have to be necessarily formulated in a written constitution, the following case can be mentioned. The historical example of the *Marbury v. Madison* case shows that constitutional adjudication does not necessarily have to be established by an expressed power-conferring norm, but might be the product of the courts' practice¹⁸. This is in line with Guastini's view, who never says that constitutionalization must be imposed by expressed norms¹⁹. The aforementioned case is considered by Guastini to be an example of the juristic construction of an unexpressed legal norm which was not formulated by any authority of normative power²⁰. From the doctrinal assumptions on the constitution, the judge in this case has derived two implicit norms which were not explicitly formulated in a constitutional text: any legislative act contrary to the constitution is invalid and the Supreme Court is authorized to declare its invalidity²¹. The juristic construction of unexpressed norms, as a special kind of interpretation, can sometimes be governed mainly or exclusively by legal-political doctrine (theoretical or doctrinal assumptions)²². The border between the application and the creation of the law by courts is not always clear²³. In the same vein, although more difficult, the constitutionalizing practice of courts may overcome other "constitutional gaps" regarding the rigid and long constitution. Abolition of the rigid, long and judicially guaranteed constitution contained in expressed constitutional norms would definitely mean the end of the constitutionalized legal order only if the constitutionalizing practice of the courts somehow does not continue. The other way to reach a deconstitutionalized legal order is to end the constitutionalizing practices of the courts even if the constitutional framework remains the same. The question arises: how can constitutionalization happen if the constitution is not rigid

¹⁸ Chiassoni considers that the institutional prerequisite for the process of constitutionalization of a legal order (rigid constitution and judicial review) is not a necessary condition, as the same effect can be obtained through constitutional interpretation. CHIASSONI 2011, 329.

¹⁹ Guastini's type of realism, which is named Genoa's realism, can be described as perceiving the law as between two elements: the text and interpretation. The hypothetical situation described above, although problematic with regard to the first element, can be incorporated in this view if the situation is perceived as the establishment of a new constitution or application of an existing one through juristic construction. On Genoa's realism see: BARBERIS 2011. However, besides stressing the characteristics of Genoa's realism, Barberis has also emphasized the situation of a crisis of the sources as a kind of a test for theories of law when cases such as *Marbury vs. Madison* appear. Barberis noticed the tension between the mainstream theory of law and (truly) realistic theory in explaining such situations whereby the explanation of constitutional adjudication as the final instance for fixing the supreme sources and their hierarchy is the explanation that truly realistic theory would propose.

BARBERIS 2016b, 13.

²⁰ GUASTINI 2014, 183 nt. 25, 390.

²¹ GUASTINI 2012, 214.

²² GUASTINI 2014, 414-417. According to Guastini the texts of legal scientists and, correspondingly, judgements, contain theoretical assumptions ("asunciones teóricas") which precede the interpretation of any specific provision and these theoretical assumptions have no direct relation to the normative texts. They condition interpretation by directing the interpretation in a certain direction and excluding possible different interpretative options and they constitute a basis for the derivation of a great number of implicit norms. GUASTINI 2012, 213.

²³ In any case the effectiveness of the norms produced by this kind of activity of the courts which are not authorized by the expressed power-conferring norms is crucial for the legal status of these norms. See the text on the relation between the process of constitutionalization and the existing constitution below and the notes 28 and 29.

and can be changed freely by ever-changing legislative majorities? Although this statement on the possibility that the courts continue their constitutionalizing practice contrary to the will of the legislator seems counterintuitive it is worth mentioning this situation at least for theoretical reasons²⁴. Moreover, the practical situation in which the supreme court and the parliament of a legal order are in political conflict is not something that cannot happen in reality²⁵. Finally, the specific practice of the courts in Commonwealth countries manifests the possibility that the practice of constitutionalization, at least in some aspects, can occur in the framework of a flexible constitution²⁶.

4.2. *The process of constitutionalization and the change of the constitution*

The transformation of the mode of changing the legal system through the courts' interpretative practice, which occurs despite existing constitutional provisions on norm creation only through statutes, raises the question of whether this process changes the constitution (changes in the broader sense which includes the establishment of a new constitution and a change in the existing one). The answer to this question can be sought by referring to the theories on the difference between changing the existing constitution and establishing a new one²⁷, and comparative constitutional law's concept of "amendment through interpretation" as one of the possibilities for changing the constitution²⁸. Depending on the point of view, the process can be described as the establishment of a new constitution or a change in the existing one²⁹. Regardless of which point of view is taken, the effectiveness of the norm on the legislative-adjudicative mode of changing the

²⁴ In the aforementioned Marbury case (1803), the sentence of Chief Justice John Marshall is based on the broader political doctrine on the constitution. In contemporary constitutional situations, the argument on establishing a material hierarchy which is based on a prescribed mode of changing the constitution which is different to the mode of changing the statutes, strictly speaking is not a logical argument after all. At the same time, constitutional courts sometimes establish a material hierarchy between the supreme court and the other constitutional norms based on an axiological hierarchy which is not based on explicit constitutional norms.

²⁵ For example, the Polish constitutional crisis of 2015 or the Rhodesian crisis of 1965 are indicative cases. It is also worth mentioning the constitutional situation in the United Kingdom which does not have a rigid constitution but the possibility of constitutionalization in this country through judicial practice could still be argued. Even those who oppose the possibility that judges themselves could change the rule of recognition towards judicial review in countries with parliamentary supremacy like the UK, accept the possibility that courts can initiate such a change: «Of course, any change to a rule of recognition must start somewhere: someone has to initiate the requisite change in consensus. The courts can attempt to initiate change, but they can succeed only if other branches of government are willing to accept it». GOLDSWORTHY 2010, 114. And this initiative by the courts could be successful without having a written rigid and long constitution before that.

²⁶ The aspect of the interpretation of the statutes in line with fundamental rights exists for example in the United Kingdom. GARDBAUM 2001, 743.

²⁷ On the substantive and formalistic approach see: GUASTINI 2014, 167-171. On the political and legal point of view: GUASTINI 2017, 391 f. From a political point of view the identity refers to the organization of political powers and a change of the identity is a matter of political evaluation. The answer to the question whether introducing or abolishing the constitutional review of statutes presents a change of constitutional identity presupposes political evaluation.

²⁸ TUSHNET 2018, 325. Guastini also recognizes the change of the constitution through interpretation. Since from the legal point of view the constitution can be viewed as a system of norms, Guastini concludes that the constitution can also be changed by the interpretation of the constitutional text. In doing so, he makes the same point as for a change in the constitutional text: although literal application of this point of view means that any change in the system of norms is at the same time a change in the constitution, it would not be appropriate to consider every change in the constitution by interpretation as the establishment of a new constitution. GUASTINI 2017, 391-393, nt. 50 and 51.

²⁹ The process could be described as: a) the establishment of a new constitution due to a practice of changing the constitution not determined by the existing constitution; b) the establishment of a new constitution due to a change in the supreme principles of the legal order; c) a change in the constitution by creating a new constitutional norm; d) a "change in the constitution through interpretation" by applying an existing unexpressed constitutional norm (which can be formulated by the method of juristic construction).

legal system is crucial for the legal status of this norm. The norm either becomes part of the legal order based on the principle of effectiveness or confirms its existence in the legal system as an unexpressed norm by the courts' effective application of that norm. In this sense, the case of transformation of the legal order by constitutionalization confirms the thesis of those scholars of comparative constitutional law who claim that «[...] the ultimate test of whether a constitutional amendment or replacement is legally valid is empirical: [...] has the constitution taken root in the polity to create a reasonably stable constitutional system?»³⁰.

5. The first consequence of (de)constitutionalization: a change in the characteristics of the constitutional norms

The first consequence of constitutionalization can be explained by considering the starting point of this process. Guastini finds this starting point in the doctrines of the “classical constitutionalism” of the eighteenth and nineteenth centuries. According to these doctrines the norms of constitutional law have a very limited scope of regulation including only norms which refer to the organization of the legal authorities and possibly norms which refer to the civil rights and freedoms that constrain these authorities³¹. We call this scope of regulation the minimum scope of the legislator's constraints, as all other activities of the legislator which do not refer to the organization of the legal authorities and possibly the fundamental rights and freedoms are not constrained. The legislator has the exclusive task of giving concrete expression to the constitution, while the courts do not directly apply it but the directives derived from the statutes³². Although it is not always clear whether all the norms of this minimum scope of constraints belong to legal or to moral norms, the maximum reach of the adjudicative application of the constitution could be the application of those constitutional norms which refer to the organization of the legal authorities and the civil rights and freedoms (minimum scope of the legislator's legal constraints). Finally, constitutional norms represent only a constraint on legislators (limited to the minimal scope as defined above) and not positive material guidance of the decisions of the legislator imposed by legal norms (legal directing of the legislative function)³³.

From such doctrines it follows that in the deconstitutionalized model of the legal order, the constitutional norms are attached to the following lack of capacities: a) the lack of capacity to produce legal effects in all areas of social life; only constitutional norms on the organization of authorities and rights and freedoms potentially can be seen to produce legal effects; b) the lack of capacity to be directly applicable without interference from the statutory provisions; courts can apply statutes produced by the legislator and possibly only those constitutional norms defining the organization of the legal authorities and rights and freedoms, and c) the lack of capacity to legally direct overall political discretion.

³⁰ TUSHNET 2018, 329. In addition to this thesis, the “ultimate test of legal validity” of a norm on the legislative-adjudicative mode of changing the legal system can be understood as the test of: a) ex post acquisition of legal status by the effectiveness of the constitution (explanation of the process based on the thesis of establishment of a new constitution); or b) the effectiveness of the norm through adjudicative practice as the criterion for determining the membership of a norm that is not produced in accordance with the existing provisions on changing the legal system (explanation of the process based on the thesis on changing the constitution through the creation of a new norm), or c) effective application of an existing but unexpressed norm by judges (explanation of the process based on the thesis on changing the constitution through interpretation).

³¹ GUASTINI 2014, 190.

³² GUASTINI 2014, 194.

³³ GUASTINI 2014, 201.

Based on this description of the characteristics of constitutional norms in a deconstitutionalized legal order, we can conclude that in a constitutionalized legal order, constitutional norms are assigned the opposite three capacities: a) an unlimited capacity to produce legal effects (in all situations); b) the capacity of direct applicability; c) the capacity to govern political discretion. If we understand the processes of constitutionalization and deconstitutionalization as logically opposite models, then we can conclude that the latter is directed at the starting point of the former and *vice versa*.

The differences between these three characteristics are significant in the theoretical and practical considerations of constitutionalism. For example, constitutional norms could be considered legal norms which produce legal effects but are not applicable by courts; or considered not to be legal norms precisely because they are not applicable by courts³⁴. Apart from that, even if constitutional norms could be considered to be legal norms applicable by courts, this still does not mean that courts would really use them to produce legal effects with the aim of directing political discretion.

This distinction between the models of constitutionalized and deconstitutionalized legal orders with respect to the three characteristics of constitutional norms can be compared with the theoretical distinction between the legislative and constitutional state that is used in the theory of law to describe the development of legal positivism. The difference is made with regard to the main source of law: in the legislative state the main source of law is the legislation, and a constitution is the main source in the constitutional state³⁵.

However, what does it mean when we say that the constitution is the main source of law? Besides the meaning that the constitution cannot be derogated by another source we can use Guastini's analysis to elaborate on this question in more detail. We can start first with the meaning of the constitution as a source of law. According to Guastini, this expression means different things: 1) constitutional norms produce legal effects, i.e. they are legal norms; 2) they can produce an invalidation effect on statutory norms; 3) they can be directly applicable; 4) they can have a direct effect on the regulation of horizontal citizen-citizen relations and not only in vertical state-citizen relations³⁶. It seems that all these meanings refer to the legal nature, direct applicability and different effects produced by legal norms and thus correspond to the first two characteristics ascribed to constitutional norms in a constitutionalized legal order. This insight will be elaborated as follows.

The first theoretical assumption that the constitution is the source of law (the first meaning) can be equated with the first characteristic of constitutional norms in the constitutionalized legal order: constitutional norms have unlimited capacity to produce legal effects. This assumption includes the following two theoretical assumptions regarding the constitution as the source:

- all constitutional norms (principles and rules, programmatic norms³⁷; expressed and unexpressed norms) produce legal effects, i.e. all constitutional norms are legal norms; unexpressed constitutional norms produce legal effects;

³⁴ Waldron stressed the distinction between two approaches to determining the legal character of constitutional norms: according to the first one, constitutional norms are legal norms if they produce legal effects from the internal point of view; and according to the second one constitutional norms are legal norms if they are enforced by courts. WALDRON 2006.

³⁵ Barberis distinguishes the legislative state (*Gesetzstaat*) from the constitutional state (*Verfassungsstaat*) based on the main legal source: in the latter, the main legal source is not legislation but the constitution. BARBERIS 2016a, 181.

³⁶ GUASTINI 2014, 161-163. The third meaning is mentioned when elaborating the second meaning.

³⁷ According to some views it can be said that programmatic norms are also principles. We have made this distinction only because programmatic norms are mentioned in Guastini's description of constitutionalization. The difference itself does not have any influence on the discussion in this section.

- constitutional norms produce legal effects for all subjects and relations, i.e. legal norms produce legal effects in vertical relations (subjects: legal organs and citizens) and horizontal relations (subjects: citizens).

The second theoretical assumption that the constitution is the source of law (the third meaning) corresponds to the second feature of the constitutional norms: constitutional norms are directly applicable. The following three assumptions on the source (second and forth meaning) can be grouped under this assumption:

- constitutional norms are directly applicable (without the interposition of statutory provisions) as legally relevant for decisions;
- constitutional norms which guarantee subjective rights (not only rights and freedoms but also social rights) are directly applicable (without the interposition of statutory provisions) for the specific legal effect of establishing rights and duties for all subjects and relations, i.e. for vertical and horizontal relations;
- all constitutional norms are directly applicable (without the interposition of statutory provisions) to bring forth the specific legal effect of invalidating norms.

However, in addition to the definition of the constitution as the source of law, it is essential to explain the meaning of the “main source of law”. On the one hand, the main source of law can be understood as the source which is the supreme and primary source, and on the other hand it can be understood as the main source of norm creation (changing the legal system).

Guastini analyses the assumption that the statute (ordinary statute) is the primary and supreme source³⁸. The statute is the supreme source of law if all other sources (customs, decrees, precedents) are subordinated to the statute and represent its application; it is a primary source if the legislative function does not represent the application of any other existing norms. In the same vein, the constitution is the supreme and primary source if all other sources, including the statutes, are subordinated to the constitutional norms and represent their application and if the first constitution is understood as the *extra ordinem* act³⁹. The end of the legislative act as the primary and supreme source is caused by a change in the characteristics of constitutional norms⁴⁰.

The theoretical assumption that the constitution is the supreme and primary source of law can be equated with the third feature of constitutional norms in a constitutionalized legal order: they direct political discretion, and this assumption includes the following theoretical assumptions regarding the supreme and primary source:

- statutory norms represent the application of the constitutional norms;
- statutory norms represent the correct application of the constitutional norms only if they are in material and formal compliance with the constitutional norms;
- statutory norms represent the correct application of the constitutional norms only if they are in compliance with reasonableness established by the constitutional norms⁴¹;

³⁸ GUASTINI 2014, 132-134.

³⁹ GUASTINI 2014, 239. Guastini emphasises the distinction between formal and material subordination.

⁴⁰ Guastini mentions several reasons that led to the fall of the statute which can be grouped as: constitutional constraints on the legislators' legal practice, regionalization, European integration and the dominance of executive power in law creation. GUASTINI 2014, 141-143.

⁴¹ When describing the fifth aspect Guastini mentions two methods for influencing the political power of the parliament: a) using the principle of reasonableness, and b) balancing. This and the following assumption refer to this part of his theory. GUASTINI 2014, 211-215.

– statutory norms represent the correct application of the constitutional norms only if they (the statutory norms) are in compliance with the hierarchy of constitutional values⁴².

A few remarks can be made on this last group of theoretical assumptions. They are formulated as relating to the statutory norms, but they refer equally to the individual norms. The first theoretical assumption is general and it can refer to both subordination of the statutory norms to constitutional norms and directing political discretion to implement the constitutional norms. The second stresses the material and formal subordination of the statutory norms to the constitutional norms. The next two regarding reasonableness and the hierarchy of constitutional values are specific types of subordination of political discretion⁴³. While the first two can be found in the deconstitutionalized legal order, although only for subordination within the minimum scope of constraints and not for directing political discretion, the following two assumptions are typical for the constitutionalized legal order. Finally, the last three assumptions in this group are formulated in “only if” form because they direct those following these assumptions (judges) to recognize the “correctness” of the statutory norms only if the above-mentioned conditions are fulfilled: formal and material hierarchy of norms, reasonableness and hierarchy of the constitutional norms. Of course, these three conditions can conflict with each other. This shows that additional assumptions exist on the resolution of these antinomies but they are not the key assumptions for recognizing constitutionalized practice⁴⁴.

Apart from the meaning “the main source of law”, which refers to the supremacy and the primacy of the norms produced by that source, the term could also refer to the main source of norm creation. Through history, some legal systems considered custom-setting practices as the main source of norm creation; in the common law countries, it is said that precedent-setting decisions occupy the place of the main source or at least share that place with the statutes, while in the civil law world this place is, at least according to the theoretical positivism of the 19th century, said to be reserved only for the statutes. The main source of law in this context could mean two things: there is practice (or there are several practices) through which most of the

⁴² A formulation of the conformity of legal norms with a “hierarchy of constitutional values” presupposes the following description of a situation in which this assumption could be applied, and two additional assumptions. A statutory norm can refer to two constitutional norms that are partially overlapping in the field of application, whereby the first constitutional norm is the basis for the statutory norm, and the other is the basis for a norm that requires the opposite of that which is prescribed by the statutory norm. In this situation, the following two assumptions apply. According to the first assumption, the legal norm is in accordance with both constitutional norms if the first constitutional norm in this case is a special norm and the other is a general norm. According to the second assumption, the constitutional norms are in the relation of a special and general norm if the values protected by the first constitutional norm are hierarchically higher than the values protected by the second constitutional norm. From these assumptions it follows that in this situation the constitutional norms are in a special-general relation, and the constitutional values are in a higher-lower relation. Since, according to the second assumption, the constitutional norms are in a special-general relation due to the higher-lower relation of constitutional values, it can be said that the legal norms must ultimately be in accordance with the hierarchy of constitutional values contained in the constitutional norms. The term “hierarchy of constitutional values” can be used for the purposes of this paper in the said way without entering into further discussion of the difference between or identity of constitutional norms and constitutional values. For a claim on the identity of the concepts of principles and values, see: ALEXY 1988, 145. On the criticism of this claim see: BENVINDO 2010, 305-329.

⁴³ Both of them are the valuation activity of the judge which can be influenced by her view of justice. “Reasonableness” can be perceived as a constitutional value.

⁴⁴ The reader can omit reading the list of the assumptions mentioned here without missing the main point that constitutionalized practice is determined by theoretical assumptions which cause a change in the characteristics of constitutional norms. The reason why the theoretical assumptions as well as interpretative directives (section 7) are listed in detail in this article is the aim to present a core for further research on the existing practices of constitutionalization in some particular legal orders. The list is framed to be as simple as possible and to cover the greatest number of the assumptions and interpretative directives which are relevant to reveal constitutionalized practice.

substance of the legal system is regularly produced; or there is practice for directing the regular production of the substance of the legal system.

Therefore, the question of the constitution as the main source in this context is the question of norm creation or, more precisely, the question of changing the legal system, which brings us to the following consequence of constitutionalization.

6. The second consequence of (de)constitutionalization: a change in the mode of changing the legal system

We have seen that the first consequence of constitutionalization is a change in the characteristics of the constitutional norms. The second consequence is the transformation of the mode of changing the legal system which is closely connected to the last-mentioned meaning of the constitution as the main source of law.

A change in the legal system can be defined as adding a new norm to or eliminating a norm from the existing system of norms⁴⁵. What does it mean when we say that the constitution is the main source for changing the legal system? Since the constituent power for the creation of the first constitution no longer exists after it establishes the first constitution, this body cannot be said to regularly change the legal system. It is true that the organ for amending the constitution can introduce new changes; however, this happens rarely. Who then changes the legal system on a regular basis by applying the constitution? The parliament is the body which regularly changes the legal system through the ordinary statutes and it could perform this function by applying the constitution. Whenever deciding on a new statute, the parliament could, through the interpretation of the constitution, apply the constitutional norms as the directing norms for changing the legal system. Although it is possible that the application of the constitution by the parliament could be established as the only way of changing the legal system based on the application of the constitutional norms, this would not be enough to consider the order constitutionalized. There are several reasons for this. First, the supremacy of the parliament would remain, which is considered by the prevailing theories in comparative constitutional law to be a characteristic of classical constitutionalism⁴⁶. Secondly, if we accept Guastini's definition of constitutionalization as the process by which the constitutional norms occupy the entire space of social and political life, it seems impossible to reach such a state of affairs without the involvement of the courts in the process of changing the legal system⁴⁷. Finally, it seems plausible that the practice of the legislator is insufficient for the application of the constitutional norms to direct, among other things, its own political discretion.

⁴⁵ GUASTINI 2014, 350.

⁴⁶ In comparative constitutional law, the term "political constitutionalism" is introduced with reference to a model of norm changing preferred by some scholars who oppose "legal constitutionalism". The debate on political versus legal constitutionalism can be perceived as the result of opposing theoretical views on the role of adjudication in changing norms: while the first prefer the supremacy of the parliament in changing norms the second prefer the adjudicative-legislative mode of changing norms. On political constitutionalism see: BELLAMY 2007.

⁴⁷ We can imagine a legal order in which the legislator is always implementing the constitutional norms in a correct way and in which the addressees of the constitutional norms act in accordance with the correct meanings of the constitutional norms elaborated in the statutes so that the courts do not have to interpret the constitution. On the other hand, the reality of legislation in many European countries is such that the president of the ECtHR has on some occasions asked judges (as well as attorneys and state prosecutors) to implement the ECHR (and that basically means to implement their constitutions) by respecting the principle of subsidiarity. Of course, this would make the work of ECtHR judges easier. In any case, the claim mentioned above on the impossibility of complete constitutionalization without the constitutionalizing practices of the courts is an empirical statement and its truth value depends on the empirical facts which have to be investigated. In this paper we can rely only on some truisms on human nature and some social facts.

A change in the characteristics of constitutional norms implies a change in the mode of changing the legal system. Constitutional norms as legal norms directly applicable for directing political discretion bring constitutional and ordinary judges into the position to change the legal system by adding or eliminating legal norms. According to Guastini, the courts change the legal system when they, for example, refuse to apply statutory norms, set them aside or whenever they add or substitute norms in the legal system⁴⁸. We can add, following Guastini's description of constructive interpretation, that the courts also change the system of norms in other situations, for example when identifying unexpressed constitutional norms from doctrinal assumptions, when interpreting the statute in accordance with the constitution, when forbidding some interpretations of the statutory provisions or when specifying the meaning of the principles⁴⁹. However, for the constitutionalized model of the legal order it is not enough that judges consider themselves to be permitted to participate in the changing of the legal system. The model requires the systematic participation of judges in this process by exploring the need to change the legal system in accordance with the constitutional norms regularly during the adjudication process. This is only possible if the characteristic of the constitutional norms to direct the political discretion of the legislator and other organs producing general and individual norms is conceived as including interpretative directives for judges which can make them feel obliged to be involved in the process of changing the legal system⁵⁰.

While in the constitutionalized model of the legal order the process of changing the legal system depends both on the legislative and adjudicative authorities, the main characteristic of the deconstitutionalized model of the legal order is that the process of changing the legal system depends predominantly, if not solely, on the legislative authority⁵¹. The process of deconstitutionalization from the point of view of new constitutionalism is completed by the elimination of constitutionalizing judicial practice, although some kind of limited norm-changing could remain. Namely, in both models, the organs responsible for applying the law contribute to change in the legal system. The first reason for this activity of the courts in any legal order is the adjudication itself which can never be limited to a pure formalistic cognition of the meaning of the statutory provision⁵². Nevertheless, this "hidden" changing of the norms by the courts in deconstitutionalized legal orders, if it happens outside the limited scope of the constraints on the legislator, is never justified by the constitutional norms. The second reason is that even in a deconstitutionalized order the courts might be empowered to conduct limited supervision of the statutes within the limited scope mentioned before. However, when comparing the deconstitutionalized and constitutionalized models, the role of adjudication in changing the law becomes qualitatively and quantitatively different and these differences are such that we can consider it a new mode of changing the legal system. Additionally, there is a

⁴⁸ GUASTINI 2014, 350.

⁴⁹ GUASTINI 2014, 417.

⁵⁰ A specific problem for (prescriptive) legal theory and legal practice appears with regard to the justification of the discretion of judges involved in changing the legal system in the light of the fact that they are not elected officials. There are several theoretical approaches which try to provide the answer to the justification problem. For three different approaches to the justification of judgements see: COMANDUCCI 2011, 65-67. Without elaborating the sustainability of these theories, we can say that if judges feel obliged to be involved in the changing of the legal system, the argument of the application of the law will not be sufficient and some other argument will be needed to justify their "duty" to change the legal system.

⁵¹ Barberis describes the term "legislative state" (*Gesetzstaat*) as an indication of the situation in which law is produced only or predominantly by the legislator: once the monarch, today the democratically elected parliament. BARBERIS 2017, 21.

⁵² This claim depends on the understanding of interpretation and Guastini's theory of constitutionalization is based on a specific theory of interpretation which is opposed to the (neo)formalistic theory of interpretation. On the neo(sceptic), neo(formalistic) and eclectic approach see: COMANDUCCI 2011, 58.

shift in understanding of the main concepts so that they are not obstacles for the judiciary to participate in changing norms.

The thesis on the qualitative and quantitative differences as well as the thesis on the shift of understanding of the concepts related to the judicial role are the empirical theses which have to be confirmed in researching the real practice of the courts. In this article we can only describe what the intuition on these practices could be.

The qualitative difference exists exactly because of a change in the characteristics of the constitutional norms. In the constitutionalized model, judges systematically participate in the process of changing the legal system in accordance with the constitutional norms by implementing them directly without the interposition of statutory provisions, by implementing them directly in horizontal and vertical relations when deciding on rights and duties and by invalidating unconstitutional norms whereby they use not only the examination techniques of formal and material compliance but also the techniques of the reasonableness of statutory norms and the balancing of constitutional values. The discretionary margin of judges when changing the law increases with the occurrence of constitutional principles and programmatic norms as legal norms⁵³. The judges do not only concern themselves with the expressed constraints on the legislator but also how they apply to the constitutional norms. In the deconstitutionalized legal order the characteristics ascribed to the constitutional norms leave the change of the legal system based on the constitutional norms completely or primarily to the legislator. Even if the courts in this kind of legal order are empowered to conduct limited supervision of the statutes, any possible adjudicative change of the legal system which is not based on the existing statutory norms is limited to the minimal scope of the constraints on the legislator, it is aimed only at limitations but not at directing overall political discretion, and the techniques of reasonableness and balancing are not used. This difference between changing norms through constitutionalizing practice and the practice of changing norms which is not constitutionalizing is externally manifested in the specific justification of the courts' decisions as explained in section 7, which exists only in the constitutionalized legal order.

Regarding the quantitative difference, the number of situations for judges which lead to changes in the norms is more significant in the constitutionalized than in the deconstitutionalized legal order⁵⁴. In the constitutionalized legal order, constitutional courts are in a position to consider a change of the legal system whenever they decide on the constitutionality of acts in any area of legislative regulation. Even more critical for the number of situations leading to changes in the norms are the ordinary courts, which are also in a position to consider a change in the legal system due to a change in the constitutional norms' characteristics⁵⁵. Besides the overall number of decisions in which judges actually explore the need for a change in the legal system, the legislative-adjudicative mode of changing the legal system in the constitutionalized legal order is also manifested in the number of crucial decisions influencing political and social relations (e.g. abortion, euthanasia, minorities, torture) which are significant for further development of the legal order. In the deconstitutionalized legal order the number of situations leading to changes in the norms is limited, as is the number of decisions, especially crucial ones, on changing the legal system.

⁵³ See above, nt. 37. For the view that all constitutional norms are principles see ALEXY 2002, 48.

⁵⁴ This is an empirical thesis which is based on the insight of comparative constitutional law scholars. See for example data on the work of some constitutional courts in: GYORFI 2016, 12 f.

⁵⁵ Judges in some countries are supposed to use the constitution as the source of law for their decisions. If constitutionalization exists in these countries, the judges will for example start to use the interpretative techniques used by the constitutional courts of some countries to raise the question of constitutionality or to avoid an unconstitutional statutory norm by using an adaptive interpretation of the statutory provisions (it.: *interpretazione adeguatrice delle leggi*). For the use of this method by the ordinary courts see: GUASTINI 2014, 208.

Finally, it is important to notice that the modification of the mode of changing the legal system requires a change in the concepts of sovereignty and democracy⁵⁶. In the model of the deconstitutionalized order the legal system is changed by organs which are elected, while in the constitutionalized order non-elected organs participate in changing the legal system⁵⁷. In the constitutionalized order judges are taken to be legitimized to do so by their function to safeguard fundamental rights⁵⁸. In both constitutionalized and deconstitutionalized models, the opinion of the majority may be disregarded by the organs when changing the legal system. However, while the parliament in the deconstitutionalized order does not have to justify its decisions based on the constitutional norms and it is hard to imagine the parliament issuing justifications precisely like the constitutional court, in the constitutionalized order the justifications of the courts are often based on the constitutional principles guaranteeing rights as the cornerstone for anti-majority decisions⁵⁹. Furthermore, sovereignty can no longer be understood to be represented in the legislative power but, for example, in the constituent power which created the first constitution (it. *potere costituente*)⁶⁰, and judges prevent the legislator from replacing that constituent power⁶¹.

7. *The transformation of the legal practice of the courts as a means of (de)constitutionalization*

The third element of (de)constitutionalization refers to the means implemented in the process. According to Guastini, constitutionalization is determined by transformations of a) the constitutional framework, b) the legal practices of the courts and other practitioners of law, and c) attitudes. We can consider these elements the means which lead towards the consequence of constitutionalization.

The constitutional framework can be described as consisting of three elements. The first two are constituted by constitutional power-conferring norms while the third is defined by constitutional norms regarding rights and constitutional norms on the procedure of changing the constitutional norms. The first element pertains to the mandate of adjudication in certain political relations, for example, the resolution of conflicts between the state organs or the organisation of a referendum⁶². The second relates to power-conferring rules on constitutional adjudication as the power of the courts (centralized or decentralized) to control the constitutionality of the statutes. The third one refers to the long and rigid constitution. We will consider the constitutional framework to be the means which serves as the obstacle or advantage for the constitutionalizing practices of the courts. The (non)existence and normative content of the first element can support (de)constitutionalized practices and the same could be indicative for the normative content of the second element as long as it refers to the

⁵⁶ Luigi Ferrajoli considers that the “constitutionalization” of fundamental rights confers upon every citizen as holders of such rights a place superior to all public and private powers. The powers, public and private, are bound to uphold and guarantee those rights. Sovereignty presents such “common ownership of the constitution” and it belongs to each and every person. The notion of political democracy is broadened. FERRAJOLI 2011.

⁵⁷ See GUASTINI 2014, 348 on the anti-democratic character of constitutional adjudication.

⁵⁸ As Guastini noticed, constitutional adjudication is supported by the liberal political doctrine of power balancing and the protection of fundamental rights. GUASTINI 2014, 331 and 156. On Ferrajoli’s view on the role of fundamental rights see above, nt. 56.

⁵⁹ See GUASTINI 2014, 359. Guastini describes two sides of constitutional adjudication: adjudicative and legislative. From the perspective of the adjudicative function, the constitutional courts provide justification for decisions based on the implementation of the constitution.

⁶⁰ GUASTINI 2014, 349, nt. 14 and at 354.

⁶¹ GUASTINI 2014, 347.

⁶² Guastini mentioned these two mandates of the constitutional court as the means of adjudicative influence on political relations. GUASTINI 2014, 210 f.

arrangements for constitutional adjudication. The only exception, as mentioned before, is the abolition of the formulated constitutional norms on constitutional adjudication, the rigid procedure of changing the constitutional norms and the rights of citizens. These constitutional changes lead to a deconstitutionalized legal order if constitutionalizing practice does not somehow continue notwithstanding the absence of such formulated norms. The threats of a change to the constitutional framework in any of the three elements can be a tool in the hands of the parliament or constitutional assembly to influence the constitutional court to accept deconstitutionalizing practice. The change of other normative arrangements relevant for adjudication, for instance on the appointments of judges, might be another sign of pressure on the courts to deconstitutionalize their practice.

Guastini's description of constitutionalizing practice refers primarily to the legal practice of the courts. Intuitively this specific focus on the courts seems justifiable. Although the practices of all actors are important for (de)constitutionalization, it seems that the transformation of adjudicative practice is the necessary means of the process, while other practices can support it even though it can happen without them. The following different types and levels of adjudication can be distinguished when describing constitutionalizing practice: judicial review of statutes by the constitutional court or by the ordinary courts in a decentralised judicial review; the constitutional courts' adjudication on constitutional complaints against individual decisions of the courts and other organs; ordinary adjudication performed by the higher courts and the ordinary adjudication of the lower courts. As constitutionalization is described as "the impregnation of the legal order by constitutional norms", all levels and types of adjudication must be included. When talking about the constitutionalizing practice of the courts in this article, we refer to all types and levels of adjudication and do not differentiate between them.

Constitutionalizing practice is externally manifested in the justifications of court decisions. By analysing these texts in a constitutionalized legal order, according to Guastini, we would expect to find the specific doctrinal assumptions and the new style of interpretation. We propose conceiving both components as directives for judges in the model of the constitutionalized legal order. In that case it is possible to compare the directives actually followed by judges with the directives characterising the model of the constitutionalised legal order. The first group of directives could be seen as directives to follow the theoretical assumptions regarding the constitution as the main source of law as previously elaborated in the fifth section. We could name this group the source-related directives (as a specific kind of doctrinal directives). These are directives to judges which refer to the theoretical assumptions on (1) the capacity of the constitutional norms to produce legal effects, and (2) their direct applicability without the interposition of the statutory norms, as well as to the assumptions regarding (3) the subordination of political discretion to constitutional norms.

The second group involves interpretative directives. We will define the term interpretation in the broader sense as legal reasoning, which includes what Guastini denominates as the activity of ascribing the meaning to normative provisions (interpretation proper) and the activity of juristic construction, as well as the activities connected with these two types of interpretation (resolving antinomies and legal gaps)⁶³. Both source-related and interpretative directives define a specific interpretative approach and can be called "directives for constitutionalizing interpretation". Since we elaborated the theoretical assumptions on the

⁶³ These activities include *interpretation proper and* «a set of activities, which are different from, but related to, textual interpretation». CHIASSONI, FETERIS 2016, 561. On the other hand, Ross uses the term "interpretation" for the determination of the meaning of statutory directives (formulated law), while the term "judicial method" denotes a broader activity to include the principles which guide the courts in going from a general rule to a particular decision, including, for example, reasoning by example in the systems in which precedents dominate as the source of law. ROSS 2004, 109-111.

constitution as the main source of law, which can be seen as the content of the source-related directives, in this section we will focus on the interpretative directives.

The components of the new style of interpretation are mentioned among Guastini's five aspects of constitutionalization. They can also be grouped under the same three characteristics ascribed to constitutional norms in the constitutionalized legal order.

The first characteristic of constitutional norms relating to their unlimited capacity to produce legal effects includes the following interpretative directive:

- courts may create unexpressed constitutional norms to resolve constitutional gaps and to elaborate on the constitutional norms (concretize them).

Interpretative directives under the second characteristic of constitutional norms relating to their direct applicability by the courts could be the following:

- courts may apply constitutional norms to determine the meaning of statutory provisions;
- courts may decide which of the possible meanings of statutory provisions comply with the constitutional norms;
- courts may change the legal system to provide conformity of the statutory norms with the constitutional norms;
- statutory legal gaps may be resolved by elaborating on the constitutional norms;
- courts may avoid conflicts between statutory and constitutional norms by adaptive interpretation of the statutory provisions in accordance with the constitutional norms directly applied⁶⁴.

Interpretative directives under the third characteristic of constitutional norms on the capacity to direct political discretion could include:

- courts shall create unexpressed constitutional norms if constitutional gaps enable unlimited political discretion;
- courts shall apply constitutional norms whenever the statutory norms are incorrectly applied or fail to apply constitutional norms;
- courts shall implement the techniques of examination of the material and formal compliance of statutory norms with constitutional norms to test and resolve potential conflicts between the statutory norms and the constitutional norms (if the conflict is not avoided by interpretation in the narrower sense);
- courts shall implement the technique of examination of reasonableness in terms of the compliance of statutory norms with constitutional norms to check and resolve potential conflicts between the former and the latter (if the conflict is not avoided by interpretation in the narrower sense);
- courts shall implement the technique of examination of the balance of constitutional values represented in the statutory norms (balancing) to check and resolve potential conflicts between the statutory and the constitutional norms (if the conflict is not avoided by interpretation in the narrower sense).

While judges are permitted to use the directives on interpretation in the first and the second group, the directives in the third group are commands that must be applied. If they are not

⁶⁴ The directives in the first two groups are formulated in the deontic mode “may” because they serve as the instructions to be followed depending on the case when it is required by directives in the third group.

applied, the constitutionalizing practice will fail. In a deconstitutionalized legal order directives pertaining to constitutionalizing interpretation are not accepted among judges. Judges internalize the opposite directives, which confirms the supremacy of the parliament.

8. *The transformation of the legal consciousness as a means of (de)constitutionalization*

The transformation of the practice of interpretation is the consequence of the modified use of directives for judges, and this is not possible without a modified attitude towards them⁶⁵. In Guastini's description of constitutionalization, various expressions regarding attitude modification can be noticed, for example: «spread within the framework of legal culture [of certain] ideas»; a modification of «interpretative attitudes towards the constitution: of the courts (especially of the constitutional court), state organs in general and of course, of legal scholars»; «the modification of doctrinal understandings» and «the attitude of judges arising from such an understanding», and the modification of «the attitude of organs constituted by constitutions and political subjects»⁶⁶. These extracts from Guastini's theory show that the modification of judges' attitudes is a necessary element of constitutionalization. Moreover, Guastini also elaborates on political practice and on the attitudes of political actors towards constitutionalization along with the attitudes of citizens.

Since attitudes are an important element of constitutionalization they must also be important for the process of deconstitutionalization. The question arises as to which conceptual tool is appropriate to describe the influence of attitude on the processes. We propose Alf Ross's concept of legal consciousness which he has developed as an integral part of his theory of law. It is based on the idea that attitudes and operational beliefs are necessary elements of practice, and legal practice is accordingly established on attitudes and operational beliefs related to legal directives. Disinterested attitudes towards legal directives are called legal consciousness⁶⁷. There are two points to be considered when arguing against or in favour of accepting Ross's concept of legal consciousness to explain the attitudes of (de)constitutionalization: the methodological and the practical point of view.

From the methodological point of view the difference between legal consciousness and legal culture may be important. It is not the aim of this research to expose the content of their meanings and disputes from the sociological aspect of law⁶⁸. Nevertheless, from the jurisprudential point of view, the difference may be discerned in the following way although not necessarily corresponding to the sociological dispute. Although both terms refer to attitudes, the difference may be ascertained by observing them. The term legal culture may be used to denominate merely the fact that attitudes exist, which is externally observable in the doctrinal works of legal scientists and in judicial decisions⁶⁹. While legal culture might be understood with no introspective aspect, legal consciousness could be perceived as having a psychological

⁶⁵ Chiassoni stresses the importance of legal culture for the process of constitutionalization. Constitutionalization through constitutional interpretation, according to Chiassoni testifies to the power of ideas, and specifically to the power of legal "dogmatics" and legal culture over legal texts» (CHIASSONI 2011, 329).

⁶⁶ GUASTINI 2014, 189-215.

⁶⁷ Chs. 3, 4 and 17 in ROSS 2004.

⁶⁸ For a presentation of the use of both concepts and disputes regarding their use see: SILBEY 2001, 8623-8629.

⁶⁹ Giorgio Pino has advanced an understanding of constitutionalism as the legal culture. His concept of the legal culture on constitutionalism is the following: a) it includes attitudes, practices, styles of interpretation and argumentation applied by jurists in general; b) the primary source of its cognition is external (legal discourse including judgements), and c) it concerns also the ideas that shall be followed to solve cases (what counts as a legal source, which materials are to be used and in which order in legal reasoning, the manner of the interpretation). PINO 2017, 32.

connotation. In this view, the difference between these two concepts, which could be the reason for legal theorists to reject the concept of legal consciousness, is the methodological dispute.⁷⁰ However, the concept of legal consciousness developed by Ross can be considered his particular way of referring to the internal point of view of the legal phenomena,⁷¹ which is common ground for analytical jurisprudence.

From the practical point of view, the concept of legal consciousness could be utilized for developing the theoretical ground for sociological research. The constitutionalizing practices of courts can be explained as the attitudes of judges regarding source-related and interpretative directives. Moreover, these attitudes can be explained as influenced by attitudes towards the consequences of constitutionalization. It is true that we can research some of these attitudes through the acts of judges and other actors relevant for constitutionalization, but there is no reason to believe that these acts are not influenced by disinterested attitudes which can also be researched. We can limit legal theorists' interest only to judicial acts and to the interpretation and argumentation connected with them, but there is no reason to reject the possibility that other explanations can complement the elaboration of legal decisions. We can consider these explanations the job of other "specialists" dealing with law, i.e. legal sociologists, but there is no reason for legal theory not to make conceptual bridges, as Ross did, towards possible sociological research of legal phenomena.

9. Conclusion

Based on the elements of Riccardo Guastini's theory on constitutionalization, we have proposed to consider constitutionalization and deconstitutionalization to be reverse processes which lead to opposite consequences by means of enabling or disabling specific practices of courts under the influence of the legal consciousness. These practices can be encouraged or discouraged by a change in the constitutional framework. The consequences of these process can be described from the point of view of legal system theory as a change in the characteristics of legal norms and the mode of changing the legal system. The theoretical advantage of the conceptual endeavour presented in this article is a more detailed analysis of Guastini's theory on constitutionalization and an introduction to the concepts of deconstitutionalization and legal consciousness which supplement his existing insights. The practical results of the analysis provide a theoretical tool suitable for use in empirical research in this field based on a detailed analysis of the content of the courts' constitutionalizing practice proposed in this article and the corresponding structure of the legal consciousness which can be tested.⁷²

⁷⁰ Guastini differentiates between interpretation as a process and interpretation as a result. GUASTINI 2014, 375. In the same vein, Comanducci differentiates two descriptive enterprises in judicial practice: a description of the mental activities of judges and a description of the linguistic entities produced by judges. According to Comanducci, the first one requires a psychological and/or sociological method of research. COMANDUCCI 2000, 468.

⁷¹ For a comparison of Hart's and Ross' approach to the internal point of view see HOLTERMANN 2017. Holtermann finds that the «[...] fundamental disagreement lies not in their respective phenomenological descriptions of the internal aspect *per se* [...] the crucial difference between Hart and Ross lies precisely in the methodological conclusions they each draw from this. Or fail to draw». HOLTERMANN 2017, 46. According to Ross, the legal consciousness is like the sense of morality applied to the social norm (ROSS 2004, 369), and in that sense it plays a specific role in his consideration of the internal aspect of legal rules.

⁷² The content of constitutionalized practice can be empirically tested by exploring the justifications of existing court decisions and through sociological methods for exploring the legal consciousness in a similar way to research in legal sociology. An analytical tool could be developed based on the doctrinal and interpretative directives presented in this article.

References

- ALEXY R. 1988. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, in «Doxa», 5, 1988, 139 ff.
- ALEXY R. 2002. *A Theory of Constitutional Rights*, New York, Oxford University Press.
- BARBERIS M. 2011. *Un poco de realismo sobre el realismo «genovés»*, in BELTRÁN J.F., RATTI G.B. (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011, 201 ff.
- BARBERIS M., BONGIOVANNI G. 2016. *Neoconstitutionalist challenges to legal positivism*, in PATTARO E., ROVERSI C. (eds.), *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, Vol II*, Dordrecht, Springer Nature, 263 ff.
- BARBERIS M. 2016a. *Introduction: Legal Positivism in the 20th Century*, in PATTARO E., ROVERSI C. (eds.), *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, Vol II*, Dordrecht, Springer Nature, 181 ff.
- BARBERIS M. 2016b. *For a truly realistic theory of law*, in «Revus», 29, 2016, 7 ff.
- BARBERIS M. 2017. *Una filosofía del diritto per lo stato costituzionale*, Torino, Giappichelli.
- BELLAMY R. 2007. *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- BENVINDO J.Z. 2010. *On the Limits of Constitutional Adjudication. Deconstructing Balancing and Judicial Activism*, Berlin, Springer.
- CHIASSONI P. 2011. *Constitutionalism Out of a Positivist Mind Cast: The Garantismo Way*, in «Res Publica», 17, 4, 2011, 327 ff.
- CHIASSONI P., FETERIS E. 2016. *A note on terminology and purpose* in PATTARO E., ROVERSI C. (eds.), *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, Vol II*, Dordrecht, Springer Nature, 561 ff.
- COMANDUCCI P. 2000. *Legal Interpretation: A tentative report*, in KRAWIETZ W., SUMMERS R.S., WEINBERGER O., VON WRIGHT G.H. (eds.), *The Reasonable as Rational? On legal Argumentation and Justification. Festschrift for Aulus Aarnio*, Berlin, Duncker & Humblot, 482 ff.
- COMANDUCCI P. 2002. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*, in «Isonomía», 16, 2002, 90 ff.
- COMANDUCCI P. 2011. *La interpretación jurídica*, in BELTRÁN J.F., RATTI G.B. (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 51 ff.
- FERRAJOLI L. 2011. *The Normative Paradigm of Constitutional Democracy*, in «Res Publica», 17, 4, 2011, 355 ff.
- GARDBAUM S. 2001. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, in «American Journal of Comparative Law», 49, 2001, 707 ff.
- GYORFI T. 2016. *Against the new constitutionalism*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.
- GOLDSWORTHY J. 2010. *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, Cambridge, Cambridge University Press.
- GUASTINI R. 1998. *La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento Italiano*, in «Ragion Pratica», 11, 1998, 185 ff.
- GUASTINI R. 2003. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso Italiano*, in CARBONELL SÁNCHEZ M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 49 ff.
- GUASTINI R. 2006. *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, Giappichelli.
- GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè Editore.

- GUASTINI R. 2012. *Juristenrecht. Inventando derechos, obligaciones, y poderes*, in BELTRÁN J.F., MORESO J.J., PAPAYANNIS D.M. (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 207 ff.
- GUASTINI R. 2014. *La sintassi del diritto*. Seconda edizione, Torino, Giappichelli.
- GUASTINI R. 2017. *Identità della costituzione e limiti alla revisione costituzionale (Il caso colombiano)*, in ID., *Discutendo*, Madrid, Marcel Pons, 371 ff.
- HOLTERMANN J.V.H. 2017. *A Straw Man Revisited Resettling the Score between H.L.A. Hart and Scandinavian Legal Realism*, in «Santa Clara Law Review», 57, 2017, 1 ff.
- PINO G. 2017. *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, il Mulino.
- RATTI G.B. 2015. *Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo*, in «Ius Humani. Revista de Derecho», 4, 2014/2015, 227 ff.
- ROSS A. 2004. *On Law and Justice*, New Jersey, The Lawbook Exchange.
- SILBEY S.S. 2001. *Legal Culture and Legal Consciousness*, in SMELSER N.J., BALTES P.B. (eds.), *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Oxford, Elsevier Science, 8623 ff.
- TUSHNET M. 2018. *Amendment theory and constituent power*, in GARY J., SCHOR M. (eds.), *Comparative Constitutional Theory*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 317 ff.
- WALDRON J. 2006. *Are Constitutional Norms Legal Norms?*, in «Fordham Law Review», 75, 3, 2006, 1697 ff.

L'ORIGINE DELLA
VIOLENZA MASCHILE
NEL FEMMINISMO
E LA PORNOGRAFIA
NEL PENSIERO DI
MACKINNON

GIORGIO MANIACI



L'origine della violenza maschile nel femminismo e la pornografia
nel pensiero di MacKinnon

The causes of masculine violence against women

GIORGIO MANIACI

Professore associato di Filosofia del diritto, Università di Palermo.

E-mail: giorgio.maniaci@unipa.it

ABSTRACT

In questo articolo, mostrerò che la violenza maschile contro le donne dipende da alcune cause, la più importante delle quali è la crisi del maschilismo, e deve essere repressa in tanti modi

In this article, first, I will show that the masculine violence against women is likely to depend on some causes, and one is surely the crisis of patriarchal conception, and should be repressed in many ways. Second, I will show that there are some fallacies in MacKinnon's thought about pornography.

KEYWORDS

Violenza maschile nei confronti delle donne, femminismo radicale, pornografia, MacKinnon, crisi del maschilismo.

Masculine violence against women, radical feminism, pornography, MacKinnon, crisis of machism.

L'origine della violenza maschile nel femminismo e la pornografia nel pensiero di MacKinnon

GIORGIO MANIACI

1. *La violenza maschile, le sue cause e le sue possibili soluzioni* – 2. *La pornografia in MacKinnon*.

«Lui è pieno di mistero [...] lui è come tutti gli altri, ma allo stesso tempo è diverso, a volte mi fa persino paura [...] lo sai perché mi sono innamorata? Perché ha trovato il modo giusto per farmi innamorare...». “E tu vuoi che l'uomo che ami ti protegga e abbia cura di te, vuoi che questo forte, lucente e possente guerriero costruisca una fortezza dove puoi rifugiarti, in modo che tu non debba mai aver paura, non debba mai sentirti sola, non debba sentirti esclusa, è questo che cerchi, vero? Non lo troverai mai – [...], no tu sei sola, sei tutta sola, e non potrai liberarti di questa sensazione di completa solitudine finché non guarderai la morte in faccia [...] finché non sarai capace di guardare *nella* morte [...] sprofondando in un abisso di paura, e allora forse, solamente allora, forse, riuscirai a trovarlo»».

(da *Ultimo tango a Parigi*, dialogo tra Marlon Brando e Maria Schneider)

1. *La violenza maschile, le sue cause e le sue possibili soluzioni*

Secondo il pensiero di Elisa Giomi e Sveva Magaraggia, che, in base alla copiosa letteratura citata dalle autrici, sembra altamente rappresentativo di idee diffuse negli studi femministi di genere,

«il vivace dibattito nato in ambito sociologico sulle motivazioni che stanno alla base del fenomeno della violenza di genere si polarizza in due grandi correnti di pensiero: la prima attribuisce il fenomeno all'insufficiente potere femminile, la seconda, di contro, collega la violenza di genere a un eccessivo potere delle donne. In altri termini, la violenza maschile è letta da un lato come necessaria per indirizzare i comportamenti femminili (lo *ius corrigendi* del *paterfamilias*) e per renderli funzionali all'ordine patriarcale, dall'altro come reazione alla libertà femminile raggiunta grazie al superamento dell'ordine patriarcale stesso»¹.

Nel primo caso l'uomo si sentirebbe autorizzato a usare violenza contro le donne perché le ritiene sub-umane; nel secondo caso, dove si riconduce la violenza alla crisi del patriarcato, essa è interpretata come espressione della paura nei confronti di un femminile che non risponde più alle aspettative patriarcali di inferiorità.

«Così si dominano le donne che decidono di non sottostare più alle regole dettate da chi è convinto di detenere “per natura” una posizione di potere. [...] Si agisce violenza contro le donne che spezzano una relazione in nome di una libertà femminile che viene percepita come pericolosa, proprio perché capace di restituire al maschile la misura del potere perduto».

Le donne sarebbero lo specchio nel quale l'uomo può vedere, restituita, la propria grandezza, la propria potenza, la propria virilità, in assenza del quale si sentirebbe perduto².

¹ GIOMI, MAGARAGGIA 2017, cap. I, par. 4.

² GIOMI, MAGARAGGIA 2017, cap. I, par. 4.

In primo luogo, un errore dello studio delle due femministe è non prendere posizione in relazione allo stato attuale, alla situazione giuridica, economica e sociale delle relazioni di genere. Ci troviamo in un'epoca di transizione, di crisi del patriarcato, almeno così come era strutturato nel secolo scorso³. In ambito giuridico, restano poche tracce della discriminazione che ha regnato per secoli⁴, in ambito culturale e socio-economico vi sono ancora forti disuguaglianze, tipiche di un'era di transizione. In Europa, le donne guadagnano in media il 16% in meno degli uomini (Eurostat 2016) e negli Stati Uniti il 18% in meno. Ma tutti gli studi statunitensi ci dicono che il trend di riduzione del gap è in favore dell'emancipazione delle donne e della parità retributiva, che, *rebus sic stantibus*, sarà raggiunta intorno al 2050. In Italia, tra i ruoli dirigenziali nelle aziende private le donne erano il 12% del totale nel 2008 e il 14% nel 2012. Nel 2015 i consigli di amministrazione erano composti dal 28% di donne e solo poco più del 3% era presieduto da una donna (Consob 2016)⁵.

Mentre tutte le statistiche recenti ci dicono che le donne laureate superano gli uomini laureati, che hanno in media carriere accademiche più brillanti, e i laureati del futuro sono destinati a guadagnare di più. Come si spiega questa differenza? Alcuni autori parlano di “tetto di cristallo” (*ceiling glass*)⁶ e lo attribuiscono alla cultura maschilista. Tale spiegazione, tuttavia, non è sufficiente. Se una cultura maschilista fosse fortemente diffusa, sarebbe diffusa anche nelle università e i professori dovrebbero avere questo pregiudizio, penalizzando le donne in termini di voto ed esami, cosa che non succede. Probabilmente la spiegazione del *gender pay gap* e del *ceiling glass* è multifattoriale. Residui di cultura maschilista nell'accesso al lavoro, soprattutto al Sud (dell'Europa e degli Stati Uniti), stereotipi nell'educazione familiare che portano le donne ancora oggi a scegliere lavori mal pagati, tipici di una cultura dell'*health care*, che disgraziatamente alcune femministe rivendicano come fortemente femminili, come insegnante, *receptionist*, segretaria, infermiera, badante di persone affette da disturbi di personalità o disabili.

Ancora lo Stato italiano e gli Stati Uniti non tutelano sufficientemente il diritto delle donne alla maternità e, congiuntamente, al lavoro, attraverso leggi adeguate che non prevedano un costo significativo a carico del datore di lavoro di una lavoratrice che va in maternità⁷, e attraverso strutture pubbliche adeguate, come asili nido e di infanzia pubblici a orario prolungato, dove una *working girl* possa tranquillamente lasciare il proprio figlio, in presenza dei quali ci sarebbero sicuramente molte più donne che lavorano, anche nei ruoli dirigenziali. Statisticamente molte donne, in assenza di una famiglia alle spalle che le supporti, sacrificano il lavoro di fronte alla maternità⁸.

³ Cfr. OTTONELLI 2013, GARCÍA PASCUAL 2013.

⁴ POGGI 2015.

⁵ GIOMI, MAGARAGGIA 2017, cap. I, par. 5.

⁶ GIOMI, MAGARAGGIA 2017, cap. I, par. 5.

⁷ Oltre all'80% dell'indennità di maternità, in caso di congedo obbligatorio, corrisposta dall'INPS, i contratti collettivi nazionali di lavoro (CCNL) possono prevedere, e spesso prevedono, l'integrazione a carico del datore di lavoro (del 20%) fino a raggiungere il 100% dell'ordinaria retribuzione percepita in busta paga nei normali periodi di lavoro. A carico del datore di lavoro resta anche il pagamento di tutte le festività cadenti nel periodo di astensione dal lavoro, per le operaie, e di quelle cadenti di domenica, per le impiegate. Nel caso dei congedi parentali, che entrambi i genitori possono prendere per 10 mesi di astensione fino ai dodici anni di età del bambino, i costi a carico dell'INPS sono il 30% della retribuzione fino ai sei anni di età del bambino, mentre a carico del datore di lavoro è il 70% della retribuzione. Cfr. BARBATO 2012 e BARBATO 2015. Il legislatore prevede anche la possibilità di anticipare il periodo di astensione obbligatoria in relazione allo stato di salute della lavoratrice. Cfr. DEL GIUDICE et al. 2015, 292. Nel corso del primo anno di vita, la donna ha diritto anche a due permessi per allattamento di un'ora ciascuno. Cfr. DEL GIUDICE et al. 2015, 295. Inoltre la legge stabilisce un divieto assoluto di licenziamento delle lavoratrici dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine del periodo di congedo obbligatorio, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino. DEL GIUDICE et al. 2015, 297. A causa di questi costi, molti imprenditori facevano firmare delle *dimissioni in bianco*, che venivano compilate in caso di gravidanza, dunque le donne venivano licenziate appena restavano incinta, pratica che ora non si può più effettuare dopo le modifiche introdotte nel 2015 dal *Jobs Act*.

⁸ BERMAN 2018; NATIONAL PARTNERSHIP FOR WOMEN & FAMILIES 2018.

In secondo luogo, bisognerebbe analizzare attentamente le motivazioni degli uomini e delle donne che usano violenza nel periodo della crisi del sistema patriarcale. Infatti,

«confinando la donna nel ruolo di madre, facendola custode della casa, dell'infanzia, della sessualità, l'uomo ha costretto anche se stesso a restare eterno bambino, a instaurare relazioni di *maternage* con la propria compagna. Con questi ruoli come presupposto, essere abbandonati da una donna significa morire, significa misurarsi con l'incapacità di provvedere alla propria sopravvivenza. Perdere lo sguardo femminile capace di nutrire il narcisismo maschile significa perdere il proprio senso di sé, la propria autostima, la propria libertà»⁹.

Alcuni uomini nutrirebbero un'idea di amore romantico come identità fusionale e dipendenza emotiva, come capacità di controllo e di potere su una persona, il cui abbandono risulta, dunque, insopportabile.

Tre i problemi fondamentali irrisolti. Se gli uomini violentano e uccidono perché le donne non corrispondono più alle loro aspettative di dominio e controllo, aspettative di tipo maschilista e patriarcale, come si sono formate queste aspettative? Se prendiamo in considerazione il periodo che va dal 2005 al 2014 nel quale sono state uccise da un parente o all'interno di una coppia circa un centinaio di donne, in media, l'anno¹⁰, vuol dire che la maggior parte dei maschi assassini di riferimento, di età compresa tra i 30 e i 60 anni, è stata educata e cresciuta tra gli anni Cinquanta e Settanta del secolo scorso, periodo in cui effettivamente il sistema patriarcale era ancora molto forte, se pensiamo che la riforma del codice civile di famiglia che ha stabilito l'uguaglianza dei generi è del 1975. Dunque, ecco il problema.

Se alcuni uomini hanno ancora negli anni Duemila aspettative fortemente maschiliste relativamente al ruolo che la donna dovrebbe rivestire, perché le donne educate nel medesimo periodo, maschilista e patriarcale, non corrispondono più a tali aspettative? È come se ci fosse un'asimmetria di evoluzione: alcuni uomini sono rimasti legati alle aspettative formatesi durante l'infanzia e l'adolescenza, le donne, invece, hanno deliberatamente violato tali aspettative, nonostante abbiano ricevuto la medesima educazione maschilista. Si potrebbe azzardare l'ipotesi che sia più facile convertirsi ad un modello di forte emancipazione economica e sociale, di maggiore potere e libertà, mentre sia molto più difficile accettare un modello di relazione che implica una forte riduzione del proprio potere sociale ed emotivo.

Anche ammesso che sia così, secondo problema, è difficile separarsi da un'idea di amore romantico come identità fusionale appresa durante l'infanzia e l'adolescenza. Per cui se alcuni uomini instaurano relazioni di *maternage* con la propria compagna, il cui sguardo umile e benevolente nutre l'ego ipertrofico degli uomini, rendendo l'abbandono da parte della compagna insopportabile, perché così sono stati educati; allo stesso modo alcune donne che avevano 30 o 50 anni nel 2005 o nel 2010 sono state educate a instaurare relazioni di *paternage*, dove l'uomo dell'amore romantico, cavaliere forte e possente, è capace di proteggerle da ogni pericolo, debolezza, vulnerabilità, da ogni angoscia, compresa l'angoscia del dolore, della solitudine e della morte.

Tale educazione è il peggior alleato delle donne che vogliono emanciparsi, e il miglior alleato del maschilismo, perché alcune donne, a causa dell'educazione ricevuta, sviluppano un complesso del principe azzurro, che continuano a nutrire in età matura, cercando un *uomo forte* che, come il padre durante l'infanzia, le protegga da ogni paura. Complesso del principe azzurro che impedisce loro di rendersi autonome ed emancipate e che, è incredibile a dirsi, è nutrito anche da alcune donne contemporanee, come si evince dal film *Twilight* (in cui Bella viene salvata da vari pericoli dal suo amato Edward quattro volte), diretto da una donna, sceneggiato da una donna,

⁹ GIOMI, MAGARAGGIA 2017, cap. I, par. 6.

¹⁰ Cfr. GIOMI, MAGARAGGIA 2017, cap. I, par. 3.

tratto dal romanzo omonimo scritto da una donna. Donne educate come gli uomini, a un amore romantico e fusionale, dovrebbero vivere l'abbandono del partner come una perdita irreparabile, non a livello sociale ed economico al quale si sono emancipate, ma a un livello più profondo, a livello emotivo e passionale. Perché, dunque, donne così educate non reagiscono con la stessa violenza degli uomini al tradimento e all'abbandono?

Quanto detto ci porta al terzo problema. Sembrano esistere dei *gender patterns*, schemi di genere, molto precisi nell'azione criminosa, che ci consentono di delineare una sostanziale differenza tra la violenza maschile e la violenza femminile: i tipi di reato in cui il divario tra uomini e donne è più pronunciato sono, accanto a quelli a sfondo sessuale, quelli che implicano l'esercizio di violenza interpersonale grave/letale, come omicidi e tentati omicidi individuali o plurimi. Negli anni compresi tra il 2007 e il 2014, in Italia la *sex ratio* è addirittura di 1 a 27 per le stragi, 1 a 17 per i tentati omicidi e 1 a 15 per gli omicidi. Il che significa che per ogni omicidio delle donne vi sono 15 omicidi degli uomini¹¹.

Diverse teorie cercano di spiegare tale gap di violenza. Secondo alcuni è l'inferiorità sociale delle donne che ne provoca la minore capacità delinquenziale. Oppure «la socializzazione alla femminilità si traduce nell'interiorizzazione di modelli e norme che prescrivono di censurare l'aggressività per non incorrere in sanzioni sociali e tenere condotte atte a salvaguardare la propria incolumità di persone più deboli e vulnerabili»¹². La spiegazione dell'inferiorità sociale può riguardare la seconda metà del Novecento, ma non gli anni Duemila.

In secondo luogo, una concezione maschilista, borghese, tendenzialmente omofoba, razzista, esalta la virilità e la mascolinità come capacità di esercitare la forza fisica, per proteggere la donna amata e i propri figli, per proteggere la propria nazione, per amore patriottico, per praticare uno sport o diventare un grande atleta, per colonizzare popoli considerati inferiori, e non censura l'aggressività nei confronti delle donne soprattutto all'interno della famiglia, ma sicuramente fa sì che gli uomini interiorizzino fin da piccoli istanze superegoiche che censurano la rabbia e l'aggressività nei confronti dei loro simili, nei confronti degli altri uomini della loro stessa patria o etnia. Una concezione maschilista borghese non esalta la violenza e la manifestazione della rabbia nei confronti degli altri uomini, e non spiega tutti gli omicidi e tentati omicidi compiuti dagli uomini nei confronti di altri uomini, non delle donne.

Gli studi di MacKinnon e di altre autrici come Giomi e Magaraggia hanno, secondo me, il difetto di focalizzare tutta l'attenzione su una causa soltanto della violenza contro le donne, il maschilismo o la crisi del maschilismo¹³, quest'ultima sicuramente una delle cause più importanti, senza tenere presente che l'origine e la causa della violenza degli uomini contro le donne è verosimilmente multifattoriale, e senza collegare in modo significativo la violenza contro le donne ad altre forme di violenza, come quella contro i bambini, le minoranze etniche, le prostitute, nei confronti di altri uomini. Non vengono presi sufficientemente in considerazione gli aspetti antropologici, psicologici e psicanalitici del fenomeno.

In primo luogo, gli studi di alcune *feminist*, come MacKinnon, non rammentano e non spiegano gli alti tassi di violenza diretta o indiretta (bambini testimoni di una violenza contro la madre o il padre, o di continui litigi) nei confronti dei bambini. Il rischio di essere direttamente abusati fisicamente o sessualmente aumenta significativamente per i bambini che convivono con una situazione di violenza domestica. Secondo una ricerca, dal 30 al 66% dei bambini che convivono con una situazione di violenza domestica subisce anche un abuso diretto. Un'altra ricerca ha dimostrato una correlazione del 100% tra la violenza più grave e cronica degli uomini

¹¹ GIOMI, MAGARAGGIA 2017, cap. IV, par. 1.

¹² GIOMI, MAGARAGGIA 2017, cap. IV, par. 2.

¹³ Come dice chiaramente MacKinnon, l'assalto sessuale dipende dalla disuguaglianza sociale e politica, non dalla biologia. Cfr. MACKINNON 2003, 266. Va da sé che MacKinnon, come vedremo dopo, non spiega adeguatamente il fatto che gli uomini assassini e aggressori sono molti di più delle donne, e non tiene conto degli studi sugli scimpanzé.

nei confronti delle donne e il loro uso di violenza fisica anche sui bambini. Vi sono anche significativi rischi di un aumento di violenza fisica e trascuratezza da parte delle madri vittime di violenza¹⁴. La violenza nei confronti dei bambini potrebbe essere il risultato del medesimo modello maschilista-patriarcale, dove i figli sono considerati *proprietà* del padre-famiglia, che ha il pieno controllo delle loro vite e che può farne ciò che vuole per riportarli all'obbedienza, ma potrebbe anche essere il risultato della rabbia, nata altrove, che si dirige nei confronti dei soggetti, le donne e i bambini, a torto o a ragione, ritenuti i più deboli (anche fisicamente) nel contesto familiare. Il che collegherebbe la violenza domestica ad altre forme di violenza sociale e collettiva storicamente conosciute, dove chiaramente vengono perseguitate sempre le persone più deboli, più emarginate, le minoranze etniche, gli *homeless*, le prostitute, gli omosessuali. Chiaramente anche queste ultime manifestazioni di violenza potrebbero essere riconducibili a concezioni vicine o *satellite* rispetto al maschilismo, cioè razzismo e omofobia, ma la spiegazione della violenza potrebbe essere più complessa.

In altri termini, parte della violenza sulle donne e sui bambini, come sugli omosessuali o sulle prostitute, potrebbe essere il risultato di quello che in psicanalisi si chiama *spostamento* e che è alla base degli studi sul capro espiatorio. «Il termine spostamento si riferisce al fatto che una pulsione, emozione, preoccupazione o comportamento venga diretto dal suo oggetto iniziale o naturale verso un altro, poiché la direzione originaria per qualche ragione provoca ansia»¹⁵. Un caso classico è quello dello spostamento della propria rabbia o frustrazione dall'oggetto primario (il capufficio) a un altro soggetto (la moglie). Il soggetto rabbioso, dunque, potrebbe spostare la propria rabbia e frustrazione su un soggetto ritenuto, a torto o a ragione, *più debole*, anche fisicamente. Ovviamente, il fenomeno dello spostamento e del sessismo, come del razzismo o dell'omofobia, sono doppiamente collegati. Primo, perché il soggetto rabbioso potrebbe spostare la propria rabbia nei confronti di soggetti (i migranti o le donne) ritenuti privi di potere, in secondo luogo perché lo stesso spostamento potrebbe, a livello inconscio, essere alla base del sessismo o del razzismo. Come si sa, la teoria del capro espiatorio e del nemico pubblico è stata sempre utilizzata da regimi totalitari (ma anche da partiti di destra) per effettuare un uso politico della paura, spostare la rabbia maturata nei confronti della crisi economica e della perdita di reddito verso minoranze più deboli, si veda il complotto degli ebrei inventato dai nazisti.

In secondo luogo, molti studi ricordano come molti bambini che hanno subito violenza o abusi sessuali diventano, a loro volta, soggetti che usano violenza¹⁶, a causa di quella che viene chiamata *identificazione con l'aggressore*, che è parte generale del meccanismo di difesa noto come *identificazione*¹⁷. Questo fenomeno non è necessariamente collegato con il maschilismo o con la sua crisi e va combattuto con strumenti differenti. In questi casi, bisogna rafforzare il controllo sulle famiglie, individuando quelle abusanti, allontanare da loro i bambini, e bisogna orientare i bambini maltrattati, futuri uomini, verso forme di psicoterapia che lascino emergere il meccanismo di difesa inconscio e, dunque, la causa inconscia dell'aggressione nei confronti del soggetto femminile, aggressione che, venuta meno l'identificazione con l'aggressore originario, potrebbe venire meno.

In terzo luogo, il fenomeno della violenza domestica coinvolge anche le donne come soggetti aggressori¹⁸. Hamel cita una indagine della *National Family Violence Survey* (Stati Uniti) che riporta che in quasi il 50% dei casi analizzati entrambi i coniugi sono stati violenti¹⁹. Nello stesso studio, si riporta come più della metà degli intervistati ha individuato nella donna colei che ha

¹⁴ Cfr. ROCCIA 2016.

¹⁵ MCWILLIAMS 1999, 152.

¹⁶ Cfr. ROMITO 2008, 25.

¹⁷ Cfr. MCWILLIAMS 1999, 156.

¹⁸ Cfr. GROTHUES, MARMION 2006, 13.

¹⁹ Cfr. HAMEL 2007.

iniziato l'aggressione fisica. In uno studio di DeMaris (DEMARIS 1992), citato da Hamel, sugli studenti universitari, si riporta come le donne più degli uomini hanno iniziato l'aggressione fisica. In un altro studio di Shupe, Stacey e Hazlewood, citato da Hamel, le donne hanno dato inizio alla violenza un terzo delle volte. Per quanto riguarda i comportamenti controllanti e quelli che implicano un abuso emozionale (*emotional abuse*), Hamel cita numerosi studi che riportano come vi siano percentuali significative, se non equivalenti a quelle maschili, di donne che adottano comportamenti isolanti (scoraggiare amicizie dello stesso sesso, del sesso opposto) o di abuso psicologico. La conclusione di Hamel è che:

«A convincing body of evidence had established that women (1) initiate physical violence as often as, or more often than, men; (2) rarely assault strictly in self-defense, but rather, like their male counterparts, are driven by a variety of motives; (3) engage in comparable levels of emotionally abusive and controlling behaviors as men, with the exception of rape and physical intimidation; and (4) generally participate as active agents in abuse dynamics, rather than react passively».

Va detto, tuttavia, che uno studio di Archer²⁰, citato da Hamel stesso, riporta che se le donne compiono atti di aggressione fisica tanto quanto gli uomini, soffrono in misura superiore (62%) di ferite o lesioni (*injuries*) derivanti dagli atti di aggressione fisica. Unitamente al fatto che le donne violentate sessualmente o uccise dagli uomini (rispetto agli uomini uccisi dalle donne) sono una percentuale molto, ma molto, più alta, questo significa che la violenza più grave è sempre maschile.

Infine, ed è questo il dato più importante che potrebbe spiegare il gap tra la violenza criminale degli uomini e quella delle donne, e che potrebbe spiegare in parte il sorgere della rabbia e il suo spostamento nei confronti di soggetti fisicamente più deboli e vulnerabili, un importante studio di Richard Wrangham e Dale Peterson ha documentato, direttamente o indirettamente, un elevato grado di violenza nei primati superiori maschi, soprattutto negli scimpanzé, in diverse zone dell'Africa, violenza che si manifesta in veri e propri *raid* che implicano aggressioni violente e uccisioni compiuti da scimpanzé maschi nei confronti di altri scimpanzé, soprattutto maschi isolati e più vulnerabili e femmine non più fertili, appartenenti a gruppi rivali, che abitano in territori vicini o limitrofi. Il grado di violenza manifestata dai nostri parenti più stretti nel mondo animale potrebbe essere, secondo questi autori, il medesimo dei nostri antenati, dei nostri progenitori, cioè i maschi della specie umana, come quelli degli scimpanzé, potrebbero essere semplicemente più violenti per natura²¹. Ciò implicherebbe che diversa è la causa della violenza maschile, diversa è la soluzione. Se la crisi del maschilismo negli Stati occidentali è la causa fondamentale, come sembra, l'educazione nelle scuole, la completa emancipazione sociale ed economica delle donne, l'aggravante maschilista per alcuni reati sono alcune soluzioni. Se la causa della violenza maschile è biologica, come in parte potrebbe essere, l'unico rimedio è l'autodifesa personale delle donne contro gli uomini, come dirò in seguito.

In conclusione, cosa può fare il diritto? Come già detto, diversa è la possibile causa della violenza maschile, diversa è la soluzione. La strategia di riduzione e repressione della violenza degli uomini contro le donne potrebbe, dunque, basarsi su una molteplicità di interventi giuridici che non escludono alcuna causa possibile. Innanzitutto, considerando che la crisi del maschilismo è sicuramente una causa importante, fin dalla scuola dell'infanzia, e oltre, si dovrebbero effettuare campagne di sensibilizzazione nelle scuole, sia nei confronti dei bambini che nei confronti dei genitori, contro la violenza domestica (da chiunque sia posta in essere) e contro alcuni stereotipi

²⁰ Cfr. ARCHER 2000.

²¹ WRANGHAM, PETERSON 1997, cap. I. Uno studio di De Waal documenta, invece, la lotta violenta e le alleanze tra scimpanzé maschi per il potere, per divenire il maschio *alpha*. DE WAAL 1982.

maschilisti ancora diffusi. In secondo luogo, qualora si assuma che i maschi siano biologicamente più violenti, gli psicologi e gli insegnanti della scuola dovrebbero sensibilizzare i genitori al fine di rafforzare l'interiorizzazione di un Super-ego che ingeneri sensi di colpa e forme di autocensura soprattutto nel *bambino maschio* che voglia usare violenza nei confronti dei suoi simili, salvo casi di autodifesa. In terzo luogo, fin dalla scuola d'infanzia insegnanti e psicologi dovrebbero immediatamente individuare e segnalare bambini che subiscono violenza in famiglia, per sottrarli alle famiglie, bambini che, in futuro, potrebbero divenire violenti essi stessi (indipendentemente dal maschilismo), e orientarli, come già detto, verso forme di psicoterapia. In quarto luogo, un quarto delle ore di scienze motorie potrebbe essere dedicato a corsi di autodifesa personale. L'autodifesa personale e l'uso di spray urticanti da parte delle donne contro gli uomini diventano necessari se, come sembra possibile, parte della violenza maschile non dipende dal maschilismo (o dalla sua crisi) e, dunque, non può essere evitata con l'educazione contro il maschilismo, ma dipende da origini biologiche, come negli scimpanzé.

Senza dubbio, indipendentemente dall'origine della violenza, si potrebbero aumentare le pene per reprimere duramente la violenza domestica e la violenza sessuale (chiunque sia la vittima), e introdurre una aggravante per la violenza domestica, lo stupro e l'omicidio che abbiano motivazioni maschiliste o in generale anti-emancipatorie, strumento giuridico che mi sembra maggiormente utilizzabile nei processi rispetto al concetto di violenza di genere, la violenza nei confronti di una donna in quanto donna, concetto quest'ultimo che porterebbe con sé problemi di prova non indifferenti (se un uomo afferma che ha ucciso una donna perché era fortemente geloso e possessivo questo è un caso di violenza di genere?). L'aumento delle pene e l'aggravante per ragioni maschiliste o anti-emancipatorie dovrebbe aumentare la deterrenza verso questi reati, e provocarne una diminuzione.

Il bene giuridico tutelato dalla norma che punisce la violenza potrebbe mutare, infatti, a seconda dei danni cagionati alla vittima. Se il partner A compie atti di violenza fisica contro la partner B, semplicemente perché lei gli ricorda sua madre, e suo padre compiva atti di violenza contro la madre, mentre lascia che la partner B sia libera di lavorare fuori casa, di assumere una babysitter, ecc., la vittima soffrirà prevedibilmente un danno fisico, ad esempio una lesione, un danno psicologico dovuto al trauma subito, all'interferenza illecita nella sfera corporea e affettiva, se non un vero e proprio disturbo da stress post-traumatico. E per queste ragioni il partner A va punito.

Se il partner C compie atti di coercizione fisica e psicologica contro la partner D per impedirle di lavorare fuori casa o di vedersi con le amiche, oltre ai danni fisici e psicologici, frutto di una grave interferenza nella sfera corporea, c'è un danno in più, cioè il partner C le impedisce di realizzarsi socialmente ed economicamente come lavoratrice e come donna affettivamente autonoma e indipendente, e come tale va punito in misura maggiore del partner A. Ho parlato di un'aggravante nei delitti di violenza domestica, violenza sessuale e omicidio basata su motivazioni maschiliste o anti-emancipatorie. Per ragioni di eguaglianza, non va punita più duramente soltanto la violenza domestica (o l'omicidio) dei partner maschi che impediscono alle fidanzate di vivere una vita sociale ed economica autonoma, ma la medesima aggravante va prevista anche per le donne che compiono violenza domestica (comprensiva di aggressioni fisiche o ripetute aggressioni verbali e psicologiche) basandosi su atteggiamenti di abuso emozionale, controllo, possessività, che impediscono all'uomo di avere una vita sociale ed economica indipendente, come frequentare amiche donne, comprese le famigerate ex, praticare i propri *hobbies*, lavorare fuori casa.

Si devono, inoltre, finanziare in misura maggiore i centri antiviolenza per le donne vittime di essa e bisogna attribuire alle donne un reale ed effettivo diritto alla sicurezza, cioè il diritto di fuggire ed essere protette (e non essere scoperte) da un marito o partner violento, dunque il diritto di essere accolte e poi aiutate a cambiare eventualmente lavoro, casa o addirittura città.

In ultima analisi, strategie politiche più attente potrebbero favorire l'*empowerment* delle donne, attraverso finanziamenti alla imprenditoria femminile, detrazioni di imposta a società nei cui consigli di amministrazione vi sia il 50% di donne, leggi che tutelino meglio la partecipazione delle donne in

Parlamento, la tutela effettiva del diritto alla maternità e al lavoro, la tutela effettiva del diritto di abortire in un paese, come l'Italia, cui si consente, scandalosamente e *contra-legem*, che vi siano ospedali con il 90% di medici obiettori, perché l'emancipazione sociale, giuridica ed economica delle donne è una delle soluzioni contro il maschilismo (anche ove sia in crisi) e la violenza di origine maschilista, cioè la violenza diretta nei confronti di persone, come detto sopra, percepite come *prive di potere*²². Come dice la Convenzione di Istanbul del 2011, il raggiungimento dell'uguaglianza di genere *de jure* e *de facto* è un elemento chiave per prevenire la violenza contro le donne. Ma si può anche dire che la repressione e la prevenzione (effettuata da organi dello Stato come polizia, assistenti sociali, ecc.) della violenza contro le donne è un modo per realizzare una maggiore eguaglianza, *de facto*, tra i sessi, visto che la violenza contro le donne è uno dei meccanismi sociali mediante i quali la donna viene mantenuta in posizione subordinata rispetto agli uomini.

2. La pornografia in MacKinnon

Com'è noto, il tema della pornografia è oggetto di una letteratura sterminata, che non posso, né è mio compito, qui approfondire. Conservatori religiosi, femministe radicali, da un lato, e *libertarian*, progressisti *liberal*, femministe *pro-porn*, neofreudiani, dall'altro, si contendono il campo da molto tempo sul significato politico e sulla legittimità morale di questa pratica. Alcuni la interpretano come un'espressione del dominio e dell'ideologia maschilista che degrada e deumanizza le donne, altri la interpretano come un male necessario, frutto del libero mercato e del libero scambio tra individui, altri come espressione di una vera e propria liberazione sessuale²³. Quella pornografica è anche un'industria da milioni di dollari e che soddisfa migliaia di consumatori.

In questo contesto, mi soffermerò semplicemente sui contributi di una femminista molto importante e seguita, Catherine MacKinnon, per valutarne la coerenza, soprattutto in relazione al tema dei messaggi veicolati dalla pornografia, degli effetti da essa prodotti, con particolare riferimento al rapporto tra consumo pornografico e violenza nei confronti delle donne. Innanzitutto, bisognerebbe distinguere tre tipi di pornografia o di film pornografici: (a) la pornografia non violenta, che include classici baci, *fellatio*, *cunnilingus*, penetrazione vaginale, anale, (b) quella violenta, in cui si vede ad esempio una donna violentata che gode di uno stupro, e (c) quella *gravemente violenta*, gli *snuff movies*, in cui le donne o gli uomini (nella finzione) vengono (oltre che violentati) picchiati, sevizati, uccisi, smembrati o in cui i bambini vengono violentati. Si tratta di finzione, a differenza della cosiddetta pedopornografia. La pornografia gravemente violenta è molto meno diffusa negli ordinari siti web e canali pornografici via cavo o satellite. Non si pongono problemi particolari per la pornografia gravemente violenta, ragion per cui non me ne occuperò particolarmente, come non se ne occupa gran parte della letteratura su pornografia e violenza, perché altrimenti dovremmo vietare la metà dei film horror, compresi i nuovi *torture porn*, cosa assurda, perché non ci sono prove empiriche che cagionino danni. La pornografia sadomaso, invece, non è di per sé violenta. Mi occuperò, dunque, del pensiero di MacKinnon sulla pornografia non violenta e violenta e di possibili soluzioni alternative al suo pensiero.

Vediamo cosa dice l'autrice.

«Possession and use of women through the sexualization of intimate intrusion and access to them is a central feature of women's social definition as inferior and feminine. Visual and verbal intrusion, access, possession, and use is predicated upon and produces physical and psychic intrusion, access, possession, and use. In contemporary industrial society, pornography is an industry that mass produces sexual

²² Sui vari strumenti giuridici per incrementare e rafforzare l'eguaglianza tra i sessi cfr. MACKINNON 1991.

²³ Sul punto cfr. MACKINNON 1989, 198; Sulla pornografia aggressiva, cfr. BROWNMILLER 1975, 44.

intrusion on, access to, possession and use, of women by and for men for profit. It exploits women's sexual and economic inequality for gain. It sells women to men as and for sex. It is a technologically sophisticated traffic in women. [...] Pornography, in the feminist view, is a form of forced sex, a practice of sexual politics, an institution of gender inequality. In this perspective, pornography, with the rape and prostitution in which it participates, institutionalizes the sexuality of male supremacy, which fuses the erotization of dominance and submission with the social construction of male and female»²⁴.

Il pensiero di MacKinnon è di difficile interpretazione, perché fluido e asistemico, privo di definizioni analitiche dei concetti utilizzati. È, tuttavia, evidente che MacKinnon, nel passo citato, non si riferisce soltanto alla *economic inequality*, ma in generale alla *sexual inequality*. La pornografia, come la prostituzione, erotizza e rende esplicito il dominio maschile, la supremazia dell'uomo, che non è soltanto economica, ma sembra essere anche sociale, culturale, politica. La pornografia è equivalente ad un vero e proprio stupro, al sesso forzato, perché è il risultato della disuguaglianza di genere, che è una disuguaglianza di potere²⁵.

È immaginabile che, nonostante le affermazioni di MacKinnon, la stessa autrice non possa non fare una differenza tra uno stupro vero e proprio (*rape*) e la pornografia. Nel caso dello stupro MacKinnon, nei capitoli successivi al passo citato, in *Towards a Feminist Theory of State*, parla dell'assenza di un *consenso*, certamente razionale, espresso da una persona adulta o adolescente, libero da pressioni coercitive, ma pur sempre di un consenso nel senso liberale o contrattualistico, se si preferisce, del termine. Nel caso della pornografia, il problema sembra essere che il consenso dei partecipanti c'è, ma è viziato, viziato da un'ideologia soffocante e dominante che induce le donne a vendere la propria sessualità, a mercificarla, o a diventare geishe, pronte a soddisfare in ogni modo il piacere sessuale maschile. Se così fosse, non si comprende perché MacKinnon non estenda la sua tesi anche alla maggior parte delle relazioni sessuali o alla maggior parte dei matrimoni. Il potere è erotico, dice MacKinnon, questo significa che la maggior parte delle relazioni sessuali equivale al sesso forzato, perché la sessualità stessa è spesso il prodotto della disuguaglianza di potere. Molte persone fanno sesso e s'innamorano perché affascinate, o soggiogate emotivamente, dal potere, potere fisico, estetico, sociale, culturale. La segretaria che si innamora di un avvocato di successo e che fa sesso con lui è un caso di sesso forzato? L'uomo non attraente che si innamora di una donna molto attraente e che fa sesso con lei è un caso di sesso forzato? La donna che si innamora di un uomo fisicamente molto prestante è vittima della disuguaglianza di potere? Una donna insicura che si innamora di un uomo molto strutturato e sicuro di sé è vittima della stessa disuguaglianza di potere? Una giovane fan che fa sesso volontariamente con una rockstar è un caso di stupro?

Come sottolinea Pascual,

«dal momento in cui la coercizione è parte integrante della sessualità maschile, per la giurista nordamericana la sessualità non può essere intesa come un qualcosa che condividono uomini e donne in piena uguaglianza, e nemmeno come spazio di comunicazione o di relazioni affettive, bensì solo come una forma di sfruttamento. Distinguere tra violenza e sesso risulta in tal modo impossibile»²⁶.

Secondo Schwartzman, il fare uso o il fare parte di video pornografici implica abusare sessualmente delle donne. L'autrice non spiega cosa intenda per abuso sessuale o, meglio, in che senso la pornografia produrrebbe un abuso sessuale. In seguito, riporta il pensiero di MacKinnon secondo la quale la pornografia riduce le donne al silenzio. Anche questo argomento, senza ulteriori spiegazioni, non è comprensibile. L'autrice cita ancora MacKinnon: «It is for pornography,

²⁴ MACKINNON 1989, 195, 197.

²⁵ Sul punto cfr. anche MACKINNON 2001.

²⁶ GARCIA PASCUAL 2013, par. 3. La stessa critica in OTTONELLI 2013.

and not by the ideas in it, that women are hurt and penetrated, tied and gagged, undressed and genitally spread and sprayed with lacquer and water so pictures can be made [...]. It is unnecessary to do any of these things to express, as ideas, the ideas pornography expresses»²⁷.

Questo passaggio sembra rivelatore, più di ogni altro, del pensiero di MacKinnon e di Schwartzman. Non solo le autrici mischiano attività innocue o potenzialmente innocue, come svestire, spalmare e spruzzare acqua o lacca, imbavagliare (col consenso della vittima), con attività violente, come ferire, ma inseriscono la *penetrazione* stessa tra le attività che rappresentano un abuso, arrecano offesa, esprimono dominio maschile e sottomissione femminile. Che sia un lapsus o una tesi vera e propria, spero che questo non sia il cuore del pensiero delle *antiporn feminists*. Perché, al contrario, significherebbe che realmente questa ossessione per il dominio maschile, la disuguaglianza di genere, la sottomissione delle donne dipenda da un odio profondo nei confronti della stessa dinamica biologica della sessualità, dove c'è in molti casi un soggetto diciamo *attivo*, che penetra, ed un soggetto diciamo *passivo* che è penetrato. Senza che questo implichi alcun senso di dominio o sottomissione. Sebbene tecnicamente, come insegna Gozzano, il soggetto che penetra può essere anche molto *passivo* (nella posizione assunta). Dico in molti casi perché può esserci sesso anche senza penetrazione.

In *Only Words*, del 1996, le affermazioni di MacKinnon non migliorano, sono confuse, confondenti, prive di definizioni analitiche, prive di fondamenti empirici importanti. All'inizio del libro, MacKinnon descrive i terribili secoli e millenni in cui le donne di tutto il mondo hanno dovuto sopportare *in silenzio* abusi sessuali, molestie, stupri, anche, e forse soprattutto, all'interno del matrimonio. E descrive l'atteggiamento di profonda passività, di rassegnazione, di molte donne, a volte perfino fino a dimenticare ciò che realmente le donne provavano. Poi, improvvisamente, dice che una cosa simile capita con la pornografia. Come dire, una volta, fino a pochi decenni fa, molte volte in cui le donne subivano un abuso sessuale era chiamato sesso. Adesso non più. Allo stesso modo, sembra dire MacKinnon, ciò che tutti chiamano sesso nella pornografia, in realtà, come allora, è soltanto abuso sessuale. Il problema è che, con una curiosa *petitio principii*, MacKinnon non spiega perché la pornografia implica o è "abuso sessuale" delle donne, un abuso sessuale (anche?) come discorso («protecting pornography means protecting sexual abuse as speech»), che impedisce alle donne di parlare, discutere, denunciare l'abuso sessuale.

In questo caso, molto probabilmente si pone lo stesso problema, con le stesse conseguenze paradossali che abbiamo visto sopra nella definizione della pornografia come "sesso forzato", frutto della disuguaglianza di genere, e della supremazia maschile, in *Towards a Feminist Theory of State*. E che significa che proteggere la pornografia implica proteggere l'abuso sessuale come discorso, che impedisce alle donne di parlare, discutere, denunciare l'abuso sessuale? Le donne, a causa della pornografia, non possono denunciare gli abusi sessuali reali? Non possono denunciare gli abusi "reali" all'interno della pornografia? Non possono denunciare la pornografia come "abuso sessuale"? Il "fracasso assordante" della pornografia impedisce di discutere liberamente della violenza contro le donne o di denunciare la violenza contro le donne? Qualunque sia il significato, la risposta a tali domande è senza dubbio negativa.

«In questa de-realizzazione della subordinazione delle donne, questa cancellazione dell'abuso sessuale attraverso il quale un traffico di donne tecnologicamente sofisticato diventa una scelta del consumatore dal contenuto espressivo, la donna abusata diventa un "pensiero" o un' "emozione" del consumatore di pornografia»²⁸.

²⁷ SCHWARTZMAN 2006, 30.

²⁸ MACKINNON 1996, 9 e 10. L'autrice insiste, senza spiegarlo, sul fatto che la pornografia erotizza un abuso della donna.

Ma in cosa consiste l'abuso sessuale nella pornografia non violenta, come vedremo grandemente maggioritaria? Resta un mistero. E anche in quella gravemente violenta l'abuso è solo una *finzione*, come nei film *horror*. Vi è una differenza enorme tra un politico che pubblicamente, in un discorso, incita le persone a violentare e uccidere le donne, cosa che non è, e non dovrebbe essere, permessa, perché è un'incitazione a delinquere, alla violenza reale, e un film in cui il protagonista rapina, violenta e uccide e alla fine la fa franca. MacKinnon sembra trattare le due cose come identiche. Ma su questo torneremo dopo.

L'industria pornografica, dice MacKinnon, forza, minaccia, ricatta, fa pressioni, inganna, induce le donne a fare sesso per i film, che sono stuprate in gruppo (*gang*) per essere filmate²⁹. Sembra il ritratto di un'associazione a delinquere. Due possibilità. O, come visto sopra, l'autrice usa i termini "forzare", "ricattare", "fare pressioni", "ingannare" in modo del tutto stipulativo e incomprensibile, lontano dall'abituale uso non solo libertario, nozickiano, ma anche liberal-egualitario, rawlsiano, dove non solo le violenze di terzi viziano il consenso, ma anche la povertà. Oppure sta parlando di fatti in favore dei quali non propone, e in favore dei quali non sembra esserci, alcuno studio empirico fondato e fondante. Con stile altrettanto confondente, MacKinnon dice: «With pornography, men masturbate to women being exposed, humiliated, violated, degraded, mutilated, dismembered, bound, gagged, tortured, and killed»³⁰. Anche qui si mescolano cose innocue, salvo forse per suore in convento, come legare sessualmente o imbavagliare, o esporre parti genitali, e cose illecite, come uccidere, violare, smembrare, torturare, fino a termini primariamente valutativi, come "indegno" o "degradante". Chi può dire cosa sia "degradante"? Un barbone che muore di freddo o un paio di seni in copertina? Un politico che mente per la decima volta o fa cose che aveva giurato che in campagna elettorale non avrebbe mai fatto o una fellatio? In seguito, MacKinnon afferma:

«This does not presume that all pornography is made through abuse or rely on the fact that some pornography is made through coercion as a legal basis for restricting all of it. Empirically, all pornography is made under conditions of inequality based on sex, overwhelmingly by poor, desperate, homeless, pimped women who were sexually abused as children»³¹.

Con evidente contraddizione con quanto sostenuto altrove, l'autrice si rende conto che il concetto abituale di *coercion* non si applica alla pornografia, che le donne che vi partecipano non sono normalmente *costrette*, dunque non c'è *forced sex*, e poi assume, senza citare alcun dato o studio empirico, che le ragazze che vi partecipano sono, in maggioranza, povere, disperate, senza casa, sfruttate da protettori, abusate da piccole. Non so nel 1996, ma, negli Stati Uniti, nel maggio 2017, il salario medio previsto per una cameriera di un ristorante, che riceve normalmente mance, era di circa 11.82 dollari l'ora, tra salario effettivo e mance (*tips*). Mentre, nel 2016, una scena sessuale media, eterosessuale, era pagata, secondo alcune fonti rilevanti, tra un minimo di trecento dollari fino a, per le importanti pornstar, 1500 dollari. Fino ad un massimo di 2000. Gli uomini guadagnano un po' di più³². Se nella peggiore delle ipotesi, una scena sessuale durasse due ore, mi sembrerebbe che non vi sarebbe proporzione, una pornstar di scarso rilievo guadagnerebbe dieci volte di più di una cameriera. Questo accadrebbe se la paga fosse il minimo, trecento dollari. Se un video amatoriale distribuito sul web costasse meno, ci potrebbe essere un guadagno soltanto cinque volte più elevato?

Se una donna non vuole fare la pornstar può fare la cameriera o la barista, se non ha altri talenti o possibilità di seguire corsi universitari, anche in periodi di *unemployment* negli Stati Uniti

²⁹ MACKINNON 1996, 15.

³⁰ MACKINNON 1996, 17.

³¹ MACKINNON 1996, 20.

³² <https://www.cnn.com/2016/01/20/porn-dirtiest-secret-what-everyone-gets-paid.html>;
https://en.wikipedia.org/wiki/Tipped_wage.

vi sono vari *unemployment benefits o insurance*. Certo bisogna tenere conto che le carriere delle pornstar durano poco, quanto la loro giovinezza, peggio che a Hollywood, ma credo che i guadagni compensino la durata limitata. In ogni caso, svanita la giovinezza possono cambiare lavoro. Se una persona disoccupata e povera fosse costretta a prostituirsi o a fare la pornstar, in base ad una teoria liberal-egualitaria che condivido, sarebbe terribile e si potrebbe parlare di *costrizione*. Ma non mi sembra il caso della stragrande maggioranza delle donne negli Stati Uniti o nell'Europa occidentale (diverso il caso di paesi in via di sviluppo), e, in ogni caso, la soluzione non è vietare la pornografia, ma finanziare sussidi adeguati di disoccupazione involontaria.

In ultima analisi, quante persone, a cause di traumi che hanno subito da piccole, sono sfruttate dall'industria cinematografica, editoriale o dalle pubbliche amministrazioni? Non vedo problemi in questo. A causa dei traumi, una persona può essere avida, narcisista, competitiva, seduttiva. I capi, i colleghi, il capitalismo non dovrebbero "sfruttare" economicamente tali caratteri? Immaginiamo che a causa dei traumi subiti da piccola una persona X adori il sesso sadomaso, il partner che partecipa a tali rituali la starebbe "stuprando"?

Sei ultime considerazioni su *Only Words*, e il pensiero di MacKinnon. Come in altre opere, l'autrice continua a considerare la pornografia tout-court come un manifesto della "sex inequality", della subordinazione femminile, della supremazia maschile. Cosa totalmente assurda e, in effetti, al limite attribuibile solo alla pornografia violenta. In secondo luogo, l'autrice ha, in un certo senso, ragione, i film, i video, i romanzi, i racconti, i miti, le cosmogonie, le storie per i bambini, le culture non sono *only words*, le persone agiscono sulla base delle idee che hanno e tali idee e coscienze sono plasmate dalla cultura e dall'educazione, soprattutto fin da piccoli. Ma MacKinnon si comporta come se nel 1996, negli Stati occidentali, tutti i film, video, romanzi, racconti, miti, le culture, le storie, i discorsi, soprattutto per i bambini, evocassero la violenza contro le donne come erotica. E si comporta come se non ci fossero differenze tra video per bambini e per adulti.

In terzo luogo, dice l'autrice, così come si dovrebbe punire il bruciare croci negli Stati Uniti, al contrario di ciò che pensa la Suprema Corte, perché esempio di *hate speech*, allo stesso modo si dovrebbe fare con la pornografia³³. In realtà, le due situazioni sono molto differenti. Il bruciare croci evoca una incitazione reale alla violenza, che sarebbe punita in molti Stati occidentali che proteggono la libertà di espressione, perché non è semplicemente un manifesto di discriminazione razziale, anche di folle supremazia bianca, ma è un simbolo di odio e di morte di persone afroamericane impiccate. Non è una finzione, per quanto possa offendere. Il *crossburning* evoca tutta la storia violenta del Ku Klux Klan che ha ammazzato tante persone. Lo stesso problema si pone con una maglietta con una svastica visibile, che, infatti, non consentirei di indossare per strada o sull'autobus. In quarto luogo, MacKinnon paragona la pornografia fatta dagli adulti alla pornografia infantile, per cui entrambe provocano danni e dovrebbero essere vietate. E, tuttavia, nella pornografia infantile non c'è consenso valido, e non essendoci consenso valido non è una *finzione di violenza*, di stupro quella che si vede, ma è una realtà gravissima di violenza e stupro³⁴. In quinto luogo, MacKinnon ha ragione, devono esserci limiti all'*hate-speech*, quelli della diffamazione³⁵. Un politico non può andare in televisione a dire che gli omosessuali sono tutti pedofili, gli afroamericani idioti e le donne ninfomani o frigide. Eppure ha senso che qualcuno possa fare un film, un prodotto di finzione, in cui evoca le stesse idee.

Infine, Russell riporta uno studio, condiviso da MacKinnon, nel quale si analizzano le credenze di molti stupratori (assassini o meno) in carcere³⁶. Molti di essi credono che le donne sono respon-

³³ MACKINNON 1996, 33.

³⁴ MACKINNON 1996, 33, 91.

³⁵ MACKINNON 1996, 11.

³⁶ RUSSEL 1993. Sul punto cfr. anche MACKINNON 1996, 16-18, 37. MacKinnon racconta persino la storia di un assassino di una ragazza trovata impiccata e molestata che diceva che si era ispirato ad una immagine trovata su una rivista pornografica. Questo modo retorico e non scientifico di presentare i fatti è triste.

sabili dello stupro stesso attraverso il modo in cui agiscono e il modo in cui si vestono e credono che la maggior parte degli stupratori sia innocente, o che sia stata proprio la visione pornografica ad eccitarli e portarli al delitto, stupro o omicidio. MacKinnon riterrebbe, addirittura, senza dati empirici significativi, che è solo la pornografia che gli stupratori usano per selezionare chi stuprare e trovare la forza per gli stupri³⁷. Questi ultimi studi andrebbero nella stessa direzione, cioè che la maggioranza degli stupratori o dei potenziali stupratori razionalizzerebbe i propri impulsi aggressivi, o sadici, attraverso credenze false o del tutto contraddittorie. La credenza tradizionalmente maschilista secondo la quale le donne godono di uno stupro, infatti, non è soltanto falsa, ma è anche contraddittoria. Il godimento sessuale presuppone normalmente il consenso, l'accettazione dell'atto, dunque uno stupro per definizione non può far godere nessuno. Altrettanto probabile che gli omicidi sessuali e gli stupratori diano la *colpa*, cercando un colpevole, dei loro impulsi aggressivi, delle loro scelte aggressive, a fattori esterni, come la pornografia.

In conclusione, *contra* MacKinnon, non vedo ragioni per proibire la pornografia gravemente violenta, come nei film horror, e non violenta. Resta il problema della definita sopra pornografia violenta. Il passaggio dalla finzione del porno ad una realtà di violenza è il risultato della visione del video o degli impulsi fortemente aggressivi del soggetto? Fantasticare di compiere certe azioni libera l'uomo dall'aggressività e dalla rabbia o lo induce a compierle?³⁸ In base agli studi analizzati nel mio articolo, *Aporie e distorsioni del femminismo radicale*, che voglio precisare sono *datati*, soprattutto degli anni Ottanta e Novanta, perché quelli fondamentali, soprattutto di Malamuth, sono appunto di quel periodo, il problema più rilevante concerne la pornografia violenta, nel senso che la visione di materiale pornografico violento, cioè in cui si mostra una donna stuprata che gode sessualmente della violenza, è in grado di influenzare alcuni spettatori, almeno per un tempo molto breve. Mentre nel breve e medio periodo tale influenza sembra scemare. Quanto grande sia questa influenza non è dato saperlo³⁹. Eaton osserva, come già detto, che i da-

³⁷ MACKINNON 1996, 16. Come già detto, dal punto di vista empirico/probabilistico, l'indagine importante non è valutare quanti stupratori conclamati facciano uso di pornografia violenta, ma quanti stupratori reali ci sono tra tutti coloro che ne fanno uso. Non mancano neppure dichiarazioni e confessioni di famosi stupratori e *serial killer*, come Ted Bundy o Gary Bishop, secondo i quali l'elevato consumo di materiale pornografico, anzi l'ossessione per la pornografia, sia stato un fattore decisivo nell'incrementare e realizzare le loro fantasie omicide. Come dire. Bundy, poco prima di essere giustiziato, vorrebbe convincerci, unitamente ad alcune associazioni e ad alcuni psicologi cattolici, che non furono l'abbandono e l'assenza del padre biologico (ignoto), il fatto che la madre lo educò spacciandosi per la sorella, dunque la convinzione di essere stato abbandonato dal padre e dalla madre, i conflitti con la figura paterna di riferimento (il marito della presunta sorella), il bullismo subito da adolescente, lo shock derivante dallo scoprire che sua sorella era in realtà sua madre, e la depressione che ne seguì, la difficoltà ad avere lavori e relazioni affettive stabili, nonché l'abbandono da parte della donna che aveva amato di più, a influenzare in modo determinante i suoi comportamenti e atteggiamenti, ma (solo o principalmente) il consumo di materiale pornografico. Fermo restando che entrambi, Bundy e Bishop, non erano semplici consumatori occasionali, ma realmente *addicted to pornography (dipendenti)*, "addiction" che era chiaramente sintomo di ben altre sofferenze, e che l'abuso di pornografia violenta iniziò molto presto, a 13-14 anni. Cfr. https://it.wikipedia.org/wiki/Ted_Bundy.

³⁸ Sulla pornografia come sfogo o liberazione dalla frustrazione (sessuale) cfr. GEVER 2002, 54.

³⁹ Russell esamina gli effetti della pornografia violenta su alcune credenze maschiliste, secondo le quali le donne godono di uno stupro o sono sessualmente eccitate dall'uso della forza fisica. Tali credenze, in effetti, possono indebolire le inibizioni interne verso un comportamento sessuale aggressivo. Uno studio, citato da Russell, condotto da Check e Malamuth ha mostrato come una parte significativa del campione oggetto della ricerca avesse credenze di questo tipo, secondo le quali le donne godrebbero di uno stupro, dopo aver visionato materiale pornografico in cui si mostrava una donna eccitata sessualmente da uno stupro. Russell cita studi di Donnerstein che vanno nella stessa direzione. Come già detto, l'unico difetto di questi studi è mostrare quali sono le credenze del campione intervistato subito dopo la visione del materiale pornografico violento, ma non mostrare quali sono le credenze dei soggetti del campione nelle settimane o nei mesi successivi, cioè se tali credenze si radicano oppure no. Difatti, uno studio successivo condotto da Malamuth e Ceniti, non citato da Russell, mostra che non ci sono nessi causali tra esposizione a pornografia violenta e non violenta e aumento dell'aggressività nei confronti delle donne, quando l'aggressività è misurata una settimana dopo l'esposizione al materiale pornografico (avvenuta per ben quattro settimane). La conclusione di Malamuth è che «It may be that exposure to violent pornography might have an immediate impact

ti sperimentali a disposizione sono il risultato di studi concernenti piccoli gruppi di individui, solitamente gruppi di studenti universitari, che possono essere statisticamente poco rappresentativi: ciò renderebbe impossibile la generalizzazione empirica. E che tali studi misurano l'impatto emotivo della pornografia violenta sugli spettatori, ma non ci dicono nulla su come questa si traduca in danni effettivi (molestie, stupri)⁴⁰.

Non risolverò, in ultima analisi, il problema della liceità/illiceità della pornografia violenta, né della pedopornografia virtuale o realizzata con cartoni animati. Sono necessari ulteriori studi. Innanzitutto, come già detto, bisognerebbe distinguere la pornografia non violenta, quella violenta, in cui si vede una donna violentata che gode di uno stupro, e quella *gravemente violenta*, in cui le donne vengono (nella finzione) picchiate, seviziate, uccise, o in cui i bambini vengono violentati. Non ho argomentato, come già detto, in relazione a questo ultimo caso di pornografia, sebbene non si pongano particolari problemi, proprio come nei film horror, oltre al fatto che sia poco diffusa nei classici siti web o canali pornografici tv via cavo o satellite. E, come già detto, la pornografia sadomaso non è di per sé violenta. C'è persino chi sostiene che la diffusione della pornografia abbia ridotto le percentuali di stupro, perché negli Stati Uniti dal 1980 al 2000 si nota una riduzione del tasso di stupro dell'85% (e questa è una buona notizia), riduzione che appare significativa negli Stati americani che hanno un'alta percentuale di accesso a internet, e quindi si presume di accesso a siti pornografici⁴¹. L'idea sarebbe che l'uso della pornografia sia un surrogato dello stupro⁴². Ma questa è soltanto una correlazione, le cause possono essere le più diverse.

Per risolvere il problema della pornografia violenta, sembrerebbe sia necessario un bilanciamento tra possibili effetti positivi, da verificare (cioè liberare alcune persone dalla rabbia, lasciandole fantasticare, evitando in tal modo atti di violenza contro se stessi o contro gli altri) ed eventuali effetti negativi (rafforzare per un tempo molto breve credenze false e irrazionali sull'effetto della violenza sulle donne). Gli eventuali effetti positivi come potrebbero essere verificati? Direttamente, si potrebbe verificare l'atteggiamento più o meno violento nei confronti delle donne da parte di gruppi di individui adulti, ma non giovani, valutato ore dopo o giorni dopo l'esperimento, adulti che, a parità di condizioni, statisticamente rappresentativi, hanno effettuato rituali masturbatori (da soli) attraverso video pornografici violenti e l'atteggiamento di individui della medesima età che non assistono a questi video (o che vi assistono, ma non si masturbano). Indirettamente, attraverso il raffronto del grado di violenza nei confronti delle donne tra gruppi di individui statisticamente rappresentativi che, a parità di condizioni, usano fantasticare sessualmente attraverso la pornografia violenta e individui che non lo fanno. Oppure confrontare nazioni, dal punto di vista del livello di violenza contro le donne, in cui si fa molto uso della pornografia sul web e non, come il Giappone, *padre* dei cartoni hentai e manga porno violenti e sadomaso, attraverso studi sociologici approfonditi che non si limitino (come fanno quelli già condotti) al tasso di stupri ufficiali denunciati, e altre nazioni (dell'Africa) in cui non se ne fa affatto uso.

In ogni caso, sarebbero necessari ulteriori studi, ad esempio nei quali, prima e dopo la visione di un video pornografico in cui una donna gode sessualmente di uno stupro, si avvisa lo spettatore che ciò che sta vedendo è solo un prodotto di finzione e che, nel mondo reale, le donne non

on aggressive behavior against women but this effect may dissipate quickly over time» (Cfr. RUSSELL 1993; MALAMUTH, CENITI 1984). «Sooner or later, in one way or another, the consumers want to live out the pornography further in three dimensions. Sooner or later, in one way or another, they do. It makes them want to; when they believe they can, when they feel they can get away with it, they do» (MACKINNON 1996, 19, 37). La cosa più assurda è che i dati empirici citati da MacKinnon in favore di queste affermazioni sono soprattutto gli studi di Russel che ho smontato in MANIACI 2016.

⁴⁰ EATON 2007, 708.

⁴¹ Cfr. D'AMATO 2006. Su questi studi e su altri analoghi che valutano il rapporto tra censura-legalizzazione e tasso di crimini sessuali cfr. EATON 2007, 698 ss.

⁴² Cfr. KENDALL 2007.

godono sessualmente di uno stupro o della violenza. Anche in questo caso, alcuni spettatori avrebbero credenze erranee in merito? Se il numero di spettatori di un video pornografico violento convinti, seppure per un tempo molto breve, che le donne godono sessualmente di uno stupro in questo modo diminuisse considerevolmente, rispetto ai casi in cui tale avviso non viene mostrato, basterebbe forse questo stratagemma per evitare eventuali danni a terzi.

Riferimenti bibliografici

- ARCHER R. 2000. *Sex Differences in Aggression Between Eterosexuals Partners: A Meta-Analytic Review*, in «Psychological Bulletin», 126, 2000, 651 ss.
- BARBATO A. 2012. *Indennità di retribuzione: tutto su requisiti, retribuzione, calcolo, e pagamento*, in «Fanpage-lavoro». Disponibile in: <https://job.fanpage.it/indennita-di-maternita-tutto-su-requisiti-retribuzione-calcolo-e-pagamento/> (consultato il 16/10/19).
- BARBATO A. 2015. *Congedo parentale esteso fino ai dodici anni del bambino*, in «Fanpage-lavoro». Disponibile in: <https://job.fanpage.it/congedo-parentale-esteso-fino-ai-12-anni-del-bambino-indennita-inps-fino-ai-6-anni/> (consultato il 16/10/19).
- BERMAN R. 2018. *How Is Gender Pay Gap Calculated?*, in «Big Think». Disponibile in: <https://bigthink.com/robby-berman/the-frustratingly-persistent-united-states-pay-gap> (consultato il 16/10/19).
- BROWNMILLER S. 1975. *Against Our Will: Women and Rape*, New York, Simon Schuster.
- D'AMATO A. 2006. *Porn Up, Rape Down*, Northwestern Public Law Research Paper No. 913013. Disponibile in: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=913013 (consultato il 16/10/19).
- DE BEAUVOIR S. 1999. *Il secondo sesso*, Milano, Il Saggiatore.
- DEL GIUDICE F., IZZO F., SOLOMBRINO M. 2015. *Manuale di diritto del lavoro*, Napoli, Edizione Simone.
- DE WAAL F. 1982. *Chimpanzee Politics, Power and Sex among Apes*, New York, Harper and Row.
- DEMARIS A. (1992). *Male versus Female Initiation of Aggression: The Case of Courtship Violence*, in VIANO E.C. (ed.), *Intimate Violence: Interdisciplinary Perspectives*, Bristol, Taylor & Francis, III ss.
- DWORKIN A. 1981. *Pornography. Men possessing Women*, New York, Penguin Books.
- EATON A.W. 2007. *A Sensible Antiporn Feminism*, in «Ethics», 117, 2007, 674 ss.
- GARCÍA PASCUAL C. 2013. *Liberazione senza autonomia*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2, 2013, 339 ss.
- GEVER M. 2002. *Pornography Does Not Cause Violence*, in COTHRAN H. (ed.), *Pornography. Opposing Viewpoints*, San Diego, Greenhaven Press, 30 ss.
- GIOMI E., MAGARAGGIA S. 2017. *Relazioni brutali. Genere e violenza nella cultura mediale*, Bologna, il Mulino.
- GROTHUES C., MARMION S. 2006. *Dismantling the Myths about Intimate Violence against Women*, in LUNDBERG-LOVE P., MARMION S. (eds.), *Intimate Violence against Women. When Spouses, Partners, Lovers Attack*, Westport (Connecticut), Praeger, 75 ss.
- HAMEL J. 2007. *Toward a Gender-Inclusive Conception of Intimate Partner Violence Research and Theory: Part 1 – Traditional Perspectives*, in «International Journal of Men's Health», 6, 1, 2007, 36 ss.
- KENDALL T.D. 2006. *Pornography, Rape and Internet*, in «The John E. Walker Department of Economics». Disponibile in: <http://www.yapaka.be/sites/yapaka.be/files/actualite/pornography-rape-and-the-internet.pdf> (consultato il 16/10/19).
- MACKINNON C. 1979. *Sexual Harassment of Working Women*, New Haven, Yale University Press.
- MACKINNON C. 1987. *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

- MACKINNON C. 1989. *Towards a Feminist Theory of State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- MACKINNON C. 1991. *Reflections on Sex Equality under Law*, in «The Yale Law Journal», 100, 5, 1991, 1281 ss.
- MACKINNON C. 1996. *Only Words*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- MACKINNON C. 2001. *Sex Equality*, Foundation Press.
- MACKINNON C. 2003. *A Sex Equality Approach to Sexual Assault*, in «Annuary New York Academy of Sciences», 989, 2001, 265 ss.
- MALAMUTH N.M., CENITI, J. 1984. *Repeated Exposure to Violent and Nonviolent Pornography: Likelihood of Raping Ratings and Laboratory Aggression Against Women*. Disponibile in: <https://psycnet.apa.org/record/1987-15880-001> (consultato il 10/12/2019).
- MANIACI G. 2016. *Aporie e distorsioni del femminismo radicale*, in «Diritto & questioni pubbliche», 16, 2, 2016, 338 ss.
- MCWILLIAMS M. 1999. *La diagnosi psicanalitica*, Astrolabio Ubaldini, Roma.
- NATIONAL PARTNERSHIP FOR WOMEN & FAMILIES (2018). *America's Women and the Wage Gap*. Disponibile in: <http://www.nationalpartnership.org/research-library/workplace-fairness/fair-pay/americas-women-and-the-wage-gap.pdf> (consultato il 16/10/2019).
- OTTONELLI V. 2013. *La sparizione delle donne come soggetti e le sue conseguenze politiche*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2, 2013, 353 ss.
- POGGI F. 2015. *Diversi per diritto. Le diseguaglianze formali di genere e le loro giustificazioni nel diritto italiano vigente*, in «Diritto & questioni pubbliche», 15, 2, 2015, 9 ss.
- POZZOLO S. 2011. *To free her, we need to destroy the myth. Note antropologiche e speranze politiche*, in «Ragion pratica», 37, 443 ss.
- ROCCIA C. 2016. *Violenza diretta e violenza indiretta sui bambini. Il punto di vista psicologico e psicoterapeutico*. Disponibile in: <http://www.psychomedia.it/pm/answer/abuse/roccia4.htm> (consultato il 16/10/19).
- ROMITO P. 2008. *A Deafening Violence. Hidden Violence against Women and Children*, Bristol, The Policy Press.
- RUSSELL D.E.H. 1993. *Pornography and Rape: A Causal Model*, in ID. (ed.), *Making Violence Sexy*, New York, Teachers College Press.
- SCHWARTZMAN L.H. 2006. *Challenging Liberalism: Feminism as Political Critique*, Pennsylvania, The Pennsylvania State University Press.
- WRANGHAM R., PETERSON D. 1997. *Demonic Males. Apes and the Origin of Human Violence*, London, Bloomsbury Publishing.

PRIMATO DELLA
LEGALITÀ E
RAGIONAMENTO
PROCESSUALE
IL SILLOGISMO GIURIDICO
NELLA PROSPETTIVA DEL
RULE OF LAW

MAURIZIO MANZIN



Primato della legalità e ragionamento processuale.
Il sillogismo giuridico nella prospettiva del *rule of law*

Principle of legality and the judicial reasoning.
Legal syllogism in the perspective of the rule of law

MAURIZIO MANZIN

Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università di Trento. Direttore del Centro di Ricerche sulla Metodologia Giuridica (CERMEG).
E-mail: maurizio.manzin@unitn.it

ABSTRACT

La tesi qui brevemente esposta è che esista una relazione strutturale e non eventuale tra il principio del governo della legge e il ragionamento proprio della decisione giudiziale. Si procederà a partire da un excursus storico-filosofico sulla figura del sillogismo giuridico nel suo rapporto con la teoria politica. Si formulerà in seguito una teoria del sillogismo giudiziale di tipo argomentativo e “cooperato” come supporto efficace agli ideali di legalità e certezza.

My thesis in short is that there is a structural and not simply possible relationship between the rule of law and the kind of reasoning proper to judicial decisions. I will proceed from a historical-philosophical excursus on the figure of legal syllogism in its relationship with political theory. I will then formulate a theory on “argumentative” and “cooperated” judicial syllogism as an effective support to the ideals of legality and certainty.

KEYWORDS

rule of law, sillogismo giudiziale, argomentazione giuridica, certezza del diritto, logica giuridica.

rule of law, legal syllogism, legal argumentation, legal certainty, legal logic.

Primato della legalità e ragionamento processuale

Il sillogismo giuridico nella prospettiva del *rule of law*

MAURIZIO MANZIN

1. Premessa – 2. La recezione moderna del sillogismo scientifico aristotelico come modello per la decisione giudiziale – 3. Il sillogismo giuridico moderno come espressione dell'assolutismo politico – 4. Il governo della legge secondo Aristotele e il principio del *rule of law* – 5. Le necessarie implicazioni dialogiche del *rule of law* – 6. Il sillogismo giuridico argomentativo e cooperato (ossia dialogico) – 7. Alcune conclusioni.

1. Premessa

In questo breve saggio si cercherà di tracciare una relazione strutturale fra il principio del governo della legge (o *rule of law*) e le procedure indirizzate all'applicazione delle norme giuridiche, ossia il ragionamento giudiziale. La tesi che si proverà a difendere è quella per cui il primato della legalità implica la giustificazione delle scelte operate in sede applicativa, essendo questa implicazione (anche e soprattutto) di natura filosofica e morale. Mentre la seconda – quella morale – non sarà qui discussa¹, della prima – quella filosofica – si darà conto utilizzando la categoria del *dialogo* come modalità costitutiva dell'Esserci del soggetto². Il fondamento dialogico della giustificazione indicherà, per conseguenza, il carattere necessariamente argomentativo (o retorico), piuttosto che dimostrativo, del ragionamento giudiziale.

Ciò che si va ad esporre nelle sezioni seguenti è parte di un più esteso *work in progress* che i componenti del Centro di Ricerche sulla Metodologia Giuridica (CERMEG) dell'Università di Trento stanno conducendo da tempo nel campo dell'argomentazione e della logica giuridica. In particolare, lo studio del *rule of law* in rapporto alla teoria del ragionamento giudiziale, alla deontologia forense e all'uso delle clausole di stile negli atti giudiziari, è il risultato di una serie di presentazioni discusse in occasione di alcuni importanti convegni internazionali ad Amsterdam (nel 2014 e nel 2018), Rotterdam (nel 2015), São Paulo e Belo Horizonte (nel 2016), Lubiana (nel 2016), Braza (nel 2016 e nel 2018), Lugano (nel 2017 e nel 2018)³. Il presente saggio costituisce un ulteriore sviluppo in questa direzione di ricerca, stimolato da una recente e meritoria pubblicazione per cura di Vittorio Villa e Giorgio Pino⁴.

Nella prossima sezione tratteremo del modello di ragionamento giudiziale noto come “sillogismo giuridico” (o giudiziale, o giuridico, o dicastico *et sim.*), e più precisamente di come nell'età dell'illuminismo alcuni autori supposero che si potesse estrarre dal corpus aristotelico il tipo di ragionamento detto anche “scientifico” per attagliarlo al processo di applicazione delle norme giuridiche, trascurando altresì i sillogismi di tipo dialettico e retorico, nonché quello detto “pratico” delineato dallo Stagirita nell'*Etica nicomachea*.

Nella terza sezione si porranno in rapporto l'assunzione del modello “scientifico” del sillogismo e la concezione dell'assolutismo politico, con le connesse esigenze di conoscibilità ed effettività dei comandi del sovrano.

¹ Sulla “giustizia” (o “moralità interna al diritto”) del *rule of law*, v. spc. PINO, VILLA 2016.

² Si tratta, com'è noto, di un principio cardine che si affaccia in filosofia soprattutto a partire dalla critica all'idealismo e nelle teorie fenomenologiche ed esistenzialiste. Fondamentale al riguardo BUBER 1973.

³ Sono stati attualmente pubblicati, con riguardo ai citati convegni: MANZIN, TOMASI 2015; MANZIN 2016a; PUPPO 2016; MANZIN 2018a; MANZIN, PUPPO et al. 2019.

⁴ PINO, VILLA 2016.

Nella quarta sezione s'introdurrà il tema del governo della legge secondo la sua origine aristotelica, ossia come alternativa escludente al governo della volontà, accogliendo l'idea per cui in ciò basilarmente consista il *rule of law* (non limitandosi, quindi, a ciò che comunemente è indicato come *stato di diritto*).

Nella quinta sezione si discuterà la necessità, ossia la strutturalità, della condizione dialogica implicata dal principio del governo della legge, in opposizione al rigido formalismo metodologico conseguente al modello illuministico. Tale implicazione si rende più evidente sul piano della giustificazione decisoria cd. "di second'ordine" (o "esterna"), nella misura in cui quella cd. "di prim'ordine" (o "interna") mantiene ancora come modello dominante lo schema monologico del sillogismo scientifico.

Nella sesta sezione si proporrà un tipo di ragionamento sillogistico adatto, in ipotesi, al contesto processuale, ossia – in aderenza alle caratteristiche proprie della situazione comunicativa nella controversia giudiziale – *argomentativo* quanto alla formazione delle premesse normative e fattuali, e *partecipativo* (o *cooperato*) quanto al ruolo delle parti.

Nell'ultima sezione si trarranno sinteticamente alcune conclusioni in ordine alla tesi principale, ossia quella della necessaria congiunzione fra la teoria del governo della legge e la teoria argomentativa. La spiegazione farà perno sulle nozioni di *certezza* e *ragionevolezza*, in quanto costitutive e fra loro connesse in rapporto al *rule of law*. Si proverà a spiegare perché il modello sillogistico, che ha trovato accoglienza nelle teorie più marcatamente statualiste, legaliste e formaliste derivate dall'assolutismo, possa essere suggerito – con gli opportuni correttivi – anche nell'ambito di teorie liberali propugnatrici del *rule of law*, essendo tale modello, per entrambi i casi, funzionale alla conoscibilità delle norme giuridiche.

2. La recezione moderna del sillogismo "scientifico" aristotelico come modello per la decisione giudiziale

Non è neppure il caso di ricordare quanto la formula aristotelica del sillogismo abbia influenzato la cultura che solitamente si designa come occidentale, soprattutto a partire dal periodo medievale e, a seguire, nella logica dell'età moderna. La smagliante definizione offerta dallo Stagirita in *Analitici Primi* I.1. 24b 18-20 appare ancora insuperata per precisione di dettaglio e capacità persuasiva:

«Il sillogismo [...] è un discorso in cui, posti taluni oggetti, alcunché di diverso dagli oggetti stabiliti risulta necessariamente, per il fatto che questi oggetti sussistono. Con l'espressione: per il fatto che questi oggetti sussistono, intendo dire che per mezzo di questi oggetti discende qualcosa, e d'altra parte, con l'espressione: per mezzo di questi oggetti discende qualcosa, intendo dire che non occorre aggiungere alcun termine esterno per sviluppare la deduzione necessaria»⁵.

Più concisa quella che si ricava da *Topici* I.1. 100a 25-27:

«Sillogismo è propriamente un discorso in cui, posti alcuni elementi, risulta per necessità, attraverso gli elementi stabiliti, alcunché di differente da essi»⁶.

È ovvio che uno strumento così formidabile offerto al ragionamento – per cui, stabiliti certi "oggetti" o "elementi", ne derivano *necessariamente* certi altri – doveva attrarre studiosi dai più diversi rami dello scibile, incantati da quella "necessità" del pensiero (che diverrà poi sinonimo di

⁵ ARISTOTELE 2003, 92.

⁶ ARISTOTELE 2003, 407.

logica *tout court*) inerente una congiunzione fra determinate espressioni discorsive. Il *punctum dolens*, come s'indovina, è che la necessità logica riguarda, appunto, una forma di relazione fra proposizioni, mentre impregiudicata rimane la questione circa il grado di verità degli “oggetti” o “elementi” stabiliti (*rectius* le premesse del sillogismo), il cui accertamento dipende dalla loro natura (ipotesi; osservazioni di fenomeni fisici, sociali o di altro genere; formulazioni assiomatiche; prescrizioni più o meno cogenti; opinioni più o meno autorevoli; finzioni narrative ecc.). Tale grado di verità può essere veicolato mediante, appunto, una relazione logica necessaria – la cosiddetta “deduzione perfetta”⁷ – dagli “oggetti” o “elementi” premessi ad altri, ossia alla conclusione del sillogismo, a patto che questo mantenga la forma $p \rightarrow q$ rappresentata da una predicazione generale (tutti i p sono q), una particolare (x è un membro della classe p), e un “termine medio” (p) atto ad assicurare la congenericità fra le due.

Il fatto che un certo tipo di *relazione* e di *forma* contraddistinguano il sillogismo per autonomia, ossia quello “scientifico” (detto anche “apodittico” o “dimostrativo”), è già per se stesso rivelatore del tipo di approcci che hanno privilegiato il deduttivismo⁸, visto che si tratta quasi sempre di formulazioni d'indole formalistica e astratta (cioè decontestualizzante), come nel caso che fra poco diremo.

La suggestione esercitata dalla necessità logica, atta a garantire conclusioni formalmente *valide*, tenderà tuttavia a sfocare la questione del contenuto in premessa che, come abbiamo precisato poc'anzi, può avere natura assai diversa. Lo sapeva bene Aristotele, il quale, oltre a descrivere i sillogismi che si possono costituire nel campo delle conoscenze *certe*, ne aveva teorizzati altri, ossia quelli dialettici e retorici (o entimemi), e da ultimo il cd. “sillogismo pratico”.

Ai fini della presente trattazione sarà tenuta in considerazione la sola opzione per il sillogismo “scientifico” promossa dall'illuminismo giuridico, mentre non affronteremo *funditus* la questione della trascuranza (da parte soprattutto di Cesare Beccaria) del sillogismo “pratico” aristotelico, che sarebbe dovuta apparire una soluzione più adatta al ragionamento giudiziale. Non è dato sapere se il Milanese avesse considerato – scartandola – tale possibilità, supponendo (com'è del tutto probabile) che l'*Etica nicomachea* gli fosse nota, e supponendo (il che è meno probabile) che egli fosse consapevole dell'esistenza di questa forma di sillogismo. Ma è del tutto evidente che la figura inferenziale cercata dal Beccaria doveva soddisfare quei crismi di esattezza “matematica” che solo la “deduzione perfetta” consentiva, altrimenti non avrebbe potuto risolvere il problema della certezza giudiziale secondo le sue aspirazioni (ossia negando ogni discrezionalità interpretativa al giudice).

Ecco perché gli autori dell'illuminismo giuridico, sull'esempio del Beccaria, elessero il sillogismo “scientifico” aristotelico ad unico procedimento razionale atto a risolvere le controversie giudiziali, in modo tale da assicurare una decisione avente il medesimo grado di certezza (ossia di necessità logica) dei sillogismi “in *barbara*”.

Così, lapidariamente, al cap. 4 del suo *Dei delitti e delle pene*:

«In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena».

Il meccanismo “perfetto” di *decision-making* ipotizzato e auspicato dal Milanese implicava il sicuro possesso di alcune premesse comprendenti: (a) una classe definita di condotte socialmente rilevanti ed eticamente connotate in senso negativo, a ciascuna delle quali fosse collegata in modo apparentemente *causale* una condotta conseguente di natura punitiva; (b) la cognizione empirica

⁷ Così la definizione di Aristotele, per distinguerla dalla deduzione da premesse *probabili* (come accade nel sillogismo dialettico e in quello retorico).

⁸ Per una difesa del deduttivismo nel campo delle teorie argomentative v. GROARKE 1999; *contra* v. GODDEN 2005. La questione è particolarmente discussa nell'ambito dell'*informal logic* (cfr. JACQUETTE 2009, JOHNSON 2011).

rica di un evento o complesso di eventi argomentativamente riferibile a quella classe di condotte socialmente rilevanti ed eticamente connotate in senso negativo, epperò alle collegate sanzioni. Dato questo sicuro possesso, la soggettività del decisore diventava del tutto ininfluyente, in linea con l'aspirazione dell'illuminismo giuridico a disporre di un giudice per così dire *neutro*, una specie di automa o "essere inanimato" – secondo la celebre affermazione di Montesquieu – così come *neutra*, ossia oggettiva, si presumeva la conoscenza scientifica in ogni campo d'applicazione.

Non possono sfuggire le consistenti complessità sottese al possesso di simili premesse. Principalmente: l'esistenza (e dunque la fonte produttiva) e la conoscibilità (e dunque la fonte cognitiva) di una classe definita di condotte su cui verta un effettivo accordo circa la rilevanza sociale e la connotazione eticamente negativa; la natura del nesso fra dette condotte e la "conseguenza" punitiva (che risulterebbe di causa efficiente solo a seguito dell'esecuzione, ossia *dopo* la decisione); la conoscibilità fattuale oggettiva di eventi di natura diversa (materiale, documentale, testimoniale, periziale ecc.) in un contesto sotto diversi aspetti non adeguato all'osservazione sperimentale vera e propria⁹. Complessità che, a loro volta, implicano numerose questioni di tipo logico-epistemico, linguistico, empirico.

È essenziale ricordare che Aristotele delinè il sillogismo "scientifico" nel periodo in cui andava occupandosi – appunto – di quella che, eminentemente, egli considerava "scienza" (*episteme*), ossia la conoscenza delle relazioni *causali* fra gli enti¹⁰. Altrove, e più precisamente nei *Topici* e negli *Elenchi sofistici*, lo Stagirita si occupò invece della logica, che regola la conoscenza quando l'oggetto della discussione non siano più gli enti, ma le relazioni fra i concetti che si acquisiscono nel confronto delle opinioni, ossia in ambito dialettico e retorico. Mentre in campo scientifico il ragionamento è finalizzato a *dimostrare* come si producono determinati fenomeni nella realtà empirica, in campo dialettico e retorico (quello che Perelman definirà il "campo dell'argomentazione")¹¹ si tratta, invece, di prevalere in una discussione mercé la confutazione della tesi avversaria. Siamo in presenza di due contesti evidentemente diversi, nei quali la natura delle premesse differisce sensibilmente: per Aristotele, la scienza si avvale di cognizioni per se stesse *vere* (per evidenza o convenzione) o derivanti da queste, mentre la dialettica e la retorica muovono da opinioni condivise da tutti o dai più o dai maggiormente esperti (*endoxa*). Il modello della relazione causale si applica dunque al primo caso, non al secondo, dove vale un ventaglio più o meno ampio di possibili predicazioni da cui dedurre. Nella *Retorica*, poi, Aristotele annette esplicitamente la decisione giudiziale al campo argomentativo, mostrando quindi di non ritenere la logica dimostrativa adeguata al ragionamento giuridico.

Risulta perciò improprio l'apparentamento operato dal Beccaria, che estrasse il sillogismo "scientifico" dall'ambito, ad esso connaturato, delle conoscenze circa la relazione necessaria fra le cause e gli effetti materiali, per inserirlo in quello della plausibilità di opinioni che si confrontano tra loro in un contesto sorvegliato da forme istituzionalizzate cogenti e finalizzato ad una decisione pratica (un ambito, cioè, non connotativamente teoretico).

Anche per questo motivo sarebbe apparso più credibile, da parte degli autori moderni, un apparentamento con il sillogismo dialettico e retorico, oppure con il sillogismo pratico (*syllogismos ton prakton*) quale si ricava dall'*Etica nicomachea*, finalizzato specificamente alle deliberazioni. Ma, come detto, di ciò qui non ci occuperemo¹². C'importa infatti, limitatamente, rischiarare da

⁹ Non si tratterebbe, infatti, di conoscenza propriamente empirica né sotto il profilo dell'*oggetto* (che nel processo non è la "natura"), né sotto quello del *metodo* (che nel processo non consiste nell'osservazione diretta di fenomeni e nella loro riproducibilità).

¹⁰ Cfr. BERTI 2009, 101.

¹¹ PERELMAN 1969.

¹² Sulla comparazione fra decisione giudiziale e sillogismo pratico (o intenzionale) abbiamo recentemente presentato alcune comunicazioni, in forma di *regular paper*, ai convegni internazionali di Friburgo, Svizzera (ECA 2017), Trento, Italia (Italy-Brasil Law Seminars 2017) e Brazza, Croazia (Days of Ivo Škarić 2018).

una parte i motivi per cui costoro elessero a paradigma del ragionamento giudiziale uno solo fra i tipi di sillogismo tracciati da Aristotele (quello “perfetto”), e dall’altra i motivi per cui tale scelta – la scelta di *quel* sillogismo – è epistemicamente impropria.

3. Il sillogismo giuridico moderno come espressione dell’assolutismo politico

L’assunto filosofico-giuridico di Cesare Beccaria circa la fruibilità decisoria del sillogismo “scientifico” può essere più facilmente compreso, una volta situato nel contesto delle condizioni politico-giuridiche formatesi nella modernità e delle annesse teorie.

In tale contesto rileva in primo luogo la situazione di particolarismo e di asistematicità delle fonti giuridiche caratteristica dell’*ancien régime*, frutto della lunga consuetudine con il diritto comune: un intreccio di regole (e poteri costitutivi di regole) che impediva l’esercizio di un’unica e suprema autorità potestativa, motivo per cui gli stati nazionali sempre cercheranno di liberarsene. Esso, infatti, rendeva incerta la previsione dei giudizi (una “grida” utile alla bisogna, come ci ricorda l’Azzecagarbugli manzoniano, poteva sempre trovarsi) minacciando l’effettività dei comandi disposti dal sovrano in vista dei suoi obiettivi politici. Una situazione, va detto, non di sole ombre, come sarà dipinta dalla vulgata storiografica illuministica e filo-illuministica, ma neppure di sole luci, in ispecie sotto il profilo della certezza del diritto e di ciò che oggi apprezziamo come *rule of law*. Accanto a questo, la detestabile crudeltà di talune misure sanzionatorie e financo istruttorie (la tortura) che la moltitudine disordinata delle regole e la sovrapposizione dei poteri mettevano a disposizione delle magistrature, senza garanzie uniformi per i consociati.

In questo quadro storico si profilavano le dottrine del Montesquieu, del Beccaria e di altri ancora a sostegno di una semplificazione dello strumento normativo, sia quanto alla fonte produttiva (invocando il monopolio statale), sia quanto alla fonte di cognizione (orientandosi, in ambito continentale, verso la codificazione), sia infine quanto all’ordinamento giudiziario (avocandolo all’amministrazione dello stato). E *semplificazione* è davvero la parola chiave, poiché il governo del disordine normativo allo scopo d’inalvearlo entro un ordine costituito appariva del tutto funzionale all’unificazione e soggezione dei poteri realizzata dall’assolutismo politico mediante l’emersione della sovranità statale, entrambi (assolutismo e sovranità) conseguenti alla frantumazione dell’*ordo* politico-giuridico (e prima ancora religioso) medievale.

Da un punto di vista filosofico, la teoria dello stato sovrano si forma sulla base di un’amplificazione del concetto di soggetto individuale (il “macroantropo” hobbesiano), attorno al quale si aggregano elementi tratti dalla giuspubblicistica medievale e dalla filosofia scolastica, in chiave volontaristica e attivistica piuttosto che conoscitiva e contemplativa. L’*homo novus* dell’*evo* moderno, inteso come unità assoluta e originaria che può e vuole, nei modi in cui si attesta nei nuovi giusnaturalismi, diventa paradigma della forma politica, che s’immagina ricavata da un ipotetico “contratto” – in altre parole, del Leviatano. E come l’unità *privata* degli individui, così anche l’unità *pubblica* del sovrano aspira alla libertà delle sue volizioni, le quali si esprimono precipuamente nella *promulgatio* delle *leges humanae*. Va da sé che, in siffatta temperie, la concorrenza di fonti legislative e giudiziarie fosse vista come un ostacolo al dispiegarsi della libertà sovrana.

Il primo passo compiuto sarà, perciò, la costituzione di un *monopolio normogenetico*; il secondo, quello di un *monopolio dell’ordinamento giudiziario* (il giudice-funziario); ma ciò che poteva assicurare la cerniera fra i due doveva essere l’imposizione di un, per così dire, *monopolio epistemologico* che riguardasse l’applicazione normativa: e questo è quel che si pensò di ottenere equalizzando i processi argomentativi nella forma rigida del sillogismo “perfetto”. Il deduttivismo stretto fu perciò promosso a *gold standard* funzionale al potere politico, stante la sua capacità d’inferire una conclusione senza alcuna aggiunta di elementi cognitivi che non siano quelli fissati nelle premesse, la maggiore delle quali (nel caso della decisione giudiziale) è stabilita *ex ante* dal legi-

slatore monopolista. In sostanza, l'unica manovra lasciata al giudice-funzionario era quella descrittiva inerente la *quaestio facti*.

L'apparentamento tra assolutismo politico e monopolio epistemologico della dimostrazione (entrambi di segno contrario alla tradizione aristotelica e medievale) trovano un forte radicamento nel pensiero hobbesiano, poiché il filosofo di Malmesbury guardava alla matematica come alla stella polare del suo disegno politico – inequivocabili, in proposito, alcuni celebri passi del *De cive* e del *Leviatano* – nel segno, ancora una volta, di una (apparente) semplificazione. In sostanza, non pare esserci molto da dubitare sul carattere originario del connubio fra atteggiamento scienziata e propensione statualista, che altre volte vedremo, anche tragicamente, perseguito nel corso della storia europea¹³. Scientismo e statualismo legalista soddisfano infatti, per stretta analogia, l'imperativo della semplificazione: ad una forma monistica di organizzazione dei dati sulla natura (si pensi, esemplarmente, alle grandi “narrazioni” della chimica, come la tavola periodica degli elementi, o delle scienze naturali, come la tassonomia di Linneo) corrisponde analogicamente una forma monistica di organizzazione dei poteri politici (la sovranità). In entrambi i casi vale il presupposto dell'*etiamsi daremus non esse Deum*, poiché si tratta di forme moderne della *reductio ad unum* ereditata dall'ordine medievale e successivamente secolarizzata.

Per (almeno) tutte queste ragioni, un tipo di ragionamento massimamente funzionale alla narrazione scientifica, qual è il sillogismo deduttivo “perfetto”, non poteva che attrarre l'attenzione dei pensatori politici e giuridici inclini alla riduzione statualista e legalista.

4. Il governo della legge secondo Aristotele e il principio del rule of law

La formula correntemente nota come *rule of law*, o governo della legge, benché per qualche suo aspetto non ignota alla cultura giuridica antica e medievale (così p. es. Cicerone: «*legum [...] omnes servi sumus ut liberi esse possimus*»)¹⁴, assume un rilievo tutto particolare nel quadro della concezione moderna della sovranità, allorché una nuova forma di comunità politica, diversa dalla *polis* greca, dalla *res publica* romana e dalla *civitas* medievale – lo *stato* – compare nelle teorie (prima) e nella prassi (poi) di alcune *natio* europee. In un certo senso, l'idea della limitazione del potere politico da parte della legge – legge che esso stesso si è dato, non legge naturale o divina – è debitrice della dottrina scolastica circa il “potere di Dio”.

Si sa che gli scolastici realisti (domenicani) obiettavano agli scolastici nominalisti (francescani) la possibilità da parte di Dio di non volere “dopo” ciò che aveva voluto “prima”, e viceversa. Il punto di partenza era comune ad entrambi: Dio vuole il bene; ma l'interpretazione era affatto divergente. Per i primi, Dio vuole il bene in quanto è bene (il bene è l'*oggetto* della Sua volontà); per i secondi, tutto quel che Dio vuole, per ciò stesso è bene (il bene è il *prodotto* della Sua volontà). Evidentemente, nel primo caso il *prius* è (la conoscenza de) il bene, nel secondo la volontà divina. La posta in gioco era altissima: la razionalità dei comandi divini. Ci sia scusata la trivialità: era essenziale, per i realisti, che Dio non potesse barare al gioco, inventandosi, ad esempio, triangoli rotondi. Un triangolo è l'espressione di determinate regole *oggettive*, la circonferenza di altre. Se triangolo e circonferenza sono fatti in modo diverso, questo è un *bene*, pensato-voluto da Dio in quanto *creator mundi*¹⁵. Allo stesso modo, se YHVH ha voluto dare al popolo d'Israele il comandamento “Non uccidere”, s'intende che esso sia buono in sé e non sottoposto a mutamento: *Ego enim Dominus, et non mutor*¹⁶. Per gli scolastici volontaristi, invece (e in seguito per Lutero e Calvino), nulla ci assicura che Dio non possa ‘cambiare idea’ – la ragione, insom-

¹³ Illuminanti al riguardo i saggi di Rémi Brague ora tradotti e pubblicati in BRAGUE, GRIMI 2015.

¹⁴ CIC. *pro Clu.* 53. 146. Consultabile anche *on line*: <http://www.thelatinlibrary.com/cicero/cluentio.shtml#cone>.

¹⁵ Gen. 1.1 (di ogni cosa che Dio fece, *vidit quod esset bonum*).

¹⁶ Mal. 3.6.

ma, non ci garantisce circa l'attendibilità delle nostre conoscenze e delle conseguenti decisioni. Potremmo anche dirla in questo modo: il dio dei volontaristi non è un Dio-logos, ma piuttosto un dio-potestas (o voluntas).

Trasferito alla filosofia politica e giuridica, tutto ciò comporta che, in una prospettiva volontaristica (come nel caso dell'assolutismo), *qui facit legem non est subditus legi*, mentre in una prospettiva realista anche l'autore dei comandi legali *cadit sub lege*.

La stessa dottrina scolastica, peraltro, sviluppa temi ampiamente affrontati già in Aristotele. Per la questione che qui discutiamo, rilevano in particolare alcune posizioni espresse dallo Stagirita in *Politica e Retorica*. Così recitano alcuni celebri passi della prima (*Pol.* 3. 16. 1287a):

«è preferibile, senza dubbio, che governi la legge più che un qualunque cittadino»;

«tutti (quest)i casi che la legge si rivela incapace di definire, neppure un uomo potrebbe conoscerli. Però la legge, data una conveniente istruzione, impone ai magistrati di giudicare e di amministrare il resto secondo il parere più giusto; inoltre dà loro la possibilità di introdurre quell'emendamento che ad essi, dopo varie esperienze, sia sembrato migliore delle disposizioni stabilite. Quindi chi raccomanda il governo della legge sembra raccomandare esclusivamente il governo di dio e della ragione, mentre chi raccomanda il governo dell'uomo, v'aggiunge anche quello della bestia perché il capriccio è questa bestia e la passione sconvolge, quando sono al potere, anche gli uomini migliori. Perciò la legge è ragione senza passione»;

«ci sono anche adesso uffici, come quello di giudice, sovrani nel decidere casi che la legge è incapace di definire con esattezza: ma dove è capace, nessuno dubita che nel modo migliore li regolerà e deciderà la legge. Ma siccome può darsi che taluni casi siano contemplati dalla legge e altri no, proprio questo fa dubitare e indagare se è preferibile che governi la legge migliore o l'uomo migliore perché è tra le cose impossibili stabilire una legge per tutto ciò su cui si delibera. Ora non oppongono questo che cioè non debba essere l'uomo a decidere casi siffatti, bensì *non uno solo, ma molti*. Ogni magistrato giudica bene quand'è educato dalla legge, ma forse sembrerebbe strano che una sola persona, giudicando con due occhi e due orecchie e servendosi per le sue azioni di due piedi e di due mani, vedesse meglio di molti con molti organi»¹⁷.

Aristotele sembra qui esprimersi in modo piuttosto chiaro: (i) il governo della legge è, sotto ogni punto di vista, superiore a qualsiasi forma di esercizio monocratico; (ii) la legge per sé stessa non consiste in una determinazione di tutti i casi possibili (su questo egli insiste molto), ragion per cui essa ammette e, anzi, regola la funzione decisoria, indicando le qualità necessarie per accedere alle magistrature; (iii) il governo della legge è superiore essenzialmente perché ha un carattere *razionale* e (perciò) *impersonale*, mentre le decisioni puramente umane non sono sottratte al rischio dell'irrazionale (le "passioni"); (iv) i giudici, ancorché indispensabili nei casi concreti, sono uomini, epperò per un verso soggetti a tale rischio, per l'altro limitati dalla loro singolarità naturale (*solo due occhi, due orecchie ecc.*): ecco quindi che l'azione del giudizio non dovrebbe essere solitaria, ma comportare una molteplicità di attori.

Ora, il fatto che *dovrebbero esserci molti giudici e non uno solo* ad opportuno completamento del governo della legge, non può essere risolto, a nostro modo di vedere, da un mero ricorso alla collegialità (sia essa di togati e/o laici). Ciò, infatti, significherebbe solo moltiplicare le unità dei soggetti, con analoghi rischi di parzialità e limitazione di mezzi. Non è questione di semplice *quantità*, infatti, bensì di *qualità*. Ciò che è richiesta è, piuttosto, una modalità 'plurale' di concorso alla decisione (beninteso, regolata dalla legge) che impedisca il costituirsi di un discorso arbi-

¹⁷ ARISTOTELE 1983, 108 ss.

trario (il “capriccio”, la “bestia”). L’obiettivo di Aristotele è, in questo caso, politico – evitare la tirannia –, ma lo strumento è giuridico: decidere secondo ragionevolezza in un contesto ‘plurale’.

Come ciò si possa conseguire è precisato nella *Retorica*, dove il genere dei discorsi interessati alla decisione giudiziale è assimilato a quelle forme di ragionamento pratico che si avvalgono per le loro inferenze di premesse non assiomatiche (come invece fanno i sillogismi apodittici), bensì opinative, ancorché rese attendibili da un’ampia e/o accreditata diffusione. Sono forme di ragionamento che hanno come loro contesto abituale il dibattito pubblico (l’*agora*), impegnato in valutazioni etiche, politiche e giudiziali che dovrebbero guidare le scelte nei rispettivi campi: quelli del *buono*, del *pubblicamente utile* e del *giusto*.

Brevitatis causa non richiameremo in questa sede tutti i pertinenti passi della *Retorica*, poiché ciò che qui importa è rispondere alla domanda lasciata aperta dalla precedente citazione tratta dalla *Politica*, ossia come debba operare il decisore giuridico in modo che sia salvaguardata la “pluralità” del suo discorso. E la risposta, compendiata nella *Retorica*, consiste nell’indicazione delle procedure razionali che si applicano alle predette forme di dialogo sul buono, l’utile e il giusto, onde evitare che si trasformino in un esercizio di sofistica (la quale è una persuasione senza verità) e, quindi, d’inganno. La natura della decisione giuridica appare, dunque, strettamente dipendente da una dimensione comunicativa *dialogica*, di quelle cioè che si governano, secondo Aristotele, con la topica, la dialettica e la retorica (diversamente dalla scienza, che si costituisce in un contesto in cui le premesse delle dimostrazioni sono intese come vere per evidenza o per convenzione – un contesto, quindi, *monologico*).

Se torniamo, adesso, alle considerazioni dello Stagirita nella *Politica* a proposito del governo delle leggi, e più precisamente al luogo in cui stabilisce che *la legge è ragione non affetta dalla passione*, potremmo complessivamente concludere che la possibilità per la legge di governare senza il rischio del “capriccio” e della “bestia” (che il potere quasi inevitabilmente attira) risiede nella componente dialogica e ‘plurale’ della decisione giuridica, organizzata dalle procedure argomentative peculiari ai contesti non scientifici (o, come meglio forse si dovrebbe dire, non logicamente formalizzati). È alla retorica, dunque, che occorre primariamente guardare per regolare discorsivamente la decisione giuridica, stante il carattere largamente opinativo dei ragionamenti che si costituiscono in processo intorno al significato e alla pertinenza della norma legale da cui sussumere e al verificarsi dei fatti *sub iudice*.

Ora, se il carattere monologico dei ragionamenti scientifico-formali non osta alla libertà della comunità politica, essendo la dimostrazione perseguibile solo a costo di interrompere, per tutto il tempo della sua esecuzione¹⁸, la discussione intorno alle sue premesse, al contrario il venir meno del carattere dialogico dei ragionamenti etici, politici e giuridici, e la sua riduzione a (pretesa) deduzione formale, insidia la libertà della comunità stessa, poiché non integra il governo della legge con la necessaria ‘pluralità’. Saremmo, infatti, costantemente esposti al rischio della tirannia: di un valore, di un orientamento politico o di una norma positiva.

5. *Le necessarie implicazioni dialogiche del rule of law*

Non è fuori luogo affermare che, a fronte della lezione aristotelica circa il rapporto fra potere, legge e libertà – e la sua necessaria soluzione sul piano del dialogo razionale –, la modernità politica ha imboccato tutt’altra strada, cercando al contrario di modellare i ragionamenti pratici sulla deduzione formale propria dei ragionamenti scientifici. Come abbiamo già esposto nelle sezioni 2 e (soprattutto) 3 di questo articolo, l’assolutismo politico ritenne che la scienza del governo dovesse uniformarsi alla meccanica e alla fisica dei corpi (Hobbes), mentre l’illuminismo im-

¹⁸ Restando, dunque, spazio per il momento dialogico *prima e dopo* la dimostrazione stessa.

maginò un ragionamento giudiziale operato da un giudice-automa in forma di sillogismo “perfetto” (Montesquieu e Beccaria). Nell’un caso come nell’altro, la condizione dialogica fu negata e, anzi, considerata fonte di pericolosa incertezza per l’esercizio del governo e della giustizia. Si tratta, se vogliamo, di una metamorfosi politica del cartesianesimo: così come Descartes aspirava ad un uomo reso dalla scienza «*maître et possesseur de la nature*»¹⁹, parallelamente l’assolutismo vide la realizzazione di quest’ideale nel sovrano.

Dalla reazione a quest’istanza autocratica originò la concezione moderna del *rule of law*, inteso primariamente come limite al potere del sovrano, e secondariamente come preminenza del legislativo. In buona sostanza, quello che per Aristotele era soprattutto un problema epistemologico e morale (un “uomo solo al comando” è più facile preda dell’errore e della “passione”), nella modernità diventa essenzialmente un assunto politico circa l’allocazione dei poteri. Allo stesso tempo, però, esso favorì le condizioni per una ripresa del principio dialogico, stante che la deliberazione legislativa fu assegnata in via eminente all’organo supremo delle discussioni politiche, che è appunto il parlamento, individuato come la sede propria della sovranità. Per converso, la declinazione dell’esercizio dialogico non andò mai oltre la fase normogenetica e, nel processo giudiziario, al massimo oltre quella dibattimentale, restando la decisione giudiziale (anche negli stati di diritto, e fatto salvo l’istituto della giuria o del collegio giudicante previsto in determinati casi) un atto essenzialmente solitario del giudice. In altre parole, al venir meno della natura monologica della legislazione non corrispose il venir meno della natura monologica della giurisdizione, nella quale il pregiudizio cartesiano, alimentato dal legalismo stretto, ebbe ancora vita lunghissima.

Sul piano filosofico (su quello storico non ci addentreremo), la domanda che a questo punto s’affaccia è: come mai i propugnatori liberali del *rule of law* non si avvidero della sopravvivenza di tale pregiudizio e di come essa rendesse, in qualche modo, imperfetto il compimento del principio del governo della legge? E, se se ne accorsero, come mai non posero in atto le opportune misure correttive? La risposta – filosofica – va, a nostro modo di vedere, cercata nelle diverse questioni implicate dall’imperativo della *certezza del diritto*, che sempre accompagna le discussioni intorno alla legge e alla sua applicazione. Tale imperativo, che rappresenta un autentico snodo fra politica e diritto, è sempre stato considerato complementare al governo della legge – e giustamente, poiché la legge può costituire un argine difensivo per il cittadino nei confronti del potere nella misura in cui le disposizioni stesse, e le loro possibili conseguenze, siano note. La certezza, insomma, comporta la conoscibilità o prevedibilità dei comportamenti obbligatori e proibiti. In questa prospettiva, l’esercizio dialogico nella fase applicativa poteva (e potrebbe) apparire come potenziale fonte d’incertezza, rispetto a una decisione monocratica e “automatica” operata mediante un sillogismo, capace di inferire una norma individuale da una legge pretesamente “uguale per tutti”.

Di fronte, dunque, all’eterno spauracchio del rabelaisiano giudice Bridoye o dell’avvocato Azzecagarbugli, e in ossequio alla maestà positivista della legge, gli ordinamenti codificati o in via di codificazione preferirono, nel corso del XIX sec., orientarsi verso un rito processuale di tipo inquisitorio (ovvero “asimmetrico”)²⁰, in cui la dimensione del dialogo fra i diversi attori giudiziari soggiace al torreggiante giudizio-verdetto del “sussuntore legittimo”. Testimonianza evidente, oltre che di un perdurante scientismo di fondo (siamo, dopotutto, nell’età del positivismo filosofico), della convinzione che la certezza razionale possa essere garantita solo da procedimenti monologico-deduttivi.

Una valutazione critica di questo tipo di prospettiva, quale noi vorremmo proporre in questa quinta sezione, è destinata ad impegnare (almeno) due livelli di discussione: quello filosofico e, anzi, metafisico della struttura dell’esistenza, e quello logico della deduzione e del sillogismo.

¹⁹ DESCARTES 1637, I.6.

²⁰ È la nota definizione di Alessandro GIULIANI (1988, 523 ss. *et alibi*).

Quanto al primo, giova ricordare che, secondo una consolidata linea di pensiero che attraversa filosofie diverse tra loro – da Platone ad Agostino, passando per Tommaso d’Aquino e la scolastica medievale, Petrarca, Vico e diversi umanisti, sino agli esistenzialismi del Novecento –, la conoscenza si acquisisce primariamente attraverso un confronto argomentativo fra sostenitori di tesi diverse. Se ne evince che, per queste filosofie, il processo razionale che conduce alla verità non implica l’adozione esclusiva di sistemi formalizzati e della deduzione “perfetta” da assiomi. Più ancora (ed ecco il *côté* metafisico), per talune di esse, l’opzione dialogica asseconda la struttura stessa dell’esistenza, la quale è, quanto all’uomo, ontologicamente e fenomenologicamente intersoggettiva²¹. Vi è, a monte di queste filosofie, espressa od implicita, la concezione della *differenza* come essenziale alla stessa *identità* (e viceversa)²², ed in questo senso abbiamo detto che la valenza più profonda della scelta di forme di ragionamento argomentativo ha natura, propriamente, metafisica.

Quanto al secondo livello della discussione, quello logico, vogliamo qui richiamare quella ripresa degli studi sull’argomentazione che, con differenti accenti e tendenze, si è manifestata, anche e particolarmente in ambito filosofico-giuridico, a partire dalla metà del secolo scorso²³. Le molte scuole e i diversi autori che la costellano procedono tutti dalla medesima presa d’atto circa la funzione delle diverse opinioni quale ‘materiale di partenza’ per numerosi campi della comunicazione, specialmente d’ambito pubblico, epperò della necessità di asseverare, soprattutto in vista di processi decisionali, quelle più resistenti all’obiezione. È così ricomparsa in occidente l’idea che la *persuasione* non sia necessariamente la conseguenza di atti linguistici intrinsecamente capziosi (da cui la cattiva nomea – e la prevalente accezione negativa nei discorsi comuni – della retorica), ma una peculiarità propria a determinate attività logico-linguistiche, diverse dalla *dimostrazione* intesa in senso formale.

Poiché le teorie argomentative tendono a descrivere, e più spesso ad organizzare normativamente, i campi della comunicazione dia- o poli-logica, è chiaro che l’obiettivo della *certezza* in termini di razionalità (o, come taluni preferiscono dire, di ragionevolezza²⁴) non è ad esse affatto estraneo. La certezza, insomma, non è interpretata, nel quadro delle teorie argomentative, come una qualità del ragionamento estranea ai (o quantomeno minacciata dai) confronti di opinione: *razionalità* e *dialogo* possono felicemente convivere.

Cosa comporta tutto ciò per la questione del rapporto fra *rule of law* e decisione giudiziale? E, soprattutto, come inquadrare la componente dialogica in un contesto (quello processuale) in cui forme istituzionali e autoritative giocano un ruolo fondamentale? Nella prossima sezione cercheremo di svolgere alcune considerazioni al riguardo, proponendo un modello di argomentazione decisoria che possa soddisfare tanto i profili di razionalità (e quindi di certezza) quanto quelli dialogici, nel rispetto delle disposizioni legali.

6. Il sillogismo giuridico argomentativo e cooperato (ossia dialogico)

Un chiarimento necessario. Com’è stato testé ricordato, il principio del governo delle leggi attrae quello della certezza del diritto, intesa come prevedibilità (dei significati) degli enunciati normativi legislativi e giudiziali. Le filosofie giuridiche improntate all’illuministico e al codicismo, basandosi sul presupposto dell’esistenza di un “significato letterale” delle disposizioni non bisognoso (o quasi) di alcuna attività ermeneutica, aspiravano a conseguire tale certezza su base

²¹ Il riferimento d’obbligo è a Sergio Cotta (spc. COTTA 1985).

²² Il tema è ampiamente discusso in MANZIN 2012.

²³ Si tratta della ben nota “svolta argomentativa” (cfr. CATTANI, CANTÙ et al. 2009). Per un’analisi accurata e aggiornata del movimento e dei suoi principali esponenti v. VAN EEMEREN et al. 2014.

²⁴ Tipicamente, John Rawls.

“geometrica”: il giudice avrebbe operato con gli enunciati normativi come il matematico euclideo con i suoi assiomi. Ma – come abbiamo brevemente illustrato nella sezione 2 – tanto il contesto legislativo quanto quello giudiziale non possiedono le caratteristiche proprie delle scienze formali²⁵, *in primis* sotto il profilo linguistico, per il quale ultimo prevalgono usi affini a quelli del linguaggio naturale.

In ambiti di questa sorta, come aveva ben visto Aristotele, il ragionamento può trarre deduzioni logicamente valide, il cui grado di certezza è tuttavia condizionato dalla natura opinativa delle premesse (es. se è molto/poco/per nulla probabile che di *p* si possa predicare *q*, e *C* ha tutte le caratteristiche atte a qualificarlo ragionevolmente come *p*, allora è molto/poco/per nulla probabile che di *C* si possa predicare *q*). Ciò significa che, in presenza di cognizioni opinative, la certezza si declina e si gradua in termini di maggiore o minore *probabilità* (o *verisimiglianza*), dove l’esser maggiore o minore è dato dall’autorevolezza e/o dal grado di condivisione dei luoghi argomentativi utilizzati. Ora, essendo il principio del *rule of law* destinato ad operare in un contesto dialogico e opinativo, esso non potrà essere soddisfatto dal tipo di certezza che riguarda le operazioni deduttive nei discorsi assiomatizzati, bensì, appunto, dalla probabilità (verisimiglianza, attendibilità, credibilità, persuasività ecc.).

Fatta questa doverosa precisazione, proveremo ora a mostrare come il modello del sillogismo giudiziale consolidatosi nella dottrina possa, con gli indispensabili correttivi, adeguarsi al contesto della decisione giudiziale, e come, così predisposto, esso possa soddisfare gli standard di probabilità richiesti dall’esercizio del governo della legge. La nostra proposta si basa su una serie di studi, già pubblicati o in corso di pubblicazione²⁶, dedicati alla figura del *sillogismo argomentativo cooperato* (o CALS: acronimo per *Cooperated Argumentative Legal Syllogism*), ragion per cui ci permetteremo in questa sede di fornirne un quadro estremamente sintetico.

Poiché molte formulazioni correnti riguardanti il ragionamento giuridico distinguono fra giustificazioni “di primo” o “second’ordine” (dette anche, rispettivamente, “interne” ed “esterne”), correttamente ascrivendo alle prime un carattere eminentemente “logico-deduttivo” e alle seconde “retorico”²⁷, diremo subito che il nostro modello le riguarda entrambe, poiché indica una serie di operazioni (o “mosse argomentative”) che coinvolgono:

- (a) i discorsi finalizzati al ritrovamento e all’interpretazione della regola generale ed astratta (ovvero il combinato disposto di un certo numero di tali regole);
- (b) i discorsi finalizzati ad argomentare i criteri di quel ritrovamento e di quell’interpretazione;
- (c) i discorsi finalizzati ad argomentare i criteri che sorreggono la ricostruzione *in facto*;
- (d) la costruzione logica dell’inferenza.

(Nell’elenco, le lettere da (a) a (c) corrispondono alla giustificazione “esterna” che dovrebbe comparire nella motivazione della sentenza, sia essa di merito o di legittimità, mentre la lettera (c) corrisponde all’operazione deduttiva disegnata nel dispositivo).

Il punto in cui il modello si distacca da queste formulazioni concerne la rigida distinzione fra i due tipi di giustificazione, dovuta a una “credenza di sfondo” per la quale la giustificazione “di

²⁵ Cfr. rec. MANZIN 2018b.

²⁶ V. nei riferimenti bibliografici.

²⁷ «La giustificazione interna ha carattere *logico-deduttivo*, mentre la giustificazione esterna ha piuttosto carattere *retorico*» (GUASTINI 2001, *css. nss.* Ora anche in GUASTINI 2014). L’autorevole giurista genovese tende a considerare “logico” il solo ragionamento inferenziale di tipo deduttivo (lo si comprende agevolmente dal complesso delle sue considerazioni, qui e altrove), mentre quando usa il termine “retorico” indica un’attività discorsiva dotata di un minor grado di razionalità. Nel lessico, concettuale e linguistico, utilizzato nel nostro articolo, la qualificazione di “logico” deve altresì intendersi con maggiore ampiezza, ossia pertinente anche ai processi argomentativi di tipo topico, dialettico e retorico.

prim'ordine" o "interna" dovrebbe ricalcare lo schema del sillogismo scientifico, così ricandidando la sua natura monologica. Come abbiamo detto, il contesto della decisione giudiziale, poiché attiene ad una controversia, è invece strutturalmente dialogico²⁸.

Questa sottolineatura è essenziale, e costituisce anche il nostro punto di partenza nella descrizione del modello. Occorre, infatti, allargare il campo d'osservazione dal momento finale della decisione (che nelle teorie "monologizzanti" è considerato come un'entità separabile dalla complessità polimorfa del rito entro il quale si svolge), al lavoro d'insieme dei diversi soggetti istituzionali che compongono la scena del processo giudiziario (avvocati delle parti, pubblica accusa, testimoni, periti) e dai loro discorsi. Nella nostra prospettiva, la decisione è l'atto finale di una serie di eventi in cui attori diversi hanno cercato di costruire ragionamenti in parte convergenti tra loro e in parte deliberatamente divergenti, allo scopo di renderli prevalenti, e nel migliore dei casi esclusivi, per la scelta (logica, etica ed emotiva)²⁹ che condurrà il giudice alla sentenza. Una vera e propria "opera a più mani" (o, come scrive Dworkin, un "chain novel")³⁰, in cui pluralità e dialogo non costituiscono soltanto un'apprezzabile espressione democratica, ovvero la realizzazione di un dettato costituzionale (quello compendiato nell'art. III Cost.), o più ancora la manifestazione di quel principio giuridico fondamentale³¹ noto nella forma del brocardo *audiatur et altera pars*, ma la vera e propria ossatura logica del ragionamento decisorio (*per incidens*: questo tipo di approccio implica alcune rilevanti ricadute in ambito deontologico, poiché induce a considerare i protagonisti della controversia – e segnatamente coloro che svolgono l'ufficio della difesa e dell'accusa – come cooperatori indispensabili alla formazione del giudizio, scoraggiando gli atteggiamenti di *impoliteness* giudiziale).

Ecco dunque che al giudice competerà, non più in severa solitudine, di organizzare secondo una forma logica e persuasiva le plurime rappresentazioni discorsive (linguistiche, visuali, multimodali)³² e le connesse suggestioni (etiche ed emozionali), sottomesse dalle parti e dagli altri partecipanti al dialogo processuale. Una forma che, nel modello CALS, è scandita da alcune fasi principali o "mosse argomentative"³³:

1. controllo della *plausibilità*, operato dal giudice vagliando la consistenza dei luoghi argomentativi utilizzati dalle parti come premesse dei loro ragionamenti in diritto e in fatto;
2. controllo della *coerenza*, operato dal giudice vagliando le connessioni logiche che, nei ragionamenti delle parti, hanno consentito di trarre determinate conclusioni (e non altre) da quelle premesse;
3. controllo *dialettico*, operato dal giudice confrontando sinotticamente i ragionamenti proposti dalle parti, nonché verificando l'esistenza di possibili congiunzioni alternative fra gli argomenti dell'una e dell'altra;
4. formulazione della *tesi possibile*, consistente nella fissazione delle premesse che saranno adottate dal giudice per la giustificazione "interna" ed "esterna"; essa sarà realizzata utilizzando

²⁸ Per questa ragione, il modello qui proposto potrebbe essere ricompreso nel più ampio novero delle teorie argomentative usualmente dette "dialogiche" (cd. *dialogical approach*), nelle quali l'argomentazione giuridica è considerata dal punto di vista delle procedure discorsive mediante le quali una determinata posizione è sostenuta razionalmente nel contesto della decisione giudiziale (FETERIS 1999, 19-21). Una differenza rilevante sta, tuttavia, nel costante richiamo al fondamento, che caratterizza i nostri studi sotto il profilo della metafisica.

²⁹ Cfr. MANZIN, TOMASI 2015; MANZIN 2018b.

³⁰ DWORKIN 1986, 229. Nella nostra accezione il termine va inteso in senso ancora più ampio, comprendendo il ruolo delle parti nel fornire materiale "giudiziabile" al lavoro dei giudici.

³¹ Meglio ancora sarebbe dire *originario*: cfr. in prop. MANZIN, PUPPO 2008; MANZIN 2014, 123-134.

³² Per questi ultimi due aspetti v. spc. BIRDELL, GROARKE 1996 (l'articolo che inaugurò questo campo di studi) e più rec. TSERONIS, FORCEVILLE 2017; KJELDSSEN 2015; MANZIN, PUPPO et al. 2017.

³³ Utilizziamo qui una terminologia resa familiare dagli studi della pragma-dialettica, conformemente alla ns. più recente pubblicazione sull'argomento (MANZIN 2018b).

i ‘materiali’ estratti, all’esito dei precedenti controlli, dai diversi ragionamenti degli attori processuali – e, in un regime processuale correttamente *adversary*, solo da quelli³⁴;

5. inferenza entimematica, consistente nella composizione di un sillogismo procedente da quelle premesse e nella conseguente deduzione della decisione, la quale comparirà nel dispositivo della sentenza (giustificazione “interna”).

I punti 1, 2 e 3 dovranno essere chiaramente esposti nella motivazione della sentenza, onde permettere: (i) l’opportuno controllo nel caso di impugnazione, (ii) una buona sedimentazione della decisione giudiziale nella giurisprudenza e nella dottrina, (iii) un consenso potenzialmente favorevole alla sentenza sul piano dell’informazione pubblica.

La costruzione del CALS ha carattere logico-argomentativo in tutti i suoi punti, inclusa la deduzione conclusiva (che normalmente avrà forma di entimema), ed è “cooperata” nel senso che le parti, pur operando strategicamente per difendere i rispettivi *standpoint* – anzi, proprio per questo – forniscono al giudice il “materiale” necessario all’adempimento della sua funzione³⁵.

Il fatto, poi, che tutto il complesso dei ragionamenti giudiziali (e in generale giuridici) avvenga in un contesto il quale, per quanto dialogico, è pur sempre condizionato nelle sue modalità di svolgimento da precise regole istituzionali di vario rango (dalle norme costituzionali a quelle del rito, dai regolamenti al diritto dell’esecuzione), non altera *per se* il carattere razionale della decisione. Si tratta, infatti, di “regole del gioco” che connotano l’ambito comunicativo giudiziale (e in generale giuridico) in modo non essenzialmente diverso da quanto avviene anche in altri ambiti, sebbene le regole legali abbiano certe loro peculiarità³⁶. Lo stesso “contesto di scoperta” – se vogliamo usare questa distinzione³⁷ – quale si definisce nella cognizione *in facto*, ancorché strumentalmente più limitato di un normale contesto di osservazione empirica (ad esempio un laboratorio), non ne differisce tuttavia in senso assoluto, poiché anche la sperimentazione scientifica deve uniformarsi ad una serie di regole, non solo tecniche ma anche deontologiche ed etiche. Non è dunque la struttura istituzionalmente regolata del contesto giudiziale a sminuirne il profilo logico-argomentativo, né il fatto che il ragionamento giuridico si eserciti su “oggetti” così particolari quali gli enunciati normativi, poiché per esempio anche le matematiche si occupano di “oggetti” alquanto particolari, e certamente astratti, come i numeri e gli altri concetti connessi.

Una più accentuata differenza sembra essere quella relativa alla “validità giuridica”, poiché quest’ultima prescinde dalla qualità logico-argomentativa (e *in primis* dalla coerenza) dei discorsi produttivi e applicativi di norme – anche la più sghemba delle sentenze e la più antinomica delle leggi, infatti, sono *ius positum* e possono produrre i previsti effetti. Che cosa sostiene tale “validità”? Il dibattito sulla questione, largamente nota ai giuristi, è troppo ampio per poter essere qui richiamato. Ci limiteremo perciò a rilevare che la (problematica) giunzione tra *forza* e *razionalità* non è esclusiva del mondo del diritto: nello stesso ambito scientifico, infatti, non sono mancate le occasioni in cui essa si è manifestata, e non sempre è stata risolta facendo pendere la bilancia dalla parte della razionalità (in sostanza, la dimensione dell’effettività è connaturata ai più diversi ambiti dell’esperienza sociale, altro non essendo – in termini filosofici – che una proiezione del rapporto fra ragione e volontà).

Riepilogando, né il carattere dialogico ed entimematico della controversia giuridica, né la cogenza

³⁴ In linea con la formulazione aristotelica di “sillogismo” in *Analitici primi* (precedentemente citata nel testo) e – aggiungiamo – come fissato anche dal legislatore (dopo la novellazione dell’art. 111 Cost.) con L. 18/6/2009 n. 69 e con l’introduzione di un 2° comma all’art. 101 c.p.c. Si tratta di misure volte a sancire la nullità delle sentenze in cui il giudice abbia deciso sulla base di elementi rilevati d’ufficio sui quali non ci sia stato alcun confronto processuale.

³⁵ Per questo motivo si è preferito il termine “cooperato” a quello di “cooperativo” (MANZIN 2016b).

³⁶ Su ciò SCHAUER 1993.

³⁷ Sono note le criticità della distinzione, se assunta in ambito giudiziale: v. MAZZARESE 2012, cap. 3. Più rec. PINO 2016, 339-343.

delle regole che la condizionano (cioè il fatto che sia *giuridica*), sottraggono necessariamente razionalità alla decisione giudiziale, ovvero impediscono che essa possa assumere la forma di un'inferenza deduttiva in *modus ponens*³⁸. Su queste basi il nostro modello aspira a porsi quale vero e proprio programma operativo nei contesti della formazione giuridica forense e del ragionamento giudiziale, finalizzato a migliorare la qualità logico-retorica delle sentenze, con tutti gli annessi e connessi (maggiore autorevolezza della giurisprudenza di ceto, esaltazione della funzione delle parti in una visione "isonomica" del processo, contributo alla certezza del diritto – nello spirito del *rule of law*).

7. Alcune conclusioni

Ciò che abbiamo sin qui cercato di mostrare è riassumibile in tre punti principalissimi: (i) la condizione dialogica – originaria – non osta ed anzi è coerentemente implicata dal principio del *rule of law*; (ii) tale condizione, opportunamente governata sul piano logico-discorsivo, può concorrere alla realizzazione di quel principio anche in sede giudiziale, assicurando maggior certezza nell'interpretazione-applicazione delle disposizioni normative; (iii) i discorsi che contribuiscono, nell'ambito del processo giudiziario, a formare le premesse (opinative) in diritto e in fatto possono essere collocati in un *frame* sillogistico che conferirà validità logica alla conclusione-sentenza.

Con il punto (i) abbiamo ricordato il fondamento filosofico e metafisico delle nostre riflessioni: l'uomo come "animale politico" e come "parlante", poiché se – come afferma Aristotele nella *Politica* – il governo delle leggi serve ad introdurre la *pluralità* come misura correttiva del rischio "passionale" che il governo di uno solo comporterebbe (la "bestia", il "capriccio"), tale pluralità per un verso presuppone la struttura intersoggettiva (e non individualistica) dell'esistenza umana, e per l'altro suggerisce (onde evitare il ricomparire della "bestia" nei rapporti fra i soggetti, o di una "bestia" in forma di stato assoluto – il Leviathan) di adottare, in ambito discorsivo e decisionale, la modalità del vicendevole "addurre ragioni pro e contro"³⁹. In altre parole, il dialogo fra plurimi soggetti può fungere d'antidoto alla "bestia" solo nella misura in cui abbia natura razionale e non volontaristica.

Con il punto (ii) abbiamo precisato in quale forma questa *razionalità dialogica* possa applicarsi ai giudizi: si tratta della procedura logico-argomentativa già individuata dallo stesso Aristotele nella *Retorica*, consistente nella selezione di "luoghi" opinativi dotati di persuasività in virtù della loro provenienza e diffusione (*endoxa*), e nel loro successivo utilizzo nel contesto delle discussioni finalizzate a stabilire ciò che è giusto in una controversia. Questo passaggio è cruciale, poiché implica che la teoria argomentativa sia il necessario complemento della teoria politica sulla preferibilità del governo della legge, soprattutto in riferimento alla certezza. Sono, infatti, più certi – e quindi più confacenti al *rule of law* – i ragionamenti che possono coniugare la credibilità delle loro premesse (probabilità *seu* verosimiglianza) con la coerenza delle loro conclusioni (validità in senso logico).

Con il punto (iii) abbiamo illustrato la tesi principale di questo lavoro, ossia la possibilità di collegare il risalente assunto formalista del sillogismo giudiziale (ispirato da un apprezzabile desiderio di assicurare *certezza* alle decisioni processuali, ma viziato dall'errato presupposto dell'autosufficienza semantica delle disposizioni legali) con una pragmatica del ragionamento giuridico in cui tanto la pluralità dei discorsi in diritto e in fatto prodotti dalle parti, quanto la natura istituzionalmente regolamentata del processo giudiziario, sono presi in considerazione come elementi fondamentali per la costruzione dell'entimema decisorio.

³⁸ Tale è anche l'opinione dei cdd. deduttivisti nell'ambito delle teorie argomentative. Per un approfondimento, oltre al prec. cit. GROARKE 1999 (*vs.* GOVIER 1987), cfr. GERRITSEN 2001; PRAKKEN 2002; KRABBE 2003.

³⁹ BOBBIO 1966, xi.

Nel suo insieme, questo breve contributo ha cercato di rischiarare qualche aspetto del delicato rapporto fra *potere* politico (di produrre regole generali ed astratte) e giuridico (di applicarle ai casi singoli), condizione *dialogica* dell'esistenza e necessità di articolarla nel senso della discussione (anche pubblica) critica, *razionalità* dei discorsi istituzionalmente preposti a sancire una decisione giudiziale. Potere, dialogo, logica costituiscono un plesso fondamentale ed originario dell'esperienza politico-giuridica occidentale: ne fa fede la riflessione aristotelica, a cui abbiamo abbondantemente attinto. Quantomeno dall'età della *polis* ci si è interrogati su di esso, scorgendone il profilo insieme logico ed etico. Nell'età del pluralismo giuridico e della crisi della sovranità – la nostra – questa riflessione non ha affatto perso d'attualità.

Riferimenti bibliografici

- ARISTOTELE 2003. *Organon*, a c. di G. Colli, Milano, Adelphi.
- ARISTOTELE 1983. *Politica, Trattato sull'economia*, in *Opere*, vol. 9, a c. di G. Giannantoni, Roma-Bari, Laterza.
- BERTI E. 2009. *Profilo di Aristotele*, Roma, Studium.
- BIRDELL D., GROARKE L. 1996. *Towards a theory of visual argument*, in «*Argumentation and Advocacy*», 33, 1996, 1-10. Disponibile in <https://public.wsu.edu/~ericsson/birdandgroar.pdf> (consultato il 4/11/2019).
- BOBBIO N. 1966. *Prefazione*, in PERELMAN C., OLBRECHTS-TYTECA L., *Trattato dell'argomentazione: la nuova retorica*, Torino, Einaudi, i-xix.
- BRAGUE R., GRIMI E. 2015. *Contro il cristianesimo e l'umanesimo*, Siena, Cantagalli.
- BUBER M. 1973. *Il principio dialogico e altri saggi*, Cinisello Balsamo (Milano), San Paolo, 1997 (ed. or. *Das dialogische Prinzip*, Gütersloh, Gütersloher Verlagshaus, 1973, trad. it. di A.M. Pastore).
- CATTANI A., CANTÙ P., TESTA I. 2009. *La svolta argomentativa*, Napoli, Loffredo.
- COTTA S. 1985. *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano, Giuffrè.
- DESCARTES R. 1637. *Discours de la méthode*, ed. V. Cousin, Levrault, 1824. Disponibile in <http://www.gutenberg.org/files/13846/13846-h/13846-h.htm> (consultato il 4/11/2019).
- DWORKIN R. 1986. *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- FETERIS E.T., 1999. *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer.
- GERRITSEN S. 2001. *Unexpressed Premises*, in VAN EEMEREN, F.H. (ed.), *Crucial Concepts in Argumentation Theory*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 51-79.
- GIULIANI A. 1988. *Prova (filosofia)*, vc. in *Enciclopedia del diritto*, 37, Milano, Giuffrè, 518-579.
- GODDEN D. 2005. *Deductivism as an Interpretive Strategy: A Reply to Groarke's Recent Defense of Reconstructive Deductivism*, in «*Argumentation and Advocacy*», 41, 2005, 168-183. Disponibile in https://www.davidgodden.ca/documents/Godden_2005_AA_Deductivism_as_an_Interpretive_Strategy.pdf (consultato il 4/11/2019).
- GOVIER T. 1987. *Problems in Argument Analysis and Evaluation*, Dordrecht-Providence (RI), Foris Publications.
- GROARKE L. 1999. *Deductivism within Pragma-Dialectics*, in «*Argumentation*», 13, 1999, 1-16.
- GUASTINI R. 2001. *Giuridico, ragionamento*, vc. in *Enciclopedia delle Scienze Sociali, I Supplemento*. Disponibile in http://www.treccani.it/enciclopedia/ragionamento-giuridico_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/ (consultato il 4/11/2019).
- GUASTINI R. 2014. *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.
- KIELDSEN J. 2015. *The Study of Visual and Multimodal Argumentation*, in: «*Argumentation*», 29, 2015, 115-132. Disponibile in <https://link.springer.com/article/10.1007/s10503-015-9348-4> (consultato il 4/11/2019).
- KRABBE, E.C.W. 2003. *The Pragmatics of Deductive Arguments*, in «*OSSA Conference Archive*», 63, 2003. Disponibile in <https://scholar.uwindsor.ca/ossaarchive/OSSA5/papersandcommentaries/63> (consultato il 4/11/2019).
- JACQUETTE D. 2009. *Deductivism in Formal and Informal Logic Studies*, in «*Logic, Grammar and Rhetoric*», 16, 2009, 189- 216.
- JOHNSON R. 2011. *Informal Logic and Deductivism*, in «*Studies in Logic*», 4, 2011, 17-37.

- MANZIN M. 2012. *Ordo iuris: la nascita del pensiero sistematico*, Milano, Franco Angeli.
- MANZIN M. 2014. *Argomentazione giuridica e retorica forense*, Torino, Giappichelli.
- MANZIN M. 2016a. *Legal Argumentation Between ‘Monologue’ and ‘Dialogue’: From the Absolute Ruler to the Rule of Law*, in FETERIS E., KLOOSTERHUIS H., PLUG J., SMITH C. (eds.), *Legal Argumentation and the Rule of Law*, The Hague, Eleven International Publishing, 123-131.
- MANZIN M. 2016b. *Is the Distinction Between “Cooperative” and “Strategic” Crucial for Jurisprudence and Argumentative Theory?*, in MOHAMMED D., LEWIŃSKI M. (eds.), *Argumentation and Reasoned Action. Proceedings of the 1st European Conference on Argumentation, Lisbon 2015*, 1, Milton Keynes (UK), College Publications, 129-133.
- MANZIN M. 2018a. *Are There ‘Non-Euclidean Geometries’ for Judicial Reasoning? Epistemological Pluralism facing the Crisis of Legal Formalism*, in NOVAK M., STRAHOVNIK V. (eds.), *Modern Legal Interpretation: Legalism or Beyond*, Newcastle upon Tyne (UK), Cambridge Scholars Publishing, 139-159.
- MANZIN M. 2018b. *Dalle norme codificate al diritto “liquido”: effetti della secolarizzazione sul ragionamento processuale*, in AMATO S., AMATO MANGIAMELI A. C., PALAZZANI L. (eds.), *Diritto e secolarizzazione. Studi in onore di Francesco D’Agostino*, Torino, Giappichelli, 315-339.
- MANZIN M., PUPPO F. (ed.) 2008. *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Milano, Giuffrè.
- MANZIN M., TOMASI S. 2015. *Ethos and Pathos in Legal Argumentation. The Case of Proceedings Relating to Children*, in GARSSSEN B. J., GODDEN D., MITCHELL G. R., SNOECK HENKEMANS A. F. (eds.), *Proceedings of the 8th International Conference of the Society for the Study of Argumentation*, Amsterdam, Sic Sat, 930-941.
- MANZIN M., PUPPO F., TOMASI S. (eds.) 2017. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 2. Multimodality and Reasonableness in Judicial Rhetoric*, Trento, Editoriale Scientifica.
- MANZIN M., PUPPO F., TOMASI S., 2019. *Dressed Arguments in Legal Speeches: the Use of Style Formulas*, in: GARSSSEN B. J., GODDEN D., MITCHELL G. R., WAGEMANS J. H. M. (eds.), *Proceedings of the 9th Conference of the International Society for the Study of Argumentation*, Amsterdam, Rozenberg/Sic Sat, 787-803. Disponibile in http://cf.hum.uva.nl/issa/ISSA_2018_proceedings.pdf (consultato il 4/11/2019).
- MAZZARESE T. 2012. *Forme di razionalità della decisione giudiziale*, Torino, Giappichelli.
- PERELMAN C. 1969. *Il campo dell’argomentazione*, Parma, Pratiche, 1979 (ed. or. *Le champ de l’argumentation*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1969, trad. it. di E. Mattioli).
- PINO G. 2016. *Riflessioni sul ragionamento giudiziale (a partire dalla teoria di Manuel Atienza)*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 3, 2016, 331- 351.
- PINO G., VILLA V. 2016. *Rule of law. L’ideale della legalità*, Bologna, il Mulino.
- PRAKKEN H. 2002. *Incomplete Arguments in Legal Discourse: a Case Study*, in BENCH-CAPON T., DASKALOPULU A., WINKEL R. (eds.), *Legal Knowledge and Information Systems. JURIX 2002: The Fifteenth Annual Conference*, Amsterdam, IOS Press, 93-102. Disponibile in: <http://jurix.nl/pdf/jo2-10.pdf> (consultato il 4/11/2019).
- PUPPO F. 2016. *Due Process and the Rule of Law: the Role of Argumentation in the Defence of a Fair Trial*, in FETERIS E., KLOOSTERHUIS H., PLUG J., SMITH C. (eds.), *Legal Argumentation and the Rule of Law*, The Hague, Eleven International Publishing, 183-192.
- SCHAUER F. 1993. *Le regole del gioco. Un’analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Bologna, il Mulino, 2000 (ed. or. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1993, trad. it. di C. Rustici).

TSERONIS A., FORCEVILLE C. (eds.) 2017. *Multimodal Argumentation and Rhetoric in Media Genres*, Amsterdam-Philadelphia, Benjamins.

VAN EEMEREN F.H., GARSSEN B., KRABBE E.C.W., SNOECK HENKEMANS F.A., VERHEIJ B., WAGEMANS J.H.M. 2014. *Handbook of Argumentation Theory*, Dordrecht, Springer Netherlands.

SIX HERESIES ON CONSTITUTIVE RULES

CORRADO **ROVERSI**



Six Heresies on Constitutive Rules

CORRADO ROVERSI

Department of Legal Studies, University of Bologna.

E-mail: corrado.roversi@unibo.it

ABSTRACT

The concept of “constitutive rule” is inextricably linked with the philosophy of John R. Searle and with the field of study that we now call “social ontology”. It is less known, however, that starting from the ‘70s, and only partially linked with Searle’s work, a deep and fruitful discussion on constitutive rules emerged in Italian legal philosophy. This paper aims at acting as a bridge between these two important discussions by arguing six “heretic” theses on constitutive rules.

KEYWORDS

Constitutive rules, Social Ontology, Searle, Metaphysics of Law, Institutional Facts.

Six Heresies on Constitutive Rules

CORRADO ROVERSI

1. Introduction – 2. First Heresy: “Being a Condition of” Does Not Explain “Being Constitutive of” – 2.1. The Double Nature of Constitutive Rules in Conte and Carcaterra – 2.2. The Concept of Thetic-Constitutive Rule is Pleonastic – 2.3. “Being a Condition of” Hides Ontological Distinctions Relevant for the Analysis of Constitutive Rules – 2.4. “Being a Condition of” Hides a Possible Ontological Overlapping Relevant for the Analysis of Constitutive Rules – 3. Second Heresy: Anankastic Rules Should Not Be Considered as an Independent Kind of Constitutive Rules – 3.1. The Definition of “Anankastic-Constitutive Rules” – 3.2. Anankastic-Constitutive Rules Do Not Exist – 4. Third Heresy: Constitutive Rules Should Not be Conceived as a Kind of Rules but Rather as (Hybrid) Illocutionary Acts – 4.1. The Well-known Limits of the “Count-as” Formula – 4.2. Seemingly Regulative Rules Can Be Constitutive – 4.3. Count-as Rules Can Be Regulative – 4.4. Towards a Pragmatics of Constitutive Rules – 5. Fourth Heresy: Constitutive Rules Can Be Broken – 5.1. Constitutive Rules Cannot Be Broken? – 5.2. Some Constitutive Rules Can Be Broken? – 5.3. All Constitutive Rules Can Be Broken, because They Are (Also) Prescriptive – 5.4. The Argument from *ludus vs. ludus* – 6. Fifth Heresy: Constitutive Rules Are Not Stipulative Definitions – 6.1. A Counter-Heresy – 6.2. First Variant of the Definition Thesis: The “Counts as Formula” Is a Stipulative Definition – 6.3. Second Variant of the Definition Thesis: Constitutive Rules are Simply Stipulative Definitions of Connections between Conditions and Consequences – 7. Sixth Heresy: Constitutive Rules Do Not Entail a Weird Ontology – 7.1. If Not Meanings then... What? – 7.2. Constitutive Rules and Institutional Artefacts – 8. Conclusions.

In memory of Amedeo G. Conte

1. Introduction

The concept of “constitutive rule” is inextricably linked with the philosophy of John R. Searle and with the field of study that we now call “social ontology”, a domain that owes much to Searle’s work. In discussing this topic, scholars typically and rightly focus on those ideas by Searle that turned out to be crucial for its development, such as the “count as” formula, the concept of status function or that of direction of fit, the theory of collective intentionality. The debate on constitutive rules that resulted from those ideas has been up to this day lively and full of results. It is less known, however, that starting from the ‘70s, and only partially linked with Searle’s work, a discussion on constitutive rules emerged in Italian legal philosophy that reached a level of complexity and depth hardly matched in the rest of the world. This is due primarily to the work of two main authors – Gaetano Carcaterra and Amedeo G. Conte – and to a rich literature that, starting from the ideas of those two and possibly criticizing them, either elaborated new conceptual tools or put forward critical statements whose discussion resulted in a major step forward in the understanding of constitutive rules. Unfortunately, most of this literature was in Italian, hence typically it is not known by English-speaking readers.

I would like this paper to act as a bridge between these two important discussions: the socio-ontological one and the one drawn from Italian legal philosophy. However, I am not going to make a presentation of them. Rather, I will criticize some of the main tenets of the Italian legal-philosophical discussion on constitutive rules by arguing six theses that, within that community of scholars, can be perceived as “heretic”. But, in explaining *why* these theses are heretic when judged from an Italian perspective, I will consider the socio-ontological perspective, thus trying to draw a picture of the differences and overlaps between those two perspectives about constitutive rules. Hopefully, in this way, I will be able to give some details about those

important discussions while at the same time giving a contribution to them.

Let me state the six “heretic” theses.

First thesis: The fact that a rule is constitutive of a given institutional fact should not be accounted for in terms of that rule being a condition of that fact.

Second thesis: Anankastic rules should not be considered as an independent kind of constitutive rules.

Third thesis: Constitutive rules are not a *kind* of rules but rather a *way to use* rules.

Fourth thesis: Constitutive rules are not inviolable.

Fifth thesis: Constitutive rules are not stipulative definitions.

Sixth thesis: Constitutive rules do not imply any kind of “weird” ontology.

All the theses are framed in a negative way. However, they are not meant to be a critical contribution only. The arguments I will be putting forward are linked and, taken together, they make up a comprehensive perspective, a theory of constitutive rules which I will summarize at the end of the paper. Moreover, the reader may feel a little bit disoriented in looking at these theses, particularly if he or she is not well acquainted with the Italian legal-philosophical debate on constitutive rules. However, in arguing for each of these theses in the sections that follow, I will explain their context, presenting the background discussion and explaining how this discussion gives deep insights on the nature of constitutive rules.

Let us consider the heresies, now.

2. First Heresy: “Being a Condition of” Does Not Explain “Being Constitutive of”

2.1. The Double Nature of Constitutive Rules in Conte and Carcaterra

As mentioned, the first “heretic” thesis I will be arguing for states that constitutive rules cannot be explained in terms of rules being a condition of what they regulate. This idea – that constitutive rules can be accounted for in terms of the relation “being a condition of” – is the main outcome of a theory due to Amedeo G. Conte and Giampaolo Azzoni. More precisely, this theory states that (1) constitutive rules either *are* or *set* a condition for the behavior they regulate, and that (2) this condition can be necessary, sufficient, or necessary *and* sufficient. On this path, the theory is able to provide a wonderfully simple and symmetric taxonomy:

- Some constitutive rules *are necessary* condition of what they regulate. These are *eidetic*-constitutive rules.
- Some constitutive rules *are sufficient* condition of what they regulate. These are *thetic*-constitutive rules.
- Some constitutive rules *are necessary and sufficient* condition of what they regulate. These are *noetic*-constitutive rules.
- Some constitutive rules *set necessary* condition of what they regulate. These are *anankastic*-constitutive rules.
- Some constitutive rules *set sufficient* condition of what they regulate. These are *meta-thetic* constitutive rules.
- Some constitutive rules *set necessary and sufficient* condition of what they regulate. These are *nomie* constitutive rules.

Conte and Azzoni provide examples for all these categories (see among others CONTE 1985, AZZONI 1988). Here I will focus on the distinction between “eidetic” and “thetic” constitutive rules, whereas in Section 3 I will instead discuss that between “eidetic” and “anankastic” constitutive rules. I think these distinctions are particularly relevant because they exemplify the

idea that the constitutive nature of a rule can be explained in terms of the *kind of condition* a rule is, on the one hand, and of that rule *being or setting* a condition, on the other hand.¹

Indeed, before arriving at the full taxonomy just presented, Conte had maintained that the distinction between “thetic” and “eidetic” constitutive rules can alone encompass the whole domain of constitutive rules: namely, that all constitutive rules are either “thetic” or “eidetic”. Here is a passage by him that exemplifies this stance:

«All constitutive rules are conditions of what they are about [*di ciò su cui esse vertono*]: This is the *first thesis*. In a relation of condition are not only those rules whose constitutive nature consists in their being a *necessary condition for thinking* what they are about and hence being its condition of possibility – rules that I propose to call *eidetic constitutive rules*, given that they are conditions *for thinking* – but also those rules that I have called *thetic constitutive rules*. [...] More specifically, thetic constitutive rules are sufficient condition for the actuality [*di attualità*] of what they are about. [...] Only constitutive rules are conditions of what they are about: This is the *second thesis*. Regulative rules are not conditions (neither necessary, nor sufficient) of what they are about. A regulative rule can certainly condition action [*condizionare l'azione*], but no regulative rule is a necessary condition (for thinking, of possibility) of a praxeme of a praxis» (CONTE 1995a, 245 f.; *my translation*).

Thetic-constitutive rules are, in Conte’s words, sufficient conditions for the *actuality* of what they are about, whereas eidetic-constitutive rules are necessary conditions of *possibility* and at the same time conditions *for thinking* what they are about. What does this mean? Two examples can explain this difference. Repealing statutes are thetic-constitutive rules in Conte’s sense. These statutes, in fact, determine by their very enactment (and hence are «sufficient conditions of actuality» of) the “coming into being” of what they are about, namely, the invalidity of one or more other statutes (or part of them) in a given legal system. On the other hand, an eidetic-constitutive rule is a norm that creates (completely or partially) the concept – or, as it is often said by Conte himself, the *type* – of a legally relevant role, act, or fact: for example, art. 83 of the Italian Constitution («The President of the Republic is elected by Parliament in joint session»), which, unlike repealing statutes, does not “immediately actualize” the coming into being of a President but creates part of the concept of “President of the Republic” in the Italian legal system and hence is a necessary condition for the existence of Presidents in this systems.

This distinction between different kinds of constitutive rules was formulated by Conte to solve a problem that emerged in the work of Gaetano Carcaterra, the other Italian scholar whose work on this topic has been crucial and groundbreaking. In his books *Le norme costitutive* (*Constitutive Norms*), of 1974, and *La forza costitutiva delle norme* (*The Constitutive Force of Norms*), of 1979, Carcaterra shows how being “constitutive” is a crucial property not only of some legal norms (repealing statutes or competence norms, for example), but also, and more in depth, of *all* legal norms, because every legal norm can be conceived as something that produces (and hence “constitutes”) legal effects in the system. In this regard, apart from a “mixed theory” in which constitutive rules were recognized as being a kind of legal norms, Carcaterra advanced a “unitary theory” of law in terms of constitutive rules (see CARCATERRA 1974, 117 f.; CARCATERRA 1979, 39 ff., 71 ff.).

The effort for such a “unitary theory” had as a result, however, the overlapping of two kind of phenomena that seemed different: the immediate constitution of legal effects, as in the case of repealing statutes, and the constitution of legal institutional concepts whose instantiation can

¹ To be sure, it is not clear whether Conte and Azzoni consider their systematization of constitutive rules in terms of condition as an *explanation* of constitutive rules or rather, simply, as a useful systematization of phenomena they consider different. In a sense, my two “heresies” assume that the first is the case.

produce such legal effects, as in the case of competence norms. Whence comes Conte's distinction:

«In A.G. Conte, *Konstitutive Regeln und Deontik*, of 1981, I observed that scholars were speaking of rules being constitutive in two seemingly irrelative senses [...]. Hence I asked myself: Is there here a common denominator able to justify the common denomination? And I replied to this question as follows. There is a common denominator. Both kinds of constitutivity [...] can be characterized in terms of condition [...].» (CONTE 1995b, 296; *my translation*).

Since the beginning, Conte's attempt to unify these two senses of constitutive rules was therefore made in the light of a perceived difference (or even incommensurability) between the two phenomena he traces respectively to thetic-constitutive and eidetic-constitutive rules. However, this approach clearly aims at a unitary theory of constitutive rules, as in the case of Carcaterra. Basically, it takes up the original idea by tracing all constitutive rules to a common root which is supposed to provide an explanation of all of them.

And here is where my heresy comes up. I think that, despite its elegance, this unitary theory cannot provide an explanation of what constitutive rules are: there is no real explanatory advantage in framing constitutive rules in terms of condition, and in particular no advantage in considering thetic-constitutive and eidetic-constitutive rules as species of a single genus. This for three reasons: first, the category of thetic-constitutive rules is pleonastic; second, the idea of condition cannot explain the peculiar features of the phenomena it purports to explain; third, the distinction in terms of species of a single genus conceals the fact that one of the two species can be systematically implied by the other, namely, that the two species can be hierarchically related within the taxonomy. Let me explain my view on these three points.

2.2. *The Concept of Thetic-Constitutive Rule is Pleonastic*

As mentioned, thetic-constitutive rules are sufficient conditions of what they are about because they immediately determine it: repealing statutes immediately determine the abrogation of another norm or part of it. It is now necessary to identify exactly what, in these rules, has this effect. Consider a thetic-constitutive rule like "Art. XX of the Civil Code is repealed" and suppose that I am a lawyer and I say to my client, "Art. XX of the Civil Code was repealed in June". By saying "was" I am attributing some kind of temporality to the rule: there was a specific moment of time when the rule was constitutive in the thetic sense. On the other hand, it would be meaningless to attribute the same kind of temporality to eidetic-constitutive rules, that is, it would be meaningless to say "The rule on checkmate was constitutive in June".

Now, how can we explain this difference? Let's take a look at the statement "Art. XX of the Civil Code was repealed in June" and ask what happened in June. Of course, it was not a rule (a rule is not something that "happens") but the *enactment* of that rule: by enacting that norm, the Parliament repealed the relevant statute. Hence basically the thetic-constitutive character of the rule in question is nothing else than the performative, declarative character of the speech act of norm-enacting: thetic-constitutive rules in Conte's sense are performative speech acts, declarations in Searle's sense. Just as successful declarations «bring about some alteration in the status or condition of the referred to object or objects solely in virtue of the fact that the declaration has been successfully performed» (SEARLE 1979, 17), thetic-constitutive rules determine the coming into being of their content when they are successfully enacted and hence become law in force.

But, if we concede that repealing statutes – and more in general all kinds of acts that immediately determine legal effects – are declarative speech acts, then the category of thetic-constitutive rules is, from an explanatory point of view, pleonastic. More than that: it can even be confusing, because declarations can explain the temporality of these kinds of phenomena in

terms of the temporality of acts, whereas thetic-constitutive rules cannot. Being framed in terms of rules, this last concept seems to remove temporality as if by saying “the validity of this repealing norm determines the continuous abrogation of that statute”. In this sense, the abrogation of that statute should be conceived not in terms of something that happened but as something that *still happens*. Moreover, there is not much we can gain by adopting the category of thetic-constitutive rules in place of that of declarations. It seems, on the contrary, that by so doing we would end up having a certain degree of ambiguity: are we speaking about the constitutive character of the rule or of its enactment?

2.3. “Being a Condition of” Hides Ontological Distinctions Relevant for the Analysis of Constitutive Rules

As said, Conte’s distinction between thetic- and eidetic-constitutive rules assumes that the two phenomena these categories should capture are different and it is meant exactly as a unifying account for them. And, indeed, the account is wonderfully elegant and simple. It is extremely helpful as a systematization, it conveys clear ideas that can be discussed clearly, and this is a major achievement by itself. It is only one example of Conte’s incomparable originality and depth of thought. If it is conceived as an explanation of constitutive rules, however, this approach ends up sacrificing too much: in particular, it sacrifices explanatory power to uniformity. The relation of condition does not explain the differences between the relevant phenomena. First, it does not explain the *active subject* of constitution: what is that which *is constitutive*? Second, it does not explain the *passive object* of constitution: what is that which *is constituted*? Third, it does not explain the *process* of constitution: what is *to constitute*, what does it mean?

The first point, related with the *subject* of constitution, has been already argued for: thetic-constitutive rules are basically speech acts, whereas the status of eidetic-constitutive rules is not so clear. What are the rules of a game? Are they mental entities, propositional contents, texts? The typical problems concerning the ontology of norms clearly reverberate on the ontology of eidetic-constitutive rules: not so with thetic-constitutive rules, given that they can easily be explained in terms of speech acts. Now here is my point: nothing in the difference between sufficient and necessary conditions can give us clues to explain the difference between rules and speech acts. Things can be necessary conditions and be different from rules, things can be sufficient conditions and be different from speech acts. The logical gap between necessary and sufficient conditions cannot explain the ontological gap between rules and declarations.

The second point, related with the *object* of constitution, is one that Conte underscored several times. Thetic-constitutive rules create specific instances of legal effects, whereas eidetic-constitutive rules create the concept of legal institutions and effect: repealing statutes create a concrete *token* of repeal, whereas an eidetic-constitutive rule on repeal, if there were one, would create the concept of repeal in general, its *type*. Now, the problem is the same as before: how does the logical distinction between necessary and sufficient conditions explain this difference in the object of constitution? Something can be a sufficient or necessary condition of tokens or of types, depending on circumstances. If, for example, I say that the rules of chess are necessary and sufficient conditions for the game of chess to exist, I can refer either to an actual instance of gameplay or to “the structure” of chess. This kind of ontological ambiguity depends on the fact that the logical distinction between necessary and sufficient conditions is insufficient from an explanatory point of view.

This example about chess is also helpful to understand the third point, related with the *process* of constitution. As already mentioned, when I say that the rules of chess are necessary and sufficient conditions for the game of chess to exist, I mean that (in some sense) these rules make gameplay possible, not that their creation immediately create an actual instance of gameplay. In fact, we need players to have gameplay. On the other hand, repealing statutes

create an actual instance of repealing. Again, this is a distinction that Conte himself formulated very clearly: thetic-constitutive rules determine the coming into being of their object, whereas eidetic-constitutive rules determine its possibility. Here too, however, there is nothing in the logical distinction between necessary and sufficient conditions that can explain this difference in the nature of constitution: something can be a necessary condition of actuality (professors are necessary conditions for grades), something can be a sufficient condition of possibility (complete game design is a sufficient condition of possibility of gameplay). The logical distinction between necessary and sufficient condition seems unfit to explain the ontological distinctions that are at stake when considering the phenomena we refer to when speaking of thetic-constitutive and eidetic-constitutive rules.

2.4. *“Being a Condition of” Hides a Possible Ontological Overlapping Relevant for the Analysis of Constitutive Rules*

Up to this point, I have not referred to Searle’s theory, because I think there is not much this theory has to say on the problem of conditions and constitutive rules. Searle has instead much to say about the kind of ontological distinctions mentioned above: for example, he focuses on the distinction between institutions as types and tokens of institutional facts or objects (see for example SEARLE 1996, 32-34). But, moreover, there is another, more indirect sense in which Searle’s theory can be very relevant for this discussion, namely, it shows that constitutive rules can be a specific kind of declaration. In *Making the Social World*, of 2010, Searle writes that when status functions are attributed on the basis of a rule specifying general classes, as in «for all x, if x is the oldest living son of the deceased king, then x counts as the king», institutional facts presuppose institutions in the form of sets of constitutive rules, and he adds that, just as the attribution of status functions in singular cases is a form of declaration applied to a single case, an institution’s constitutive rules are declarations as well, only applied to an indefinite number of cases: they are “standing” declarations (SEARLE 2010, 96 f.).

I will not enter into the difficulties that the problem of “standing” declarations can raise. What I want to show here is that, if Searle’s thesis that constitutive rules are standing declarations is true, then, in Conte’s terms, eidetic-constitutive rules are kinds of thetic-constitutive rules: they are not only necessary conditions for the possibility of *institutional facts* but also sufficient conditions for the actuality of *an institution*. Now, the distinction between rules being necessary conditions and rules being sufficient conditions, conceived as a taxonomical distinction between two species of a single genus, hides this possible ontological overlapping. Eidetic-constitutive and thetic-constitutive rules are presented as independent categories whereas, from an ontological point view, they could be hierarchically ordered. It could be, namely, that “thetic-constitutive rules” had to be conceived as a hypernym of “eidetic-constitutive rules” rather than its co-hyponym under the genus “constitutive rules being a condition of their object”. In this case, the taxonomy of constitutive rules in terms of condition could turn out to be ontologically misleading.

3. *Second Heresy: Anankastic Rules Should Not Be Considered as an Independent Kind of Constitutive Rules*

3.1. *The Definition of “Anankastic-Constitutive Rules”*

I have argued so far that the distinction between eidetic- and thetic- constitutive rules can be misleading as an explanation of the phenomena it is aimed to capture. The second “heresy” I want to bring forward here is related with this chain of reasoning. As I mentioned in Section

2.1, the taxonomy of constitutive rules in terms of conditions created by Conte and Azzoni is built on two different criteria: the first is whether a rule is a necessary, sufficient, or necessary and sufficient condition for the institutional facts it regulates; the second is whether the rule *is* or *sets* a condition for those facts. I have been discussing the first criterion at length. Now I would like to discuss the second, and in particular the distinction between eidetic-constitutive rules, which in this taxonomy *are* necessary conditions of possibility for the behavior they regulate, and “anankastic-constitutive” rules, which instead *set* a necessary condition. This is how Conte introduces the concept of “anankastic-constitutive” rule:

«I proposed the neologism ‘*anankastic-constitutive* rules’ to refer to those (deontic) rules that set a necessary condition [...], namely, a *condicio sine qua non* of what they are about. [...] Here there are two anankastic-constitutive rules. The *first* is a rule about holographic wills: [...] “Holographic wills must be signed by hand of the testator.” [...] The *second* [...] is a rule that sets a necessary condition for an act to count as [*abbia valore di*] donation: [...] “Donation must be made by way of a public act [...]”» (CONTE 1985, 360; *my translation*).

And here is how Conte distinguishes between eidetic- and anankastic- constitutive rules:

«Eidetic-constitutive rules *are* necessary conditions of what they are about. For example, the rules of chess are necessary conditions both for the *praxis* “game of chess” and for its *praxemes* (its pieces, praxemes, ludic *status*). [...] Anankastic-constitutive rules, on the other hand, *set* necessary conditions of what they are about: [...] The rule “Holographic wills must be signed by hand of the testator” sets a necessary condition for an act to count as [*abbia valore di*] a holographic will» (CONTE 1985, 362; *my translation*).

As said, my heresy in this regard in a sense complements the one presented in the previous section. I want to argue in particular that, just as the distinction between kinds of conditions does not capture ontological differences relevant for constitutive rules, the distinction between *being* a condition and *setting* a condition creates a distinction where there is none.

3.2. Anankastic-constitutive Rules Do Not Exist

Let’s consider Article 602 of the Italian Civil Code, which Conte considers an example of anankastic-constitutive rule: «A holographic will must be handwritten, dated and signed by the testator». This rule certainly sets a condition for making a will. Now, is this condition part of the legal concept of “holographic will” in the Italian legal practice? Either it is or it is not. I do not intend to take a stance on this problem and will simply consider both cases.

Let’s consider the case in which the condition «being handwritten, dated, and signed by the testator» is part of the concept “holographic will”. In this case, Article 602 of the Italian Civil Code is simply an eidetic-constitutive rule in Conte’s sense and a constitutive rule in Searle’s sense: it creates a way in which institutional facts can happen and institutional acts be performed. In connection with other rules, this rule makes holographic wills possible and legally significant in Italy. Hence, anankastic-constitutive rules are not a specific kind of constitutive rules separate from eidetic-constitutive rules: they are simply eidetic-constitutive rules setting up necessary conditions for the performance of a given legal transaction. In a sense, you can read almost all eidetic-constitutive rules in the anankastic way, namely, as rules that set necessary conditions. Under Art. 587, par. 1, of the Italian Civil Code, for example, «a will is a revocable instrument through which someone, once no longer living, disposes of his estate, either in whole or in part», which means that in order to make a will you must through that instrument arrange for your estate to be devised, either in whole or in part, at the time of

your death. The provision thus states that disposing of our own estate is a necessary condition for making a will. Or consider Searle's example of a "count-as" constitutive rule about kings, namely, «The oldest surviving son counts as the new king»: this rule states that the necessary (and sufficient?) condition for being the new king is to be the oldest surviving son of the old king. Or, finally, consider the so-called "deontic" eidetic-constitutive rules described by Conte, such as «the bishop must move diagonally»: here, too, the rule sets a necessary condition for moving the bishop. I am not sure whether all eidetic-constitutive rules are indeed anankastic-constitutive but, if anankastic-constitutive rules define the concept of what they regulate, then they are a subset of eidetic-constitutive rules: hence, the distinction between eidetic-constitutive and anankastic-constitutive rules suggests an ontological difference between kinds of rules when there is none, at least on the assumption that anankastic-constitutive rules concur to create the concept of what they regulate.

Suppose now that this is not the case, namely, that in Article 602 of the Italian Civil Code «being handwritten, dated, and signed by the testator» is *not* part of the concept "holographic will". I find this solution highly implausible, but let's suppose for the sake of argument that it is possible to understand what "holographic will" means in the Italian legal system without knowing Article 602. A lot of legal norms define necessary conditions for performing something we already have a concept of: rules defining the procedures to obtain a research grant, for example. But these rules are simply anankastic rules: they set necessary conditions to obtain a given result. Why should we suppose that they are also constitutive, apart from being anankastic? What is it that makes the rule different from an anankastic rule if it is not eidetic, namely, if it does not contribute to create a new institutional concept? If anankastic constitutive rules simply set a necessary condition for an institutional fact without defining the concept of that kind of institutional fact, then they are simply anankastic rules. Hence, the distinction between anankastic-constitutive and anankastic rules suggests an ontological difference between kinds of rules when there is none.

This concludes my second heresy.

4. *Third Heresy: Constitutive Rules Should Not be Conceived as a Kind of Rules but Rather as (Hybrid) Illocutionary Acts*

4.1. *The Well-known Limits of the "Count-as" Formula*

Apart from the two problems I have discussed in Sections 2 and 3, I think there is a more general problem arising from Conte and Azzoni's taxonomy of constitutive rules, namely, that it conveys the idea that constitutive rules should be conceived as a kind of rules, separate from that of regulative rules and with specific logical features. Here is where my third heresy comes up: I will argue that the peculiar feature of constitutive rules lies not in their being a specific kind of rules with a specific structure, but rather in the kind of illocutionary force we apply to certain sentences, whose structure can very well vary.

In Searle's view, the idea that constitutive rules are not connected with a specific structure is perfectly acceptable. Even though it is usually said that Searle originally traced constitutive rules to the "count-as" formula, this statement must be qualified. Here is how Searle introduces constitutive rules in *How to Derive 'Ought' from 'Is', Speech Acts*, and *The Construction of Social Reality* respectively:

«I need to distinguish between two different kinds of rules or conventions. Some rules regulate antecedently existing forms of behavior. For example, the rules of polite table behavior regulate eating, but eating exists independently of these rules. Some rules, on the other hand, do not merely

regulate but create or define new forms of behavior: the rules of chess, for example, do not merely regulate an antecedently existing activity called playing chess; they, as it were, create the possibility of or define that activity. The activity of playing chess is constituted by action in accordance with these rules. Chess has no existence apart from these rules. The distinction I am trying to make was foreshadowed by Kant's distinction between regulative and constitutive principles, so let us adopt his terminology and describe our distinction as a distinction between regulative and constitutive rules» (SEARLE 1964, 55).

«Regulative rules regulate a pre-existing activity, an activity whose existence is logically independent of the rules. Constitutive rules constitute (and also regulate) an activity the existence of which is logically dependent on the rules» (SEARLE 1969, 224).

«Some rules regulate antecedently existing activities. For example, the rule “drive on the right side of the road” regulates driving; but driving can exist prior to the existence of that rule. However, some rules do not merely regulate, they also create the very possibility of certain activities» (SEARLE 1996, 27).

No structural requirement for constitutive rules is stated in these passages. And, when we take a deeper look at how Searle introduces the “count as” formula in *Speech Acts*, it seems that this is not meant to be a strictly structural criterion, because constitutive rules come in systems (something that Conte, too, acknowledged; see for example CONTE 1995d, 329), and only some of them are said to have a “count as” structure:

«Regulative rules characteristically have the form or can be comfortably paraphrased in the form “Do X” or “If Y do X”. Within systems of constitutive rules, *some will have this form, but some will have the form “X counts as Y”, or “X counts as Y in context C”*» (SEARLE 1969, 224; *italics added*).

And in the passage that follows he clarifies that the “count as” structure cannot be a formal criterion:

«This is not intended as a formal criterion for distinguishing constitutive and regulative rules. Any regulative rule could be twisted into this form, e.g., “Non-wearing of ties at dinner counts as wrong officer behavior”. But here the noun phrase following “counts as” is used as a term of appraisal not of specification. Where the rule naturally can be phrased in this form and where the Y term is a specification, the rule is likely to be constitutive» (SEARLE 1969, 224).

Hence, even though since *Speech Acts* several limits of the “count as” formula have been underscored, for example by Conte when discussing the so-called “x-rules” (see CONTE 1995c, 536), or by Frank Hindriks with his “XYZ conception of constitutive rules” (see HINDRIKS 2005, 123 ff.), or even before by Joseph Ransdell (see RANSDELL 1971, 388), I think it is fair to say that much of these criticisms had been anticipated by Searle.

I consider these qualifications on the “count-as” formula as an important background for the discussion that follows, because they already show the several shortcomings of a structural view of constitutive rules. The thesis I want to argue for, however, is much stronger than the idea that the “count-as” formula has counterexamples. It is rather that the logical structure of a rule is not relevant for its constitutive nature: any kind of rule can be constitutive, if used in the constitutive way. My argument in support of this conclusion is twofold. First, seemingly regulative rules can very well be constitutive; second, rules in “count as” form can very well be regulative. By arguing for these two theses, I will try to show that the same rule can be either regulative or constitutive depending on use and context. Hence, if the same statement can become constitutive depending on contextual circumstances, it seems that its “being constitutive” has to do with the pragmatic force applied to it rather than with the statement's logical structure.

4.2. *Seemingly Regulative Rules Can Be Constitutive*

Rules that seem to be regulative can very well be constitutive, depending on use: this is the first thesis I want to argue for. As already mentioned, Conte has shown that deontic constitutive rules are perfectly possible, for example when embedded in the context of a game. “The bishop must move diagonally”, or “the king must move when under attack”, are rules that define obligations connected with chess pieces and that, in so doing, constitute the concept of those pieces: they are regulative statements, but they have a constitutive role. For another example of a regulative norm that can very well have a constitutive force, we can turn to the norms in criminal law that constitute the legal-technical concept of a criminal offence. For example, Art. 575 of the Italian Criminal Code, under which «whoever causes the death of a human being is punishable by no less than 21 years in prison», both prescribes the punishment for murder, instructing judges on how to decide such cases, and constitutes the concept of *omicidio* (murder) in Italian criminal law². These are instances of a broader phenomenon: depending on contextual circumstances, regulative rules can play a constitutive role in “shaping” the concept of the behavior that rule is meant to regulate³.

4.3. *Count-as Rules Can Be Regulative*

We have seen how regulative rules can play a constitutive role. Conversely, depending on contextual circumstances rules with a “count-as” structure can have a purely regulative role. Suppose that I want to play a chess match with a friend, but that black bishops are missing in our chessboard. I then take two wooden stoppers and say that they “count as” black bishop. The rule is not constitutive in this case – the concept of bishop has already been defined by the rules of chess – but simply sets an equivalence based on a regulative rule: basically, it says “Let’s consider these stoppers as bishops for this game”. A similar example can be found in Art 46, par. 2 of the *Rules of Procedures of the Italian Chamber of Deputies*: «Deputies engaged in activities outside the Chamber premises, to which they have been appointed by the Chamber itself, or deputies who, being members of the Government, are absent by reason of their office, shall be counted as present for the purpose of establishing the presence of a quorum». This is a “count-as” rule that is *not* constitutive of the concept of presence in the Chamber: rather, it simply prescribes to consider as “being present” people who clearly are not present.

Apart from “count-as” rules that prescribe people to consider something as equivalent to something else, rules can seem constitutive while being regulative in a more general sense. Consider this rule written on a board in front of a public garden: “Civilized people respect flowers and flowerbeds”. Quite clearly, this rule is not aimed at constituting the concept of “civilized people”, which we are supposed to know already. Rather, by explaining what civility is, that rule is meant to prescribe visitors not to step on flowers and flowerbeds: it is a prescriptive, regulative rule disguised as a constitutive one. This is again a matter of context: if we found a similar rule in an authoritative handbook of etiquette, we could indeed consider that same rule constitutive of what courtesy and politeness are.

² By saying that the rule about murder can be considered constitutive of the concept of *omicidio* in Italian criminal law I do not mean to imply that the killing behavior is made possible by the rule. Of course there is a distinctively regulative point in rules of this kind, but they can also be used as constitutive rules: rules that create a legal concept, of which any actual instance of killing behavior can be seen as a more or less borderline example. I am thankful to an anonymous reviewer for helping me in clarifying this point.

³ One could even say that every rule trivially constitutes the concept of a behavior, namely the behavior corresponding to following that rule. This is a point raised by David Hillel-Ruben (HILLEL-RUBEN 1997, 444), to which Searle had already replied in SEARLE 1969, 35. See also his direct reply in SEARLE 1997, 445.

4.4. Towards a Pragmatics of Constitutive Rules

If, depending on contextual circumstances, regulative rules can have a constitutive import, and, conversely, “count as” rules can be used as hidden prescriptions, it seems plausible to conclude that the constitutive nature of a rule should be explained not in terms of logical, structural factors but rather in pragmatic, context-dependent terms. In my book *Pragmatica delle regole costitutive* (ROVERSI 2007) I tried to analyze constitutive rules in terms of illocutionary forces applied to sentences. I maintained that constitutive rules are statements with a complex illocutionary force consisting of three, more elementary aspects: a *thetic* or declarative aspect, by which the rule contributes in creating the concept of its object, be that an institutional fact, act, object or event; a *descriptive* or assertive aspect, by which the rule may be taken also to describe that concept; and finally a *prescriptive* aspect, by which the rule, in creating a new institutional element, also plays a role in prescribing how people must interact with it. I also recognized that the intertwining between a descriptive and thetic aspect had to be accounted for in terms of Searle’s concept of declaration having a double direction of fit: word-to-world and world-to-world (see ROVERSI 2007, 272 ff.).

As already mentioned in Section 2, from 2010 on Searle, too, advocated this conception of constitutive rules in terms of declarations: “standing declarations”, as he says. But, despite his original statement that «constitutive rules constitute (*and also regulate*)» (italics added) – a statement that can be appreciated in all the formulations of the distinction quoted above – to my knowledge Searle has never discussed the possibility, which I have instead tried to support in 2007, that this regulative, prescriptive role could be a further element of the illocutionary force of constitutive rules. I suspect the reason behind this reticence is connected with his taxonomy of illocutionary acts. In his *A Taxonomy of Illocutionary Acts*, of 1975, Searle indeed presented a taxonomy of illocutionary acts based, among other things, on a wonderfully elegant and symmetric distinction between directions of fit: assertions, for example, have a “word-to-world” direction of fit, because their conditions of satisfaction require that what is said conform to what is the case in the actual world; on the other hand, prescriptions have a “world-to-word” direction of fit, because they are satisfied only when what happens in the world conform to what is said. In this picture, declarations fit perfectly because they have a double direction of fit: they both represent the world in a “word-to-world” direction and they stipulate how the (institutional) world goes in a “world-to-word” direction (see SEARLE 1975). This is indeed an awesome symmetry, and in a sense, given this background, it becomes natural to describe constitutive rules only in terms of one of these illocutionary acts, declarations being the way to go. What I tried to show in 2007, instead, is that constitutive rules could be conceived as hybrid illocutionary acts within Searle’s taxonomy: declarations *as well as* prescriptions. They create the concept of institutional entities, but they also prescribe how to interact with them⁴. This makes it possible to see how the constitutive rules of a game can be broken just like any other rule of a game, a conclusion which brings me to my fourth heresy.

⁴ Jaap Hage has recently argued for the contrary: «rules [of chess] do not prescribe behaviour and if “regulating” is interpreted as determining what is and what is not allowed, the constitutive rules of chess do not regulate the game. They determine what counts as a valid move in chess, they determine what the players should strive for in order to play the game seriously, they define certain situations such as check-mate and stale-mate, and they determine when a game is finished and who the winner is. The rules of chess “deal with” playing chess, but they are not prescriptive or permissive» (HAGE 2018, 24). My argument is not aimed at denying that constitutive rules «determine what counts as a valid move» in a given practice; rather, it denies that, from this assumption, one can derive the conclusion that constitutive rules do not regulate or prescribe.

5. Fourth Heresy: Constitutive Rules Can Be Broken

5.1. Constitutive Rules Cannot Be Broken?

Several authors have maintained, or at least implied, that constitutive rules cannot be broken. Let's consider Conte's statement in this regard, which is perhaps the best explanation of this inviolability thesis. As already mentioned, Conte makes a distinction between *ontic*-constitutive rules having a "count-as" structure (for example, "the pieces placed on c1 and f1 count as the white bishops in chess") and *deontic*-constitutive rules having a prescriptive structure (for example, "bishops must move diagonally"): in Conte's view, both cannot be broken. Ontic-constitutive rules «cannot be broken by their very nature [*intrinsecamente*]» (CONTE 1995a, 250), namely, because they have no prescriptive structure. Deontic-constitutive rules cannot be broken despite their prescriptive structure because «acting not in accordance with a deontic eidetic-constitutive rule [...] rules out the possibility of being a violation of it». More specifically,

«when someone moves a bishop in a way that does not comply with the deontic eidetic-constitutive rule about bishops (for example, if someone moves a bishop not diagonally, but orthogonally)[, given that] he does not comply with the deontic eidetic-constitutive rule "bishops must move diagonally," then [...] what he is moving on the chessboard loses its quality of being a *token* of the *type* "bishop", and the movement he performs does not acquire the specific meaning of "a move in chess". [...] But, if this someone is not moving a bishop (namely, a *token* of the *type* "bishop"), then we can exclude a priori that he is violating a rule about bishops» (CONTE 1995b, 294; my translation).

According to this explanation, a violation of (deontic) constitutive rules is not possible for ontological reasons: basically, in order for something to break a rule, that something must be an instance of that kind of thing the rule is about; but, in the case of constitutive rules, something cannot be such an instance if it does not meet the criteria set out by that rule. The rule is the only way in which you identify the relevant entity: hence, the entity cannot by definition be in contrast with the rule, which means that a constitutive rule is by definition inviolable.

5.2. Some Constitutive Rules Can Be Broken?

There is something strange in the inviolability thesis: in a sense, it contradicts our ordinary conception of the rules of a game. In games, you can cheat: how is it, then, that the constitutive rules of a game cannot be broken? Wojciech Żelaniec discussed and criticised Conte's argument exactly by showing that it seems at odds with our normal linguistic practices:

«However, if in the middle of a game of chess someone moved his bishop as he would a pawn, it would be, by contrast, very unnatural to say: "what you have just moved has a *certain* similarity to a bishop, but is certainly *not* a bishop." Still less natural – or maybe, witnessing a profoundly philosophical mind – would it be to say: "what we have so far been doing has a certain similarity to chess, but, given your recent move, is certainly not chess." The natural reaction would, instead, be: "this has been a wrong, illegal move", or something like this» (ŻELANIEC 2013, 103).

In Żelaniec's view, this is an argument against the inviolability of deontic-constitutive rules in Conte's sense, but the same argument cannot be applied to ontic-constitutive rules. In particular, Żelaniec argues that, when it comes to ontic-constitutive rules in a "count-as" form, it is very difficult to object to Conte's argument on the basis of ordinary language, because ordinary language seems to support the inviolability thesis. He writes in this regard:

«I think a fairly clear example of failing to comply with a CR [constitutive rule], and thereby failing to constitute something as a “thetic object” of a certain sort would be this: putting items looking like those usually interpreted as pawns and figures of chess in the centre of the chess board rather than on their due positions. If someone did *that*, we should, probably, say, *not*: “you are offending against the rules of chess”, but something like: “what you are setting up has a certain similarity to chess, but is definitely not chess”» (ZEŁANIEC 2013, 102 f.).

I am not sure that such an appeal to ordinary language can succeed in rebutting Conte’s inviolability thesis in the case of deontic-constitutive rules. Conte’s argument rests on a very basic consideration about the concept of violation of a rule: the behavior in which violation consists must be relevant for the rule; but, in the case of constitutive rules, you cannot identify the relevant entities if they do not comply with the rules. Now, it seems to me that, even if our intuitions about ordinary language as applied to games can have some heuristic value in giving us doubts about the inviolability thesis, they cannot be a definitive counter-argument to it. If we aim at objecting to the inviolability thesis, we need a somewhat stronger argument. And here is where my fourth heresy comes up: I want to argue that *all* constitutive rules *can* be broken, not only the deontic-constitutive ones.

5.3. *All Constitutive Rules Can Be Broken, because They Are (Also) Prescriptive*

Here is my argument against the inviolability thesis. I will conclude that all constitutive rules can be broken on the basis of three premises: first, constitutive rules come in systems; second, these systems are teleologically oriented within a given institutional practice; third, in order to identify what is relevant for a constitutive rule you must take into account not only that rule but the overall system and the connected teleology; fourth, by considering constitutive rules from such a “bird’s eye” perspective it is possible to appreciate how they can be broken.

Let’s consider again an example of ontic-constitutive rule in “count-as” form about the bishop in chess: “the pieces placed on c1 and f1 count as the white bishops in chess”. Let’s call this rule “Bishop-CONDITION”, because it describes the necessary condition that must be met to include a bishop in a match of chess. As Zełaniec observes, it is difficult to understand what could be a violation of Bishop-CONDITION. I agree with him, but I submit that this depends on the fact that we are considering the rule in isolation, namely, detached from the other rules that constitute the concept of bishop. Taken alone, Bishop-CONDITION cannot constitute the concept of bishop: it says how to introduce the bishop in a match of chess but not what the bishop *is for*, its import in the game. What is, then, the import of a bishop?

To answer this last question, you must consider the bishop in its broader context, namely, as defined not by a single rule but rather by a system of rules which is in its own turn embedded in a meaningful practice. Chess is a game, and in particular a competitive game. This means that someone wins and someone loses, hence the rules of that kind of games must eventually define what are the conditions of victory. All the system of institutional elements is teleologically ordained towards these conditions of victory, in the sense that the import of these elements must be relevant in our struggle to achieve them: “Victory” is therefore not an institutional concept in competitive game-playing, but rather a *meta*-institutional one (see MILLER 1981, LORINI 2000, LORINI 2014, ROVERSI 2010). This is what the import of a bishop is: something which is relevant to achieve victory in chess. And a bishop is relevant to achieve victory because, just like all the other pieces in chess, it can take other pieces and, just like all the other pieces in chess apart from the king, it can attack our opponent’s king. Hence there is another constitutive rule of the bishop in chess apart from Bishop-CONDITION: it is a rule stating that “a bishop can take other pieces and can attack the king”, a rule we may call “Bishop-CONSEQUENCE”, because it states what are the consequences of having and using a bishop.

Depending on the features of the game and on the other elements of the system, very often there is at least another kind of constitutive rules defining an institutional element, namely, those rules that define the regulations connected with the institutional elements and hence Conte's deontic eidetic-constitutive rules: in the case of the bishop, the rule "bishops must move diagonally". Let us call this rule Bishop-REGULATION. By adding together Bishop-CONDITION, CONSEQUENCE, and REGULATION, you have the full constitutive rule of a bishop in chess: these rules are complementary in defining the institutional concept of bishop. Hence, if you want to formulate the full constitutive rule in "count as" form, you should state it not as "the pieces placed on c_1 and f_1 count as the white bishops in chess" but rather as "the pieces placed on c_1 and f_1 , *that must move diagonally and that can take other pieces and attack the king*, count as the white bishop in chess" (Bishop-FULLY CONSTITUTIVE). It is important to note that the overall teleology of the system of constitutive rules limits in a crucial way what can be stated by these rules. If, for example, the rules about bishops defined them as too powerful pieces able to checkmate the king in a few trivial moves, then the game would result in failed game design and would require important modifications.

We have therefore introduced two theses about constitutive rules and the way in which they create institutional elements: a "complementarity thesis", according to which constitutive rules create institutional concepts by defining a complementary interlocking of conditions, consequences, and regulations; and a "dependence thesis", according to which constitutive rules must be conceived in systems, and a system of constitutive rules depend on a broader social practice endowed with a teleological structure that limit and frame the way in which the institutional elements must be constituted. These theses have been discussed in several variants by many authors. With regard to the complementarity thesis, Neil MacCormick noted that the constitutive rules of an institution always include, apart from the condition-setting, also consequential rules defining the institution's typical legal effects (MACCORMICK 1986, 52 ff.; cf. also RUITER 2001, ch. 4). On the same path, Frank Hindriks argued that Searle's "count-as" structure, conceived as a combination between an X corresponding to a brute element or pre-institutional condition and an Y corresponding to the connected institutional element, should be complemented with a Z defining the institutional import of that element (HINDRIKS 2005, 123 ff.). Searle himself, while not including consequential rules as a sort of constitutive rules, acknowledges the role of institutional consequences or import in the important discussion he devotes to deontic powers (see SEARLE 1996, 100 f.). On the other hand, with regard to the dependence thesis, the idea that institutions are teleologically ordained towards an end – a sort of institutional *point*, or purpose – has always been underscored by institutionalists in legal philosophy: by MacCormick (MACCORMICK 1998, 34 ff.; MACCORMICK 2007, 36 f., ch. 16) but in a sense also by classic institutional authors like Maurice Hauriou, with his concept of enterprise (*œuvre*), and Santi Romano. Finally, the idea that constitutive conventions find a meaning only within a background of deeper conventions is one of the crucial point of Andrei Marmor's theory of social conventions (see MARMOR 2009, ch. 3), but before him had been discussed by Hubert Schwyzer (SCHWYZER 1969) and Giuseppe Lorini (LORINI 2000, 263 ff.).

The introduction of the complementary and dependence thesis is relevant for my discussion of the inviolability thesis because, taken together, they show how all constitutive rules can be violated. The fully constitutive rules of an institutional element can be violated because it is normative in an anankastic sense, in the light of the institution's teleological structure: if you want to obtain the normative consequences, you must fulfill the requirements set by the conditions and regulations. With regard to our example: Bishop-FULLY CONSTITUTIVE has, along with its declarative illocutionary point, a prescriptive illocutionary point stating that "if you want to take other pieces and attack the king and eventually win with one of the white bishops, then you must place them on c_1 and f_1 at the beginning of the game and always move them diagonally". Hence, if you take a piece or attack the king with a bishop while moving it orthogonally and not diagonally, you are violating

the deontic-constitutive rule Bishop-REGULATION – and this is what Żelaniec stated when criticizing Conte’s inviolability thesis on deontic eidetic-constitutive rules. But – differently from what Żelaniec seems to imply – also the *ontic* Bishop-CONDITION “the pieces placed on c1 and f1 count as the white bishops in chess” can be violated, at least if considered in the broader context of BISHOP-FULLY CONSTITUTIVE “the pieces placed on c1 and f1, *that must move diagonally and that can take other pieces and attack the king*, count as the white bishop in chess”. If, for example, a player swaps her bishops with her knights at the beginning of the game, and still takes pieces with those bishops, she has broken the rule – she claims the consequences while not fulfilling a condition. She has cheated⁵.

5.4. *The Argument from ludus vs. lusus*

I have argued so far that all constitutive rules can be broken because, when framed in their fully constitutive form, they have an anankastic prescriptive illocutionary profile determined by their being embedded in a broader, teleologically-oriented social practice. As stated in Section 4, this argument is based on the assumption that constitutive rules have a prescriptive illocutionary point along with their declarative one – hence in a sense on the idea that a constitutive rule is also a sort of anankastic rule. This is an assumption against which Conte and Azzoni formulated an objection already in the 1980s and that prompted a significant discussion in the Italian legal-philosophical community. Let me show briefly how this discussion goes, while trying to defend my assumption.

Conte and Azzoni have objected to the idea that constitutive rules can be anankastic by showing that constitutive rules can *ground* anankastic obligations while not *being* anankastic rules. This is a view that Azzoni, in particular, develops in connection with a theory about “principles of generation” (*principi generatori*) in law brought forward by the Italian jurist Giovanni Brunetti. According to Brunetti, anankastic rules in legal systems presuppose the existence of a (constitutive, not prescriptive) principle of generation in that same system: for example, a prescriptive rule such as “if you want to make a holographic will you must write it, date it and sign it by your own hand” presupposes the existence of a constitutive, non-prescriptive rule like “a document with such-and-such features is a holographic will and has such-and-such legal effects” (see BRUNETTI 1913, 85 ff.; AZZONI 1991, 88 f.)⁶. So here is the conclusion by Azzoni: «It is relevant, from the semiotical point of view, that an anankastic [...] rule can be homonymous with its underlying constitutive rule» (AZZONI 1988, 88 f.; *my translation*); or, in Conte’s words,

«every deontic eidetic-constitutive rule of a given *praxis* (for example, of the game of chess) has as its own epiphenomenon [*epifenomeno*] a homonymous anankastic rule [...] that prescribes how one should act to perform [*per realizzare*] that *praxis*» (CONTE 1985, 358; *my translation*).

Conte and Azzoni both insist that we should keep the constitutive rule and the corresponding technical rule distinct even though, as Mario Jori observes with regard to Conte’s just quoted passage,

⁵ I believe that this argument can also counter the observation by Hage (HAGE 2018, 25) that «[i]n case of the rules of chess, violation leads to invalid moves which have no influence on the progress of the game. These rules, which define the game, cannot be violated because a violation would require that an illegal move be made in the game, while “moves” that violate the rules do not count as moves in the game. Therefore it is not possible to violate the rules that define how pieces move in a game of chess, which is a sure sign that these rules are not prescriptive». My point is that invalid moves *can* have an influence on the progress of the game, if the normative import connected with the move is claimed even when the move’s conditions of performance have not been correctly fulfilled.

⁶ Incidentally, but quite strikingly, this theory by Brunetti anticipates in legal terms several tenets by Kendall Walton on principles of generation in games of make-believe: see WALTON 1990, 37 f.

«Conte's usage of a logically obscure term such as *epiphenomenon* hides, in my view, what cannot but be a relation of entailment going from the eidetic-constitutive rule to the so-called anankastic one: That usage hides the fact that those two rules are only one rule» (JORI 1986, 465; *my translation*).

Why, in Conte and Azzoni's view, is it mistaken to consider the two rules as the same rule? Conte has an argument about this, based on the distinction between the game as a system of rules, on the one hand, and the actual practice of game-playing, on the other hand: what he calls respectively *ludus* and *lusus*. He argues, in particular, that constitutive rules define the structure of *the game*, its *ludus*, whereas the corresponding anankastic rules are rules for *gameplay*, rules directed at players about how one is supposed to play and that are based – or, as Azzoni says, grounded (*fondati*) – on the general structure of the game. Here is Conte's passage:

«One must draw a distinction between the deontic eidetic-constitutive rules that constitute a ludic system (a game, or a *ludus*, to use the phrase I have proposed by playing on the assonance of the terms *ludus* and *lusus*), on the one hand, and the homonymous non-constitutive-but-anankastic rules that prescribe how one should act to realize the game: These are the anankastic rules of the ludic activity – of *play*, of the *lusus*. This obvious distinction between the rules that are constitutive of the *ludus* and the anankastic rules of the *lusus* seems to be rejected by others: in particular, by those scholars who think that a deontic eidetic-constitutive rule of the *ludus* and the homonymous anankastic rule about the *lusus* are two allotropic states of a (unique and same) rule, namely, two allonyms: This is the allonymy thesis» (CONTE 1995d, 332; *my translation*)⁷.

My criticism of the inviolability thesis therefore ultimately depends on whether I can provide a counterargument against this line of reasoning by Conte and thus defend the allonymy thesis. And here is my defense: the distinction between *ludus* and *lusus* is pleonastic in this case because the constitutive rules of the game and the anankastic rules about gameplay have the same content *and* the same addressees. An analogy can be helpful in explaining my point: consider the case of videogames. In the case of videogames, the difference between *ludus* and *lusus* is *not* pleonastic, because the constitutive rules of the game – the internal mechanisms of the game, the connection between conditions and consequences, the results of interaction with the different situations and objects – are encoded into a specific software, whereas the anankastic rules about how to play are written as guides for players. A player knows for example that, by pushing button X at a given point of the game, effect Y will follow, and he pushes X having in mind an anankastic rule about how to obtain Y. But that rule is grounded on another rule which is part of the software code and is constitutive: it is indeed a principle of generation in Brunetti's sense, according to which a given connection between input X and output Y is established. Here you have indeed two different addressees for the two different kinds of rules: the constitutive rules encoded at the software level are “addressed” at the machine – the computer processor, the hardware – whereas the anankastic rules written in players' guides are addressed at human beings. My question, however, is: why should we extend the case of videogames to all kind of games and even to constitutive rules in general, hence to all kinds of institutional phenomena? In the case of chess, for example, who are the addressees of the rules of *ludus* if not the same addressees of the rules of *lusus* – the players? Players come to know in a rulebook how to play by looking at how the game is framed: there is no role in constitutive rules other than that of giving players rules about gameplay. Hence, if one wants to avoid an unnecessary duplication, constitutive rules must also have an inbuilt prescriptive character, and this is what I meant by saying that they have (also) a prescriptive illocutionary point. There are

⁷ Azzoni traces the allonymy thesis to Bobbio, von Wright and Searle: see AZZONI 1991, 91 f.

not two homonymous rules at play here, but only one that does two different things: «constitute[s] (and also regulate[s])», just as Searle said (without explaining exactly, however, what he meant with this weird duplicity).

This is *not* a way to reduce constitutive rules to prescriptions: the conclusion is *not* that constitutive rules are nothing else than anankastic rules. As Searle, Conte and Carcaterra rightly explained, constitutive rules are aimed at creating something, and in particular they create the concept of an institutional fact, act, object, or event. They have a declarative aspect, but the institutional entities these concepts refer to are built for interaction, hence, in declaring what these entities are, the same rules explain how to interact with them. This concept of interaction is crucial to understand the ontology of constitutive rules and to discuss my last two heresies.

6. *Fifth Heresy: Constitutive Rules Are Not Stipulative Definitions*

6.1. *A Counter-Heresy*

My fifth heresy is in reality a sort of *counter-heresy*, because it is meant to criticize a reductionist thesis, namely, a thesis aimed at demystifying constitutive rules and explain them in terms of more basic and allegedly clearer notions. In this case, the relevant notion is that of stipulative definition, and the thesis is that constitutive rules are nothing else than stipulative definitions. The idea can be found, for example, in this passage by Riccardo Guastini, in which he is discussing Conte's ontic constitutive rules or Searle's "count-as" rules:

«This rule [...], despite its peculiar formulation, is a stipulative definition belonging to a system of rules. It defines or redefines a term that appears in other rules within the same system. [...]. If the chosen example didn't relate to play but was legal, we would have to say that we are looking at a typical "legal definition"» (GUASTINI 1986, 167).

Let me state again an example of Conte's ontic constitutive rules: "The pieces placed on c1 and f1 count as the white bishops in chess". In Guastini's view, this rule is a (stipulative) definition of "bishop": I will call it the "definition thesis". My fifth heresy consists in providing an argument against this thesis. In fact, I will try to provide arguments against two variants of it, the second being stronger and more qualified than the first.

6.2. *First Variant of the Definition Thesis: The "Counts as Formula" Is a Stipulative Definition*

The first variant of the "definition" thesis emerges from a strict reading of Guastini's passage: Searle's "counts as" rules, and Conte's ontic eidetic-constitutive rules, are stipulative definitions. This variant does not work. For reasons already given when discussing the fourth heresy, a "count-as" formula such as "the pieces placed on c1 and f1 count as the white bishops in chess" cannot be a definition of the relevant institutional concept, in this case the concept of a bishop. In fact, as we have seen, this rule simply specifies the conditions for that element to be instantiated – in this case, the procedures that must be followed to introduce it in a match –, but the meaning of "bishop" is not exhausted by those conditions. The import of a bishop within the game (the fact that it is a piece, that it can take other pieces, that it can attack the king) and the regulations that are connected with it (the fact that it must move diagonally) are also relevant. Hence, the meaning of "bishop" is not exhausted by the "count-as" formula. However, if the "count-as" formula were a stipulative definition, the meaning of the relevant institutional

element would be exhausted by it. Therefore, a “count-as” formula is not a stipulative definition.

6.3. *Second Variant of the Definition Thesis: Constitutive Rules are Simply Stipulative Definitions of Connections between Conditions and Consequences*

Of course, even if the argument just provided can rebut the first variant of the thesis on definitions – and a strict reading of Guastini’s argument – it does not rebut the general reductionist idea behind it. In fact, Guastini could simply adapt his view by saying that the “count-as” formula is a stipulative definition *provided that* we include all the relevant elements into it. Hence, he could simply re-formulate the definition not in terms of Bishop-CONDITION but in terms of Bishop-FULLY CONSTITUTIVE, namely, as “the pieces placed on *c1* and *f1*, that must move diagonally and that can take other pieces and attack the king, count as the white bishop in chess”. So formulated, it seems that the “count-as” formula completely defines the meaning of “bishop”. This is a second variant of the “definition thesis” and it is much more difficult to counter.

Here, the full reductionist import of the thesis becomes clear. In the end, one could argue, constitutive rules are nothing else than definitions that connect a set of conditions, on the one hand, and a set of normative consequences, on the other hand. As Hindriks (HINDRIKS 2009) has shown, along these lines constitutive rules could even be conceived as merely linguistic devices, similar to simple regulations about how to connect conditions and consequences. In this way, one can be a reductionist not simply with regard to constitutive rules but, more in general, with regard to the institutional reality these rules are supposed to create: Hindriks does not support this conclusion, but along similar lines Alf Ross had already argued for it – for the idea that institutional terms have no reference – in his famous paper on *Tû-Tû* (ROSS 1957). Hence, properly formulated, a reductionist approach to constitutive rules in terms of definitions, such as that argued for by Guastini, leads quite naturally to a deflationist approach to an ontological reading of institutions in general. This reductionist approach to constitutive rules is an outcome that seems to be supported by Frank Hindriks and Francesco Guala (HINDRIKS, GUALA 2015) with their recent theory of institutions as game-theoretical equilibria plus regulative rules, a theory to which Searle (SEARLE 2015) has replied defending the ontological, creative role of constitutive rules.

What is, then, my counter-argument against this second variant of the “definition thesis”? My argument is that Bishop-FULLY CONSTITUTIVE cannot be a stipulative definition of “bishop” because there are aspects of the semantics of the term *bishop* that it cannot explain. Let me give an example. Suppose that I am teaching chess to my daughter and I tell her “now you should move your bishop to defend your queen”, and suppose that she says “I would like to defend my queen with a rook”. It would be quite natural for me to say: “No, it is much better to defend the queen with a bishop than with a rook, if possible”. Now, how can a definition in terms of conditions and consequence explain the difference between a bishop and a rook? After all, they are both pieces that must be placed on the chessboard at the beginning of the game, that move in a certain way, and that can attack the king. But any chess player knows that a rook is much more important than a bishop in a match of chess: “A rook is generally worth about two pawns more than a bishop” (Wikipedia, entry “Bishop (chess)”). This is part of the concept of bishop as used in playing chess and discussing about chess.

How can Bishop-FULLY CONSTITUTIVE explain this difference in value? It cannot, and the reason is that this is not its point. The rule is not aimed at defining completely the meaning of ‘bishop’, but rather at defining how players can manipulate and make use of a bishop when playing: it dictates not how we should *speak*, but how we should *act* with that object. As I have already argued, the rule indeed has a stipulative character: it is a declaration, but not simply a

declaration *about a meaning*. It is a declaration about the way in which a bishop works, behave, and must be interacted with: of course this declaration has a crucial role in determining the meaning of *bishop*, but it does not exhaust it. That meaning is determined by several other features, including the role that bishops play in the game of chess, the point that game designers wanted to achieve in designing the rules about bishops in that way and not in others, the comparison between bishops and the other pieces.

Brian Epstein (EPSTEIN 2015, ch. 6) has introduced a distinction between “grounding” and “anchoring” that can be useful to further explain this point. Epstein says that institutional facts are not grounded on constitutive rules: rather, they are grounded on a set of conditions stated by the X in Searle’s “counts-as” formula “X counts as Y in X”. But, if you ask *why* X grounds Y – why the institutional element is so framed – then general principles (what he calls “frame principles”) provide the relevant reasons, and these principles are in their own turn “anchored” on something. Epstein uses the concept of frame principle as a substitute for Searle’s constitutive rules because he thinks that the term ‘constitutive rule’ is too closely associated with Searle’s formula X counts as Y in C, and that the concept of frame principle is more general. However, in adapting Epstein’s point on frame principles to constitutive rules, his question about anchoring is indeed very relevant: why do constitutive rules frame the relation between X and Y in that way and not in others? The reason, I submit, is that there is a role that institutional facts of a given kind are meant to play, a point, purpose and value of them. This is an important part of their nature and of the meaning of the term by which we denote them, and this meaning is not created but rather “presupposed” by the rules.

One could say that it is impossible to define *a priori* the role and purpose of an institution, this being rather a matter of interpretation. When it comes to legal institutions, for example, it is pointless to suppose that they have a point before the interpretive activity of judges and scholars. It can very well be, and indeed it is very reasonable, that the purpose of institutional facts should not be conceived as being fixed once and for all, being rather the outcome of a development in which interpretive activities have a crucial impact. What matters for my purposes here is that this argument does not contradict but supports my counter-argument to the definition thesis. In fact, if interpretations about the point or purpose of an institution are relevant to understand its rules, and interpreting is a matter of understanding (assigning?) a meaning, the underlying assumption is that this point or purpose is a crucial aspect of the meaning of the relevant institutional terms. Which is exactly my point.

Let me state this as a general point about constitutive rules and institutional facts. Constitutive rules do not stipulate the meaning of the terms used to refer to those facts: they rather stipulate the features of those facts that are relevant for agents. But these facts have an underlying *ratio*, a role they play within a broader system and within a broader practice (on this, see also the “dependence thesis” introduced in Section 5.3), and these factors, too, have an important role in determining the meaning of the relevant institutional terms. Hence, constitutive rules are not stipulative definitions of an institutional term because the meaning of that term is not exhausted by constitutive rules.

This is also related with the “hybrid”, declarative *and* regulative character of constitutive rules introduced in Section 4.4 when discussing the third heresy, and also with the idea that constitutive rules can be violated discussed in Section 5 as the fourth heresy. Stipulative definitions fall under Conte’s argument about violation: if one stipulates a meaning, then any discourse that does not fit that definition is meaningless. Suppose I say: “I hereby define ‘crow’ as black birds and I have just seen a white crow”. This is plainly contradictory because, if the declaration is satisfied, the assertion does not have conditions of truth. Now suppose instead that I say: “the pieces placed on c1 and f1, *that must move diagonally and that can take other pieces and attack the king*, count as the white bishops in chess and I won today by moving my bishops

orthogonally”. Is this contradictory? Not at all: I am simply declaring a rule and saying that today I have cheated.

In the end, the argument about constitutive rules as stipulative definitions captures an aspect of constitutive rules but does not succeed in its reductionist attempt: it captures the declaratory, thetic aspect of constitutive rules but not the object of this declaration. Constitutive rules are not aimed at defining meanings but rather the *modes of interaction* between an institutional element and agents. Of course, this has an impact on the meaning of an institutional term, but it does not exhaust that meaning.

Now, the point here is what I mean exactly by “modes of interaction”. This is something I am going to explain in my sixth, and final, heresy.

7. Sixth Heresy: Constitutive Rules Do Not Entail a Weird Ontology

7.1. If Not Meanings then... What?

In rebutting the approach aimed at reducing constitutive rules to stipulative definitions one could face skeptical looks. This attitude is not unreasonable: that approach has a strong merit, namely, that of dissolving institutions and institutional reality into a very basic phenomenon: language. Searle himself has built his theory of institutional facts on a theory of language, acknowledging their crucial symbolic nature. One thing, however, is to say that in order to build institutions human beings need language, just as Searle does, another is to say that institutions are nothing else than a specific vocabulary defined by rules, as the definition thesis seems to imply.

But, one could ask, if they are not simply a set of meanings, then what are they? How can we explain them within an empiricist epistemology and a realist ontology? A general skepticism towards the ontological consequences that seem to follow from the phenomenology of constitutive rules has been and still is quite widespread and influential among Italian legal philosophers. The idea is that the overall theory of constitutive rules and institutional facts implies bizarre metaphysical assumptions, mostly based on the hypostatization of semantics into a sort of Platonist framework. The following quotation, again by Guastini, is quite exemplary in this regard:

«In what sense can it be said that a part of the world is language-“dependent”? [...] In a first (innocuous) sense, this means that in choosing one language over another, we create a given image (representation, depiction) of the world. [...]. In a second (likewise innocuous) sense, it means that the language creates names, classifications, qualifications, senses, and values for the nonlinguistic objects of the world. In a third (overtly metaphysical) sense, it means that, in some circumstances, the language is endowed with the demiurgical power to conjure nonlinguistic entities into existence. Regrettably, Searle neglects to draw this simple distinction. His discussion is ambiguous, allusive, giving the impression that the distinction between brute facts and institutional facts is ontological – as if institutional facts were not facts among facts but mysterious supersensory entities, perhaps dwelling in the Kelsenian world of the Sollen or in Popper’s “World 3”» (GUASTINI 1983, 170 f.; my translation).

This is not a preoccupation that the international debate in social ontology has underestimated. In a sense, this is the crucial problem of Searle’s *The Construction of Social Reality*:

«Here, then, are the bare bones of our ontology: We live in a world made up entirely of physical particles in fields of force. Some of these are organized into systems. Some of these systems are living systems and some of these living systems have evolved consciousness. With consciousness comes

intentionality, the capacity of the organism to represent objects and states of affairs in the world to itself. Now the question is, how can we account for the existence of social facts within that ontology?» (SEARLE 1996, 7).

Searle's solution to this problem has become a paradigm: Constitutive rules (and, more recently in Searle's terminology, standing status functions declarations) are based on collective acceptance, a sort of intentional state in the plural form that individuals are able to have in virtue of their biological makeup. In contemporary social ontology, the idea of collective acceptance and intentionality has found several alternative variants but also several criticisms.

As I have argued elsewhere (ROVERSI 2012, 180-199), the main problem I find in the theory of collective acceptance is that it reduces assertions about constitutive rules to assertions about mental states within a community. Hence, any discussion within that community about the structure and rules of institutions cannot be descriptive in any sense: it is rather a struggle among the holders of different views, a sort of persuasive argument about how you would accept that institution. This I find implausible on explanatory grounds: jurists, sociologists, policymakers argue about *something*, they do not simply try to make people change their mind. There is some sort of objectivity in the nature of institutions, however much vague and indeterminate, and it is not meaningless to say that people could be collectively *mistaken* about an institution's structure and rules. If, starting from tomorrow, Italians collectively accepted that labour rights have no real place in the Italian constitutional framework, their collective acceptance would not make this opinion right.

The problem is, however, that collective intentionality provides us with a solution to the problem of a realist and empirically coherent ontology of constitutive rules. What kind of alternative can be found? I submit that an alternative is possible, and particularly an alternative based on artefacts. Let me explain how.

7.2. Constitutive Rules and Institutional Artefacts

Constitutive rules and institutional facts are perfectly compatible with a realist ontology and an empiricist epistemology because they have a role in the typically human activity of building immaterial artefacts, like fictions. This activity is performed through symbols and, from an evolutionary point of view, it emerged when the human brain developed the capacity to create "meta-representations", namely, rules about the meaning and significance of other representations (see DUBREUIL 2010, 123-125): in this way, it became possible to create artefacts made up of symbols, more or less connected with a material substrate.

This phylogenetic development has an ontogenetic counterpart in children development. Experimental studies have shown that the understanding of institutional facts and statuses in children is connected with the capacity to understand the so-called "games of make-believe" (RAKOCZY 2007, RAKOCZY, TOMASELLO 2007). In these games, which we all know very well since our infancy, fictional statuses are assigned to objects and events on the basis of cooperative agreements about rules for their generation: for example, a chair is an Orc and can paralyze when touched, Anna incidentally touched the chair, now Anna is paralyzed (see WALTON 1990 for an analysis of these phenomena). These rule-based fictions are immaterial artefacts (THOMASSON 1999, ch. 3), and so are institutions and institutional reality.

Constitutive rules are exactly like the principles of generation of games of make believe: In particular, they define the "interaction plan" of institutional objects, events, and facts. Every artefact has a sort of interaction plan: my laptop, for example, has been built with in mind a

complex and detailed plan about how to use it and how to obtain results from it⁸. Normally, this interaction plan is nothing else than a set of conditions defined in terms of actual interaction on the part of agents and consequences defined in terms of outcomes that actually follow from that interaction. In the case of institutional artefacts, instead, this interaction plan is not descriptive but normative: it states the normative consequences that follow from a given interaction and that people are supposed to accept. Some degree of collective acceptance is therefore indeed crucial for institutional artefacts: it is the mechanism through which they can work. But, from the fact that institutional artifacts need acceptance in order to *work*, it does not follow that what they *are* is nothing else than the content of mental states. Instead, what an institutional artefact is depends on its artefactual nature: it is a matter of history, an history that explains how and why the artifact has been created, when it emerged, how and why it has been modified and acquired further functions and roles. This is the reason why an argument about the institution's "objective" nature and structure can be meaningfully framed against collective acceptance at a given time: the artefactual object has a history and development that is distinct from actual collective acceptance at a given time, even though it always requires collective acceptance in order to fulfill its function and role. Of course, much about the reconstruction of this history depends on interpretation of vague and indeterminate facts: this does not mean, however, that collective acceptance makes that interpretation right or wrong and possible criticisms meaningless. Constitutive rules are therefore not mysterious from an ontological point of view: rather, they play a crucial role in a distinctively human activity. They create and support interaction plans of immaterial artefacts. *This* is what they "define": not the complete meaning of an institutional term, but that part of that meaning which is crucial for interaction. I have explained this theory in full in ROVERSI 2016 and ROVERSI 2018.

And here my heresies come to an end.

8. Conclusions

I have thus completed the discussion of all my heresies and my hope is that, throughout this discussion, the relevant differences and relations between the Italian legal-philosophical debate on constitutive rules and the contemporary debate in social ontology emerged in a sufficiently clear light. The Italian debate focused primarily on the phenomenology, logic and structure of constitutive rules, dealing with the relation between them and kinds of logical conditions, anankastic obligations, and stipulative definitions; instead, contemporary social ontology has focused primarily on the ontology of constitutive rules, dealing with collective acceptance, collective intentionality, and shared mental states as a possible foundation for their existence. On several occasions, the two debates were intertwined, either as matter of actual historical interaction between authors or as a matter of overlapping theoretical solutions: this happened when Conte and Azzoni, Carcaterra, Jori, Guastini discussed and often criticized Searle's ideas about constitutive rules, but a parallelism and partial overlapping can also be found between Guastini's definition thesis and Hindriks's reductionism, and in a sense the whole debate about collective intentionality and its possibility – a debate that emerged out of Searle's *The Construction of Social Reality* – seems to meet the preoccupations raised by Guastini about realism and empiricism in the theory of constitutive rules.

My heresies are also deeply embedded in this complex picture. They are meant to frame a theory of constitutive rules, which I have tried to develop taking into account both the Italian

⁸ Cf. HOUKES, VERMAAS 2010, 20 f. Houkes and Vermaas use the expression "use plan" rather than "interaction plan". In previous works I have adopted the term "interaction plan" to account for disabling artifacts on a par with enabling artifacts: see on this ROVERSI 2016, 223 ff.; ROVERSI 2018.

legal-philosophical debate and the debate in contemporary social ontology. For the reader's convenience, I summarize here the main tenets of this theory. Constitutive rules are speech acts with a hybrid illocutionary point, declarative *and* regulative. They define the interaction plan of an immaterial artefact, hence, at least a set of conditions in terms of human interaction, on the one hand, and a set of normative consequences in the other hand: in so doing, constitutive rules regulate how agents are supposed to interact with that artefact to obtain the relevant normative outcomes. Constitutive rules come in systems embedded within a teleological structure, namely, a point or purpose dictated by the broader practice in which the institution is embedded. In order to understand the meaning of an institutional term, it is necessary to understand not only the relevant constitutive rules but also their underlying teleology.

References

- AZZONI G. 1988. *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, Padova, Cedam.
- AZZONI G. 1991. *Cognitivo e normativo: il paradosso delle regole tecniche*, Milan, Franco Angeli.
- BRUNETTI G. 1913. *Norme e regole finali nel diritto*, Torino, UTET.
- CARCATERRA G. 1974. *Le norme costitutive*, Milano, Giuffrè.
- CARCATERRA G. 1979. *La forza costitutiva delle norme*, Roma, Bulzoni.
- CONTE A.G. 1985. *Materiali per una tipologia delle regole*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 15, 1985, 345 ff.
- CONTE A.G. 1995a. *Regola costitutiva in Wittgenstein*, in ID., *Filosofia del linguaggio normativo. I. Studi 1965-1981*, Torino, Giappichelli (1st ed. 1981).
- CONTE A.G. 1995b. *Paradigmi di analisi della regola in Wittgenstein*, in ID., *Filosofia del linguaggio normativo. II*, Torino, Giappichelli (1st ed. 1983).
- CONTE A.G. 1995c. *Deontica wittgensteiniana*, in ID., *Filosofia del linguaggio normativo. II*, Torino, Giappichelli (1st ed. 1993).
- CONTE A.G. 1995d. *Fenomeni di fenomeni*, in ID., *Filosofia del linguaggio normativo. II*, Torino, Giappichelli (1st ed. 1986).
- DUBREUIL B. 2010. *Human Evolution and the Origins of Hierarchies: The State of Nature*, Cambridge, Cambridge University Press.
- EPSTEIN B. 2015. *The Ant Trap: Rebuilding the Foundations of Social Sciences*, Oxford, Oxford University Press.
- GUASTINI R. 1983. *Cognitivismo ludico e regole costitutive*. in SCARPELLI U. (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Comunita, 153 ff.
- HAGE J. 2018. *Two Concepts of Constitutive Rules*, in «Argumenta», 4, 2018, 21 ff.
- HILLEL-RUBEN D. 1997. *John Searle's The Construction of Social Reality*, in «Philosophy and Phenomenological Research», 57, 1997, 443 ff.
- HINDRIKS F. 2005. *Rules and Institutions. Essays on Meaning, Speech Acts and Social Ontology*, Ablasserdam, Haveka BV.
- HINDRIKS F. 2009. *Constitutive Rules, Language, and Ontology*, in «Erkenntnis», 71, 2009, 253 ff.
- HINDRIKS F., GUALA F. 2015. *Institutions, Rules, and Equilibria: A Unified Theory*, in «Journal of Institutional Economics», 11, 2015, 459 ff.
- HOUKES W., VERMAAS P.E. 2010. *Technical Functions: On the Use and Design of Artefacts*, Dordrecht-Berlin, Springer.
- JORI M. 1986. *In margine all'ultimo Conte*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 1986, 443 ff.
- LORINI G. 2000. *Dimensioni giuridiche dell'istituzionale*, Padova, CEDAM.
- LORINI G. 2014. *Meta-institutional Concepts. A New Category for Social Ontology*, in «Rivista di Estetica», 54, 2014, 127 ff.
- MACCORMICK N. 1986. *Law as Institutional Fact*, in ID., WEINBERGER O. (ed.), *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, Kluwer, 49 ff.
- MACCORMICK N. 1998. *Norms, Institutions, and Institutional Facts*, in «Law and Philosophy», 17, 1998, 310 ff.

- MACCORMICK N. 2007. *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- MARMOR A. 2009. *Social Conventions: From Language to Law*, Princeton, Princeton University Press.
- MILLER D. 1981. *Constitutive Rules and Essential Rules*, in «Philosophical Studies», 39, 1981, 183 ff.
- RAKOCZY H. 2007. *Play, Games, and the Development of Collective Intentionality*, in «New Directions for Child and Adolescent Development», 115, 2007, 53 ff.
- RAKOCZY H., TOMASELLO M. 2007. *The Ontogeny of Social Ontology: Steps to Shared Intentionality and Status Functions*, in TSOHATZIDIS S.L. (ed.), *Intentional Acts and Institutional Facts*, Berlin, Springer, 113 ff.
- RANSDALL J. 1971. *Constitutive Rules and Speech Act Analysis*, in «The Journal of Philosophy», 13, 1971, 385 ff.
- ROSS A. 1957. *Tû-Tû*, in «Harvard Law Review», 70, 1957, 812 ff.
- ROVERSI C. 2007. *Pragmatica delle regole costitutive*, Bologna, GEDIT.
- ROVERSI C. 2010. *Constitutive Rules in Context*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 96, 2010, 223 ff.
- ROVERSI C. 2012. *Acceptance Is Not Enough, but Texts Along Achieve Nothing: A Critique of Two Conceptions in Institutional Ontology*, in «Rechtstheorie», 43, 2012, 177 ff.
- ROVERSI C. 2016. *Legal Metaphoric Artifacts*, in STELMACH J., BROZEK B., KUREK L. (eds.), *The Emergence of Normative Orders*, Krakow, Copernicus Center Press, 215 ff.
- ROVERSI C. 2018. *On the Artifactual – and Natural – Character of Legal Institutions*, in BURAZIN L., ROVERSI C., HIMMA K.E. (eds.), *Law as an Artefact*, Oxford, Oxford University Press, 89 ff.
- RUITER D. 2001. *Legal Institutions*, Dordrecht, Kluwer.
- SCHWYZER H. 1969. *Rules and Practices*, in «The Philosophical Review», 78, 1969, 451 ff.
- SEARLE J.R. 1964. *How to Derive “Ought” from “Is”*, in «The Philosophical Review», 73, 1964, 43 ff.
- SEARLE J.R. 1969. *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SEARLE J.R. 1979. *A Taxonomy of Illocutionary Acts*, in ID., *Expression and Meaning. Studies in the Theory of Speech Acts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1 ff. (1st ed. 1975).
- SEARLE J.R. 1996. *The Construction of Social Reality*, London, Penguin (1st ed. 1995).
- SEARLE J.R. 1997. *Responses to Critics of The Construction of Social Reality*, in «Philosophy and Phenomenological Research», 57, 1997, 449 ff.
- SEARLE J.R. 2010. *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press.
- SEARLE J.R. 2015. *Status Functions and Institutional Facts: Reply to Hindriks and Guala*, in «Journal of Institutional Economics», 11, 2015, 507 ff.
- THOMASSON A.L. 1999. *Fiction and Metaphysics*, Cambridge, Cambridge University Press.
- WALTON K. 1990. *Mimesis as Make-Believe*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- ZELANIEC W. 2013. *Create to Rule: Studies on Constitutive Rules*, Milano, LED.

INSIDE-OUT INTERNAL AND EXTERNAL LIMITS TO RIGHTS: DOES IT MATTER?

GIULIA SAJEVA



Inside-out Internal and External Limits to Rights: does it matter?

GIULIA SAJEVA

Marie Skłodowska-Curie Fellow, University of Strathclyde.
E-mail: giasajeva@gmail.com

ABSTRACT

Literature is rich on whether and how rights are limited by *external* considerations, such as other rights or particularly important general interests. This article concentrates on what *could* be a different type of limit of rights: *internal* limits stemming from the very foundations of a right. Its aim is to understand whether these hypothetically different internal limits actually collapse on the idea of internal limits of coherence theories; or whether they are equivalent, in terms of effects, to external limits to rights. In order to show the origin of the troubling with internal limits, the article begins with a brief introduction of biocultural rights of indigenous peoples and local communities and of the challenges they encountered, allegedly, because of the internal limits that rose from their foundations. It then concentrates on coherence theories and the internal limits they envisage, and continues with the analysis of two examples – freedom of expression and parental rights – in order to understand whether turning external limits into internal ones causes any change in the arising normative positions. Building on this thought experiment, it tries to explain which of the *sui generis* features of biocultural rights are, actually, due to their double foundation and which, instead, are generated by other, concealed operations. Finally, after recognizing the complexities of the idea of care and stewardship between two subjects/interests, it points out the more subtle implications of internal limits of rights, opening the way to considerations concerning the way legal concepts are used and interpreted.

KEYWORDS

Diritti, conflitti, limiti, fondamenti, teorie coerentiste, diritti bioculturali.

Rights, conflicts, limits, foundations, coherence theories, biocultural rights.

Inside-out.

Internal and External Limits to Rights: does it matter?

GIULIA SAJEVA

1. *Introduction* – 2. *The strange case of biocultural rights* – 3. *Catch me if you can, coherence* – 4. *External limits: that's all folk?* – 4.1 *The importance of being internal: right to freedom of expression* – 4.2 *The un-importance of being internal: parental rights* – 5. *He is just not that into you* – 6. *Internal limits strike back* – 6.1 *The interpreter* – 6.2 *Before final credits: few words on remedies* – 7. *Final credits: return of internal limits.*

1. *Introduction*

Literature is rich on the limits of rights¹, may they be limits arising from conflicts with other rights or from conflicts with particularly important and pressing interests of the collectivity (such as public safety or democracy²). This debate is most often concentrated on positions that deny and positions that accept the existence of such conflicts (coherence theories vs pluralist theories³), or on asserting which of these limits are justified, and which are threats to and violations of rights⁴.

This article concentrates, instead, on what *could* be a different type of limit, an *internal* one stemming from the conflicts that may arise between the very foundations of a right⁵.

* A previous version of this paper was presented at the XXIV Congreso italo-franco-luso-español de teoría del derecho, 19-20 October 2018, Girona. I am much indebted to Jordi Ferrer for inviting me to the Congress; to Bruno Celano for showing me new routes, and warning me against unseen problems; to Natalia Scavuzzo for her precious comments; to the two anonymous referees for their attentive reading; to Giorgio Maniaci for his sharp look at my words; to Marco Brigaglia for the support received in conceiving the article, developing its content, refining its shape, and (most importantly) for helping me find the time to write it; last but not least, to my son Stefano, for sharing his mother with the computer and for taking his first flight to reach Girona.

** This project has received funding from the European Union's Horizon 2020 research and innovation programme under the Marie Skłodowska Curie grant agreement no. 851546.

¹ The analysis of the limits of rights is very much dependent on the definition chosen to describe them (on the incompatibility or lack thereof among fundamental rights, see COMANDUCCI 2004, 317 ff.). For example, as WALDRON noted (1993, 205), the very thin and negative construction of rights as *side-constraints* proposed by NOZICK (1974) saves rights from the possibility of finding limits in each other, as each individual shall simply be concerned with her/his omissions and no actions is entailed. In this paper, I adopt an interest theory of rights, which appears to me as the most suitable to handle the current understanding of rights (CELANO 2001). I will consider X to have a right when «other things being equal, an aspect of X's well-being (his interest) is a sufficient reason for holding some other person(s) to be under a duty» (RAZ 1988, 166). And I will consider that «a right of one person [...] is the ground of a duty, ground which, if not counteracted by conflicting considerations, justifies holding that other person to have the duty» (RAZ 1988, 171). I will also adopt a dynamic vision of rights according to which each right grounds different duties, which are not all predefined and static as they may change depending on the circumstances (RAZ 1988, 171).

² In the words of Wenar: «Each right trumps competing considerations in most circumstances, but there are certain circumstances in which another right with higher priority – or a pressing non-right consideration – determines what may or should be done» (WENAR 2011, 26).

³ CELANO 2013, 138 ff. For a reconstruction of the debate on conflictivism and non-conflictivism in human rights, see MALDONADO MUÑOZ 2016.

⁴ See for example Thomson's distinction between violation and infringement of rights (THOMSON 1977); and GEWIRTH's (1981, 92) distinction between the violation of a right – unjustified infringement – and the override of a right – a justified infringement. See also CELANO 2013, 140, on the (mere) rhetoric value of this distinction.

⁵ With *foundation* of a right it is meant the very reasons/interests/needs a right grounds upon/was recognized for (whether from a moral, legal, or political point of view). FERRAJOLI (2001, 298 ff.) distinguishes four meanings of

This enquiry emerged *vis à vis* the unexpected limits emerging out of a construct, biocultural rights of indigenous peoples and local communities⁶, which, while promising harmony and achievements, encountered some cumbersome limits. Their allegedly *internal* limits nurtured pressing political and rhetorical implications to the point of fuelling the attacks of a very politicized debate (as the one on indigenous peoples rights is).

The nature of these unexpected *internal* limits remains quite opaque and in need for clarifications⁷. Are these internal limits something *sui generis*, which has its specific consequences and rules? Or are they nothing more than irrelevant and fungible architecture of rights? Are their consequences equivalent to those of classic external limits? Or to those of the internal limits coherence theories describe?

In order to show the origin of the troubling with internal limits, the article begins with a brief introduction of biocultural rights and of the challenges they encountered, allegedly, because of the internal limits that rose from their foundations. It then concentrates on coherence theories and the internal limits they envisage, and continues with the analysis of two examples – freedom of expression and parental rights – in order to understand whether turning external limits into internal ones causes any change in the normative positions that arise. Building on this thought experiment, it tries to explain which of the *sui generis* features of biocultural rights are, actually, due to their double foundation and which, instead, are generated by other, concealed operations. Finally, the article points out the more subtle implications of internal limits, opening the way to considerations concerning the way legal concepts are used and interpreted.

2. *The strange case of biocultural rights*

Biocultural rights are an idea developed in 2010 predominantly by Sanjay Kabir Bavikatte⁸, an Indian scholar and activist highly engaged in issues concerning the rights of indigenous peoples and local communities and their virtuous relationship with the environment. The protection of the environment is widely debated because of its importance for the future of the world and humanity – as well described by the idea of Anthropocene⁹ – but also, increasingly, for the danger it posed and still poses on indigenous peoples and local communities living in biodiversity-rich areas. In fact, the interests of indigenous peoples and local communities to live and dwell on their traditional lands have often been jeopardized by old style *fences-and-fines* conservation approaches¹⁰ built on the assumption that humans are bound to hurt the environment and their presence must be avoided if protection is to be assured. Bavikatte's work

the term *foundation*: the reason, or theoretical foundation; the source, or legal foundation; the justification, or assiological foundation; the origin, or historical-social foundation. In this paper, we will refer to the third meaning, i.e. the normative answer to the question: *which rights should be given recognition?*

⁶ BAVIKATTE 2014; SAJEVA 2018.

⁷ During my writing of my book on biocultural rights, I realized how important these unexpected internal limits were and I stumbled with their pressing political and rhetorical implications. However, to tell the truth, at the beginning this distinction appeared to me quite clear and not deserving particular attention. I was wrong. While I expected complicated critiques concerning anthropocentric and non anthropocentric views, perplexity against the importance I gave to environmental considerations, and complete denials of the alleged existence of this strange thing called biocultural rights, I most often encountered critiques and requests for clarifications concerning the distinction, or lack thereof, between what I called internal limits of biocultural rights, and more classical external and internal limits.

⁸ BAVIKATTE, ROBINSON 2011; BAVIKATTE 2014. For a critical analysis of biocultural rights, underlining their specific characteristics, as well as their positive and negative sides, see SAJEVA 2018.

⁹ CRUTZEN, STOERMER 2000; ZALASIEWICZ et al. 2017.

¹⁰ MACKENZIE 1988; UN GENERAL ASSEMBLY 2016; MBARIA, OGADA 2017.

on biocultural rights, gaining strength from a wide and growing literature, challenged these assumptions which so often lead to the eviction of indigenous peoples and local communities for the creation of protected areas. He retold how it is widely demonstrated that some indigenous peoples and local communities have preserved traditional ways of life that are actually supportive of the environment.

Biocultural rights are defined as those rights that indigenous peoples and local communities need in order to maintain their role as *stewards of the environment* of their lands and waters. Biocultural rights build on the understanding that those communities and peoples, whose ways of life are erected on the idea of *care* for the environment, need to be recognized a cluster of rights in order to maintain those practices and ways of life that make them environmental stewards¹¹. More precisely, a basket of rights which includes: right to self-government, right to cultural diversity, right to lands and resources, and the complementary procedural rights. Building on these assumptions and looking at the developments of international environmental law and policy and at court cases¹², Bavikatte came to the conclusion that biocultural rights are currently emerging as a new human right¹³, and at the same time expressed an *opinio de iure condendo* in favour of their recognition for moral and political reasons¹⁴.

At a first glance, biocultural rights appear as grounded on the *single* interest of indigenous peoples and local communities to act as environmental stewards. A closer look, however, shows how this foundation is actually the product of the combination of two different interests, belonging to the two different subjects that biocultural rights aim at protecting. A first foundation being the interest of indigenous peoples and local communities to live according to their self-determined practices and worldviews in their traditional lands. A second foundation being a more complex and *sui generis* one, the conservation of the environment, which may be declined as an interest of nature itself¹⁵ (where nature is recognised as one of the right-

¹¹ Among the others, see: PRETTY et al. 2009; MEINE 2010; AGRAWAL, GIBSON 1999; GAVIN et al. 2015; REED 2008; OUDENHOVEN et al. 2010; SCHMIDT, PETERSON 2009; MAFFI, WOODLEY 2010; POSEY 1999.

¹² International environmental law has shown the ability and willingness to increasingly acknowledge the need to recognize and promote the rights of indigenous peoples and local communities in conjunction with environmental protection. See: the 1992 UN Convention on Biological Diversity, the 2010 Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity, the 2006 International Tropical Timber Agreement, the 2001 Food and Agriculture Organization International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, the 1995 Agreement for the Implementation of the UN Convention on the Law of the Sea, the 1994 Convention to Combat Desertification, the 1971 Ramsar Convention on Wetlands. See also: 2009 Endorois Welfare Council v. Kenya case of the African Commission on Human and People's Rights; 2001 Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, Inter American Court of Human Rights, No.79, Ser. C; 2013 Orissa Mining Corporation Ltd. Versus Ministry of Environment & Forests & Others.

¹³ I here use the term human rights as tools to further particularly important interests of individuals and groups, where at least one of such interests is considered as having an ultimate value, and as being so important (from a moral, legal or political point on view) to «set the limits to the sovereignty of States» (RAZ 2010, 328; BEITZ 2003). Today, human rights are most often described as rights «that we have simply in virtue of being human» (GRIFFIN 2008, 2), and not because of race, citizenship, gender, class, and so on. However, as the idea of human rights and their international and national recognition have evolved (BOBBIO 1990), human rights have come to include the rights of groups, such indigenous peoples, which are considered holders of value as groups, *per se*, and which are in need of special protection.

¹⁴ There currently exists no explicit legal recognition of biocultural rights, but only a number of texts that have been interpreted as recognizing them. Biocultural rights may or may not move to the next stage of a fully recognized *human right* in international law, however, they deserve attention to understand their potential implications for indigenous peoples and local communities.

¹⁵ In fact, if the protection of the environment was not treated as such, biocultural rights would appear as a cluster of indigenous peoples rights concerning access and use of lands and natural resources. They would be *indigenous rights*, solely grounded on the ultimate interests and value of indigenous peoples.

holders)¹⁶. Reading carefully Bavikatte's words¹⁷ and the texts he cites¹⁸, biocultural rights stem from environmentally relevant documents whose ultimate goal is the protection of biodiversity because it has an intrinsic value¹⁹, and indigenous peoples figure as subjects whose rights are to be protected because they have preserved ways of life relevant for biodiversity²⁰, not simply because they are holders of intrinsic value *as indigenous*.

The double foundation²¹ of biocultural rights, which protects the interests of two distinct subjects, leads to some troubling implications, which differentiate them from indigenous peoples rights²². Unless we fall for the idea of the noble savage myth – according to which indigenous peoples and local communities are always and will always remain *pacific friends of the Earth*²³ – we face potential conflicts that may arise between the two very foundations of biocultural rights, i.e. between the two subjects whose interests should be protected by biocultural rights. The right to self-government, as well as cultural and land rights, exercised by indigenous peoples and local communities as holders of biocultural rights might, in fact, at times, clash with the preservation a certain ecosystem, species or non-living natural entities. There is no necessary, perpetual, coincidence between the interests of the so-called *stewards of the environment* and the environment. They might be in the position to/want to act as stewards at times, but not at other times. Changes occurring outside a community²⁴, or changes occurring within a community²⁵, may lead to consequences which run counter the interest for the conservation of the environment.

Given that both foundations and interests-holders (indigenous peoples and nature) have equal standing within biocultural rights, both are equally sought to be protected and achieved through the instrument of biocultural rights. But when they cannot walk hand in hand, they act as limits one to the other. Such limits, however, appear as *stronger* than classic external limits:

¹⁶ Whether it is appropriate to treat nature as a holder of rights is a complex issue which is not relevant for the purpose of this paper. For a treatment of its main contours see STONE 1972; SURRELLÉS 2017; STUDLEY, BLEISCH 2018; KAUFFMAN, MARTIN 2017. For a collection of court cases recognizing nature (or parts thereof) as rightholders, see: www.naturerightswatch.com.

¹⁷ «The demand for biocultural rights» he underlines, «does not take as its point of departure the inherent right of a group or community to flourish, but rather [...] the ethic of stewardship: it is the ethic of stewardship and not the group per se that justifies the right» (BAVIKATTE 2014, 142 f.).

¹⁸ See above, note 12.

¹⁹ Preamble of the Convention on Biological Diversity: «Conscious of the intrinsic value of biological diversity and of the ecological, genetic, social, economic, scientific, educational, cultural, recreational and aesthetic values of biological diversity and its components. [...] Affirming that the conservation of biological diversity is a common concern of humankind».

²⁰ Quite explicatory is article 8j of the Convention on Biological Diversity, considered to be one of the central tools of the debate on indigenous peoples and the environment: «Each contracting Party shall, as far as possible and as appropriate: Subject to national legislation, respect, preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity».

²¹ Throughout the whole article I will refer to double-foundation rights. However, there is no reason to exclude the fact that foundations may also be more than two.

²² To be noted that biocultural rights are also different from indigenous peoples rights because they are pictured as held, equally, by local communities, i.e. those communities that do not fit with indigenous peoples definitions and henceforth do not have the same rights. I have dwelt extensively on this difference in SAJEVA 2018 (chap. 5), while in this paper I will focus solely on indigenous peoples because their reference as holders of biocultural rights is precisely what sparked the fierce critics mentioned above.

²³ See the movie *Avatar* (2010) for very simple and Hollywoodian representation of the noble savage myth. For a more scholarly and deep reconstruction see ELLINGSON 2001.

²⁴ Such as for example, the abundance of a certain hunted species decreases; or access to a once well conserved area becomes a threat for the area itself.

²⁵ Such as for example, the decision to aim for unsustainable, though legal, projects, such as the concession of an area for timber production; or changes in religious practices that lead to the increase of the population.

they seem to concretise in the form of duties towards the environment: indigenous peoples and local communities whose biocultural rights are recognized are called not only not to harm the environment, they are called to *promote* the conservation of the environment²⁶. A duty which stems from the fact that, within the biocultural rights construct, indigenous peoples and local communities are not the only holders of protected interests; also the environment is. Such duty arises with the acceptance of biocultural rights: i.e. once a community claims for the recognition and protection of its biocultural rights, it implicitly (consciously or not) accepts to the duties they come along with²⁷.

The double foundation of biocultural rights led them to enter a very political debate. A debate in which their double foundation structure was very relevant for NGOs, activists, policy makers, indigenous representatives, and scientists. Biocultural rights were not only accused to be inconvenient for indigenous peoples (dismissing the fact that in certain situations they might be useful), but actually detrimental. From a political point of view, to claim that biocultural rights are limited by environmental considerations *because* they are part of their foundations, was received as being very much different from claiming that indigenous peoples rights are limited *because* there are particularly important and pressing interests of the collectivity (i.e. external limits) that need to be taken in consideration – even though such external interests may include *particularly pressing* environment concerns.

Biocultural rights were perceived as different from many points of view²⁸, which may be summarized as follows:

- 1) The basket of rights to self-government and to land and to cultural diversity granted through biocultural rights appear as not only limited by other rights or very important considerations concerning the general interest. They appear to be limited, also, by the interest for the protection of the environment, whether it is particularly important or not (whether, for example, it concerns radioactive waste disposal or not)²⁹.
- 2) Indigenous peoples and local communities who claim biocultural rights are called to be and remain sustainable and are called to a *duty* of sustainability. Biocultural rights involve an active duty of care towards the environment on the part of their holders. Indigenous peoples rights, instead, do not require the exercise of the right to self-determination in ways that *promote* the conservation of the environment. It is sufficient for them not to harm the environment beyond certain limits (as those that apply to private property owners on radioactive waste disposal).

²⁶ On the difference between rights and so-called duty-rights, see MANIACI 2018.

²⁷ The community remains free to renounce to the duties biocultural rights come along with, but at the cost of renouncing, also, to the rights their basket contains. They are a *take all or nothing* deal, but not a compulsory one.

²⁸ For these reasons, it is true that biocultural rights are a second-best option to be, always, treated with care and attention. However, they might be a powerful tool in the hands of indigenous peoples whose indigenous status (and hence rights) is denied by the State they reside in, or whose rights are limited by environmental interests of the State (because they, for example, live in a protected area the State is not willing to degazette).

Moreover, biocultural rights are particularly important because they propose the recognition of a set of human rights to local communities – which currently lack a full recognition as subjects of international law, and are only timidly seeing group human rights recognized to them (SAJEVA 2018).

²⁹ And, vice versa, the protection of the environment pursued through the instrument of biocultural rights finds a limit in the respect of the importance of the preservation of the cultural diversity of indigenous peoples and local communities and in the protection of their self-government. Hence, if for example the protection of a certain area may well be achieved through the construction of an old style people-out protected area, the recognition of biocultural rights to the inhabitants of that area requires to find a balance with their interests in pursuing their community life in that area, even if it may guarantee slower or lower (though still effective) conservation outcomes. For a deeper analysis of these points, see SAJEVA 2018.

- 3) Only indigenous peoples who live sustainably may be recognized as holders of biocultural rights, while to be holder of indigenous peoples rights it is sufficient to be *indigenous*.

These characteristics appeared *sui generis* as compared to the classic understanding of rights and the expectations of the first biocultural rights' interpreters. They were the unanticipated product of the double foundation, and consequent internal limits, of biocultural rights. In response to them, biocultural rights were accused of compromising the fight for indigenous peoples rights, providing States a more convenient alternative, less costly and with environmental outcomes. An alternative that could shift the burden of environmental protection, once again, on indigenous peoples, denying them single-foundation *un(internally)limited* indigenous peoples rights. Or, worst, that the rhetoric of environmental stewardship on behalf of indigenous peoples could endanger indigenous rights leading judges, politicians and the like, to consider sustainability a requirement to hold indigenous peoples rights as well. The violence of these critiques – partly justified, partly not – shaded the positive sides of the potential introduction of biocultural rights in international law.

On the ground of these considerations, it may be said that the internal limits deriving from the two foundations of biocultural rights appear quite full of political implications. For this reason, this article uses biocultural rights to better understand the distinction, of lack thereof, between internal and external limits to rights. To begin our enquire, it will try to understand whether internal limits are, actually, nothing more that the limits that coherence theories try to cast away.

3. *Catch me if you can, coherence*

It is beautiful and fascinating to think that any ruler really wishing to protect rights will be able to do so, always and fully, without limitations. Unfortunately, it is necessary to accept that rights may conflict with and limit one another³⁰. It is not surprising giving that rights are instruments to protect certain interests, and interests may of course conflict with each other, because resources are overall limited, because their realization may entail incompatible behaviours on the same people, because someone's interest may require the behaviour of someone else which is protected by a right (immunity, freedom, lack of claim), and so on³¹. Moreover, rights may also be limited by interests and values that are not protected by other rights, but which are considered as particularly important for the general interest³².

Conflicts between rights, or between rights and general interests or values, and the consequent arising limits, are not a nice thing. They are not what a defender of rights, and human rights in particular, wishes to face; there is always the fear they might endanger the power of rights, entering a dangerous slippery slope leading to a flat landscape where rights have no higher position than other interests, values and principles. Many are in fact the theories – mostly grouped under the name *coherence theories* and opposed to those called *pluralist theories* – which prefer to take a different route, one leading to a land of harmony

³⁰ According to Waldron, «when we say *rights in conflict* what we really mean is that the duties they imply are not compossible» (WALDRON 1993, 206). The duty holder may find herself in a condition of impossibility to fulfil two or more rights of two or more right-holders, or two or more rights of the same right-holder.

³¹ COMANDUCCI (2004, 322) identifies two conditions for the rise of conflicts (abstract incompatibility) between two norms recognizing (fundamental) rights: both have the same (or partially the same) scope; the first ascribes to certain subjects a favourable normative positions (among those elected by Hohfeld, such as a claim), and the second ascribes to other subjects the opposite of the correlative of that first position (a privilege rather than a duty).

³² Among the many examples, article 29 of the Universal Declaration on Human Rights conditions, in *exceptional circumstances*, rights and freedoms to limitations necessary to secure the requirements of morality, public order and general welfare in a democratic society. Some of these interests and values might be, ultimately, traceable back to other rights (as necessary conditions to guarantee their fulfilment), but that's not how they are presented nor treated.

where *real* rights or their *real* content do not conflict with each other, nor with the *really important* external interests and values³³.

Coherence theories cannot erase the scarcity of resources, nor impel actual conflicts between single interests, values and needs. What they, instead, appear to be doing is shifting external limits arising from external considerations to internal ones, in a domain intrinsic to the right and fit to dismiss the emergence of conflicts as real ones. Are these *internal* limits equivalent to the *internal* limits stemming from the double foundations of rights? A brief look at coherence theories might help understand³⁴.

According to the heterogeneous set of theories that may be labelled *illusory conflict declination*³⁵, conflicts only appear *prima facie*³⁶. More specifically, according to *monist theories* the rights system (either legal, moral, or political) can be read under one supreme end or principle that should guide the interpretation and application of each right, ensuring that no *real* conflicts may arise. In case of conflict, the common end or principle will guide us towards a harmonic interpretation of the rights in question, showing us that the conflict has, in fact, never been there. Each of the apparently conflicting rights had already inherent limits which we might have overlooked at first, but under the light of the common end or principle we will be shown the path along which no conflicts, and hence no fearful external limits, are encountered³⁷.

Alternatively, it is claimed to be sufficient to reveal the *true hierarchy* existing between rights or between rights and other very important interests, values or principles³⁸. It is so possible to understand where a right is to be placed and whether, henceforth, it should prevail or not – without being *externally* limited, but actually allowing its correct application within its internal limits. This argumentative strategy builds on the belief that values and rights belong to a coherent system (for example the Constitutional one) whose hierarchy, though maybe not immediately evident, is already set and certain. The interpreter facing an *illusory* conflict hence would have to look for such hierarchy and apply it to the concrete case³⁹.

³³ As MALDONADO MUÑOZ (2016, 126) suggests, the debate on the existence, or lack thereof, of conflicts between fundamental rights is not characterized by a coherent, tidy, mono-dimensional set of theories. They are heterogeneous, at times overlapping or incoherent among them. What I present here is a brief and simple reconstruction which heavily builds on CELANO (2013) and PINO (2010).

³⁴ The most easily dismissed of these theories, or better say group of theories, *minimalist theories* (CELANO 2013, 131–133), resolves the issue calling for the “hard currency” (STEINER 1998, 233–239) of rights against their unjustified, dangerous and costly inflations. According these theories (referred to as *minimum core declination* theories in PINO 2010, 145), there is only a small core of rights, which is precise, determined, non-conflicting, hence there are no conflicts between *real* rights, though there might be apparent ones between *real* rights and *fake* ones. Following, for example, Nozick’s description of rights as moral side constraints, the pool of rights is so confined that conflicts and consequent violations are hard to picture (though not impossible as he himself admits: «The question of whether these side constraints are absolute, or whether they may be violated in order to avoid catastrophic moral horror, and if the latter, what the resulting structure might look like, is one I hope largely to avoid» (NOZICK 1974, 30 in note)). This declination is not particularly interesting because it cannot explain the current ever-growing and messy reality of human rights. It forces its supporters to reduce the number of *real* rights to a very limited core, usually excluding social rights, group rights, and new generation rights.

³⁵ CELANO 2013, 138 ff.

³⁶ CELANO 2013, 139.

³⁷ So, taking an example used by DWORKIN (2006), the apparent conflict between the right to free speech and the dignity of every person is resolved in the case of hate speech by showing that, in fact, the *real* right to free speech does not include the right to abuse minorities and call for their segregation: in the right to free speech there is an intrinsic (internal) limit to protect the dignity of minorities, which stems from the common end of the legal system of respecting and protecting human dignity and equality (the ultimate fundamental value of the system). The limit to the right to free speech, found in the dignity of minorities, is intrinsic to the right itself. It is, an internal limit.

³⁸ The *true hierarchy* may be obtained through the interpretation of the supreme goal or principle, or through the interpretation of the Constitution, which may contain a number of different principles and goals that should guide each interpreter towards the correct application of the law *as it should be*. For a position focused on the paramount role of the Constitution – within democratic Constitutional States – see FERROJOLI (2001; 2004).

³⁹ Things are not as easy as one may think after reading my brief reconstruction. The identification of the correct

Finally, according to other authors⁴⁰, to solve *illusory* conflicts between rights it claimed to be sufficient to proceed with their *specification*: i.e. if all the *intrinsic* limits of a right are discovered conflicts may disappear⁴¹. These limits were already there, within the right⁴². They were part of its true meaning and scope and are not contingent on the situation of conflict that has emerged⁴³.

The debate between coherence theories and pluralist ones is vast and it is not necessary to enter its awry roads. It is sufficient to say that according to pluralist theories, instead, conflicts between rights may occur, and it is not possible to identify a criterion able to guide the resolution of conflicts before they actually occur⁴⁴. But a position is to be taken to understand whether or not what we have identified as the internal limits stemming from two foundations correspond to the internal limits of coherence theories.

Coherence theories build on the idea of a coherent normative web, where all interests, values, and principles of the system are predetermined – though maybe not self-evident, as yet. There is a predetermined hierarchy of rights, or a real content of each right that intrinsically takes in consideration all other rights, principles and values to draw the borders of rights themselves, or there is a common end to be reached through the application of rights. The framework in which rights, and human rights in particular, find themselves in (may it be the international human rights law one, or the regional human rights law one, or one of the many national ones) presupposes, instead, an atomistic vision of values, one in which each value (or set of values)

hierarchy is a very complex task, even according to those authors that think of it as a possible enterprise. For example, according to MORESO (2006 – see also 2002), it is not possible to coherently and comprehensively reconstruct all moral principles of a system in order to identify the correct hierarchy to apply to a concrete case.

⁴⁰ «When rights appear to conflict with other oral considerations, including other rights, we may resolve the tension by reducing either the scope of the right or its stringency» (SHAFER-LANDAU 1995, 225). See also OBERDIEK (2008), who distinguishes between general rights – which are «general in virtue of the fact that their content does not depend at all upon context» - and specified rights – which are «specified in virtue of the fact that their content nevertheless depends entirely on context» (128). See also STEINER 1977; 1994; THOMSON 1977, 49; MARMOR 1997; MORESO 2006 (for some of the critics raised against Moreso, see CELANO 2002 and COMANDUCCI 2004; for a reply see MORESO 2002a).

⁴¹ The specification manoeuvre is not an easy task. Gewirth describes three criteria to correctly identify all the permissible specifications of a right so that it may be «entirely valid without any further exception», i.e. absolute (GEWIRTH 1981, 95 f.): specifications shall be recognizable in ordinary practical thinking, «justifiable through a valid moral principle», «able to avoid disastrous consequences of fulfilling the right».

⁴² What may appear as external limitations – conflicts – stemming from the interaction with other rights, principles or values, are, in fact, limits that each right already entails, inherently. So the right that «your-box-not-be-broken-into-and-your-drug-not-taken-without-your-consent» was, actually, «your-box-not-be-broken-into-and-your-drug-not-taken-without-your-consent-when-there-is-no-child-who-needs-that-drug-for-life» (THOMSON 1977, 49).

⁴³ So for example, according to OBERDIEK (2008, 134 f.), in the famous cabin case pictured by FEINBERG (1978) – a hiker breaks into a cabin in the mountains to save himself from a storm – the property right of the cabin owner is not justifiably contravened: it simply does not entail the possibility of forbidding someone in special need to enter the cabin (and hence does not entitle the owner to a compensation for the break-in). On the point see also SHAFER-LANDAU (1995), who explains that according to pluralist theories the right that the hiker breaks is a general right, a *prima facie* right which does not include any specification. He claims, instead, that a much better reconstruction of rights accounts for a set of *full-fledged* rights, much more specific and hence, importantly, fully inviolable.

⁴⁴ Pluralist theories do not simply accept the existence of conflicts among rights and particular important interests: they also provide paths for solutions. GUASTINI (2006) describes the technique usually applied by Constitutional judges as one creating a mobile assiological hierarchy, i.e. a one-time-only hierarchy based on a value-judgment through which the judge establishes which principle is to prevail in the single concrete case. On the same lines, according to the principle of proportionality proposed by ALEXY (2002; 2005), conflicts among principles (unlike conflicts among rules which are to be solved through hierarchical, chronological, or speciality criteria) are to be balanced one with the other: one has to bend in favour of the other to the least possible extent, just as much as it is needed to realize the first. However, this process has a one-time-only value because each circumstance is different and requires its particular balancing. Hence, it is not possible to find fixed paths of solutions, such as for example stating that one principle is hierarchically superior to another and should always prevail, or stating that a certain principle already includes, intrinsically, certain limitations in favour of other principles.

acts on its own to survive and then, once it reaches the surface, starts fighting with all other values not to be drowned. In such a chaotic and unstable framework each right arises to protect a certain interest that is not already part of a coherent, pre-ordered system. The current (and potentially changing) structure is the product of the accumulation of fights to uphold individuals' and groups' interests. Fights scattered through time and space, each pursuing its own ends on the ground of argumentations concentrated on the specific interests, principles, values at stake. In such a framework, there is no guaranteed coherence among the heterogeneous values or goals that belong to it, nor among the means available to reach them. Coherence theories, hence, do not appear adequate to account for it.

If coherence theories and *their internal* limits are dismissed as inadequate to describe the *real* unstable, untidy, scattered framework where rights are placed, we have to admit that the internal limits stemming from the conflicts between two foundations, as those of biocultural rights, cannot be described as equivalent to the internal limits of coherent theories. The two "types" of limits cannot be turned one into another without losing part of the information they carry with themselves: without turning them into something different from what they were meant to be.

The question we are now left with is: are what we labelled as *internal* limits of double-foundation rights actually different from/not equivalent to classical *external* limits of rights? In other words, may the so-called internal limits of biocultural rights be turned into external limits, without losing relevant features or adding inappropriate ones?

4. *External limits: that's all folks?*

In order to answer to this question, a look at two examples – the right to freedom of expression and parental rights – might be very helpful. In particular, we will engage in a thought experiment entailing the shifting of external limits to internal ones to try to understand whether the two can be considered to be equivalent.

4.1. *The importance of being internal: right to freedom of expression*

Freedom of expression is commonly understood to be a human right. It safeguards the intrinsic value of every person by protecting her fundamental interest in expressing ideas and communicating with other people⁴⁵. However, we are also used to see it limited⁴⁶, and perceive it as correct (though maybe not at specific times).

Would its limits change (or their consequences would) if we moved a value which is benefitted by the right to freedom of expression inside its foundations⁴⁷. We could concentrate on the fact that freedom of expression can *also* benefit the interest in the general growth of knowledge and culture. What happens, then, if we draw the right to freedom of expression as *also*, grounded on this interest? If, in other words, the growth of knowledge became an interest to be promoted through the realization of the freedom of expression?

⁴⁵ I will here regard the interest of every person to express her ideas and communicate with other people as the foundation of the right to freedom of expression. It is, of course, not the only way to picture the right, as other values and interests may be regarded as its foundation. However, I will not dwell on these different options because it seems to me to be irrelevant for the proposed thought experiment.

⁴⁶ The right to privacy of other people, the safeguard of public order and security, the dignity of other people and so on are typical examples of external limits to such important freedom. For an analysis of some justifications concerning restrictions to the right to freedom of expression see SCANLON (1972).

⁴⁷ Similarly, in the biocultural rights case the conservation of the environment is benefitted (most of the time) by the protection of the interests of indigenous interests.

First of all, it would feel hard to accept that only those people who are likely to exercise the right to freedom of expression in ways that contribute to the growth of knowledge are entitled to it. Similarly, we would feel uncomfortable if the recognition of this right was conditioned to the results of empirical tests controlling its ability to generate an increase in knowledge and culture. We would hardly welcome these practices as in line with the very grounding of freedom of expression – at least not with the way we are used to perceive it. We would rather consider them as serious violations.

If conditioning the freedom of expression in this way seems unacceptable, it is because we are used to regard the interest of every person to communicate as the *proper and only* foundation of this right, not, also, the interest in the growth of knowledge. The latter can easily be considered an interest to be protected, but as long as it acts as a limit from the *outside* of the structure of the right to freedom of expression. Limits justified by the defence of the growth of knowledge are usually perceived as having a very high (and often controversial) threshold – such as for example the denial of the holocaust, or politically-relevant fake news. In fact, we do not, usually, regard it as one of the *raison d'être* of such right: the latter may exist and be exercised even if it does not lead to the growth of knowledge.

Hence, it seems possible to say that if we shifted an external value often promoted by a right inside its structure, turning it into one of its foundations, we would expand its influence on the right: we would be giving, in this case to the growth of knowledge, a force it did not have before. A force resembling very much that of a duty, a duty imposed on the right-holder: *when you exercise the right to freedom of expression you should, also, promote the growth of knowledge/should not act in ways that are detrimental to the growth of knowledge*. The two structures, we may say, *are not equivalent*.

A different example, parental rights, might rise the suspicion that the issue is more complex than it seems at the moment.

4.2. *The un-importance of being internal: parental rights*

Parental rights could be described as having two heterogeneous foundations/grounding interests. On one side we could picture the interest of the parent to exercise her role as *parent*, including living with her child, taking decisions concerning her present and future activities, etc. The parent's interest grounds a cluster of normative positions in her favour, which correspond to duties on, mostly, the State and the rest of the community. However, we may also say that parental rights are grounded on a second foundation: the interest of the child to be taken care of and given the means necessary for her full development as a human being. This interest, we could argue, grounds another cluster of favourable normative positions on behalf of the child and the corresponding cluster of unfavourable normative positions on the State, the community, and the parent. The interest of the child in having a good life and developing as a human being is precisely the limiting point as well as the ultimate goal of the favourable positions of the parent: not only the parent may exercise them only so far as they do not damage the child, but she should actually exercise them in ways that promote child's interests.

This set of limits to the favourable positions of the parent stems from the very foundations of parental rights, which, according to this description, include the interest of the child in being treated so to promote her wellbeing and development. So framed, hence, the limit seems to be an *internal* one stemming from one of the foundations of the right itself, and not from another right or particularly important general interest.

Now, focussing on our shifting exercise, we could also describe parental rights as having one foundation and having to be balanced with the (external) right of the child to her full development and wellbeing. We could say that parental rights are to be recognized to protect the fundamental interests of parents to act as parents, and that this interest grounds a set of favourable positions of the parents and the corresponding unfavourable positions on the State

and the community as a whole. This, simpler (single-foundation) right would then be balanced with other rights, including the child's right to her full development and wellbeing, which grounds another set of rights and corresponding duties – some of which on the parents themselves. These rights and duties are to be balanced with parental rights: they act as limits, *external* ones, to parental rights. Such a shift from a structure to the other (double foundation right, to externally limited single foundation right) can be undertaken without losing sight of any of the elements, i.e. interests, values, principles, that the rights aim at protecting, nor dismissing any of the normative positions that arise on the right and duty holders. The two structures, we could say, seem *equivalent*. Parental rights could ground solely on parents' interests and then find an external limit, including a set of duties, in the child's right.

How, then, can it be that when we looked for clues in the right to freedom of expression, we found that there was a difference in terms of the normative positions that arose in the single and double foundation declinations? How come we saw the emergence of limits which we did not have in our hands before when we shifted to a double foundation right to freedom of expression? A step backward is necessary to understand.

5. *He's just not that into you*

If we look attentively at the two thought experiments, we see that there is an important distinguishing point between what lied behind parental rights, and what lied behind the right to freedom of expression. And it seems to be the reason that led to such opposite results.

Let's walk back to the right to freedom of expression. In our thought experiment we saw how the growth of knowledge, once moved from interest benefitted by the freedom of expression to second foundation of the right, grew in power and prominence and led to the raise of different normative positions. Well, no surprise, we turned the turkey for the Christmas dinner into one of the farmer's sons⁴⁸!

More specifically, by shifting the growth of knowledge from outside to inside the right we did not, simply, turn it into one of the right's foundations. We first needed to make it *able to become a foundation*. In other words, we did a triple (not single) operation:

- First, we boosted its rank to that of value strong enough to be able to commonly limit (be balanced with) the freedom of expression.
- Secondly, we bound the realization and protection of the freedom of expression to the realization and protection of the growth of knowledge. We made the *strength of the bond between the two interests* much higher than it was.
- Then, we shifted the growth of knowledge from the position of one of the values which is, *at times*, fostered by the realization of the right to freedom of expression, to one of the reasons/points of that right to exist (i.e. a foundation).

In other words, our thought experiment did not entail a simple *shifting* exercise, from outside to inside. It entailed three different steps. Had the first two steps not been necessary, then the

⁴⁸ MACCORMICK's (1976, 80) example with children and turkeys explains the difference existing between a value/interest grounding a right and a value/interest which is benefitted by the realization of a right. MacCormick claims that there is a duty on a farmer to feed both his sons and turkeys: turkeys are to be fed to get fat and be eaten for Christmas, while kids are to be fed because it is a very important interest they have. The feeding occurs for the turkeys because their wellbeing is a means to an end – the Christmas lunch – while it occurs for the children because their wellbeing is an end in itself which grounds a set of rights (unless maybe we are talking about Hansel and Gretel being fed by the witch).

experiment would have produced different results. If, for example,

- we already regarded the growth of knowledge as a value so important to be able to commonly limit the freedom of expression; and
- we already thought, along the lines of Mill⁴⁹, that the freedom of expression's *raison d'être*, its *point*, the reason for which it should be entitled protection through the form of rights, is the fact that its realisation leads, also, to the growth of knowledge,

then our shifting exercise would have led to the raise of the same normative positions. On the contrary, *normally*, we perceive the growth of knowledge as important, but not enough to commonly limit the freedom of expression; and, *normally*, we perceive its bond with freely expressing ideas and communicating with other people as important, but not as paramount.

Hence, the reason why the two thought experiments suggested two opposite answers – internal or external limits are equivalent/are not equivalent in terms of arising normative positions – is due to the fact that the two experiments, actually, required different operations⁵⁰.

In fact, if we look at the parental rights case, we see how:

- the wellbeing of the child is, *already, normally* considered as sufficiently important to ground rights and prevail, most of the times, on the interests of parents;
- it is, *already*, common to perceive the bond existing between the interest of a parent and the interest of a child as paramount.

Hence, structuring parental rights as having two distinct foundations, did not bring to changes in the arising normative positions (as compared with single-foundation parental rights balanced with the rights of the child) because parental rights were *already* bond to and limited by children's rights.

Similarly, in the case of biocultural rights, the link between indigenous peoples' interests and the conservation of the environment is not made up on the spot. It is the product of a long history of conservation practices and of political fights based, precisely, on the contribution indigenous peoples and local communities can bring to the environment. Hence, we could say, they could be equivalent to indigenous peoples rights limited by an internationally recognized (as it is not, yet) right of nature to exist and flourish.

In this case, as in the parental rights one, the idea of *care, stewardship, responsibilities* are central to the rhetorical and political discussion. They are the glue that binds together the two foundations and that can generate this strange thing internal limits seem to be⁵¹.

What we learnt from the two thought experiments is that: shifting an external value/interest (y) benefitted by a right (A') into one of its foundations – turning it into right (A) with a double foundation (x and y) – does not bring any change in the arising normative positions, if, and only if:

- the value/interest (y) is already perceived as so important as able to commonly limit (be balanced with) the single foundation right (A');
- the value/interest (y) is strongly bound to the other value/interest (x).

⁴⁹ MILL 1859, chapter II, in particular 95 ff. Mill would, however, unlikely agree on conditioning the freedom of expression to the growth of knowledge – as, according to him, the growth of knowledge may flourish only through the lack of limits to the freedom of expression.

⁵⁰ The whole shifting exercise presupposed a certain understanding of the values involved, a certain ideological mindset. The mindset that may be considered to be the most *common* one, i.e. children's interests considered so important to prevail over (most) parents' choices; the growth of knowledge considered to be, most of the time, less important than the preservation of the freedom of each person to express her/him self.

⁵¹ It would, overall, appear quite inappropriate to structure a right as having two foundations which are perceived as having a weak or inexistent bond, or, even worst, which are more often in conflict with each other than not.

It is important to notice that even though we stressed the importance of the existence of a very strong bond and on the ideas of *care*, *stewardship*, *responsibilities*, we witnessed the rise of limits. The emergence of limits seems to derive from the fact that the two foundations might most often walk hand in hand, but, unless we fall for the *environmentally noble savage* or *noble parent* trap, they, *also*, might not. Parents' desires, interests, and even needs might fall under the realm of the idea of *care*, *responsibility*, *stewardship*, but they might as well not. Similarly, not all indigenous peoples are sustainable, nor will necessarily be so in the future. And here it is where conflicts, and consequent limits, emerge. If the two foundations were always harmoniously interlinked, we would not encounter internal limits but, rather, that land of harmony that biocultural rights promised at first⁵².

6. *Internal limits strike back*

6.1. *The interpreter*

According to our analysis, there seem to be no different normative positions that arise if a right is described as internally, rather than externally, limited (or vice versa). However, we have so far treated the world as if it was a normatively (morally, legally, politically) transparent one. A world where every interpreter of rights (it being a judge, a civil servant, a policy maker, a State representative, an activist, a lawyer, a representative of an indigenous people, a protected area administrator) understands them in the same way, according to a strict line of normative reasoning that leads, always, to the same *correct* results. A world where all interpreters have a sterilized understanding of the values they deal with, and of the normative positions they contain – as if the latter were predetermined and static.

However, the world of rights is as far as it may be from being normatively transparent. It is a world of passion, of interests, of politics, where the way a right, its constitutive elements and their respective weights, and the weight of the right as compared to the weight of other rights and interests, depend on the history of that right: by whom it was advocated for, under which pressures, to challenge which injustices, to protect the value of what, or which interest of whom, with which idea of justice in mind, with which rhetorical arguments. In the real world of politics, injustices, aspirations and hopes, the architecture of a right is important for the way in which their interpreters expect it to be applied, wish it to be developed, fear to see it implemented. It is a world where the difference between internal and external limits may still be, as we shall soon see, surprisingly, relevant.

A fresh new look at the strange features we pointed out for biocultural rights might help us analyse which of them were related (and how) to the double/single foundation framework and which were not.

1) *More pervasive limits*

The favourable normative positions recognized to indigenous peoples through biocultural rights appear as not only limited by other rights or very important interests of the collectivity. They appear to be limited, also, by the interest for the protection of the environment, whether a particularly important matter arises or not.

⁵² I am much indebted to Giorgio Maniaci for the development of this paragraph. Talking to him has enlighten some of the more complex aspects of the idea of *care* and of the complexities of distinguishing between the right to act as caregiver and the duty to act as such. For a reconstruction of the concept of liberal/egalitarian autonomy encompassing, both, the right to be taken care of and the right not to be taken care of (to be left alone), see MANIACI 2012, 89 ff.

If right A has a double foundation, entailing the protection of x and y, both interests shall *always* be *balanced* one with the other when the right is implemented. So, for example, the interest of the child in developing to her fullest is not something that limits the right of a parent (framed with a double foundation) only if the parent has an unconventional desire (such as prohibiting a blood transfer in case of need). The interest of the child limits (is to be balanced with) the interests of the parent even in normal circumstances, such as when choosing which school to attend.

If x and y both make up the foundations of right A they are always nearby: any interpreter sees them constantly together. Therefore, the interpreter is likely to require their balancing, not only in special circumstances – when she is required to stop and think – but also when she acts rapidly and spontaneously, because no extra effort is needed to make both salient: no need to look at other rights and particularly important interests and wonder whether they are relevant to the case and should be balanced with interest x.

If instead right A is founded only on the protection of interest x, and interest y is protected by other rights or very important interests of the collectivity (it acts as an *external limit*), y is likely to be perceived as something not always pertinent with the implementation of right A. Y does not, in *all* circumstances, act as a limit, it is contingent and conditional on something which needs to occur to light a bulb in the interpreter's mind. Y figures as something weaker than an interest positioned at the very root of right A, because it is less *salient*. Packs of associations with other cases, other subjects or other interests, as well as perceptions of bonds and priorities, or the emergence of histories and memories may arise in the interpreters' mind only if she sees the reference to y at the very foundation of right A.

2) *Rise of unexpected duties*

Biocultural rights were accompanied by the rise of unexpected duties towards the protection of the environment on indigenous peoples.

If right A has a double foundation, entailing the protection of x and y, both shall always be *promoted* through the implementation of right A. So, for example, the interests of the child shall always be promoted when double-foundation parental rights are exercised. They should be the guiding beacons of parents' choices, not simply their limiting point.

Following what understood above (§ 5), the rise of unexpected limits, entailing duties as well, was due to the fact that a value or interest was elevated to a rank it did not have before/was not fully visible or accepted before. The rise unexpected limits was not due to the double foundation *per se*, but to the fact that in the new discourse the weight of an interest/value was considered to be higher⁵³.

3) *Changes in requirements*

In order to be holder of biocultural rights, it is not sufficient to qualify as indigenous people. It is necessary to be, also, sustainable and willing to act sustainably.

If right A has a double foundation, entailing the protection of x and y, in order to qualify as holder of right A, a subject needs to have certain characteristics related to both x and y. So, for example, to be recognised as holder of parental rights, one needs to be a parent (or to be entitled to act as such) and to be able/willing to care for her child. In fact, a parent that ceases to be able to/willing to properly care for her child, may lose her (double foundation) parental rights because the grounding interests she was recognized them for have halted to exist.

⁵³ As in the freedom of expression discourse, in indigenous peoples rights talks the protection of the environment, is not, usually, regarded as a value whose weight is strong enough to limit indigenous peoples rights (beyond very exceptional circumstances), nor to bring to life environmental duties on indigenous peoples. In the biocultural rights discourse, instead, the environment is treated as an interest strong enough to be balanced with other really important interests able to ground human rights.

- a. The double foundation, in this case, brings to life a significant change to a right. It changes the list of potential holders.
- b. It also has another more subtle, but important, consequence.

To be a right-holder means to be considered valuable. It contains an intrinsic positive qualification⁵⁴. On the contrary, not qualifying for a right, getting close but not close enough, is likely to suggest a negative qualification. Hence, structuring a right as having two foundations means that qualifying as a right holder becomes harder. In fact, not only the subject needs to be in possession of certain characteristics related to the initial foundation (x), such as being – biologically or legally – a parent, or being indigenous. The subject also needs to be in possession of certain characteristics related to the second foundation (y), such as being able to take care of a child, or being sustainable. In this way interest/value y becomes more *influential*, as it becomes able to *tell* which subjects may be entitled to become rightholders⁵⁵. This consideration would of course, be unfounded and inexplicable if rights, and the world of rights, were perceived as normatively transparent, tidy and characterized by clear and evident *correct* and *sterilized* interpretations. Qualifying or not as a right-holder would not carry with it positive/negative considerations: it would be a simple ticking box exercise (you have/you do not have quality 1/quality 2).

6.2. *Before final credits: few words on remedies*⁵⁶

Before moving to the conclusions, a not-so-small further point needs to be discussed.

Ubi jus ibi remedium: if a right is violated, a remedy is to be provided. This statement is not one of those that can be done with a light heart. Beside the not so secondary difficulties concerning reaching a court, obtaining a favourable decision, and having it implemented⁵⁷, there lays the whole controversy concerning whether rights which are *justifiably* infringed – hence *rightfully* limited because of other rights or very important general values – entitle, or not, for compensation⁵⁸. This controversy leads us to a very complex realm of arguments⁵⁹. However, for as complex as these arguments may get, what seems to matter the most is whether an action is perceived as (at least partially) normatively flawed or not⁶⁰, and, hence whether there is some kind of normative residue that needs to be compensated for through a remedy.

For the purpose of our analysis we need to understand whether the presence of internal

⁵⁴ According to POGGE (2008, 61) one of the discontinuities between natural rights and human rights on one side and natural law on the other lays, precisely, on the moral value recognized to rightholders: they are sources of moral concern, hence, they may ground moral demands, also in the form of rights.

⁵⁵ For indigenous peoples, being dismissed as holders of certain rights on the ground of their lack of sustainability means saying: *indigeneity is not enough*, a sentence that was at the root of their land evictions and marginalization during (and after) colonization. Hence, the rhetoric of biocultural rights brings back old enemies, which might influence the interpretation of indigenous peoples rights, and drive it towards considering environmental stewardship a requirement to hold, also, indigenous peoples rights.

⁵⁶ I am indebted to Cristina Redondo for raising this controversial point during the XXIV *Congreso italo-francoluso-español de teoría del derecho*. I hope to remember correctly her critiques and to be giving them a sufficient reply.

⁵⁷ For a reconstruction of international human rights law on remedies, see SHELTON 1999.

⁵⁸ This controversy brings us back to that concerning coherence theories (specification theories in particular) and pluralist ones. On the controversy, see SHAFER-LANDAU 1995. On infringements that derive from wrongful acts see, among the others, ROSS 1930, 21 and QUINN 1985.

⁵⁹ For different arguments see, among the others, THOMSON 1977, 60; MONTAGUE 1984; MONTAGUE 1988; and FEINBERG 1978.

⁶⁰ See for example the critique that Montague raises against Thomson and Feinberg on whether the hiker's break-into the cabin owner is morally flawed or not (MONTAGUE 1988).

rather than external limits makes any difference in terms of remedy. Is a judge likely to rule differently if she faces a claim against the allegedly wrongful implementation of an internally limited, double-foundation (x and y), right (A); or whether she faces a claim against the allegedly wrongful balancing of a single-foundation (x) right (A'), with interest (y)?

At a first glance, one may think that if x gets limited by y, while right A' may entitle to a remedy, right A does not because this is precisely what its double foundation requires⁶¹. However, after a closer look, the difference does not seem to be so stark.

First of all, in order to make a valuable assessment we shall compare a right A, with right A' understood in a normative system which recognizes the interest acting as second foundation (y) as grounding another right or as a very important general interest⁶².

Secondly, whether or not the judge will rule in favour of the recognition of remedies will depend on the details of the case. However, we can say that she will have to:

- *vis à vis* right A, verify that both interests x and y have been *rightfully* taken in consideration and weighted one with the other, so as to guarantee that neither interest was *excessively* disregarded/favoured;
- *vis à vis* right A', verify that it was *rightfully* balanced with all other rights and very important general interests of the relevant normative system, including the ones grounded on y.

In both cases, the judge will rule on whether all relevant interests were correctly protected or not and, if the latter, on whether there is any normative residue that entitles to a remedy. In both cases, the judge will deal with the same interests, values and correlative weights. Hence, there is no reason to believe that she will, *necessarily*, act differently. At most, she might be less *likely* to see, perceive, and recognize some sort of unjustified infringement being imposed on the double foundation right than in a single foundation one. In fact, she will face a right which already entails some intrinsic limitations, thus the threshold considered acceptable might be perceived as higher – even though there is no reference whatsoever within right A on where the correct threshold should lay – because the salience of each interest/value is likely to be higher – both x and y are always present, asking to be taken in consideration and protected⁶³.

7. Final credits: return of internal limits

Throughout the article we have tried to answer to the question: are internal limits arising from conflicting interests acting as foundation of a right anything different from the internal limits described by coherence theories or from classic external limits to rights?

⁶¹ Just like, one may think, it is the case when dealing with biocultural rights one side and indigenous peoples rights on the other: while the first should of course bend to environmental considerations, the second does not and, if forced to, entitles to a remedy.

⁶² This comparison may appear rather counterintuitive, but if we compared, for example, biocultural rights with indigenous rights in the current international legal system, which does not recognize such a prominent weight to the conservation of the environment, we would be comparing two assets which are, clearly, very different: their weights and elements are different, hence the presence of internal or external limits is bound to lead to different results.

⁶³ For example, we could compare biocultural rights with indigenous peoples rights understood in a legal system which recognizes the rights of nature. A State decides to turn the ancestral land of an indigenous community into a National Park. The community can continue to live on most of its ancestral land, but its use of natural resources is limited. Even though in the international law system we are picturing indigenous peoples rights shall be balanced with the right of nature, the community may abide to a court to obtain a remedy, claiming that restrictions are disproportionate. Hence, the people might be entitled to a remedy. *Vis à vis* biocultural rights, the community may still abide to a court claiming that the limitations imposed are neither necessary nor adequate, and the people might be entitled to a remedy. However, it might be less likely to be granted because the judge may be more inclined to consider the limitations as proportionate.

Firstly, coherence theories appeared as actually inadequate to describe the chaotic reality of rights, their historical character and their messy normative grounds. Hence, the internal limits that coherence theories use were dismissed as unable to account for the internal limits deriving from the double foundation of rights.

We then wondered whether internal limits and external limits actually produce equivalent results. In order to answer to this question, we looked at two examples. The right to freedom of expression suggested that turning external limits into internal ones brings changes in the normative positions that arise. On the contrary, parental rights showed how parental rights with a double foundation (and, hence, internally limited) produce equivalent results to a single-foundation parental right balanced with a single foundation child right.

The two examples led to opposite results. Here we noted how the freedom of expression was not truly appropriate to be compared with parental rights. It required us an extra operation to move the growth of knowledge from outside to inside the right: granting the growth of knowledge a weight it did not have before. A weight that made it able to commonly limit the freedom of expression. We added to the legal/ethical/political framework a new interest able to limit the freedom of expression⁶⁴. On the contrary, in the parental rights example, the interests of the child did not need any boost in rank. They were already perceived as so important as to be able to limit parental rights. The latter example, hence, was the only really appropriate for our comparison between internal and external limits. And it seemed to suggest that the difference between them is pure architecture of rights, something that leads to the same results.

Before moving on, we underlined that not all interests can be clustered together as foundations of a right: they need to walk hand in hand most of the time, as in the case of parental rights and biocultural rights; they need to be bound by ideas of *care*, *responsibility*, *stewardship*. Binding together in the foundations of a right two mostly/always conflicting interests would result in an over-limited right whose realization would be quite unrealistic and counter-intuitive: both interests would appear to be continuously limiting one-an-other.

How come, we wondered, this close relationships led to conflicts and consequent limits? Here, we found an answer in the denial of the *noble savage* nor a *noble parent myth*: *care* is not pure correspondence of wills and interests of the carer and the cared-for. For this reason, double-foundation rights may incur in the internal limits we are exploring.

When all seemed to suggest the equivalence of internal and external limits, we stopped to look again at the three features of biocultural rights which were pointed out at the very beginning of the article. And we noted that:

- the (2) *raise of unexpected duties* was the consequence of a change in the recognition of the weight of a value/interest – a boost in rank which changed its ability to limit rights – hence it was not due the fact that an interest was shifted from external to internal;
- the (1) *increase in pervasiveness of limits* and the (3) *consequences of the creation of extra requirements to become rightholders*, could instead be ascribed to the fact that the architecture of a right entails a double foundation – because the world of rights is chaotic, and interpreters of rights do not have a sterilized understanding of them.

The difference between internal and external limits that we have thus encountered seems to lay

⁶⁴ Apparently, the double foundation changed the results of the game between freedom of expression and growth of knowledge. But the truth is that the results of the game were changed by turning the growth of knowledge into an interest able to commonly limit the freedom of expression. In fact, such change in the results of the game would have been the same if the *boost in the rank* of the growth of knowledge was undertaken, while the creation of the double foundation right to freedom of expression was not. A single foundation right to freedom of expression would equally be limited by the *boosted* growth of knowledge.

somewhere deep inside the way rights are perceived, understood, felt, and it influences the way in which rights are used, or are expected (wished, feared) to be used. It seems to derive from the fact that interpreters (whoever they may be) are people, not machines (yet!). They hold a body of knowledge, memories, values and feelings which may or may not be evoked by a right, depending on its architecture, depending on how the right is dressed up. If it contains already inside its structure two interests they are always, both, salient, and will most likely be taken in consideration. If, instead, it contains only one interest it will be balanced only with those other interests that openly enter in conflict with it – only with those that make themselves salient in other ways and for other, contingent, reasons. Similarly, qualifying or not as holder of a right (because of its single or double foundation) is accompanied by potentially substantial difference in the way a subject is perceived: *you are not good enough*, a double-foundation right may say. And even if there are other sets of rights protecting that same subject, the rejection is likely to have political repercussions in its perception of the self and in the way others perceive her/him/it. Likewise, having a single or double foundation does not entail stark and necessary differences in the recognition of remedies, but it may influence what an interpreter perceives to be dealing with. A right with a double foundation and hence *doomed* to accept limitations, or a single-foundation right whose weight and importance are jeopardized by other rights or general interests. Even though no different decision is due, the interpreter may be more inclined to rule for the recognition of remedies *vis à vis* the single-foundation right.

Finally, we can say that an interpreter is unlikely to be indifferent to the fact that a right builds on one foundation or on two concurring and mutually limiting ones. The cause of these different perceptions may lay in a layer which is not explicitly conscious to an interpreter. A layer which influences her explicit reasoning, but which does not, always nor necessarily, appear clearly in her mind nor bring to the same results. This consideration may appear rather discomforting, as one could expect for rights to be always implemented in the most appropriate way – always balanced with all other relevant interests, not only those that (by chance) materialise to the interpreter's mind. However, rights are historical products, just like humans are. And no human performance can be fully unbiased by the concrete realities of our minds and their circuits.

Our enquire into the opaque aspects of the internal limits of biocultural rights led to many considerations concerning the *architecture* of rights, all somehow related to the way rights are *perceived* by their interpreters (whoever they may be). They led to considerations concerning what may or may not influence peoples' understanding of rights. We did not concentrate on whether these understandings were or were not *correct*, but we tried to take in consideration their causes and consequences (in terms of decisions and remedies, for example). As the article developed, we found ourselves in a realm more and more distant from the classical grounds of legal theory. We moved into the realm of questions concerning the way concepts are construed in our minds and we found ourselves opening the doors of new disciplines and methodologies. It is now probably time to acknowledge the need to more profoundly engage with them, especially if we are truly interested in understanding how rights (and legal concepts in general) work in the real world of peoples and their minds, rather than in the abstract world of concepts.

References

- AGRAWAL A., GIBSON C. 1999. *Enchantment and Disenchantment: The Role of Community in Natural Resource Conservation*, in «World Development», 27, 4, 1999, 629 ff.
- ALEXY R. 2002. *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in «Ars Interpretandi», 7, 2002, 131 ff.
- ALEXY R. 2005. *Balancing, Constitutional Review, and Representation*, in «International Journal of Constitutional Law», 3, 5, 2005, 572 ff.
- BAVIKATTE S.K., ROBINSON D. 2011. *Towards a People's History of the Law: Biocultural Jurisprudence and the Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing*, in «Law Environment and Development», 7, 1, 2011, 35 ff.
- BAVIKATTE S.K. 2014. *Stewarding the Earth. Rethinking Property and the Emergence of Biocultural Rights*, New Delhi, Oxford University Press.
- BEITZ C.R. 2003. *What Human Rights Mean*, in «Daedalus», 132, 1, 2003, 36 ff.
- BOBBIO N. 1990. *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi.
- CELANO B. 2013. *I diritti nello stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino.
- CELANO B. 2001. *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in «Analisi e Diritto 2001», 2001, 1 ff.
- CELANO B. 2002. «Defeasibility» e Bilanciamento. *Sulla possibilità di revisioni stabili*, in «Ragion Pratica», 18, 2002, 229 ff.
- COMANDUCCI P. 2004. *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali*, in «Analisi e Diritto 2002-2003», 2004, 317 ff.
- CRUTZEN P.J., STOERMER E.F. 2000. *The "Anthropocene"*, in «Global Change Newsletter», 41, 2000, 17 f.
- DWORKIN R. 2006. *Moral Pluralism*, in ID (ed.), *Justice in Robes*, Cambridge (Mass.), London, The Belknap Press of Harvard University Press, 105 ff.
- ELLINGSON T. 2001. *The Myth of the Noble Savage*, London, University of California Press.
- FEINBERG J. 1978. *Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life*, in «Philosophy & Public Affairs», 7, 1978, 93 ff.
- FERRAJOLI L. 2001. *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in VITALE E. (ed.), *Diritti Fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 279 ff.
- FERRAJOLI L. 2004. *La pragmatica della teoria del diritto*, in «Analisi e Diritto 2002-2003», 2004, 351 ff.
- GAVIN M.C., MCCARTER J., MEAD A., BERKES F., STEPP J.R., PETERSON D., TANG R. 2015. *Defining Biocultural Approaches to Conservation*, in «Trends in Ecology and Evolution», 30, 3, 2015, 140 ff.
- GEWIRTH A. 1981. *Are There any Absolute Rights?*, in «Philosophical Quarterly», 31, 1981, 1 ff.
- GRIFFIN J. 2008. *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- GUASTINI R. 2006. *Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, in «Ragion Pratica», 26, 2006, 151 ff.
- KAUFFMAN C.M., MARTIN P.L. 2017. *Can Rights of Nature Make Development More Sustainable? Why some Ecuadorian lawsuits succeed, and others fail*, in «World Development», 92, 2017, 130 ff.
- MACCORMICK N. 1976. *Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right*, in «Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie», 52, 3, 1976, 305 ff.
- MACKENZIE J.M. 1988. *The Empire of Nature: Hunting, Conservation and British Imperialism*, Manchester - New York, Manchester University Press.

- MAFFI L., WOODLEY E. 2010. *Biocultural Diversity Conservation: A Global Sourcebook*, London, Washington, DC, Earthscan.
- MANIACI G. 2012. *Contro Il Paternalismo Giuridico*, Torino, Giappichelli.
- MANIACI G. 2018. *Non-disponibilita dei diritti fondamentali*, in «Notizie Di Politeia», XXXIV, 132, 2018, 144 ff.
- MALDONADO MUÑOZ M. 2016. *Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentals*, in «Diritto e Questioni pubbliche», 16, 2, 2016, 106 ff.
- MARMOR A. 1997. *On the Limits of Rights*, in «Law and Philosophy», 16, 1997, 1 ff.
- MBARIA J., OGADA M. 2017. *The Big Conservation Lie*, Auburn WA, Lens&Pens Publishing LLC.
- MEINE C. 2010. *Conservation Biology: Past and Present*, in SODHI N.S., EHRLICH P.R. (eds.), *Conservation Biology for All*, Oxford, Oxford University Press, 7 ff.
- MILL J.S. 1959. *On Liberty*. London, John W. Parker and Son, West Strand.
- MONTAGUE P. 1984. *Rights and Duties of Compensation*, in «Philosophy & Public Affairs», 13, 1, 1984, 79 ff.
- MONTAGUE P. 1988. *When Rights Are Permissibly Infringed*, in «Philosophical Studies», 53, 1988, 347 ff.
- MORESO J.J. 2002. *Conflitti tra principi costituzionali*, in «Ragion Pratica», 18, 2002, 201 ff.
- MORESO J.J. 2002a. *A Proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano*, «Ragion Pratica», 18, 2002, 247 ff.
- MORESO J.J. 2006. *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*, in «Revista Direito», 2, 2, 2006, 13 ff.
- NOZICK R. 1974. *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Blackwell Publishing.
- OBERDIEK J. 2008. *Specifying Rights out of Necessity*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 28, 1, 2008, 127 ff.
- OUDENHOVEN F., MIJATOVIC D., EYZAGUIRRE P. 2010. *Bridging Managed and Natural Landscapes. The Role of Traditional (Agri)Culture in Maintaining the Diversity and Resilience of Social-Ecological Systems*, in BÉLAIR C., ICHIKAWA K., WONG B.Y.L., MULONGOY K.J. (eds), *Sustainable Use of Biological Diversity in Socio-Ecological Landscapes. Background to the Sotoyama Initiative*, Montreal, Secretariat of the Convention on Biological Diversity, 8 ff.
- PINO G. 2010. *Diritti e interpretazione*, Bologna, Il Mulino.
- POGGE T. 2008. *How Should Human Rights Be Conceived?*, in ID. (ed.), *World Poverty and Human Rights*, Second Edition, Bodmin, Polity Press, 58 ff.
- POSEY D.A. 1999. *Introduction: Culture and Nature - The Inextricable Link*, in POSEY D.A. (ed.), *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity. A Complementary Contribution to the Global Biodiversity Assessment*, Nairobi, Intermediate Technology Publication, 1 ff.
- PRETTY J., ADAMS B., BERKES F., FERREIRA DE ATHAYDE S., DUDLEY N., HUNN E., MAFFI E., et al. 2009. *The Intersections of Biological Diversity and Cultural Diversity: Towards Integration*, in «Conservation and Society», 7, 2, 2009, 100 ff.
- QUINN W. 1985. *The Right to Threaten and the Right to Punish*, in «Philosophy & Public Affairs», 14, 1985, 328 ff.
- RAZ J. 1988. *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press.
- RAZ J. 2010. *Human Rights Without Foundations*, in BESSON S., TASIIOULAS J. (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 321 ff.
- REED M.S. 2008. *Stakeholder Participation for Environmental Management: A Literature Review*, in

- «Biological Conservation», 141, 10, 2008, 2417 ff.
- ROSS D. 1930. *The Right and the Good*, in STRATTON-LAKE P. (ed.), Oxford, Oxford University Press.
- SAJEVA G. 2018. *When Rights Embrace Responsibilities. Biocultural Rights and the Conservation of Environment*, New Delhi, Oxford University Press.
- SCHMIDT P.M., PETERSON M.J. 2009. *Biodiversity Conservation and Indigenous Land Management in the Era of Self-Determination*, in «Conservation Biology», 23, 6, 2009, 1458 ff.
- SCANLON T. 1972. *A Theory of Freedom of Expression*, in «Philosophy & Public Affairs», 1, 2, 1972, 204 ff.
- SHAFER-LANDAU R. 1995. *Specifying Absolute Rights*, in «Arizona Law Review», 37, 1, 1995, 209 ff.
- SHELTON D. 1999. *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press.
- STEINER H. 1977. *The Structure of a Set of Compossible Rights*, in «Journal of Philosophy», 74, 12, 1977, 767 ff.
- STEINER H. 1994. *An Essay on Rights*, Oxford, Blackwell Publishing.
- STEINER H. 1998. *Working Rights*, in KRAMER M., SIMMONDS N.E., STEINER H. (eds.), *A Debate over Rights. Philosophical Enquiries*, Oxford, Oxford University Press, 233 ff.
- STONE C. 1972. *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, in «South California Law Review», 45, 1972, 450 ff.
- STUDLEY J., BLEISCH W.V. 2018. *Juristic Personhood for Sacred Natural Sites: A Potential Means for Protecting Nature*, in «Parks Journal», 24, 2018, 81 ff.
- SURRALLÉS A. 2017. *Human Rights for Non-humans*, in «Hau: Journal of Ethnographic Theory», 7, 3, 2017, 211 ff.
- THOMSON J.J. 1977. *Some Ruminations on Rights*, in «Arizona Law Review», 19, 1977, 45 ff.
- UN GENERAL ASSEMBLY. 2016. *Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on the Rights of Indigenous Peoples, Victoria Tauli-Corpuz, A/71/229*.
- WALDRON J. 1993. *Rights in Conflict*, in ID. (ed.), *Liberal Rights. Collected Papers. 1981-1991*, Cambridge, Cambridge University Press, 203 ff.
- WENAR L. 2011. *Rights*, in ZALTA E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Available at <https://plato.stanford.edu/entries/rights/> (accessed on 15/12/2019).
- ZALASIEWICZ J., WATERS C., HEAD M.J. 2017. *Anthropocene: Its Stratigraphic Basis*, in «Nature», 541, 2017, 289 ff.

RECENSIONI E DISCUSSIONI

MAX STIRNER: L'UNICO ANARCHICO

ANDREA **CAPUTO**



Max Stirner: l'Unico anarchico

Max Stirner: the Only anarchist

ANDREA CAPUTO

Dottore in Giurisprudenza, Università degli Studi Roma Tre.
E-mail: and.caputo2@stud.uniroma3.it

ABSTRACT

L'articolo recensisce la nuova edizione della biografia di Max Stirner scritta da John Henry Mackay, pubblicata da Rubbettino. Dopo un breve inquadramento storico dell'opera ed una panoramica sugli aspetti che ne hanno limitato la fortuna, l'autore si sofferma sulla problematica questione dell'anarchismo stirneriano. Presentato da Mackay come dato di fatto, il punto è invero assai controverso, e per affrontarlo l'autore muove dal pensiero di Enrico Ferri, curatore dell'edizione Rubbettino, per giungere a problematizzare taluni concetti fondamentali nell'opera di Stirner.

The article reviews the new edition of Max Stirner's biography written by John Henry Mackay, published by Rubbettino. After a brief historical contextualization of the work and a survey upon the aspects which have limited its fortune, the author dwells on the problematic issue of Stirner's anarchism. Shown by Mackay as self-evident, the point is actually a much debated question, and in order to deal with it the author moves from the thought of Enrico Ferri, editor of the Rubbettino edition, and examines some basic concepts of Stirner's work.

KEYWORDS

Stirner (Max), Mackay (John Henry), Ferri (Enrico), L'unico e la sua proprietà, Autorità, Anarchismo, Egoismo.

Stirner (Max), Mackay (John Henry), Ferri (Enrico), The ego and his own, Authority, Anarchism, Egoism.

Max Stirner: l'Unico anarchico

ANDREA CAPUTO

1. *Genesi di un'agiografia* – 2. *L'edizione Rubbettino* – 3. *La questione dell'anarchismo stirneriano* – 4. *Contro quale autorità?* – 5. *La contraddizione di Stirner?* – 6. *L'Unico come negativo, l'egoismo come vuoto* – 7. *L'anarchismo stirneriano: un'opzione semantica.*

1. *Genesi di un'agiografia*

Publicato in Germania nel 1844, *L'unico e la sua proprietà* viene accolto con grande interesse, in particolare, dalla sinistra hegeliana, dove trova i suoi primi commentatori in Marx, Engels, Feuerbach, Ruge, Fischer, Szeliga, Hess. A partire dal 1848, però, sull'*Unico* cade un velo di silenzio e il nome del suo autore sembra destinato a finire, come scrive Roberto Calasso, «fra quelli di molti esseri oscuri, apparsi in un momento [...] che la Germania, avida e produttiva, vuole accantonare»¹. Tuttavia, nel 1866 l'*Unico* torna ad essere citato in due opere di grande diffusione che segnano l'inizio della sua riscoperta, risvegliando un interesse che da allora non sembra essersi mai sopito.

Nel 1887, proprio una di quelle due opere, la *Geschichte des Materialismus* di Lange, finisce nelle mani di un giovane poeta anarchico, John Henry Mackay. Quest'ultimo, prima d'allora, non aveva mai sentito parlare dell'*Unico* e quando, l'anno successivo, finalmente lo legge, ne rimane così folgorato da decidere di dedicare buona parte della sua vita a ricostruire quella del suo autore, di cui si sa ben poco. È questa la genesi di *Max Stirner, sein Leben und sein Werk*, che vedrà la luce nel 1897 e il suo definitivo completamento soltanto nel 1914.

Max Stirner, assiduo frequentatore del circolo dei *Liberi* a Berlino, faceva anch'egli parte di quel variegato gruppo di intellettuali che costituiva la sinistra hegeliana, ma, pur immerso nelle dinamiche culturali del suo tempo, egli si tenne a distanza dalle vicende politiche che agitavano la Germania e morì, a soli 50 anni nel 1856, lasciando esigue tracce della sua breve vita. In effetti, è lecito pensare che non molto altro di Stirner, a parte l'*Unico*, conosceremmo se, per dirla con Karl Jöel, egli non avesse trovato in Mackay un «fedele evangelista»².

Invero, l'intento dichiarato di Mackay era quello di salvare dall'oblio non solo Stirner, ma anche l'*Unico*, che credeva dimenticato. Tuttavia, delle tre edizioni pubblicate, Mackay non riuscì a vendere che qualche centinaio di copie e la scarsa fortuna ottenuta dal suo lavoro non consente di considerarlo, per quanto egli stesso rivendichi tale posizione, principio del rinnovato interesse per quell'opera, che era già stata ripubblicata in una seconda edizione e poi in economica nel 1882 e nel 1893. Dunque, sembrerebbe più corretto inserire l'opera di Mackay all'interno e non all'origine di quel fenomeno di riscoperta avviatosi fin dagli anni 60. Perché, viene allora da chiedersi, in piena fase di rinnovato interesse per l'*Unico* non trovò fortuna la sola biografia esistente del suo autore? La ragione del suo insuccesso è da rintracciarsi nei suoi limiti.

Un primo limite è costituito dalla scelta di non citare le fonti delle informazioni e dei documenti da lui faticosamente raccolti, che fa del lavoro di Mackay un mosaico di virgolettati sospesi (egli si aspetta di essere creduto «sulla parola»³) e un sistema chiuso di riferimenti fatto di vicoli ciechi, tale da impedire lo sviluppo di spunti di approfondimento che vadano al di là del testo stesso.

¹ CALASSO 2011, 407.

² JOËL 1901 (citato in CALASSO 2011, 408).

³ MACKAY 1914, 77.

In secondo luogo, l'intento candidamente agiografico dell'opera che pur ne ha permesso la nascita, finisce col diventare un limite quando, tanto nella descrizione della vita dell'uomo, quanto nella considerazione dell'importanza del sistema filosofico, il suo «amore per l'argomento»⁴ è tale da condizionare l'obiettività della ricerca di Mackay.

Un terzo importante limite si fa evidente nella parte in cui egli si confronta con l'opera di Stirner. I contenuti dell'*Unico* sono resi secondo un metodo riassuntivo non esplicativo che non si rende realmente utile ad una loro effettiva comprensione: Mackay seleziona taluni temi e, seguendo l'indice dell'opera, ne riporta alcuni brani (non sempre ben individuati dall'utilizzo delle virgolette) senza delineare un percorso in grado di ricostruire i ragionamenti stirneriani che li uniscono. Inoltre, egli lambisce diversi argomenti fondamentali di Stirner, utilizzando termini tutt'altro che univoci e concetti tutt'altro che chiari (*specificità, unione, utilità, spettro*, etc.), senza preoccuparsi di definirli. Pur interpolando alle parole di Stirner alcune considerazioni personali, infine, a Mackay sembra mancare uno strumento ermeneutico essenziale per penetrare nelle profondità del pensiero del filosofo di Bayreuth: la conoscenza del sistema hegeliano.

2. L'edizione Rubbettino

Max Stirner. La sua vita e la sua opera, che tuttora costituisce la sola biografia di Max Stirner, viene oggi ripubblicato da Rubbettino, cinque anni dopo la precedente versione italiana (Bibliosophica, 2013), con una nuova accurata traduzione (Ridolfi, Ferri, Bettoni Bassermann) e la curatela di Enrico Ferri.

Nella nota *Al lettore*, Ferri mette in guardia circa i limiti *strutturali* dell'opera: quelli *soggettivi*, relativi alla scrittura involuta e all'approccio ermeneutico eccessivamente empatico⁵, e quelli *oggettivi*, relativi alla distanza temporale tra la ricerca di Mackay e la morte di Stirner e alla mancanza di una raccolta di materiali di quest'ultimo. Accanto a questi, poi, Ferri individua quali ulteriori limiti l'ossessione di Mackay per la ricerca di una coerenza tra la vita e l'opera di Stirner e il metodo approssimativo, definito «un collage di passi [...] liberamente assemblati»⁶, con cui il biografo procede all'analisi dell'*Unico*.

Proprio a rimedio di alcuni di questi limiti interviene Ferri con le note, che arricchiscono il testo di preziosi rimandi alla documentazione utilizzata e non riportata dall'autore; individuano, nella parte dedicata al *Leben*, i punti in cui Mackay si lascia andare all'immaginazione pur di mettere in buona luce il suo «involontario maestro»⁷; provvedono, nella parte dedicata al *Werk*, a chiarire taluni disordinati o poco precisi riferimenti all'opera stirneriana. Il contributo di Ferri si apprezza anche nel saggio introduttivo alla biografia, *Johann Caspar Schmidt e Max Stirner*, dove tratteggia i lineamenti della complessa ermeneutica stirneriana al duplice fine di sopperire alle mancanze di Mackay e di moderare il tiro di alcune sue affermazioni così nette da poter risultare fuorvianti o quantomeno semplicistiche. Il primo è il caso, ad esempio, dell'influenza hegeliana nel paradigma stirneriano che Mackay indubbiamente trascura, mentre il secondo è fondamentalmente quello della qualificazione di Stirner, da parte del biografo, come *pensatore anarchico*. È proprio quest'ultimo aspetto a sollecitare la domanda più discussa nel panorama interpretativo dell'*Unico*: Stirner può davvero essere considerato un anarchico?

⁴ MACKAY 1914, 74.

⁵ FERRI 2018a, 8.

⁶ FERRI 2018a, 9.

⁷ MACKAY 1914, 198.

3. La questione dell'anarchismo stirneriano

Nonostante Stirner non utilizzi il termine *anarchia* se non, nella forma aggettivale *anarchisch*, in senso polemico⁸, che egli fosse un anarchico, e nello specifico il padre dell'*anarco-individualismo*, per il suo biografo è una verità del tutto ovvia. Per quanto Mackay non si curi di problematizzare la questione, questa che secondo Ferri è «l'“invenzione” dello Stirner anarchico»⁹ rappresenta il primo atto di un dibattito che ha interessato a tal punto i lettori dell'*Unico* da esser vivo ancora oggi nel panorama dell'ermeneutica stirneriana.

La problematica del rapporto tra Stirner e l'anarchismo ha interessato anche Enrico Ferri che, oltre ad affrontarlo brevemente nel saggio introduttivo e a rilevarlo in nota, si è già occupato del tema in precedenti lavori. Nel 1991 egli sostiene che pur esistendo «delle affinità tra la filosofia di Stirner e alcuni presupposti teorici dell'anarchismo, come ad esempio l'antiautoritarismo e l'associazionismo di tipo volontario»¹⁰, tuttavia «le posizioni di Stirner sono assai distanti da quelle “storiche” del movimento anarchico»¹¹. Nel 2001, invece, per Ferri il paradigma stirneriano risulta sì potersi considerare anarchico, ma solo «a condizione che si intenda l'anarchismo in una accezione più ampia» (corsivo aggiunto)¹². È proprio questa l'idea che sembra ora consolidarsi nell'introduzione alla biografia di Mackay, dove scrive: «Stirner è un teorico dell'anarchismo nella misura in cui condivide con gli anarchici una serie di punti essenziali tanto di natura critica che propositiva» (corsivo aggiunto)¹³. Secondo Ferri, insomma, Stirner pare rientrare a fatica nel novero degli anarchici: *limitatamente* ad alcuni aspetti e *condizionatamente* all'allargamento della categoria, collocandosi in una posizione tanto precaria da trascorrere abbastanza agevolmente in una sostanziale esclusione¹⁴.

Tale conclusione è il risultato di un approccio metodologico, tipico degli interpreti delle dottrine libertarie, che distingue tra *anarchismo pulsione* e *anarchismo movimento* (o *politico*). Tale distinzione risponde all'esigenza sistematica di individuare, nel caos di una molteplicità di definizioni ed elaborazioni teoriche, un chiaro e per quanto possibile omogeneo oggetto d'analisi. Concentrarsi sull'*anarchismo politico*, generalmente riconosciuto come quel fenomeno rivoluzionario che si afferma tra il XVIII e il XIX secolo, significa restringere il campo in modo da lasciarne fuori tutte quelle figure che, a vario titolo fatte rientrare nella categoria degli *anarchici*, finiscono per allargarla a dismisura, riempiendola dei contenuti più disparati, se non contraddittori.

Questo approccio definisce utilmente il perimetro di un fenomeno altrimenti difficilmente individuabile. Tuttavia, nel caso di Stirner, potrebbe non essere del tutto soddisfacente un metodo che guarda all'anarchia esclusivamente come *movimento politico*, poiché l'universo di discorso in cui si muove l'opera stirneriana è quello filosofico-speculativo e non quello politico-rivoluzionario. Nell'*Unico* si cercherebbero invano tanto una *pars destruens* rivoluzionaria quanto una *pars costruens* politica. Quando Stirner attacca lo Stato non si rivolge ad una sua specifica manifestazione storica, ma all'«indissolubile sussistente di fronte [*gegen*] a noi egoisti»¹⁵. Quando, altresì, parla di *unione degli egoisti*, non si propone di costruire un'alternativa sociale, ma solo d'individuare un'alternativa relazionale. Non condividendo il medesimo universo di discorso,

⁸ STIRNER 1844, 152.

⁹ FERRI 2018b.

¹⁰ FERRI 1991, 227.

¹¹ FERRI 1991, p. 232.

¹² FERRI 2001, 400.

¹³ FERRI 2018c, 16 s. Così anche nel suo recente articolo già citato: «Max Stirner [...] solo per alcuni aspetti può essere ricompreso tra i filosofi dell'anarchismo», FERRI 2018b.

¹⁴ «Il momento anarchico, ben lungi dal caratterizzare o dall'esaurire la problematica stirneriana, costituisce soltanto un momento estrinseco del suo filosofare, cosicché voler annoverare Stirner tra gli anarchici significa svisare il suo pensiero», PENZO 1983, 90 s.

¹⁵ STIRNER 1844, 234.

dunque, non potrà mai trovarsi un'effettiva e chiara corrispondenza tra la teoria stirneriana e le dottrine di Proudhon, Kropotkin o Bakunin sulle quali è spesso tarato il *termometro* anarchico.

Ferma restando l'utilità pratica dell'opzione metodologica effettuata, tra gli altri, da Ferri, si può forse tentare un approccio diverso che resti all'interno dell'universo argomentativo dell'*Unico*, tenendo conto delle preziose riflessioni di alcuni degli studiosi italiani che si sono occupati di Stirner.

4. Contro quale autorità?

Il parallelo tra Stirner e le dottrine anarchiche è essenzialmente costruito a partire dall'*anti-autoritarismo*, generalmente considerato minimo comun denominatore di tutte le forme di anarchismo. Trattandosi di un elemento costruito in negativo, per essere spiegato esso richiede preliminarmente che se ne individui il bersaglio, cioè che sia chiaro cosa s'intenda per *autorità*. Se, dunque, sull'autorità non vi è comune intendimento, difficilmente regge un paragone tra diversi paradigmi costruito sulla base dell'antiautoritarismo. Contro quale autorità, dunque, si rivolta Stirner?

Nel saggio introduttivo all'opera di Mackay, Ferri fa riferimento all'utilizzo che Stirner fa, «*ad usum Einzigem*»¹⁶, della concezione hegeliana della storia. Sotto diversi aspetti, il paradigma stirneriano può essere letto come un radicale *rovesciamento* del sistema del suo grande maestro, ma il suo «idealismo rovesciato», per utilizzare il giudizio espresso da Engels sull'*Unico*¹⁷, rimane, secondo Ferri, idealismo:

«La storia per Stirner è il graduale e progressivo affermarsi, prima nelle coscienze [...] e poi nelle relazioni intersoggettive della vera “essenza” dell'individuo, l'egoismo, cioè della convinzione del primato del proprio io e della necessità di organizzare la propria vita in funzione di se stessi»¹⁸.

Già l'indice dell'*Unico*, sostiene Ferri, «(Mensch, passato; Ich, presente; Einzige, futuro) rappresenta un percorso temporale che ha per protagonista l'umanità nel suo complesso, ha per durata la storia dell'umanità dai suoi inizi fino al presente e per palcoscenico l'intero pianeta»¹⁹. È senz'altro vero che Stirner riproduce lo schema hegeliano della “storia universale” secondo quelle sequenze, polemicamente riportate da Marx ed Engels nell'*Ideologia tedesca*²⁰ e recentemente rielaborate da Mattia Luigi Pozzi²¹, considerate da Löwith «un'estrema conseguenza della costruzione storica universale di Hegel [...] per quanto in una *deformazione allegorica*» (corsivo aggiunto)²². Che si vogliano considerare o meno tali sequenze come fraintendimenti, «estremizzazione parodica»²³ ovvero soltanto riformulazioni del sistema hegeliano, ciò che appare evidente è che, nota Ferri, «quello che per Hegel è un punto di arrivo, la piena realizzazione/attuazione nel mondo e nelle relazioni umane dello spirito/ragione, per Stirner è uno stadio intermedio, lo stadio del presente»²⁴. Dove il maestro vedeva sintesi, insomma, l'allievo vede ancora una dimensione soltanto negativa.

Come rileva Fabio Bazzani, in Stirner «il procedere storico è pensato quale succedersi di idee universali e dunque quale succedersi di dominazioni sugli individui»²⁵. In effetti, leggen-

¹⁶ FERRI 2018c, 19.

¹⁷ Citato in CALASSO 2011, 392.

¹⁸ FERRI 2018c, 19.

¹⁹ FERRI 2018c, 24.

²⁰ MARX, ENGELS 1932, III ss.

²¹ POZZI 2014, 385.

²² LÖWITH 1941, 162.

²³ POZZI 2014, 384.

²⁴ FERRI 2018c, 25.

²⁵ BAZZANI 2013, 42.

do l'Unico ci si accorge che tanto il passaggio dall'infanzia alla giovinezza, quanto quello dagli antichi ai moderni, così come quello dal carattere negro a quello mongolico, non rappresentano un reale progresso bensì soltanto uno spostamento verso l'alto dei meccanismi di dominazione dell'individuo che coincide con l'avvento dello spirito. Avvento, questo, dagli esiti quanto mai nefasti poiché, dopo aver creato se stesso, lo spirito crea un intero mondo spirituale. Collocandosi necessariamente in un *aldilà* estraneo alla naturale condizione umana, cioè, lo spirito fonda una dimensione irreali che Stirner individua simbolicamente nel cielo. Tale dimensione si popola allora delle multiformi proliferazioni dello spirito, i fantasmi, che altro non sono che tutti quei concetti resi sacri dall'estraneità determinata dal meccanismo dell'alienazione. È l'alienazione, infatti, a determinare quello spostamento verso l'alto, l'astrazione, che, generando venerazione tramite la distanza, fonda la gerarchia delle idee fisse. Nulla è cambiato, dunque, nel passaggio dalla teologia cristiana all'antropologia di Feuerbach se, come scrive Stirner, «il fantasma più opprimente è l'uomo»²⁶, poiché l'idea di un'«essenza vera dell'uomo» cui tendere non costituisce altro che l'ennesimo (irraggiungibile) modello cui conformare la propria condotta. In questo senso, dunque, Stirner si colloca in una posizione che per Bazzani si sostanzia nella «reiezione della storia quale rivelazione dello spirito e conseguentemente quale alienazione dell'individuo»²⁷.

Ciò visto, è chiaro che il bersaglio di Stirner non sia individuabile su un livello di discorso racchiuso nel *politico*: è contro l'autorità dei principi, divenuti fantasmi, che Stirner si scaglia, ed è da quella forma di gerarchia costruita sul sacro che egli intende liberarsi. È, dunque, in questa dimensione teorica non politica dell'autorità che occorre ricercare le tracce di un possibile anarchismo stirneriano.

5. La contraddizione di Stirner?

Il futuro, scrive Stirner, sarà riservato all'Unico, l'egoista proprietario del «mondo delle cose» e del «mondo dello spirito»²⁸, che darà il definitivo assalto al cielo, annientandolo²⁹. «Lo scenario» – scrive Ferri – «è quello che nel linguaggio della filosofia hegeliana si chiama “storia universale”»³⁰ e ivi si manifesta «la graduale realizzazione nel tempo e nello spazio di un principio che sta alla base di tutto, del mondo come dell'uomo»³¹. Tale principio, dunque, «che attraverso la storia si sviluppa e si compie, per Hegel si chiama Spirito (*Geist*) o Ragione (*Vernunft*), per Stirner si chiama Egoismo (*Egoismus*)»³². L'Unico, insomma, non rappresenta altro che «la sintesi di questo programma, l'esito annunciato di un plurimillenario processo storico» (corsivo aggiunto)³³: «il futuro sarà il tempo della riappropriazione della natura e dello spirito, il tempo dell'egoismo, della piena realizzazione dell'individuo, che annuncia il suo regno» (corsivo aggiunto)³⁴.

È ciò che Ferri interpreta come l'affermarsi della «vera essenza» dell'individuo, mettendo così in luce il dato *positivo* e *propositivo* dell'Unico, letto come *programma*. Se questa lettura fosse confermata, il paradigma stirneriano si risolverebbe in una sostanziale sostituzione dei vecchi principi con il nuovo, dissimile da quelli solo in apparenza, ma, in quanto idoneo a fondare una norma di comportamento (la realizzazione della *vera essenza dell'uomo*) e ad affermare il suo do-

²⁶ STIRNER 1844, 83.

²⁷ BAZZANI 2013, 49.

²⁸ STIRNER 1844, 76.

²⁹ STIRNER 1844, 78.

³⁰ FERRI 2018c, 24.

³¹ FERRI 2018c, 25.

³² FERRI 2018c, 25.

³³ FERRI 2018c, 25.

³⁴ FERRI 2018c, 25.

minio (il *regno dell'egoismo*), di fatto identico ad essi rispetto alla loro funzione ordinatrice della condotta umana: cioè un nuovo fantasma. In questo modo, Stirner parrebbe contraddire le sue stesse premesse e quindi, rimanendo nell'alveo argomentativo dell'*Unico*, non potremmo definirlo un antiautoritario. Tuttavia, la conclusione che pone al termine del discorso stirneriano tale proposta *fondativa* richiede d'esser provata.

6. *L'Unico come negativo, l'egoismo come vuoto*

L'ipotetica proposta fondativa poggerrebbe sui due pilastri individuati da Ferri, la *vera essenza* dell'uomo e il *regno dell'egoismo*, pertanto è di questi che occorre provare la solidità.

Parlando di alienazione, Stirner maneggia un concetto di diretta derivazione hegeliana, ma tra la definizione di Hegel e la lettura stirneriana corre una sensibile discrepanza. Come riconosce lo stesso Ferri, infatti, mentre per Hegel l'alienazione si dà come *divaricazione ontologica*, differenza tra soggetto e sostanza, per cui «è l'io che muove se stesso da sé in potenza, in “embrione”, a sé propriamente dispiegato, “uomo”»³⁵, per Stirner essa è una *costruzione ideologica* per cui tale differenza «non è reale, è una contrapposizione indotta, artificiale»³⁶: «non esiste un “io” come categoria, né una essenza dell'uomo, un modello dell'io, un uomo razionale spirituale, un tipo d'uomo universale a cui il singolo debba adeguarsi»³⁷. Questa importante precisazione si riverbera, nota Fabio Bazzani, anche sulla concezione feuerbachiana dell'alienazione come *perdita di sé*:

«per perdere se stesso, per perdere la propria essenza, l'individuo dovrebbe avere un'essenza; tuttavia l'essenza è appunto quell'irreale, quello spirito, quel cielo che nega la dimensione corporea e la singolare esclusività dell'uomo. [...] Se niente è stato perduto, niente vi è da riconquistare»³⁸.

Per Stirner, insomma, l'alienazione è «costruzione di un'irrealtà»³⁹ correlata «al dato di un'autorità fantasmatica, e da questa posizione di irrealtà subordina l'individuo a sé»⁴⁰.

Non è un caso, allora, che l'operazione opposta all'alienazione, utile a disinnescare i meccanismi di subordinazione al sacro, sia da Stirner definita *profanazione*. Si tratta, infatti, di un'operazione soltanto negativa di rimozione dell'irrealtà mediante il suo riconoscimento come tale: l'ottenimento di una libertà che consiste nello *sbarazzarsi* e non nel *realizzarsi*. L'Unico non costituisce la *piena realizzazione* di sé cui pervenire raggiungendo, come scrive Ferri, la propria *vera essenza*, bensì si pone soltanto quale residuo orizzonte di realtà ed esistenza indubbiamente autentica, oltre il quale non è più possibile negare nulla. Il concetto di «unico» o, il che è lo stesso, di «egoista», è, come obietta Pozzi a Ferri, «un concetto negativo, provvisorio, e non [...] uno stato di realizzazione e, proprio per questo, l'operazione stirneriana non mira al compimento della *verità* della natura umana, quanto piuttosto allo svuotamento di tale categoria e del suo portato valoriale»⁴¹. Lo spietato profanatore demolisce a colpi di martello le fondamenta del sacro, ma egli non intende sostituire gli antichi pilastri con i nuovi, bensì assumere se stesso come unico fondamento della propria *causa*.

Negare il concetto di *vera essenza* dell'uomo, tuttavia, non implica necessariamente il venir meno di quello di *regno dell'egoismo*. Permane il sospetto che nella sua dimensione pratica, cioè

³⁵ FERRI 1996, 161.

³⁶ FERRI 1996, 162.

³⁷ FERRI 1996, 162.

³⁸ BAZZANI 2013, 50.

³⁹ BAZZANI 2013, 50.

⁴⁰ BAZZANI 2013, 50.

⁴¹ POZZI 2014, 390.

positiva, quell'Unico che è soltanto negativo, fondando la propria causa su stesso, di fatto si *sottometta* al nuovo *principio* dell'egoismo.

L'egoismo *regnerebbe* se si dimostrasse valido quel collegamento, più volte tentato⁴², tra il paradigma stirneriano e le teorie utilitariste. Nelle risposte ai suoi critici, Stirner pone l'elemento dell'*interesse* come punto di riferimento dell'azione egoistica e se ciò fosse per lui quel che è per gli utilitaristi, tale operazione si risolverebbe nella genesi dell'ennesimo fantasma: principio ordinatore della condotta umana, cioè fondamento. Stirner, tuttavia, precisa che l'interesse «è un puro nome, un concetto senza contenuto e privo di sviluppo concettuale»⁴³ e non un principio universale. Porre l'interesse come assoluto significa porlo fuori dal dominio della propria sfera di proprietà, cioè scadere nel *disinteresse*, ma «io non sono disinteressato finché lo scopo rimane mia *proprietà* e io, anziché rendermi cieco mezzo della sua realizzazione, lo metto invece continuamente in questione»⁴⁴.

È il mantenimento della relazione di proprietà dell'io sull'interesse ad evitare l'innescarsi del procedimento alienante di inversione tra soggetto e oggetto che genera i fantasmi e la subordinazione ad essi. L'interesse è una proprietà dell'egoista e sottostà alle determinazioni della sua transitoria e mutevole volontà e, in questo modo, Stirner riesce, come scrive Ferruccio Andolfi, a «prendere le distanze da quelle teorie edonistiche che subordinano l'io all'oggetto del godimento, annientando la sua autonomia»⁴⁵. Schivando la trappola dell'ipostatizzazione dell'interesse, tipica dell'utilitarismo⁴⁶, l'egoismo stirneriano è ben lungi dall'essere una «filosofia dell'interesse»⁴⁷, vale a dire un sistema morale *fondato* su un concetto assoluto ed universale⁴⁸. Esso, infatti, è fondato su un'idea di interesse come contenitore vuoto, destinato a riempirsi di contenuti sempre diversi con la volontà transeunte dell'individuo come scaturigine e la sua potenza come misura d'estensione.

7. *L'anarchismo stirneriano: un'opzione semantica*

L'io rifiuta di conformarsi agli assoluti, è schivo alle classificazioni dei concetti, a qualsivoglia eterodeterminazione: «niente di quanto viene indicato come mia essenza mi esaurisce: sono solo nomi»⁴⁹. L'io non risponde ad alcun modello universale e non si pone come tale per gli altri io, per i quali è *nulla*. Riconoscendo l'inganno dell'alienazione, l'io si riappropria dei concetti e ne svela l'irrealtà e così «il proprietario stesso rientra nel suo nulla creatore, dal quale è nato»⁵⁰. Quindi, scrive Stirner, «se io fondo la mia causa su di me, l'unico, essa poggia sull'effimero, mortale creatore di sé che se stesso consuma, e io posso dire: *Io ho fondato la mia causa su nulla*» (corsivo aggiunto)⁵¹.

Un pensiero così profondamente nichilista conserva ben poco di politico. Esso affonda in un'idea più radicale di qualsiasi programma sovversivo senza affidarsi alla speranza di una futura e ideale rifondazione valoriale. L'antiautoritarismo di Stirner, dunque, è assai più coerente di

⁴² Si veda il parallelo tra Stirner e Bentham sviluppato da Engels in una lettera a Marx, riportata in CALASSO 2011, 392. Nel già citato articolo, Ferri fa riferimento ad «un'unione di tipo utilitaristico, motivata dall'«interesse reciproco» e che si esprime nell'«uso reciproco»», FERRI 2018b.

⁴³ STIRNER 1845, 101.

⁴⁴ STIRNER 1844, 70.

⁴⁵ ANDOLFI 1996, 139

⁴⁶ ROEHRSSSEN 1990, 99.

⁴⁷ STIRNER 1845, 101.

⁴⁸ ANDOLFI 2009, 101.

⁴⁹ STIRNER 1844, 380.

⁵⁰ STIRNER 1844, 380.

⁵¹ STIRNER 1844, 381.

quanto l'asistematicità della sua opera non lasci intendere. Ciò detto, è lecito chiedersi se un antiautoritarismo che si rivolge ai principi in questa dimensione *lato sensu* metafisica valga a definire una dottrina come anarchica.

Sebbene generalmente si propenda per il significato di “assenza di governo”, l'etimologia del termine *anarchia* racchiude in sé un'ulteriore possibilità semantica: mancanza di *archè*, cioè assenza di fondamento, di principi⁵². Stirner, allora, con il suo antiautoritarismo, può dirsi essere stato il solo teorico dell'anarchia intesa in questo suo significato alternativo. È in questo senso, non politico, ma forse ancor più profondo e radicale, che egli può dirsi anarchico. D'altronde, anche in questo, Stirner non poteva che essere *unico*.

⁵² Lo rileva, recentemente, AGAMBEN 2017, 129. Anche Ferri accenna a questo ulteriore significato in FERRI 2001, 358.

Riferimenti bibliografici

- AGAMBEN G. 2017. *Creazione e anarchia. L'opera nell'età della religione capitalista*, Vicenza, Neri Pozza.
- ANDOLFI F. 1996. *La posizione di Stirner nella storia dell'individualismo*, in FERRI E. (ed.), *Max Stirner e l'individualismo moderno*, Napoli, Istituto Suor Orsola Benincasa, 125 ss.
- ANDOLFI F. 2009. *Il non uomo non è un mostro. Saggi su Stirner*, Napoli, Guida.
- BAZZANI F. 2013. *Unico al mondo. Studi su Stirner*, Firenze, Clinamen.
- CALASSO R. 2011. *Accompagnamento alla lettura di Max Stirner*, in STIRNER M., *L'unico e la sua proprietà*, Milano, Adelphi, 387 ss.
- FERRI E. 1991. *L'antigiuridismo di Max Stirner*, Milano, Giuffrè.
- FERRI E. 1996. *La rivolta stirneriana contro il mondo moderno*, in ID. (ed.), *Max Stirner e l'individualismo moderno*, Napoli, Istituto Suor Orsola Benincasa, 149 ss.
- FERRI E. 2001. *La città degli unici. Individualismo, nichilismo, anomia*, Torino, Giappichelli.
- FERRI E. 2018a. *Al lettore*, in MACKAY J.H., *Max Stirner. La sua vita e la sua opera*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 7 ss.
- FERRI E. 2018b. *Max Stirner (forse) non era anarchico*, in «A Rivista anarchica», 48, 2018. Disponibile in: <http://www.arivista.org/?nr=427&pag=65.htm> (consultato il 09/12/2018).
- FERRI E. 2018c. *Johann Caspar Schmidt e Max Stirner*, in MACKAY J.H., *Max Stirner. La sua vita e la sua opera*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 11 ss.
- JOËL K., 1901. *Philosophenwege*, Berlin.
- LÖWITH K. 1941. *Da Hegel a Nietzsche. La frattura rivoluzionaria nel pensiero del secolo XIX*, 4 ed., Torino, Einaudi, 2015 (ed. or. *Von Hegel zu Nietzsche. Der revolutionäre Bruch im Denken des neunzehnten Jahrhunderts*, Zurigo, Europa Verlag, 1941, trad. it. di G. Colli).
- MACKAY J.H. 1914. *Max Stirner. La sua vita e la sua opera*, a cura di E. Ferri, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2018 (ed. or. *Max Stirner. Sein Leben und sein Werk*, Berlino, Edizione privata, 1914, trad. it. di G. Ridolfi).
- MARX K., ENGELS F. 1932. *L'ideologia tedesca. Critica della più recente filosofia tedesca nei suoi rappresentanti Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e del socialismo tedesco nei suoi vari profeti*, 3 ed., Roma, Editori Riuniti, 1971 (ed. or. *Die Deutsche Ideologie. Kritik der neuesten deutschen Philosophie in ihren Repräsentanten Feuerbach, B. Bauer und Stirner, und des deutschen Sozialismus in seinen verschiedenen Propheten*, Mosca, Marx-Engels-Lenin Institut, 1932, trad. it. di F. Codino).
- PENZO G. 1983. *La tematica della rivolta in Max Stirner e il problema della violenza*, in CIARAVOLO P. (ed.), *Nietzsche-Stirner*, Roma, Aracne, 2006, 83 ss.
- POZZI M.L. 2014. *L'erede che ride. Parodia ed etica della consumazione in Max Stirner*, Milano-Udine, Mimesis.
- ROEHRSEN C. 1990. *L'anarchismo nello stato moderno*, Milano, Giuffrè.
- STIRNER M. 1844. *L'unico e la sua proprietà*, 5 ed., Milano, Adelphi, 2011 (ed. or. *Der Einzige und sein Eigentum*, Lipsia, Otto Wigand, 1844, trad. it. di L. Amoroso).
- STIRNER M. 1845. *Risposte alle critiche mosse a L'unico e la sua proprietà*, in ID., *Scritti minori con l'aggiunta degli ultimi ritrovamenti*, a cura di A.M. Bonanno, Trieste, Edizioni Anarchismo, 2012, 87 ss. (ed. or. *Max Stirner's Kleinere Schriften und seine Entgegnungen auf die Kritik seines Werkes: Der Einzige und sein Eigentum. Aus den Jahren 1842-1847. Herausgegeben von John Henry Mackay*, Berlino, Verlag von Schuster & Loeffler, 1898).

DISUGUAGLIANZE
E APOCALISSE
SUL *MANIFESTO*
DI LUIGI FERRAJOLI

ANNA PINTORE



Disuguaglianze e apocalisse
Sul *Manifesto* di Luigi Ferrajoli

Inequalities and the apocalypse
On Luigi Ferrajoli's *Manifesto*

ANNA PINTORE

Professore ordinario di filosofia del diritto, Università di Cagliari.

E-mail: pintore@unica.it

ABSTRACT

L'autrice evidenzia alcuni nodi problematici del *Manifesto per l'uguaglianza* di Luigi Ferrajoli. In particolare, sottolinea l'ambigua collocazione tra logica ed etica data al principio di uguaglianza; critica poi la distinzione tra disuguaglianze e differenze, l'uso dei concetti di identità e dignità e il costante scambio operato nel libro tra disuguaglianze economiche e povertà. Critica infine la sottovalutazione da parte di Ferrajoli degli enormi miglioramenti che hanno avuto luogo negli ultimi decenni nelle condizioni di vita dell'intero pianeta.

The author focuses on some problematic aspects of Luigi Ferrajoli's *Manifesto per l'uguaglianza*. In particular, she highlights the ambiguous place between logic and ethics given to the principle of equality. She also criticizes the distinction between inequalities and differences, the use of the concepts of identity and dignity and the frequent identification between economic inequalities and poverty that can be found in the book. Finally, she stigmatizes Ferrajoli's underestimation of the enormous improvements of the conditions of life on the planet in recent decades.

KEYWORDS

Uguaglianza, differenze, identità, dignità, povertà.

Equality, differences, identity, dignity, poverty.

Disuguaglianze e apocalisse Sul *Manifesto* di Luigi Ferrajoli

ANNA PINTORE

1. *Troppi compiti per un solo principio* – 2. *L'uguaglianza tra logica ed etica* – 3. *Differenze e disuguaglianze* – 4. *L'uguaglianza tra identità e dignità* – 5. *Disuguaglianza o povertà?* – 6. *L'apocalisse prossima ventura* – 7. *Le colpe dei ricchi*.

1. *Troppi compiti per un solo principio*

In filosofia morale il monismo è una posizione alquanto impegnativa, perché costringe a caricare il peso dell'intera etica sulle spalle di un unico principio e a congegnare espedienti per disinnescare ciascuno degli innumerevoli conflitti a cui la vita morale dà luogo. Nel suo *Manifesto per l'uguaglianza*¹, Luigi Ferrajoli abbraccia inequivocabilmente una forma di monismo etico, che assume come valore fondativo e totalizzante l'uguaglianza². Aggiungerei che il monismo etico di Ferrajoli è tanto potente quanto ambizioso, perché il valore dell'uguaglianza viene da lui usato come chiave esclusiva di lettura non solo dell'etica nei suoi tre ambiti della morale, del diritto e della politica, ma anche dell'economia, oltre che come acido dissolutore di ogni tipo di conflitto sociale e culturale.

Così infatti, proprio in apertura del libro, l'autore enuncia il suo ambizioso programma:

«Il principio di uguaglianza è il principio politico dal quale, direttamente o indirettamente, sono derivabili tutti gli altri principi e valori politici. Esso equivale all'uguale valore associato a tutte le differenze di identità e al disvalore associato alle disuguaglianze nelle condizioni materiali di vita; si identifica con l'universalismo dei diritti fondamentali, siano essi politici o civili o di libertà o sociali; è il principio costitutivo delle forme e, insieme, della sostanza della democrazia; forma la base della dignità delle persone solo perché "persone"; è la principale garanzia del multiculturalismo e della laicità del diritto e delle istituzioni pubbliche; rappresenta il fondamento e la condizione della pace; è alla base della sovranità popolare; è perfino un fattore indispensabile di uno sviluppo economico equilibrato ed ecologicamente sostenibile; forma infine il presupposto della solidarietà ed è perciò il termine di mediazione tra le tre classiche parole della rivoluzione francese» (IX).

A mio parere tale programma è destinato all'insuccesso, per ragioni di merito e per ragioni di metodo. Fra poco cercherò di dar conto di questo giudizio critico. Prima però ritengo opportuno illustrare nella maniera più stringata possibile l'idea portante del libro, che ruota intorno a pochi concetti: il primo è naturalmente l'uguaglianza, poi vengono le differenze, le disuguaglianze, l'identità e la dignità. Nelle pagine che seguono mi soffermerò su ciascuno di essi, tralasciando gli innumerevoli ulteriori aspetti del libro che pure varrebbe la pena di considerare.

Il principio di uguaglianza come ridefinito da Ferrajoli si compone di due parti, le quali trovano una loro puntuale traduzione giuridica nel primo e nel secondo comma dell'art. 3 della Costituzione italiana³. La prima parte del principio è di carattere *statico* ed esprime una *regola*: la re-

* Recensione a: Ferrajoli L., *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2019.

¹ FERRAJOLI 2019b. Le pagine da cui sono ricavate le citazioni saranno indicate tra parentesi nel testo.

² Come fa giustamente notare FERRARO 2019, 253 ss. È un peccato che Ferrajoli, nella sua replica (FERRAJOLI 2019c), non abbia preso troppo sul serio le critiche puntute (e largamente condivisibili) di Ferraro.

³ Tanto puntuale che, se non fosse per l'anacronismo, quasi si direbbe che l'art. 3 Cost. sia stato scritto sotto dettatura di Ferrajoli. Meno anacronistico e più attendibile ipotizzare che sia la piena adesione morale dell'autore alla Costi-

gola (di uguaglianza c.d. formale o *liberale*) che vieta di discriminare gli individui in base alle differenze di sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali: tutti elementi, questi, che Ferrajoli chiama per l'appunto *differenze* e tratta come costitutivi dell'identità personale di ciascuno. La violazione di questa regola dà luogo a discriminazioni, che possono essere *de iure* oppure *de facto* e alle quali si deve porre rimedio rimuovendo la legislazione discriminatoria e/o predisponendo nonché attuando adeguate garanzie. Si badi che per l'autore la protezione dell'identità personale non sempre esige una totale cecità alle differenze; talvolta, al contrario, richiede che queste vengano valorizzate tramite una disciplina normativa volta a neutralizzare trattamenti discriminatori consolidati. Così ad esempio l'autore considera doverose alla luce dell'art. 3 Cost. le azioni positive volte a rimediare alle persistenti discriminazioni di genere (22). L'esempio è istruttivo su due versanti: da un lato rende chiaro come, nel quadro etico rigidamente monista delineato dall'autore, ogni conflitto tra principi e valori morali tenda magicamente a dissolversi, col risultato di far apparire inani per mancanza di presupposti le dispute pluridecennali intorno al tema delle azioni positive⁴; dall'altro lato esemplifica con pari chiarezza l'atteggiamento interpretativo di Ferrajoli, che chiamerei imperialista. In base ad esso non solo l'art. 3 ma ogni altra disposizione costituzionale, non importa quanto generica e indeterminata possa essere, ha sempre un contenuto chiaro e cristallino, che per mirabolante coincidenza corrisponde sempre in tutto e per tutto alle idee etico-politiche di Ferrajoli. In altre parole, ogni testo normativo significa precisamente ciò che l'autore vuole che significhi⁵.

La seconda parte del principio di uguaglianza è un *principio direttivo* di carattere *dinamico*, che prescrive di rimuovere o quantomeno ridurre le disuguaglianze economiche, materiali e di opportunità sociale (uguaglianza c.d. sostanziale o *sociale*). Tali disuguaglianze, al pari delle differenze, sono dei fatti; esse però non entrano a comporre l'identità personale dei singoli, e pertanto non sono oggetto di protezione al pari delle differenze. Mentre differenze e disuguaglianze sono fatti, l'uguaglianza è una norma.

Con una delle sue ben note formule accattivanti, l'autore così sintetizza la sua ridefinizione: «Il principio di uguaglianza consiste [...] nell'uguale valore associato a tutte le differenze che fanno di ciascuna persona un *individuo differente* da tutti gli altri e di ciascun individuo una *persona uguale* a tutte le altre» (4, corsivi dell'autore)⁶.

2. L'uguaglianza tra logica ed etica

Prima di esaminare più dappresso il principio di uguaglianza appena illustrato, è il caso di sottolineare che fin dalla copertina del libro esso viene qualificato come un *principio di ragione* (cfr. anche X), e poi come una *necessità di ragione* (XII), ciò che suscita grave sconcerto nel lettore. Lo sconcerto dipende da ciò: se l'uguaglianza è una norma e non un fatto, se dunque il principio di uguaglianza si colloca interamente sul piano del dover essere, non si vede come possa al con-

tuzione del 1948 in tutte le sue parti ad averlo portato a strutturare il suo principio di uguaglianza adoperando lo schema dell'art. 3. Un critico malizioso potrebbe sospettare che questa totale consonanza discenda da una previa interpretazione del testo costituzionale in senso interamente ferrajoliano.

⁴ La maestria di Ferrajoli nel dissolvere i conflitti etici è ormai proverbiale: si pensi alle sue posizioni "negazioniste" sul conflitto tra diritti. In questo libro egli usa il suo principio di uguaglianza per cancellare come privi di ragion d'essere anche i conflitti multiculturali nonché il conflitto tra uguaglianza e libertà, gettando nella costernazione il lettore che per decenni si è interrogato sul modo più accettabile di comporre gli uni e gli altri.

⁵ Per citare due altri esempi disparati: ad avviso dell'autore sarebbero incostituzionali per violazione dell'art. 32 Cost. i c.d. ticket sanitari (74 e 103 ss.); l'art. 13, 2° c. della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo sancirebbe un pieno e completo *ius migrandi* (26 e 224).

⁶ In realtà sia la formula sintetica che le idee dell'autore sull'uguaglianza sono tutt'altro che inedite. Si veda almeno FERRAJOLI 2007, 766, 837.

tempo valere quale principio di ragione, quantomeno per un divisionista e non oggettivista quale Ferrajoli anche in questo libro si professa⁷. Solo le norme hanno una portata direttiva pratica, al contrario della ragione ossia della logica, la cui normatività riguarda solo la forma degli argomenti e dei ragionamenti.

Perché dunque evocare la ragione e la necessità? A mio parere ci troviamo qui in presenza di una malcelata e forse persino inconsapevole operazione ideologica, che si concreta nel trasferire sul principio di uguaglianza, come dall'autore inteso, tutta quell'aura di autoevidenza e di cogenza che circonda l'idea del trattamento uguale di casi uguali. Tale idea notoriamente costituisce il nucleo tradizionale del concetto di giustizia; è altrettanto noto che schiere di filosofi, a partire almeno da Chaïm Perelman, nel discuterla ne hanno evidenziato la vacuità, almeno finché non la si integri con l'indicazione del *chi* e del *come* del trattamento uguale⁸. Che i casi uguali vadano trattati in maniera uguale è un'esigenza di logica e di ragione solo perché abbiamo previamente deciso di eguagliare certi casi inserendoli a pari titolo all'interno di una medesima classe generale, anzi universale: detto altrimenti, perché ci siamo dati una norma, ossia uno standard generale d'azione⁹. In questo caso il "principio di ragione" è il principio per cui, se abbiamo adottato uno standard normativo che impone di trattare, poniamo, gli scolari in un certo modo, siamo tenuti per coerenza logica a trattare lo scolaro *x*, lo scolaro *y* ... insomma tutti gli appartenenti alla classe che abbiamo previamente costruito, precisamente nel modo in cui abbiamo stabilito di trattarli. Ma il modo in cui abbiamo deciso di trattare certi casi, e il modo in cui abbiamo deciso di conformare la classe che li include, nulla hanno a che fare con la logica. L'unico tipo di cogenza in questo ambito è quello che riguarda l'applicazione dei principi direttivi che ci siamo dati, non i principi stessi, che per un non oggettivista sono frutto di scelta etica, ossia esercizio di libertà.

Parlando di uguaglianza come principio di ragione, Ferrajoli compie un'operazione ideologica parallela, anzi complementare, a quella che compie allorché tratta l'universalità come caratteristica definitoria del concetto dei diritti fondamentali: del resto egli considera l'uguaglianza come un corollario dell'universalità in senso logico che contraddistingue tali diritti. L'universalità viene appunto da lui presentata inizialmente come una caratteristica meramente logica e pertanto avalutativa, legata alla quantificazione universale della classe dei soggetti titolari di un diritto¹⁰. Tale senso di universalità, nel corso della trattazione, si perde tuttavia per strada e inavvertitamente ma inesorabilmente viene rimpiazzato dall'universalismo etico. Non esprime più l'idea che un diritto, per essere qualificato come fondamentale, debba essere imputato, quale che ne sia il contenuto, a una classe universale di soggetti (oggi identificati in quanto persone, cittadini, o capaci d'agire)¹¹; è piuttosto l'idea, ben diversa e fortemente connotata dal punto di vista etico, che i diritti fondamentali siano uno strumento giuridico volto ad assicurare ugualmente a tutti gli esseri umani certi importanti beni di tipo ideale (ad esempio le libertà e le immunità) oppure materiale (ad esempio l'equo salario o l'assistenza sanitaria). Il risultato di tale

⁷ Com'è ovvio, assumo che Ferrajoli faccia propria la concezione hobbesiana della ragione come calcolo. Il discorso sarebbe diverso se ciò di cui parla fosse la *recta ratio* o la ragion pratica kantiana.

⁸ PERELMAN 1959 [1945], spec. 71. Ma si vedano altresì KELSEN 1975 [1960], 56 ss.; ROSS 1965 [1958], 257; HART 1965 [1961], 187.

⁹ Se togliamo l'indicazione del *chi* e del *come*, ci resta solo lo standard normativo come tale, ossia lo strumento di scelta generalizzante. L'opzione in favore di questa tecnica di scelta in sé considerata, a prescindere dai contenuti normativi di volta in volta immessi al suo interno, può certamente essere considerata un'espressione della razionalità umana, una manifestazione della inclinazione della mente umana ad operare per astrazioni e generalizzazioni anche nel mondo della pratica (cfr. SCARPELLI 1988, 618 s.). Dubito in ogni caso che sia questo l'ordine di idee di Ferrajoli. Inoltre anche la suddetta meta-scelta, ossia la scelta di una tecnica di scelta generalizzante, è dotata di valenza normativa, ponendosi in alternativa alle varie forme di particolarismo etico.

Su questi temi c'è sempre molto da imparare dalla lettura di JORI 1980.

¹⁰ Cfr. FERRAJOLI 2001, 6.

¹¹ FERRAJOLI 2001, 5.

operazione è quello di far sì che l'universalismo etico benefici in modo indebito della coerenza dell'universalità in senso logico, divenendo una tesi che non necessita di giustificazione alcuna.

3. Differenze e disuguaglianze

I problemi suscitati dalla ridefinizione di uguaglianza richiamata nel § 1 sono molteplici e di ordine diverso. Il primo che salta agli occhi riguarda il piano del discorso su cui si collocano i concetti nei quali il principio si articola. Ci si può infatti domandare: se l'uguaglianza è una norma, e le disuguaglianze sono antitetico all'uguaglianza, perché mai l'autore le tratta come dei fatti, al pari delle differenze?¹² Inoltre, non è forse strano che un concetto così pesantemente connotato dal punto di vista valutativo, qual è quello di disuguaglianza, venga trattato come puramente fattuale? Tali domande ne suscitano un'altra, anche più importante: ammesso che disuguaglianze e differenze siano dei fatti a pari titolo, in base a quale criterio possiamo distinguere le une dalle altre? Cos'è che fa sì che una qualche (tra le innumerevoli) diversità tra individui finisca nella casella delle differenze oppure in quella delle disuguaglianze? E infine, perché mai, come asserisce l'autore, le (grandi) disuguaglianze materiali e sociali non attengono all'identità delle persone bensì alle condizioni disuguali di vita (5)?¹³

Poiché Ferrajoli non offre alcuna indicazione al riguardo, sorge il sospetto che la sua distinzione si basi esclusivamente sulla opposta valutazione morale di cui differenze e disuguaglianze sono fatte oggetto da parte sua. In buona sostanza, le differenze (genere, lingua, religione ecc.) sarebbero le diversità "buone" tra gli individui, le disuguaglianze (economiche e materiali) sarebbero invece le diversità "cattive" che, per non lasciare adito a dubbi circa la loro riprovevolezza, l'autore etichetta con un nome pesantemente svalutativo. In breve, la doppia articolazione del principio di uguaglianza non esprime altro che l'approvazione da parte dell'autore di tutte le differenze tra gli individui, fatta eccezione per quelle di carattere economico, che vengono perciò caricate fin dalla loro denominazione di una pesante condanna morale. La sua definizione del principio di uguaglianza è funzionale alla tutela delle differenze e alla lotta alle disuguaglianze perché già in partenza egli l'ha strutturata in maniera tale da investire di valore morale le differenze e di disvalore morale le disuguaglianze. L'autore ha già assunto in partenza che le differenze economiche tra gli individui sono cariche di disvalore, e come tali non entrano a comporre l'identità dei singoli; lungi dal meritare protezione, esse vanno perciò neutralizzate o almeno attenuate.

Naturalmente Ferrajoli è libero, come chiunque, di esprimere le proprie preferenze etiche. Non dovrebbe tuttavia presentarle come espressione di un principio di ragione dotato di coerenza logica. Non c'è nulla di necessitato nella condanna morale delle disparità economiche tra gli individui. Per di più, una tale condanna produce a mio avviso una faglia nella sua teoria dei diritti fondamentali. Le differenziazioni sul piano economico sono infatti un inevitabile prodotto dell'esercizio dei diritti fondamentali da parte dei singoli: non solo dei diritti di autonomia, ossia dei poteri (che Ferrajoli, per giungere alle conclusioni che predilige, colloca convenientemente in posizione subordinata rispetto alle libertà e ai diritti sociali), ma anche degli stessi diritti di libertà¹⁴. Tramite l'esercizio dei diritti di autonomia vengono acquistati e ceduti diritti patrimo-

¹² Analogamente ci si può chiedere come sia possibile che uguaglianza e differenze si implicino a vicenda (come detto alle pp. 8-9) visto che l'una è una norma mentre le altre sono dei fatti.

¹³ Affermazione, a ben vedere, perfettamente tautologica.

¹⁴ Mi sono brevemente soffermata sul rapporto tra libertà e poteri nella teoria di Ferrajoli in PINTORE 2011, 150 ss. Ricordo al lettore che i diritti di autonomia e, tra questi, *in primis* la proprietà, sono ad avviso dell'autore subordinati agli altri diritti fondamentali non già per ragioni giuridico-positive bensì per ragioni inerenti alla loro rispettiva struttura – una tesi che a me pare insostenibile. In altre parole, l'autonomia dei singoli sarebbe ingabbiata non da questo o quel contenuto normativo giuridico ma dalla teoria, che la costringe a soccombere in ogni caso di conflitto con gli altri diritti fondamentali. Recentissimamente (FERRAJOLI 2019a, 26) l'autore introduce a carico dei diritti di autonomia

niali e di conseguenza la posizione economica dei singoli inevitabilmente si diversifica. Ma i diritti di autonomia hanno anche un nesso di strumentalità rispetto ai diritti di libertà, vale a dire che rappresentano spesso la modalità attraverso cui tali diritti vengono esercitati. Per fare un banale esempio, una delle modalità attraverso le quali si può manifestare liberamente il proprio pensiero è la pubblicazione di libri o articoli giornalistici o simili – che richiede il compimento di atti di autonomia finalizzati a tali esiti. Nel momento in cui producano risultati economicamente redditizi, tali operazioni daranno luogo a differenziazioni economiche tra gli individui, che rappresentano l'esito di un legittimo esercizio dei diritti fondamentali¹⁵. Non si vede perché tali disparità non debbano godere di quello status morale favorevole che investe tutti gli altri atti di esercizio dei diritti fondamentali, o almeno di uno status morale neutro. Temo che non sia possibile accettare la teoria dei diritti fondamentali dell'autore e al contempo sostenere che «le disuguaglianze sostanziali sono immancabilmente il prodotto di discriminazioni» (84). Le disuguaglianze sostanziali possono ben essere il prodotto di esplicazioni moralmente ineccepibili dei diritti fondamentali. Pretendere di azzerarle o ridurle o anche solo valutarle negativamente *solo perché tali* significa dimidiare e nella sostanza svuotare di contenuto i diritti fondamentali dei singoli, non solo i diritti di autonomia, ma gli stessi diritti di libertà. Non possiamo ergerci a padalini dei diritti e al contempo escludere che dal loro esercizio possano discendere conseguenze a noi sgradite anche sul piano economico¹⁶.

Quel che ho appena detto non esclude affatto che certi tipi di disuguaglianze economiche possano essere considerati eticamente ingiustificabili o per la loro genesi o per i loro possibili effetti: per esempio, perché sono il prodotto di discriminazioni, o perché il maggior benessere di alcuni, pur conseguito con mezzi giuridicamente leciti, non è meritato ma ereditato, o ancora perché si traducono in inaccettabili disparità di potere, tipicamente in indebite influenze sulla politica e sulle istituzioni. Sono problemi ben noti e abbondantemente discussi anche da Ferrajoli. Qualunque posizione si voglia adottare su questi e consimili casi, resta il fatto che essi evidenziano *specifiche* obiezioni morali che possono essere avanzate riguardo a *certi tipi* di disparità economiche giudicate problematiche o censurabili. Questo ordine di idee è ben diverso da quello di Ferrajoli per il quale, così pare di capire, ogni disuguaglianza economica è di per sé moralmente indebita¹⁷ (sul punto tornerò anche *infra*, § 7).

Quel che ho appena detto non esclude neppure che, accanto alla protezione dei diritti fondamentali, un'etica possa includere altri principi o valori, quali la solidarietà o la libertà dalle sofferenze o dal bisogno, per soddisfare i quali si renda necessario ridurre o correggere le disparità economiche prodotte dal legittimo esercizio dei diritti. Ma una mossa del genere è preclusa a Ferrajoli dal suo rigido monismo etico, che esclude qualsivoglia conflitto e bilanciamento tra principi antagonisti.

4. L'uguaglianza tra identità e dignità

Se non m'inganno, è la prima volta che in un libro di Ferrajoli assumono una posizione davvero centrale l'identità e la dignità, due concetti del lessico etico-politico oggi notoriamente molto

l'ulteriore «limite, non limitabile, della dignità della persona». A monte del *Manifesto* troviamo insomma un insieme di scelte che preludono a una valutazione negativa di ogni strumento giuridico produttivo di disparità economiche.

¹⁵ Per non parlare delle differenze reputazionali, che possono avere a loro volta cospicui riflessi sul piano economico.

¹⁶ Come mi fa notare Jori, in realtà potremmo, ma solo in un mondo in cui la sfera economica e patrimoniale fosse posta interamente fuori dal controllo degli individui e forse anche mantenuta in condizioni di rigida e uguale collettivizzazione.

¹⁷ Colgo l'occasione per rilevare che l'autore parla sempre genericamente di disuguaglianze economiche e materiali, senza specificare a quali parametri (reddito, patrimonio, accesso a certi beni e servizi ecc.) si debba far riferimento per misurarle. Parimenti, quando parla di povertà, non sempre è facile capire se il suo discorso verta sulla povertà assoluta o su quella relativa. La discussione di cui sopra può in certa misura fare a meno di tali precisazioni analitiche, che sono tuttavia imprescindibili in una trattazione verticale dei temi in questione.

glamorous. Pur comprendendo l'estrema difficoltà di resistere alla pressione della moda del momento, sono dell'idea che entrambi i concetti andrebbero per quanto possibile scansati, ed anzi depennati dal vocabolario filosofico, in ragione delle loro molteplici insidie. Mi limiterò a poche osservazioni al riguardo, cominciando dal primo.

Ebbene l'identità, come si è visto, viene da Ferrajoli legata alla prima parte del principio di uguaglianza, quella posta a tutela delle differenze, che sono appunto concettualizzate dall'autore come differenze di identità personale. I diritti fondamentali sarebbero, in questa rilettura in termini identitari, diritti all'affermazione delle proprie differenze d'identità¹⁸. Orbene, le identità degli individui per l'autore consistono nei loro modi d'essere: non tuttavia in qualsivoglia modo d'essere, bensì in alcune caratteristiche solitamente giudicate di particolare salienza, anche perché storicamente sono state e sono purtroppo tuttora, perfino nel mondo occidentale, motivo di discriminazione fra gli individui. Proprio per questo esse sono elencate *verbatim* nel 1° c. dell'art. 3 Cost. Abbiamo dunque a che fare con un uso normativo del concetto di identità, in base al quale risultano costitutive dell'identità non tutte le innumerevoli ed anzi infinite e per buona parte fluide e transeunti differenze di fatto che rendono ciascun individuo un *unicum*, ma solo alcune peculiari differenze, selezionate perché giudicate di speciale importanza e rispettabilità¹⁹. Certamente non entrano a far parte dell'identità le diversità delle condizioni di vita materiale, che l'autore considera niente affatto rispettabili ed anzi disdicevoli.

Genere, razza, lingua, religione, orientamento sessuale e opinioni politiche hanno un'ovvia salienza che dipende dal loro essere state storicamente fonti di discriminazione tra individui, ma proprio questa è la ragione che sconsiglia di usarle – e usarle in via elettiva – per comporre la nozione di identità personale. Tutti gli esseri umani sono differenti gli uni dagli altri, e da alcuni si sentono più o meno differenti mentre ad alcuni altri si sentono più o meno affini, sotto una molteplicità di profili che non sono necessariamente quelli menzionati dalla nostra Costituzione e da Ferrajoli, e che vanno dal modo in cui impiegano il tempo libero, alle pratiche alimentari d'elezione, al tifo per una squadra di calcio, allo smartphone preferito. Se gli esempi citati possono apparire poco nobili se non futili, sarà bene riflettere sulla circostanza che alcuni dei tratti personali che essi catturano possono essere percepiti come ben più salienti di quelli classificati usualmente come “identitari”, specie laddove questi ultimi non siano più fonte di discriminazioni, ed avere altresì conseguenze di grande momento. Si pensi alle enormi implicazioni personali e sociali di pratiche come il vegetarianismo o il veganesimo, oppure del tifo calcistico; si pensi alle altrettanto significative implicazioni economiche del grado di affezione dimostrato dagli utenti per un certo *brand* di elettronica. Non intendo però sostenere che tifare per la Juve o essere vegano oppure utente Apple dovrebbero essere ricompresi tra le caratteristiche che compongono l'identità personale. All'opposto, ritengo che di tale ultimo concetto ci si possa liberare senza perdita alcuna, e che sarebbe raccomandabile farlo, per due ordini di ragioni.

La prima ragione è implicita nelle considerazioni appena fatte. Il concetto di identità, per come viene correntemente usato, tende a selezionare solo alcune tra le innumerevoli caratteristiche degli esseri umani, elevandole a rango nobile a detrimento di altre, che pure potrebbero essere percepite soggettivamente e/o socialmente come altrettanto se non anche più salienti. Esso tramuta in connotati nobili e degni certi tratti che un tempo sono stati oggetti di disprezzo,

¹⁸ In questa sede posso solo limitarmi a segnalare la bizzarria di tale caratterizzazione dei diritti fondamentali, il cui esercizio sarebbe finalizzato non tanto a soddisfare l'interesse protetto da ciascuno di essi quanto piuttosto a marcare la differenza tra le singole individualità.

¹⁹ Nell'edizione del 2018, il libro di Ferrajoli conteneva una citazione virgolettata dell'art. 3, 1° c. Cost. da cui però era omessa la parola “razza”, poi reintrodotta nella nuova edizione. È probabile che l'inconscio dell'autore si sia istintivamente ribellato alla menzione, ancorché antifrastica, della razza fatta dai costituenti: non potendo la razza avere alcunché di rispettabile.

discriminazione e persecuzione, e ciò facendo conferisce loro una indubbia salienza. Con ciò cristallizza e accredita, sia pure ribaltandola, una visione alquanto stereotipata e direi impoverita dell'individualità umana, una visione legata a una concezione datata degli individui e della società, in cui i singoli venivano identificati e classificati in base a un numero ristretto di loro caratteristiche, il possesso o meno delle quali poteva essere decisivo per la loro collocazione sociale e per la loro intera vita. A ciò va aggiunto che l'identità personale come disegnata da Ferrajoli risulta depauperata da ogni aspetto anche solo remotamente legato ai beni patrimoniali, alle modalità della loro acquisizione e al mercato, che pure rilevano agli occhi del senso comune, risultando anzi di solito estremamente salienti.

La seconda ragione che suggerisce di sbarazzarsi dell'identità è che elevare, sia pure con l'ottimo intento di proteggerle da discriminazioni, certe caratteristiche individuali al rango di elementi fondamentali e differenziali, rischia di contribuire al culto dei particolarismi, dei tribalismi e dei nazionalismi e di incentivare di conseguenza la contrapposizione tra "identità" diverse e l'innescare di conflitti identitari. È facile scivolare dall'identità dei singoli all'identità dei gruppi di appartenenza (reali o presunti), omologando più o meno arbitrariamente quella dei primi a quella dei secondi. Certo è tutt'altro lo spirito con cui Ferrajoli usa il concetto di identità. Egli infatti lo declina in senso decisamente individualistico e plurale, ne riconosce il carattere duttile e mutevole e tratta i conflitti identitari come una delle minacce più grandi dei nostri giorni (42-43). Tuttavia il linguaggio, anche quello teorico, non è mai innocente e deve sempre tener conto dei cattivi usi che se ne potrebbero fare, perché l'eterogeneità dei fini è sempre in agguato²⁰.

Venendo ora alla dignità, la mia aspirazione sarebbe di depennare anche tale concetto dal lessico filosofico (e possibilmente anche giuridico), e di limitarsi a citarlo *de relato* solo quando risulta utilizzato dalle fonti normative. Anche in questo caso ci troviamo infatti alle prese con un concetto estremamente insidioso.

Ferrajoli, per illustrare la sua visione della dignità, fa ricorso al celebre passo della *Fondazione della metafisica dei costumi* in cui Kant contrappone ciò che ha dignità a ciò che ha un prezzo²¹. Aggiunge che la dignità è uno dei fondamenti assiologici dell'uguaglianza, insieme alla democrazia, alla pace e alla tutela dei più deboli, e inoltre che l'uguaglianza è elemento costitutivo della dignità, precisando che la base di quest'ultima è formata dai diritti fondamentali. Sostiene poi che la si debba intendere come pari dignità sociale, in sintonia con l'art. 3, 1° c. Cost. Individua infine un nesso di razionalità strumentale biunivoco tra uguaglianza e dignità della persona, nel senso che da un lato l'uguaglianza implica la pari dignità e dall'altro lato la dignità implica l'uguale valore delle differenze e si realizza mediante la riduzione delle disuguaglianze.

Questa sintesi può lasciare il lettore un po' frastornato perché da essa emerge che alla dignità risultano ascritti molti ruoli diversi e non sempre tra loro compatibili: di fondamento assiologico ma anche di elemento costitutivo, di mezzo al fine dell'uguaglianza ma anche di sua implicazione.

Di certo, nel suo senso cristiano e moderno, il concetto di dignità è intimamente legato a quello di uguaglianza: qualunque cosa s'intenda per dignità, essa riguarda a pari titolo ciascun essere umano, in virtù dello speciale posto nel cosmo che Dio ha assegnato agli uomini o in virtù della comune umanità²². Al di là di questo elemento incontrovertibile si piomba però

²⁰ Le insidie dell'identità a cui mi riferisco sono attestate dal fatto che lo stesso Ferrajoli talvolta si esprime in termini di identità collettive (41-42, con riferimento alle minoranze etniche o linguistiche e alle formazioni sociali di tipo politico, sindacale, religioso) nonché di identità nazionali (14, con eloquente riferimento alla guerra iugoslava).

²¹ KANT 1970 [1785], 93: «Nel regno dei fini, tutto ha un prezzo o una dignità. Il posto di ciò che ha un prezzo può essere preso da qualcos'altro di equivalente; al contrario ciò che è superiore a ogni prezzo, e non ammette nulla di equivalente, ha una dignità».

²² Come è noto, storicamente il concetto di dignità stava invece ad indicare la differente collocazione sociale delle persone a seconda del rango, della classe o dello status. Una eccellente trattazione si trova in ROSEN 2012. Rosen giu-

nell'incertezza più totale: il concetto risulta pressoché totalmente indeterminato e non dà alcuna indicazione sul modo in cui orientare il trattamento degli esseri umani. Notoriamente, ad esempio, sia la valorizzazione della autodeterminazione individuale sia la sua svalutazione vengono oggi argomentate a partire dalla dignità umana.

Per quel che qui interessa la dignità, non determinando sotto quali profili gli esseri umani andrebbero trattati in modo uguale, appare inadatta a fondare il principio di uguaglianza quale ridefinito da Ferrajoli, come del resto qualunque principio alternativo. O, se vogliamo, essendo vuota di contenuto, è in grado di fondarli tutti.

A leggere la debordante letteratura sull'argomento si ricava dunque l'impressione che la dignità, come la legge naturale di rossiana memoria²³, sia buona per tutti gli usi, che possa essere cioè invocata a sostegno di qualunque causa, per di più sollevando chi la invoca dall'onere di produrre argomenti giustificativi in favore delle proprie tesi: dopotutto, infatti, chi mai può dirsi contrario alla dignità umana? E che bisogno avrebbe mai la dignità di giustificare sé stessa? Pertanto la dignità viene solitamente richiamata per mascherare la mancanza di argomenti²⁴ oppure adoperata come una sorta di ciliegina sulla torta utile a rendere più appetibili e inattaccabili delle tesi che di quel concetto, stante la sua vacuità, potrebbero fare tranquillamente a meno²⁵.

Sul discorso di Ferrajoli si possono svolgere poi due considerazioni più specifiche.

La prima riguarda l'identificazione della dignità con la pari dignità sociale, e quindi la collocazione della dignità in una dimensione essenzialmente pubblica. Non a caso l'autore tratta come principale fattore della dignità della persona il lavoro e parla addirittura di dignità del lavoro (215), spendendo parole di entusiastica adesione alla formula dell'art. 1, 1° c. Cost.²⁶. La dignità del lavoro, giusta la formula kantiana, precluderebbe il suo trattamento come merce, e pertanto la sua monetizzazione. In questo stesso ordine di idee (qui insieme a Kant viene implicitamente chiamato in causa l'ex Presidente del Consiglio italiano Matteo Renzi), dare un prezzo all'ingiusto licenziamento conculcherebbe la dignità del lavoro (173)²⁷.

Così l'autore. Quanto a me, se mi trovassi nella privilegiata condizione di poter decidere come emendare la prima parte della nostra Costituzione, darei senz'altro priorità alla sostituzione, nell'art. 1, dell'espressione "fondata sul lavoro" con l'espressione "fondata sulla libertà". Duole constatare con rammarico che di libertà nel *Manifesto* si parli pochissimo e, allorché se ne parla, lo si faccia per lo più per stigmatizzarla quando assume le fattezze della libertà economica. Del resto, per l'autore la libertà non è altro che un'implicazione dell'onnivoro valore dell'uguaglianza, quindi un concetto tutto sommato superfluo.

stamente fa notare come il quadro teologico imperniato sulla dignità umana non ha certo impedito alla chiesa cattolica di teorizzare e praticare per secoli le più ripugnanti discriminazioni tra esseri umani.

²³ ROSS 1965 [1958], 261, qualifica come "harlot" la legge di natura, concetto peraltro meno indeterminato di quello di dignità. Per un gustoso aneddoto sulle reazioni scandalizzate cui diede luogo la traduzione in castigliano (da parte di Genaro Carrió) di questa sconveniente espressione, cfr. ROSS 2016 [1964], 101 e il commento di SCHIAVELLO 2018, il quale ricorda come Giacomo Gavazzi, nella sua traduzione del libro di Ross (246), optò per la parola "sgualdrina".

²⁴ Così JORI 2000, 254. Non è questo certamente il caso di Ferrajoli, ciò che rende ancor più incomprensibile la sua affezione per questo concetto.

²⁵ Cfr. GOMETZ 2017, 29 ss.

²⁶ «L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro». Sul punto vi è grande consonanza con ZAGREBELSKY 2013. Zagrebelsky, nel cap. 6, contrappone al lavoro totalmente spersonalizzato e ripetitivo dell'età industriale il «lavoro amoroso della terra» che, prima dell'avvento della meccanizzazione e delle colture intensive, ha fatto della natura il prolungamento dello spirito pratico degli uomini. Se avesse un qualche fondamento questa visione arcadica della società contadina, solo l'irredimibile ottusità umana potrebbe spiegare la fuga dalle campagne verso le fabbriche che ebbe luogo nel mondo occidentale agli albori dell'industrializzazione e che è in atto oggi nel continente asiatico. Una vivida raffigurazione di quanto fosse massacrante, bestiale e senza speranza il lavoro nei campi si trova in SALAMAN 2016 [1949], capp. XI-XVIII, con riferimento alla storia irlandese tra il Cinquecento e l'Ottocento.

²⁷ Il punto della situazione per quel che concerne l'alternativa tra indennizzo e reintegro nel posto di lavoro da ultimo è fatto sinteticamente da ICHINO 2019.

Parimenti da respingere è a mio avviso la qualificazione del lavoro come dotato di dignità. Qualunque cosa si debba intendere per dignità, mi piacerebbe che venisse predicata solo di individui umani, in questo caso dei lavoratori, piuttosto che di entità impersonali e di astrazioni come il lavoro.

La seconda osservazione riguarda i rischi connessi all'uso che l'autore fa della suggestiva opposizione kantiana tra dignità e prezzo.

In primo luogo, a proposito del prezzo come corrispettivo di un licenziamento ingiusto (trascurando in questa sede a quali condizioni un licenziamento possa dirsi tale) osservo che il diritto costantemente quantifica sul piano economico cose che al senso comune ripugna pensare come dotate di un prezzo, a partire dalla stessa vita umana. Se si ritiene che operazioni del genere non presentino controindicazioni morali, non si vede perché debbano ravvisarsene nel caso dei licenziamenti. I problemi sono semmai altri, e riguardano le linee guida dell'intervento pubblico sul mercato del lavoro e sull'occupazione. Sono problemi che sarebbe opportuno affrontare senza schierare l'artiglieria pesante della dignità, che costringe a risposte in termini di bianco-o-nero, bensì con un atteggiamento pragmatico ispirato alla tutela, non del lavoro bensì dei lavoratori.

In secondo luogo, e sempre con riferimento al lavoro cui ripugnerebbe di essere qualificato come merce, osservo che imboccare questa strada rischia di aprire scenari inquietanti. Se infatti il lavoro non è una merce ma un valore non monetizzabile, si potrebbe legittimamente concludere che retribuirlo con un corrispettivo non sia strettamente necessario²⁸. Verrebbe dunque a cadere una preclusione fondamentale alla legittimità morale della sua esazione forzata da parte dello stato, nelle forme storicamente conosciute delle *corvées* e dei lavori forzati, oppure eventualmente in forme nuove. Le recenti teorizzazioni sul lavoro gratuito, non da parte di qualche eccentrico in cerca di visibilità ma di ideologi vicini a uno dei precedenti esecutivi italiani, rappresentano una ragione ulteriore per riflettere sull'opportunità di presentare il lavoro come qualcosa di sganciato dallo scambio con un prezzo²⁹.

5. Disuguaglianza o povertà?

In tutto il libro di Ferrajoli è visibile un chiarissimo, costante scambio tra disuguaglianza e povertà, nel senso che spesso si ha la netta impressione che l'autore parli della prima avendo in realtà in mente la seconda. Se non le si intendesse come riferite alla povertà, diverse sue affermazioni in tema di disuguaglianza risulterebbero infatti letteralmente prive di senso. Prendiamo ad esempio un passo in cui egli parla del «principio di uguaglianza nei minimi vitali, cioè la prescrizione che le disuguaglianze eccessive siano rimosse o quantomeno ridotte» (4-5). Prendendolo alla lettera, questo passo risulta sconcertante perché non si capisce quale relazione possa mai intercorrere tra minimi vitali e disuguaglianze eccessive: dopo tutto, può essere in qualche senso giudicata eccessiva la disuguaglianza tra Jeff Bezos (Amazon – il cui patrimonio, prima del recente divorzio che lo ha depauperato di \$ 38 miliardi, era stimato in \$ 131 miliardi) e Diego Della Valle (Tod's – patrimonio stimato di \$ 1,4 miliardi)³⁰, il cui patrimonio è oggi all'incirca settanta volte inferiore, ma a nessuno passerebbe per la mente che questa disuguaglianza minacci i minimi vitali del fondatore di Tod's. Se l'esempio suona grottesco è

²⁸ Questa dissociazione tra lavoro e salario affiora anche da altri argomenti di Ferrajoli, e in particolare dal suo favore per il reddito di base universale. Il problema è che la scissione, una volta attuata, opera in ambedue le direzioni: non solo apre la strada a una retribuzione senza lavoro, ma anche a un lavoro senza retribuzione.

²⁹ DE MASI 2017.

³⁰ https://it.wikipedia.org/wiki/Lista_delle_persone_più_ricche_del_mondo_secondo_Forbes;
https://it.wikipedia.org/wiki/Lista_delle_persone_più_ricche_d%27Italia_secondo_Forbes.

proprio perché la disparità di condizioni economiche, anche quando eccessiva (comunque si pensi di quantificare tale eccesso), non ha di per sé alcuna relazione con il soddisfacimento dei minimi vitali. Il principio di uguaglianza nei minimi vitali prescrive di realizzare una situazione in cui tutti abbiano pari accesso a quelle risorse in termini di beni e di servizi che garantiscono un soddisfacimento almeno minimo delle esigenze basilari di vita: ma ciò ha per l'appunto a che vedere con la povertà e la lotta ad essa, non con la disuguaglianza. Del resto, si può essere perfettamente uguali sotto il profilo dei minimi vitali allorché ci si trovi tutti ugualmente al di sotto di essi, ma non è questo il genere di uguaglianza che ci interessa, evidentemente.

Ancora, è sempre alla povertà e non alla disuguaglianza che l'autore in realtà si riferisce quando parla di «*uguaglianza dei minimi vitali per il tramite dei diritti sociali, che sono tutti [...] diritti alla riduzione delle disuguaglianze*» (19, corsivi dell'autore). Trattare i diritti sociali come diritti alla riduzione delle disuguaglianze economiche suona abbastanza stravagante in generale, dato che solitamente si ritiene che essi siano diritti al soddisfacimento di una serie di bisogni primari, comunque poi si pensi di ricostruire concettualmente la categoria³¹. In particolare modo lo è nel quadro teorico di Ferrajoli, per il quale ogni diritto sociale (incluso il diritto al reddito di base, la cui introduzione è da lui caldeggiata), avendo carattere universale, dovrebbe beneficiare alla stessa stregua tutti, a prescindere dalla situazione economica di ciascuno. L'erogazione dei beni o dei servizi in cui consistono i vari diritti sociali, avendo carattere egualitario, non altererebbe perciò in alcun modo le differenze economiche tra gli individui³².

In qualche modo nel libro la consapevolezza di questo scambio indebito tra povertà e disuguaglianza affiora occasionalmente, come risulta ad esempio da un passo in cui l'autore osserva che «*le eccessive disuguaglianze, quali si manifestano in eccessive povertà, dipendono anche dall'ineffettività dei diritti fondamentali, e in particolare dei diritti sociali*» (27, corsivo mio).

Non voglio sostenere che Ferrajoli carichi di disvalore le disuguaglianze esclusivamente perché le confonde con la povertà, ma solo che questo scambio spiega almeno una parte dei suoi argomenti. Difatti alcuni dei suoi strali critici paiono indirizzati contro le disuguaglianze come tali, e fanno leva in parte sui loro effetti nefasti, in parte sulla loro genesi.

Intanto, va detto che le disuguaglianze da eliminare o ridurre sono da lui spesso aggettivate come “grandi”, “eccessive”, “intollerabili”, “enormi”, “vistose”. Sorvolando sul fatto che tali aggettivazioni, oltre ad essere indeterminate, a ben vedere non sono neppure intercambiabili, resta da capire se il suo giudizio morale negativo investa solo queste oppure, come a me pare più congruente sia col *Manifesto* sia coi lavori precedenti di Ferrajoli (§ 7), le disuguaglianze *tout court*³³.

Quanto agli effetti nefasti, quelli citati dall'autore sono innumerevoli e di vario ordine. Le disuguaglianze ostacolerebbero lo sviluppo economico, minaccerebbero la pace domestica e internazionale, intaccherebbero il senso di appartenenza alla medesima comunità politica e mi-

³¹ PINO 2017, cap. 6, spec. 154 ss. ritiene che tale categoria di diritti si fondi, oltre che sul valore della solidarietà ex art. 2, anche sul principio di uguaglianza sostanziale ex art. 3, 2° c. Cost., ma non mi pare che la sua posizione sia omologabile a quella di Ferrajoli: infatti un conto è affermare che i diritti sociali servano a ridurre le disuguaglianze *economiche* (ossia, nel lessico dell'autore, le disuguaglianze senza aggettivazioni), un altro conto è affermare che tali diritti servano a ridurre le disuguaglianze (inclusive di quelle che Ferrajoli chiama discriminazioni), laddove esse siano d'ostacolo al «pieno sviluppo della persona umana e all'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», come appunto recita la formula dell'art. 3, 2° c.

³² Avrebbe quest'effetto, semmai, il prelievo fiscale che serve per coprire i costi dei diritti sociali e che negli auspici dell'autore dovrebbe essere assai più incisivamente progressivo.

³³ È possibile che queste aggettivazioni indichino il tipo di disuguaglianze da aggredire per prime. Ricordo che la seconda parte del principio di uguaglianza, come ridefinito dall'autore, ha carattere direttivo e quindi richiede un'attuazione progressiva.

nerrebbero la democrazia, essendo l'uguaglianza sua condizione necessaria³⁴.

Il problema di ciascuna di queste correlazioni è che andrebbe corroborata tramite indagini empiriche, e finché ciò non accade va considerata alla stregua di una congettura in attesa di conferma. Per di più, alcune delle correlazioni istituite da Ferrajoli appaiono assai dubbie alla luce delle evidenze empiriche di cui disponiamo.

Prendiamo ad esempio il nesso tra uguaglianza e sviluppo economico. Esso si oppone all'idea parimenti diffusa che le disuguaglianze siano un fattore di promozione dello sviluppo economico e d'incremento del benessere collettivo. Da non economista, mi limito a far notare che la sussistenza di una correlazione nell'uno o nell'altro senso sembra tutt'altro che assodata³⁵. Più plausibile parrebbe il nesso tra sviluppo economico e il miglioramento degli indicatori relativi alla salute, istruzione e sussistenza, nonostante che l'apporto di tali fattori appaia tutt'altro che lineare e non privo di eccezioni (essendo l'eccezione più significativa costituita purtroppo dai paesi dell'Africa sub-sahariana, le cui economie continuano a stagnare nonostante il miglioramento generale delle condizioni di vita)³⁶.

Quanto al nesso tra disuguaglianze e guerre, lo troviamo smentito dallo stesso Ferrajoli, che giustamente fa notare come oggi si assista a una riduzione dei conflitti tra stati (una riduzione che, occorre aggiungere, riguarda anche le guerre civili nonché le violenze interindividuali)³⁷. Ed infine il nesso tra uguaglianza *economica* e democrazia, che l'autore prospetta addirittura in termini di condizione necessaria, deve fare i conti con due ingombranti, macroscopici controesempi: gli Stati Uniti e specialmente l'India.

Ho comunque l'impressione che l'ostilità di Ferrajoli alle disuguaglianze non dipenda dai loro più o meno congetturali effetti nefasti e che non cesserebbe neppure a seguito della smentita di ciascuno di essi. La ragione profonda della sua avversione mi pare emerga in modo netto, invece, dalla seguente citazione:

«Questa redistribuzione della ricchezza, tramite la stipulazione dei suoi limiti massimi (mediante il prelievo fiscale) e dei suoi limiti minimi (mediante l'equo salario, il reddito di base garantito e gli altri diritti sociali), è dettata [...], come fine a se stessa, da *ragioni morali*, quale equa compensazione dell'iniqua distribuzione capitalista» (99, corsivo dell'autore).

La citazione ha il pregio di rendere chiaro che non solo la differente distribuzione della ricchezza tra gli individui ma anche la ricchezza in sé considerata sono affette da una *tabe genetica*, che dipende dal loro essere un prodotto dell'economia di mercato, essendo quest'ultima moralmente censurabile non tanto per i suoi esiti contingenti quanto piuttosto per ragioni intrinseche. Le di-

Prendo atto che nel suo intervento citato alla nt. 2, in risposta a un'osservazione di LUZZATI 2019, 239, Ferrajoli afferma che la perfetta uguaglianza economica, oltre che irrealizzabile non è neppure auspicabile e non rappresenta un valore in sé (FERRAJOLI 2019c, 260 e 265). Nondimeno, a me pare che per far tornare i conti del suo discorso nel *Manifesto* si debba presupporre il disvalore di ogni disuguaglianza, quantomeno se generata dal mercato. Non si spiegherebbe come mai l'autore parli reiteratamente di *rimozione* delle disuguaglianze (cfr. ad es. 4, 7, 9, 84); non si spiegherebbe come mai a suo avviso le disuguaglianze siano *sempre* il prodotto di discriminazioni (84), ciò che implica il loro generale disvalore; non si spiegherebbe soprattutto come mai la sua teoria sia costruita intorno a una radicale svalutazione non solo dei diritti patrimoniali, ma anche dei diritti fondamentali di autonomia, cioè appunto dei diritti il cui esercizio è produttivo di disparità economiche tra gli individui. Cfr. *supra*, nt. 14 e anche *infra*, nel testo.

³⁴ È il caso a questo punto di ricordare che quando si parla di disuguaglianze economiche occorre come minimo distinguere tra quelle interne agli stati, quelle tra stati e le disuguaglianze globali e che non è affatto detto che le tre seguano tutte la stessa metrica. Non sempre è agevole capire quando Ferrajoli si riferisca alle une o alle altre.

³⁵ V. ad es. FRANZINI 2015; AIYAR, EBEKE 2019.

³⁶ KENNY 2012 [2011], cap. 6.

³⁷ Come ampiamente documentato da PINKER 2013 [2011]. Peraltro è indubbio che le guerre civili creino povertà. Cfr. la nt. 45.

suguaglianze economiche sono insomma sbagliate perché generate da un modello economico sbagliato in quanto produttivo di immense ricchezze e devastante povertà.

Resta il dubbio se possano darsi disuguaglianze accettabili perché generate da modelli economici alternativi a quello attuale e se l'intero argomento non sia alla fin dei conti circolare (le disuguaglianze sono inique perché generate dall'economia di mercato; l'economia di mercato è iniqua perché genera disuguaglianze). Comunque sia, in punto di fatto non si può che dar ragione all'autore: le disuguaglianze nella distribuzione della ricchezza sono effettivamente un prodotto inevitabile del modo di produzione capitalistico basato sui diritti proprietari, sulla libertà economica e sul mercato³⁸. Tuttavia, credo sia differente il giudizio morale che se ne dovrebbe dare: parafrasando un motto attribuito a Churchill, si potrebbe affermare che il capitalismo è il più iniquo, direi anzi spietato, dei modelli economici, fatta però eccezione per tutti gli altri, ed in particolare fatta eccezione per tutti quelli storicamente sperimentati, senza eccezione alcuna. È forse anche la percezione di questo fatto che spinge Ferrajoli, di cui è il caso di rammentare la formazione marxista, a pensare a dei correttivi *ex post* della sua iniquità genetica, piuttosto che ad auspicare una sua eliminazione radicale *ex ante*, che richiederebbe di disfarsi dell'economia di mercato: ciò che in passato è stato tentato, con esiti non troppo incoraggianti sia sul piano dello sviluppo economico sia sul piano del rispetto dei diritti individuali, come Ferrajoli sa benissimo³⁹.

In tutti gli scritti dell'autore, e non solo in questo libro, si avverte una costante tensione tra la cospicua componente illuminista e liberale del suo pensiero e le radici marxiste della sua formazione, che lo portano a una condanna intransigente della modernità "borghese" incarnata dall'Occidente, coi suoi correlati lockeani di libertà (economica) e proprietà. Ferrajoli condanna questa modernità in nome del valore dell'uguaglianza economica, ma ci si può domandare se le due anime che abitano la sua personalità di studioso possano davvero mai amalgamarsi.

6. *L'apocalisse prossima ventura*

Più di ogni altro suo lavoro precedente, il *Manifesto* trasuda pessimismo. Viviamo infatti, sembra voler dire l'autore, se non nel peggiore dei mondi possibili, quantomeno nel peggiore dei mondi esistenti. A suo avviso il nostro sfortunato pianeta è oggi devastato da una crescita esponenziale di disuguaglianze sostanziali all'interno degli stati nonché tra paesi ricchi e paesi poveri e a livello globale; l'umanità è oggi «incomparabilmente più povera» (31) e perciò maggiormente esposta alle guerre e al terrorismo; il ricco mondo occidentale, grazie alla globalizzazione, prosegue nella sua opera di rapina del pianeta; l'ondata neoliberalista rafforza il dominio e la sopraffazione dei poteri selvaggi del mercato; sulla terra incombe la minaccia di una catastrofe ecologica e atomica. Siamo insomma alla mercé di poteri economici e finanziari sfrenati, che hanno reso impotente la politica e che impongono un modello di sviluppo economico che produce innumerevoli e crescenti nequizie e mette addirittura a repentaglio la stessa sopravvivenza del pianeta.

Peraltro occasionalmente l'autore emette giudizi che stemperano questo quadro apocalittico e appaiono ben poco consistenti con esso. Per esempio, a un certo punto ammette, citando Mila-

³⁸ Fa bene Ferraro, nel suo commento citato alla nt. 2, a rammentare a Ferrajoli che il mercato non è il luogo dell'anomia e dei poteri sregolati. Anche se, occorre aggiungere, le regole sono destinate giocoforza ad intervenire solo a posteriori, sotto forma di correttivi a pratiche economiche già in essere rivelatesi inique. Approfitto per sottolineare che molte regole comunitarie, spesso vissute con insofferenza, sono finalizzate proprio a correggere siffatti squilibri del mercato. Per questa e per molte altre ragioni che qui è fuori luogo indicare, stupisce e addolora che Ferrajoli condanni duramente l'Unione Europea qualificandola addirittura come un «mostro istituzionale» (107).

³⁹ E purtroppo non si tratta solo di ricordi del passato: basti pensare al fallimentare esperimento socialista di Chavez e poi di Maduro in Venezuela, che ha prodotto e tuttora produce carestia e fuga dal paese di milioni di persone (un fenomeno migratorio senza precedenti ma curiosamente trascurato da Ferrajoli) nonché una violazione dei basilari diritti individuali e delle regole della democrazia liberale.

novic, che sia in atto una riduzione delle disuguaglianze globali (79, nt. 10), salvo poi correggere il tiro e parlare di una loro esplosione (219). Riconosce inoltre che negli ultimi decenni vi sia stato un aumento complessivo del benessere dell'umanità, in termini di maggior durata della vita media e delle aspettative di vita, di riduzione della mortalità infantile e di maggior diffusione dell'istruzione (79). Tuttavia, accredita questo accresciuto benessere ai progressi tecnologici della medicina e dell'alimentazione e rimprovera alla politica di aver omesso interventi che oggi risultano, proprio grazie a tali progressi, tecnicamente possibili al fine di eliminare povertà e disuguaglianze. Quasi che la tecnologia si sviluppasse e operasse per forza propria, in isolamento da tutto il resto.

Non dubito che la politica, vale a dire i governi e le istituzioni sovranazionali, avrebbe potuto (e dovrebbe) fare parecchio di più per migliorare le condizioni dell'umanità, ma proprio questa sua chiamata in causa dimostra l'ovvia centralità del suo ruolo non solo nel male ma anche nel bene⁴⁰. È chiaro infatti che le tecnologie non nascono e non vengono implementate nel vuoto pneumatico, ma esigono un contesto politico-economico che favorisca l'innovazione e ne renda possibile gli usi a basso costo. In due parole, lo sviluppo tecnologico esige un ambiente in cui la ricerca possa liberamente svilupparsi e un libero mercato in cui la concorrenza possa abbassare i prezzi e rendere le innovazioni fruibili da una platea più vasta della popolazione mondiale. Tutti conosciamo i tristissimi casi della Cina maoista e dell'URSS di Stalin nonché quelli di Cuba e della Corea del nord. La tecnologia (specie quella "al servizio di tutti") senza le stampelle della politica e del mercato non cammina⁴¹.

Stupisce poi che Ferrajoli liquidi in due righe quelli che sono i più incoraggianti passi in avanti che l'umanità abbia mai fatto in tutta la sua storia e che documentano un miglioramento netto delle condizioni di vita della popolazione mondiale, in specie degli ultimi della terra, ossia precisamente di coloro la cui sorte dovrebbe stargli maggiormente a cuore.

Colgo l'occasione per notare che nel libro si percepisce un approccio abbastanza distratto ai dati statistici, anche e specialmente sui temi che più interessano l'autore, ossia povertà e disuguaglianze. Ad esempio, vengono sì citati i fondamentali Rapporti dell'ONU sullo sviluppo umano, ma sorprendentemente solo quelli relativi agli anni 1999 e 2005 (31), che ovviamente non registrano gli sviluppi più recenti⁴². I dati più recenti da lui presi in considerazione sono di fonte Oxfam, e andrebbero maneggiati con estrema cautela giacché sono stati sollevati fondati dubbi sulla loro correttezza metodologica⁴³. Si ha quasi la sensazione che a Ferrajoli i dati non interessino poi tanto, visto che per lui il mondo non ha genuine possibilità di migliorare, quantomeno in costanza dell'attuale e a suo avviso sciagurato modello economico, men che meno di migliorare in un breve spazio di tempo.

È forse questo approccio alquanto trascurato ai dati (persino a quelli da lui stesso citati) periodicamente elaborati dall'ONU, dalle sue agenzie e dalla Banca Mondiale, insieme con una

⁴⁰ Quando Ferrajoli si riferisce alla politica e ai governi, intende sempre immancabilmente politica e governi occidentali. Il resto del mondo – e coloro che lo governano – gode infatti del raro privilegio di vivere in un limbo di innocenza che è ad esso riconosciuto in perpetuo a titolo di risarcimento per le inestinguibili colpe dell'Occidente. Le parole definitive su questo strabismo etico tanto diffuso in Europa e negli Stati Uniti sono state scritte da BRUCKNER 2008 [1983].

⁴¹ Occorre inoltre l'impegno della politica a portare le tecnologie nei luoghi in cui possono risultare di genuina utilità, cosa tuttavia per nulla facile da comprendere in anticipo. Si confronti il fallimentare tentativo di diffondere nelle aree rurali dei paesi del Terzo Mondo gli Internet point con lo straordinario successo della telefonia cellulare e degli smartphone, che si stanno rivelando uno strumento di cruciale importanza per lo sviluppo economico.

⁴² I Reports possono essere consultati qui: <http://hdr.undp.org/en> - <http://hdr.undp.org/en>.

⁴³ Il *Credit Suisse Global Wealth Report* sui cui dati si basa il *Report Oxfam on Global Inequality* (<https://oxfamlibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/620599/bp-public-good-or-private-wealth-210119-en.pdf>) è reperibile qui: <https://www.credit-suisse.com/corporate/en/research/research-institute.html>.

Per quel che riguarda le critiche metodologiche, si vedano *inter alia*: STAGNARO 2017; SALMON 2017; KHURANA 2018; PETROFF 2019.

indubbia fascinazione per la «retorica distopica»⁴⁴ così tanto di moda oggi come ieri, che porta l'autore a vedere la catastrofe laddove invece ci sono oggettivi e inconfutabili progressi, pur da lui stesso ammessi ancorché *en passant*. Progressi che sono a ben vedere letteralmente stupefacenti e che riguardano *tutti* gli indicatori dello sviluppo umano relativi a *tutti* i paesi del mondo: ivi inclusa la riduzione della povertà che, lungi dall'essere in spaventoso aumento, come nel libro viene ripetuto *ad nauseam*, è in realtà in costante diminuzione, sia in termini percentuali in rapporto alla crescente popolazione mondiale che in numeri assoluti⁴⁵. Come tutti i progressi, anche questi sono assai poco pubblicizzati e riconosciuti⁴⁶; essi inoltre non sempre si riflettono in un incremento del reddito o del patrimonio (e quindi in quella riduzione delle disuguaglianze a cui aspira Ferrajoli), per la ragione indicata da Charles Kenny: «Il più grande successo dello sviluppo non è stato rendere più ricche le persone, ma rendere meno costose e più ampiamente disponibili le cose che davvero contano, come la salute e l'istruzione. E sono stati la comparsa e il diffondersi di tecnologie e idee ad aver letteralmente ridotto il costo della vita»⁴⁷.

Dunque, il quadro a tinte fosche fornito da Ferrajoli relativamente allo stato del pianeta non è in alcun modo attendibile. Non è attendibile non perché viviamo nel migliore dei mondi possibili, ma perché le condizioni di vita della popolazione mondiale sono enormemente migliorate, tuttora progrediscono, e c'è la fondata speranza che continuino a farlo nel futuro. Questa è un'ottima notizia perché significa che un miglioramento non solo è possibile ma è addirittura in atto, e può proseguire e seguire ritmi addirittura più rapidi, se i governi (non solo occidentali) e le istituzioni sovranazionali si impegneranno adeguatamente. E tutto ciò non a dispetto del modello di sviluppo capitalistico, bensì proprio grazie ad esso. Per un fautore dell'universalismo dei diritti questa dovrebbe essere un'eccellente notizia.

Certamente non solo non viviamo nel migliore dei mondi possibili, ma non possiamo neppure fidare nel fatto che i progressi degli ultimi decenni seguiranno lo stesso andamento lineare nel futuro⁴⁸. Per questo è ancora più importante valutarli in maniera realistica, senza trionfalismi ma anche senza disfattismi. Diffondere immagini catastrofiche circa lo stato del mondo, accreditare l'idea che esso peggiori di giorno in giorno, è non solo sbagliato ma anche moralmente censurabile nella misura in cui fa il gioco di quei poteri (forse questi davvero selvaggi) che del suo miglioramento non si curano affatto.

7. Le colpe dei ricchi

⁴⁴ Come la chiama PINKER 2018, cap. 6.

⁴⁵ Il numero delle persone che vivono con meno di 1,90 dollari al giorno è passato da 1 miliardo e 850 milioni del 1990 (35,9% della popolazione mondiale) a 736 milioni del 2015 (10%): vale a dire che il calo è stato di oltre il 70%, essendo nel frattempo la popolazione mondiale aumentata di 2 miliardi. Dal 2000 al 2017, quindi in 17 anni, si è passati dal 26,9% al 9,2%. Oltre la metà di questi poveri è oggi concentrata nell'Africa sub-sahariana. (Fonte: Banca mondiale. Cfr. <https://www.worldbank.org/en/topic/poverty/overview#1>).

Dal Report della Banca Mondiale, *Piecing together the Poverty Puzzle*, 2018, cap. 1 (<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/30418/9781464813306.pdf>) risulta peraltro che tra il 2013 e il 2015 il ritmo della riduzione della povertà ha purtroppo subito un rallentamento; si è avuto quindi (ricordiamoci che la popolazione mondiale è in costante aumento) un aumento di 38 milioni del numero dei poveri assoluti; tale aumento viene addebitato in prevalenza alle guerre civili in corso (specialmente Yemen, Siria e Iraq) e all'impatto della variabilità climatica sotto forma di eventi climatici estremi.

⁴⁶ RIDLEY 2013 [2010], spec. cap. 9.

⁴⁷ KENNY 2012 [2011], 22.

⁴⁸ Come si è fatto notare nella nt. 45. La retorica distopica, assorbita com'è dalla denuncia delle nequizie vere o presunte dell'Occidente, è di ostacolo alla indagine razionale su tutti gli aspetti rilevanti (utilità, modalità, tipologia, priorità, livello macro o microeconomico, ecc.) degli interventi volti a favorire lo sviluppo economico dei paesi del Terzo Mondo.

Al di là della coloritura catastrofista del quadro tracciato da Ferrajoli, è interessante esaminare le misure che egli suggerisce per porre rimedio ai perduranti problemi dell'umanità. Esse sono la tassazione da un lato e l'apertura, o meglio l'eliminazione, delle frontiere nazionali dall'altro lato. La prima misura, da utilizzare sulle grandi ricchezze specie di origine finanziaria, dovrebbe concretarsi in imposte «realmente» progressive (104), al fine di ridimensionare le disuguaglianze domestiche e di porre rimedio a quelle globali e tra gli stati. Lo stesso fine ispira la seconda misura, che comporterebbe una vera e propria abolizione della cittadinanza così come oggi intesa e che dovrebbe concretarsi in una piena attuazione dello *ius migrandi*, ossia nella rimozione di ogni ostacolo alla libera circolazione delle persone⁴⁹. Ove tale misura venisse realizzata, essendo chiunque libero di risiedere ovunque preferisca e di godere dei pieni diritti riconosciuti dall'ordinamento relativo, c'è da presumere che ne seguirebbe un enorme incremento dei flussi migratori dal sud del mondo in direzione dei paesi occidentali.

Non voglio qui discutere né della accettabilità morale, né della realizzabilità pratica dei due strumenti, né della loro idoneità a realizzare il fine per il quale sono stati pensati⁵⁰. Voglio solo far notare che essi presuppongono la verità di due premesse. In base alla prima, nell'economia di mercato l'unico intervento possibile sulla ricchezza consiste nel redistribuirla, non nell'incrementarla⁵¹. In base alla seconda premessa, che fa da complemento alla prima, la circostanza che qualcuno abbia di più dipende esclusivamente dal fatto che qualcun altro ha di meno, e viceversa.

La conclusione è che la ricchezza di qualcuno nasce sempre per sottrazione a quella di qualcun altro, attraverso quei generatori di disuguaglianza che Ferrajoli identifica nei meccanismi iniqui dell'economia di mercato. È facile infatti usare le premesse di cui sopra come base per formulare un giudizio morale a carico di chi ha di più, in quanto moralmente responsabile della situazione di chi ha di meno. Di qui appunto la condanna morale della ricchezza e l'imperativo morale di combatterla esattamente come si deve combattere la povertà in nome del principio di uguaglianza⁵².

Per Ferrajoli, in definitiva, il gioco dell'economia di mercato è sempre a somma zero. Che l'aumento della ricchezza di qualcuno a livelli perfino stratosferici possa coesistere con un incremento del benessere di qualcun altro, financo di moltissimi altri, non è da lui contemplato. Così come non è da lui contemplato che ci si possa concentrare sul miglioramento delle condizioni dei meno avvantaggiati senza penalizzare la condizione dei più avvantaggiati. Per lui non è possibile combattere la povertà senza combattere la ricchezza o, per dirla in altro modo, si può combattere la povertà solo combattendo la ricchezza.

Il problema di questo ordine di idee è che si basa su premesse false. La ricchezza complessiva può aumentare (oltre che naturalmente diminuire), e il suo incremento può portare ad accrescere sì le disuguaglianze ma anche il benessere medio, può condurre a una drastica riduzione

⁴⁹ Ferrajoli non ha fatto mai mistero della sua avversione allo status della cittadinanza come presupposto per l'ascrizione di diritti fondamentali.

⁵⁰ Osservo solo che anche tra gli economisti che trattano le disuguaglianze come qualcosa in sé problematico serpeggiano dubbi sulla genuina efficacia di una più elevata tassazione della ricchezza come strumento per ridurle (anche perché non è detto che la più elevata tassazione si accompagni a un maggior gettito). Si veda ad esempio MELLONI 2016. Quanto agli aiuti allo sviluppo dei paesi poveri, è noto che la loro efficacia è abbastanza controversa, anche senza giungere ad abbracciare posizioni estreme come quella di Dambisa Moyo (MOYO 2010 [2009]).

⁵¹ È dunque la tassazione, piuttosto che lo sviluppo economico, la chiave capace di aprire tutte le porte. L'autore stigmatizza l'"ossessione" per la crescita economica (285) e non nasconde le sue simpatie per le c.d. teorie della decrescita felice (286). Teorie che, ove prese sul serio, comporterebbero dal mio punto di vista l'impoverimento di chi dalla miseria è appena uscito e la condanna alla povertà di chi sta cercando faticosamente di uscirne.

⁵² E perfino del valore della frugalità: Ferrajoli cita infatti con approvazione il nesso istituito da Montesquieu tra democrazia e frugalità. MONTESQUIEU 1989 [1748], 190 s. Non posso esimermi dal far notare che solo chi è ben nutrito e vive circondato da tutti i comfort può trattare la frugalità come un'aspirazione da realizzare piuttosto che come un destino a cui non ci si può sottrarre.

della povertà e a un miglioramento complessivo delle condizioni di vita. Questo è precisamente quel che sta oggi avvenendo. Perciò è patentemente falso che la crescita della disuguaglianza equivalga a crescita sia della ricchezza che della povertà (96).

Venendo al sud del mondo, si capisce ora meglio, credo, come mai per Ferrajoli l'obiettivo primario da porsi non sia tanto quello di promuoverne in qualche modo lo sviluppo economico, quanto quello di dirottare gli introiti derivanti dalla maggiore tassazione degli "intollerabilmente ricchi" verso i paesi poveri per sfamarne gli abitanti.

La seconda misura, la cui congruenza con la precedente lascio giudicare al lettore, consiste nell'ammettere a banchettare alla tavola del ricco mondo occidentale il maggior numero di invitati. L'obiettivo è insomma quello di rimuovere il «gigantesco apartheid mondiale che esclude dai paesi ricchi gran parte della popolazione del pianeta» (36; cfr. 245 e 290). Quasi che l'aspirazione massima dei profughi che ogni giorno sbarcano sulle nostre coste fosse quella di occupare un posto alla tavola imbandita dei nostri paesi, e non piuttosto di avere migliori opportunità di vita nei propri, per non essere costretti a lasciarli⁵³.

Come si è già avuto modo di osservare, negli ultimi decenni, anche in assenza di *ius migrandi*, si è verificato un miglioramento delle condizioni di vita degli esseri umani di proporzioni mai viste nella storia. In particolare, grazie ai processi di globalizzazione dell'economia, dalla fine degli anni '80 più di un miliardo di persone è uscito dalla povertà assoluta. Certo va detto che la globalizzazione ha favorito grandemente l'Asia (in specie la Cina e in una certa misura l'India) ma non ha favorito per nulla il mondo occidentale⁵⁴. Poiché il bilancio complessivo è, ciononostante, senza ombra di dubbio positivo, perlomeno agli occhi di chi abbia a cuore la lotta alla povertà, sorge il sospetto che le valutazioni pessimistiche di Ferrajoli, ma certo non solo sue, siano almeno in parte spiegabili come il frutto di una sorta di ossessione eurocentrica, in cui l'Occidente figura non solo come unico responsabile di ogni ingiustizia passata e presente ma anche come *benchmark* per le diagnosi sullo stato del mondo.

⁵³ Va inoltre ricordato che i profughi che attraversano le frontiere dei paesi occidentali non solo sono una piccola minoranza, ma appartengono altresì alla classe media dei paesi di provenienza. Gli ultimi degli ultimi difficilmente possono permettersi un viaggio così costoso o anche solo concepirne la possibilità. Lo ricorda DICIOTTI 2018, 147. Diciotti sostiene con argomenti convincenti che l'apertura delle frontiere produrrebbe, insieme a una riduzione della disuguaglianza globale, un incremento di quella interna agli stati.

⁵⁴ Fatta eccezione per l'1% rappresentato dai soliti plutocrati. I vincenti e i perdenti della globalizzazione sono catturati dal celebre grafico a forma di elefante di Branko Milanovic: MILANOVIC 2016, II.

Riferimenti bibliografici

- AIYAR S., EBEKE C.H. 2019. *Inequality of Opportunity, Inequality of Income and Economic Growth*, in «IMF Working Papers», 15 febbraio 2019. Disponibile in <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2019/02/15/Inequality-of-Opportunity-Inequality-of-Income-and-Economic-Growth-46566> (consultato il 15/09/19).
- BRUCKNER P. 2008. *Il singhiozzo dell'uomo bianco*, Parma, Guanda (ed. or. *Le sanglot de l'homme blanc*, Seuil, Parigi, 1983, trad. it. di S. Martini Vigezzi).
- DE MASI D. 2017. *Lavorare gratis, lavorare tutti. Perché il futuro è dei disoccupati*, Milano, Rizzoli.
- DICIOTTI E. 2018. *Immigrazione, egualitarismo, protezionismo*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 48, 1, 2018, 141 ss.
- FERRAJOLI L. 2001. *Diritti fondamentali*, in ID., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 5 ss.
- FERRAJOLI L. 2007. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, Roma-Bari, Laterza.
- FERRAJOLI L. 2019a. *Dignità e libertà*, in «Rivista di Filosofia del diritto», 8, 1, 2019, 23 ss.
- FERRAJOLI L. 2019b. *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, Laterza.
- FERRAJOLI L. 2019c. *Sul significato del principio di uguaglianza. Una replica*, in «Notizie di Politeia», 35, 133, 2019, 259 ss.
- FERRARO F. 2019. *Alcuni problemi teorici nel Manifesto di Ferrajoli. Monismo etico, autonomia morale, diritti e mercato*, in «Notizie di Politeia», 35, 133, 2019, 253 ss.
- FRANZINI M. 2015. *In cerca della disuguaglianza (economica) giusta e delle sue condizioni*, in «Parole-chiave», 53, 2015, 69 ss.
- GOMETZ G. 2017. *L'odio proibito. La repressione giuridica dello hate speech*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 32, 2017. Disponibile in https://www.statoeChiese.it/images/uploads/articoli_pdf/Gometz.M_Lodio.pdf?pdf=lodio-proibito-la-repressione-giuridica-dello-hate-speech (consultato il 15/09/19).
- HART H.L.A. 1965. *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, (ed. or. *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, trad. it. di M.A. Cattaneo).
- ICHINO P. 2019. *La Cassazione e il Jobs Act*, in «Lavoce.info», 24 maggio 2019. Disponibile in <https://www.lavoce.info/archives/59236/la-cassazione-e-il-jobs-act/> (consultato il 15/09/19).
- JORI M. 1980. *Il formalismo giuridico*, Milano, Giuffrè.
- JORI M. 2000. *Il futuro dei cloni*, in MAZZONI C.M. (ed.), *Etica della ricerca biologica*, Città di Castello, Olschki, 243 ss.
- KANT I. 1970. *Fondazione della metafisica dei costumi*, Torino, Utet (ed. or. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Hartknock, Riga, 1785, trad. it. di P. Chiodi).
- KELSEN H. 1975. *Il problema della giustizia*, Torino, Einaudi (ed. or. *Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, Franz Deuticke, 1960, trad. it. di M.G. Losano).
- KENNY C. 2012. *Va già meglio*, Milano, Bollati Boringhieri (ed. or. *Getting Better*, New York, Basic Books, 2011, trad. it. di M.L. Chiesara).
- KHURANA R. 2018. *Problems with Oxfam's Inequality Report*, 30 gennaio 2018. Disponibile in <https://en.irefeurope.org/Publications/Online-Articles/Problems-with-Oxfam-s-Inequality-Report> (consultato il 15/09/19).
- LUZZATI C. 2019. *L'uguaglianza al plurale*, in «Notizie di Politeia», 35, 133, 2019, 236 ss.

- MELLONI N. 2016. *Diseguaglianza e democrazia. Intervista a Branko Milanovic*, 13 febbraio 2016. Disponibile in <http://ilrasoiodioccam-micromega.blogautore.espresso.repubblica.it/2016/02/13/diseguaglianza-e-democrazia-intervista-a-branko-milanovic/> (consultato il 15/09/19).
- MILANOVIC B. 2016. *Global Inequality. A New Approach for the Age of Globalization*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- MONTESQUIEU 1989, *Lo spirito delle leggi*, Milano, BUR (ed. or. *De l'esprit des loix*, Ginevra, Barrillot, 1748, trad. it. di B. Boffito Serra).
- MOYO D. 2010. *La carità che uccide. Come gli aiuti dell'Occidente stanno devastando il Terzo Mondo*, Milano, R.C.S. (ed. or. *Dead Aid. Why Aid is not Working and How There Is a Better Way for Africa*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2009, trad. it. di L. Lanza e P. Vicentini).
- PERELMAN C. 1959. *La giustizia*, Torino, Giappichelli (ed. or. *De la justice*, Bruxelles, Institut de Sociologie Solvay, 1945, trad. it. di L. Ribet).
- PETROFF A. 2019. *The Most Important Thing about New Oxfam Wealth Report Is Not the Headline Numbers*, 21 gennaio 2019. Disponibile in <https://uk.finance.yahoo.com/news/important-thing-new-oxfam-wealth-report-not-headline-numbers-000110239.html> (consultato il 15/09/2019)
- PINKER S. 2013. *Il declino della violenza*, Milano, Mondadori (ed. or. *The Better Angels of Our Nature: Why Violence Has Declined*, New York, Viking Press, 2011, trad. it. di M. Parizzi).
- PINKER S. 2018. *Enlightenment Now*, New York, Penguin.
- PINO G. 2017. *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, Il Mulino.
- PINTORE A. 2011. *Il nome delle cose. In margine a Principia iuris di Ferrajoli*, in DI LUCIA P. (ed.), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano, Led, 139 ss.
- RIDLEY M. 2013. *Un ottimista razionale. Come evolve la prosperità*, Torino, Codice Edizioni (ed. or. *The Rational Optimist. How Prosperity Evolves*, New York, Harper, 2010, trad. it. di D. Fasic e A. Lovisolo).
- ROSEN M. 2012. *Dignity. Its History and Meaning*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- ROSS A. 1965 *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino (ed. or. *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958, trad. it. di G. Gavazzi).
- ROSS A. 2016. *Omaggio a Fanny Hill*, in ID., *Democrazia, potere, diritto. Contributi al dibattito odierno*, Giappichelli, Torino (ed. or. *Demokrati, magt og ret*, Lindhardt og Ringhof, Copenhagen, 1974, trad. it. di A. Serpe).
- SALAMAN R.N. 2016. *Storia sociale della patata. Alimentazione e carestie dall'America degli Incas all'Europa del Novecento*, Milano, Pgreco (ed. or. *The History and Social Influence of the Potato*, Cambridge, Cambridge University Press, 1949, trad. it. di A. Calissano, S. Delapierre e M. Dell'Isola).
- SALMON F. 2017. *A Response to Oxfam on its Wealth Statistics*, 18 gennaio 2017. Disponibile in <https://felix.kinja.com/a-response-to-oxfam-on-its-wealth-statistics-1791357422> (consultato il 15/09/19).
- SCHIAVELLO A. 2018. *La filosofia "scientifica" di Alf Ross*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 18, 2, 379 ss.
- SCARPELLI U. 1988. *Classi logiche e discriminazioni tra i sessi*, in «Lavoro e diritto», 2, 4, 615 ss.
- STAGNARO C. 2017. *Oxfam e quel vizio di guardare ai ricchi per parlar di poveri*, 16 gennaio 2017. Disponibile in <https://www.ilfoglio.it/economia/2017/01/16/news/oxfam-poverta-ricchezza-diseguaglianza-115229/> (consultato il 15/09/19).
- ZAGREBELSKY G. 2013. *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'art. 1*, Torino, Einaudi.

RECENSIONE
A G. GOMETZ,
*DEMOCRAZIA
ELETTRONICA.
TEORIA E TECNICHE*

PAOLO **BODINI**



Recensione a G. Gometz, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*

Review of G. Gometz's *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*

PAOLO BODINI

Dottorando in Filosofia del Diritto, Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria", Università degli Studi di Milano.

E-mail: paolo.bodini@unimi.it / paobodini@gmail.com

ABSTRACT

La recensione si propone di introdurre il lettore al complesso legame concettuale che connette democrazia e ICT (tecnologie dell'informazione e della comunicazione). A tal fine, lo scritto intende rimarcare le principali trame concettuali, sviscerando i problemi e le tensioni su cui riflette il testo di Gometz. Alla ricostruzione dell'impianto argomentativo sono poi affiancate riflessioni e spunti sulla portata e i rischi dell'uso di ICT nella trasformazione delle procedure democratiche.

The review aims to introduce the reader to the complex conceptual link between democracy and ICT (information and communication technology). To this end, the writing highlights the main arguments, examining the issues and tensions analyzed by Gometz's book. The reconstruction of the investigation is then accompanied by reflections and intuitions on the scope and risks of the use of ICT in the transformation of democratic procedures.

KEYWORDS

democrazia, democrazia diretta, democrazia rappresentativa, ICT (*Information and Communications Technology*), voto.

democracy, direct democracy, representative democracy, ICT (*Information and Communications Technology*), voting.

Recensione a G. Gometz, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*

PAOLO BODINI

1. *Democrazia elettronica* muove il primo passo ricordando la visionaria opinione di Leo Longanesi sul destino di certe idee, specificando nell'esergo che un'idea imprecisa ha sempre un avvenire. Idee più o meno approssimative, più o meno strutturate, più o meno realizzabili; tutte però animate dalla lucida percezione di un percorso e uno sviluppo doveroso, urgente e – certamente – anche difficile. Il testo di Gometz guarda negli occhi una di queste idee, l'idea di applicare la complessa rosa di tecnologie dell'informazione e della comunicazione (*Information and Communications Technology*, d'ora in poi ICT) al processo democratico.

La congiunzione fra questi due poli evoca immediatamente una serie di profonde fascinazioni e suggestioni, capaci di far correre la mente ad un futuro in cui i popoli potranno determinare il proprio avvenire senza i vincoli imposti dalle piattaforme partitiche, slegati dalle motivazioni private di certi loro – influenti – rappresentanti, liberati dai veti e dalle mire di potenti *élites*. Ma, soprattutto, un futuro in cui a decidere le sorti delle Nazioni sia esclusivamente il “noi” dei cittadini, un noi che i padri costituenti americani chiamavano “We the People”, un sogno che le ICT possono trasformare in metodo – il metodo della democrazia diretta.

Democrazia elettronica dimostra la sua profonda attualità nel ruolo che sceglie di giocare in questa corsa verso il futuro. Lo fa indicando problemi che impongono risposte sia tecniche che filosofiche; lo fa individuando contraddizioni e semplicità annidati in un percorso talvolta troppo entusiasta per concedere spazio a dubbi; lo fa – infine – ponendo una domanda che sta alla base del connubio democrazia-ICT: siamo consapevoli dei salatissimi costi che questa unione ci chiede di pagare?

Grande merito di Gometz è la perizia nell'accompagnare il lettore nel dibattito sul ruolo possibile delle ICT, percorrendo con rigore lo stato dell'arte e restituendo con considerevole capacità divulgativa un corpo di problemi articolati, che spaziano dalla pura tecnica informatica alla dottrina costituzionale, dalla filosofia del diritto a quella politica. Merito però ancora più grande del libro e del suo autore è la capacità di proporre una riflessione filosofica in grado di avvicinare, appassionare, far interrogare persone provenienti dagli ambiti disciplinari più diversi, dalle idee politiche più differenti, attraverso un viaggio teorico che sarà ritenuto avvincente da chiunque creda che possa esistere un futuro diverso e migliore per la vita delle nostre democrazie.

2. *Democrazia elettronica* è suddiviso in quattro capitoli. Il primo capitolo esamina il significato della “democrazia elettronica”: concetto immediato solo ad una prima, superficiale, considerazione. Date le molteplici relazioni intercorrenti fra il mondo – *lato sensu* – politico e le ICT, non deve sorprendere scoprire come la locuzione “democrazia elettronica” funga da iperonimo per relazioni in sé non necessariamente democratiche. Si presenta così necessaria un'operazione di pulizia concettuale, con la conseguente definizione di un nucleo di significato chiaro, benché esteso e variegato. Gometz distingue innanzitutto l'ambito effettivo in cui si sviluppa una convergenza fra ICT e democrazia, delineando l'area propriamente qualificabile come “democrazia elettronica” (*e-democracy*) ne «l'uso delle ICT come mezzo per lo svolgimento delle procedure egualitarie di autogoverno del *demos*». In questa definizione minima vengono conservati e

* GIANMARCO GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, Pisa, ETS, 2017.

rilanciati alcuni elementi cardine del metodo democratico, fra cui l'isocrazia, ossia l'uguaglianza nella misura del potere di governare attribuito a ciascun cittadino. In seconda battuta, questo nucleo concettuale identifica la democrazia elettronica come tecnica di decisione collettiva supportata dalle tecnologie digitali. Le ICT divengono così un mezzo di secondo livello, laddove la procedura stessa del decidere a maggioranza si configura come lo strumento primario per l'autogoverno dei cittadini.

Queste precisazioni impongono diversi criteri di esclusione per non assimilare nel concetto di democrazia elettronica determinati procedimenti che coinvolgono le ICT. Democrazia elettronica va così distinta da voto elettronico: quest'ultimo risulta senz'altro lo strumento principe per la messa in atto delle procedure egualitarie di autogoverno del *demos* tramite ICT, senza tuttavia finire con l'identificarvisi. Di per sé infatti il voto costituisce uno strumento cardine in molti processi decisionali, non necessariamente democratici.

Altro termine distinto da *e-democracy* è quello di *e-government*, con il quale si indica la gestione informatizzata della pubblica amministrazione, che può ispirarsi alla democrazia qualora si coinvolgano i cittadini nel perseguire compiti indicati dalla costituzione e dalle leggi. Esperienze di questo tipo avvengono frequentemente a livello amministrativo: si pensi per esempio al bilancio partecipativo o alle consultazioni su particolari scelte urbanistiche. Il procedimento di *e-democracy* e quello di *e-government* si distinguono sulla base di tre fattori: la mancata incidenza a livello legislativo e di governo dell'*e-government*, l'orizzonte locale e non nazionale di queste consultazioni e, forse l'aspetto più distintivo, l'assenza di carattere vincolante nell'esito di queste procedure. Queste specificità avvicinano l'*e-government* a forme statistiche o demoscopiche di interazione con la cittadinanza, proprie cioè di un coinvolgimento consultivo ed orientativo. Non sarebbe quindi irresponsabile sganciare questi utilizzi delle ICT dalla complessa realtà della democrazia elettronica, catalogandole con la più consona dicitura di *e-demoscopia*.

La conclusione del capitolo solleva una serie di dubbi e avvertenze circa la qualifica della rete come strumento intrinsecamente democratico e, ancora di più, democraticizzante.

La prima insidia è costituita dalla *consumer sovereignty*, ovvero il rischio che la straripante offerta informativa del web impigrisca e ingolosisca il senso critico del cittadino fruitore, assottigliando l'allineamento con le fonti maggiormente affini al proprio corredo di idee e valori. Questa tendenza viene peraltro facilitata da appositi filtri che orientano la navigazione sulla base di quanto si è consultato in precedenza e del complesso di soggetti che condividono i medesimi interessi e stili narrativi. Questa personalizzazione del processo informativo ha come conseguenza naturale la definizione di un orizzonte ideale di informazioni politiche, sociali, culturali e religiose che irrigidisce la libertà dell'individuo, inconsapevolmente relegato in un preciso perimetro di opinioni ed interpretazioni.

Un ulteriore pericolo per l'indipendenza del cittadino come decisore democratico è costituito dalla surrettizia adesione di influenti canali di informazioni alla logica della post-verità, cioè ad una rappresentazione autoreferenziale della realtà, in cui la corrispondenza ai "fatti" cede il passo ad un racconto deformato e tendenzioso degli stessi. Questa distorsione trova la sua ragion d'essere nella risposta all'emotività del lettore e ascoltatore, bisognoso di comprendere ma anche desideroso di *appartenere*, di prendere parte ad una determinata visione dei problemi e delle soluzioni possibili, di essere sostenitore di un prescelto *story telling*. La promessa di informare si trasforma così in una subdola seduzione, che strappa il consenso attraverso il richiamo alla frustrazione di precise fette di società, sensibili – e vulnerabili – a resoconti faziosi e semplificati. Gli strumenti di questa operazione sono, fra gli altri, l'utilizzo di *fake news* – notizie clamorose ma false – capaci di rendere velocemente accettabili le interpretazioni più sbrigative e farneticanti di problemi complessi e sfaccettati; l'uso di *filter bubbles*, strumenti di filtraggio utili ad escludere spiegazioni ed opinioni dissonanti con le tendenze di ricerca dell'utente; l'utilizzo di teorie del complotto, bolle informative, *shitstorms* per la denigrazione dell'avversario e – conseguentemente – della sua tesi e dei suoi sostenitori.

3. Il secondo capitolo critica un certo miracolismo connesso al tema della democrazia elettronica, specie nel caso in cui presti le sue funzionalità nella veste di EDD – *Electronic Direct Democracy*. Ad animare la fede nelle potenzialità democratiche delle ICT hanno contribuito i sostenitori della democrazia epistemica, come David Estlund ed Hélène Landemore, risolti nel rivendicare la superiorità delle decisioni prese collettivamente dal popolo rispetto a quelle derivanti da un suo sottoinsieme, anche elitario. La necessità di condividere conoscenze, esperienze ed intuizioni – condizione perché i consociati siano effettivamente saggi e lungimiranti nel proprio processo decisionale – trova nelle ICT uno straordinario strumento di supporto. L’ausilio delle ICT permetterebbe così un’inedita disintermediazione nelle decisioni pubbliche, liberando la cittadinanza da questa o quella proposta partitica e consentendole una diretta elaborazione delle risoluzioni da approvare, facendo leva sulla propria saggezza collettiva.

Le prime obiezioni a questo disegno, senz’altro attraente, risiedono nell’impianto rappresentativo delle odierne costituzioni nonché nell’espresso divieto alla concessione di spazi di democrazia diretta su questioni spinose, su cui il popolo non è ritenuto un decisore affidabile (nel caso italiano la costituzione vieta referendum su questioni fiscali ed accordi internazionali).

Obiezione diversa rispetto alla proposta delle EDD dipende invece dal *problem of scale*, il complesso di difficoltà derivante dal coinvolgimento continuo di milioni di persone nell’elaborazione di tutte le scelte pubbliche (incluse quelle più specifiche). Gli stessi teorici della EDD hanno ammesso l’esistenza del problema, scansando in parte la questione attraverso l’uso di campioni statistici per ricavare la volontà generale; una soluzione apprezzabile per pragmatismo ma destinata a sollevare problemi di metodo (più che democrazia, di nuovo, si sta arretrando nella demoscopia) e di affidabilità (restano ineliminabili i margini di errore della scienza statistica e le manipolazioni dipendenti dalla forma del questionario e la selezione del campione).

Altra frontiera del *cyber-ottimismo* è l’approdo ad una forma ancora più orizzontale di democrazia: la democrazia elettronica diretta deliberativa – EDDD (*Electronic Deliberative Direct Democracy*). Lo spazio virtuale diverrebbe così un mercato di idee – *marketplace of ideas* – in cui le migliori finirebbero per avere il sopravvento e dettare concretamente la linea da seguire. La discussione e il confronto fra i cittadini consentito dalle ICT sarebbe l’elemento determinante per una deliberazione plurale, saggia, condivisa.

Nuovamente, però, sorgono dubbi sull’intrinseca forza democratizzante delle nuove tecnologie digitali, in particolare della rete. Ai rilievi su *consumer sovereignty* e post-verità si aggiungono considerazioni storiche e fattuali sui meriti del web, specie in relazione alle grandi aspettative che accompagnarono il suo avvento. Innanzitutto, la rete si è dimostrata un eccezionale strumento di controllo e propaganda nei regimi autoritari, dando prova di saper servire con efficienza sistemi politici opposti al credo democratico. Una schiera di realisti (*cyber-realisti*) ha inoltre messo a nudo la sua fattuale ininfluenza nella vita democratica degli ultimi decenni. Le annunciate rivoluzioni sono infatti da realizzarsi e l’accrescimento del sapere tecnico sembra allontanare la loro alba: non sono mutate le regole del gioco, non sono state facilitate le procedure (l’*e-voting* è o è stato messo al bando da diversi paesi per il pericolo di brogli e manipolazioni esterne) e un rilevante lascito di Internet è stata una virulenta disaffezione nei confronti della politica, specie democratica. La massiccia diffusione delle tecnologie informatiche non sembra insomma avere scalfito la demonizzata consuetudine di una *politics as usual*.

4. Il terzo capitolo del volume presenta una particolareggiata tassonomia delle tante forme di democrazia elettronica, di cui si restituiranno le cinque classi di riferimento (ricavate in funzione delle diverse forme di partecipazione politica), riassumendone sommariamente i caratteri.

A) Partecipazione diretta informatizzata. Si tratta del complesso di procedure istituzionalizzate che consentono ai cittadini di concorrere alle decisioni politiche generali – prerogativa di cui oggi sono depositari i rappresentanti eletti del popolo. Le opzioni rese possibili dalle ICT sono l’utilizzo del voto popolare per l’esercizio diretto del potere legislativo oppure la defini-

zione – sempre tramite il voto elettronico dei consociati – di un’agenda politica vincolante da sottoporre a Parlamento e Governo. Differenza significativa intercorre fra voto elettronico presidiato (da effettuarsi presso seggi sorvegliati dalle forze dall’ordine) o non presidiato (per esempio da casa); questo discrimine rimanda ad aspetti salienti per la sicurezza del voto.

B) Partecipazione rappresentativa informatizzata. Questo concetto fa riferimento alla designazione di rappresentanti deputati a decidere per la collettività. Allargando il significato del termine, questa categoria di partecipazione può implicare una serie più composta di interazioni fra elettori ed eletti. Alcuni esempi: il voto elettronico per la scelta dei rappresentanti (sempre presidiato o non presidiato), le consultazioni pubbliche non vincolanti (finalizzate a fornire informazioni ed opinioni ai decisori politici), la partecipazione alla vita dei partiti (apprezzabile strumento di democratizzazione degli stessi partiti, ma anche strumento artatamente utilizzabile per una gestione eterodiretta del gruppo), strumenti di supporto del voto (diretti a promuovere la partecipazione informata alle consultazioni popolari), controllo dell’operato dei rappresentanti (trasmissione del lavoro e dell’attività dei rappresentanti ai rappresentati).

C) Partecipazione deliberativa non moderata. Con essa si intende il coinvolgimento dei cittadini nelle attività di deliberazione, ovvero nel vaglio ragionato dei *pro* e *contra* di una decisione attraverso lo scambio dialogico con i propri pari. Questa attività sarebbe in grado di creare una naturale convergenza verso il bene comune e l’interesse generale, contando sul cogente contributo di tutti i dialoganti. Molti sarebbero gli spazi virtuali preposti: social network, blog, forum, mailing list, siti web. Problemi come il diseguale accesso alla tecnologia, l’interferenza di soggetti terzi, l’enorme e complessa mole di problemi cui una schiera di non esperti si troverebbe sottoposta, oltre alla già citata tendenza ad una radicalizzazione delle proprie opinioni, proiettano una lunga e scura ombra sull’effettivo successo di questo procedimento.

D) Partecipazione deliberativa moderata. Questa forma di partecipazione politica ripropone i tratti di quella appena discussa, con l’introduzione di vincoli per poter accedere al dibattito. Le regole possono essere decise dagli stessi utenti oppure da alcuni garanti, che fisserebbero alcune condizioni necessarie e non negoziabili per l’ingresso nella discussione. Ritorna il riferimento al già menzionato paradigma della democrazia epistemica e, contestualmente, le perplessità sul funzionamento di questo modello. La forma più nota e sponsorizzata di democrazia elettronica connessa a questa forma di partecipazione è quella nota come *wiki government*, un modello deliberativo e partecipativo di governo che ispira il proprio nome e il proprio funzionamento alla celebre enciclopedia *online*. Il processo di decisione politica procederebbe così per vie orizzontali, attraverso la cooperazione di tutti i partecipanti nello sviluppo dei singoli provvedimenti esecutivi e legislativi. Guardando proprio al funzionamento di Wikipedia, resta insoluto il nodo dei moderatori, autentici *dei ex machina* nel dirimere le controversie (numerose) fra gli utenti, ponendo fine con decisioni di imperio alle guerre dei *rollbacks*: un metodo non esattamente democratico, comprensibile nel caso di un sito internet, aleatorio e inquietante se applicato ad intere nazioni.

E) Partecipazione dimostrativa informatizzata. Il termine rimanda ad una serie di attività tese a manifestare pubblicamente la propria opinione politica (ma non solo) con il fine di influenzare il voto altrui. Tali attività sono rese possibili da strumenti come il *mail-bombing*, social media, blog e forum – mezzi dimostratisi particolarmente efficaci nel far crescere i consensi delle forze politiche più capaci di servirsene.

5. Il quarto e conclusivo capitolo di *Democrazia elettronica* traccia un bilancio delle effettive capacità rinnovatrici delle ICT nei confronti della democrazia, fissando in particolare quattro criteri di valutazione: l’espressività (cioè capacità di veicolare un’intenzione politica chiara ed esaustiva), sicurezza (sia da brogli e manipolazioni interne che da interferenze esterne), influenza (ampiezza e varietà delle questioni su cui le decisioni votate possono incidere), accessibilità (fruibilità delle tecnologie da parte di chi ha diritti politici).

Le ICT accrescerebbero l'espressività e l'influenza del suffragio popolare, permettendo di particolareggiare l'indirizzo politico espresso nel voto. Inoltre, gli elettori avrebbero la strumentazione per esprimersi più volte nel merito, rendendo così manifesta la volontà popolare su un maggior numero di questioni.

Di non poco conto sono invece i problemi connessi all'accessibilità delle ICT. Su tutti spicca la diffusa incompetenza nell'uso delle tecnologie, specie da parte della popolazione più anziana e meno istruita, che si troverebbe non tanto tutelata ma discriminata da un modello democratico ammiccante a persone *smart*, dinamiche e persuasive – oltre che giovani ed istruite. Dietro a questa difficoltà, si cela una scarsa attenzione al principio isocratico, laddove alcuni elettori finirebbero per acquisire un maggior peso ed influenza.

Ancora più allarmanti risultano essere gli interrogativi inerenti alla sicurezza delle ICT. Per un'analisi particolareggiata non si può ovviamente che rimandare al testo di Gometz; limitandosi a ricordare il doveroso soddisfacimento di più procedure: l'identificazione del votante, la segretezza e l'anonimato del voto e la verificabilità del processo – tutte fasi vulnerabili a manipolazioni, etero-direzioni e brogli nelle dinamiche di partecipazione digitali, da quelle dimostrative a quelle deliberative.

Gometz conclude con due possibili linee di sviluppo. La prima riguarda l'apporto delle ICT in un contesto di democrazia rappresentativa, rivolto in particolare alla procedura di voto. Questo sistema, già vigente in Estonia, si compone di un doppio turno di votazioni, prima virtuali poi cartacee. L'elettore potrebbe aderire alla fase *early voting*, votando tramite un'applicazione scaricabile dai siti governativi. Per evitare voti estorti, viene garantita la possibilità di votare *online* un illimitato numero di volte, sapendo che sarà considerato solamente l'ultimo suffragio. Il voto tradizionale, con carta e matita, seguirebbe di pochi giorni e consentirebbe un'ulteriore rettifica del voto elettronico. Diversi sarebbero i vantaggi derivanti da questo sistema: dalla semplificazione e la comodità di poter votare da qualunque dispositivo connesso alla rete, all'impossibilità di contraffare la scheda virtuale per rendere il proprio voto riconoscibile. Tale progresso risulta realizzabile e sicuro, in quanto l'eventuale rettifica al seggio presidiato configura una sicura via d'uscita in caso di un malfunzionamento o una manipolazione della procedura informatica.

Il secondo orizzonte considerato da Gometz cerca di figurare le ICT come effettiva chiave per accedere alla democrazia diretta attraverso l'impiego di *LiquidFeedback*. Questa procedura consente al cittadino di esprimersi su ogni questione di governo e legislazione, garantendo la possibilità di delegare i propri voti ad altri cittadini-utenti ritenuti in grado di decidere saggiamente. Nel sistema, ogni utente può proporre iniziative, che – oltrepassati determinati *quorum* di sostegno – divengono modificabili, quindi votabili dalla comunità. Tale strumento consentirebbe ai consociati di decidere la mole di tempo ed energie da dedicare alla politica, assicurando loro la possibilità di non votare o di delegare altri all'espressione della preferenza. Tali deleghe rimangono sempre revocabili ed ogni votazione è palese, di modo da garantire la massima trasparenza e incentivare un comportamento responsabile da parte dei votanti. Nella logica del *LiquidFeedback* infatti il progresso verso il bene comune sarebbe garantito dall'onere di saper motivare il proprio voto dinnanzi alla comunità. Le decisioni dei cittadini sarebbero costantemente passate al vaglio di una società che può discutere su tutto e di tutti, che ha i mezzi per determinare da sé la propria identità e il proprio benessere, che detiene il potere di esprimere *direttamente* la propria volontà.

6. *Democrazia elettronica* è un libro prudente. Il profondo slancio innovativo portato dalle ICT in ogni aspetto della società incontra nella democrazia un meccanismo complesso, delicato, certamente migliorabile ma, anche, facilmente corruttibile. Proprio la difficoltà insita in questo incastro è ciò che Gometz vuole mettere in luce.

Innanzitutto, considerando pure attendibili gli auspici più confidenti nella capacità cooperativa e deliberativa dei cittadini, non può essere dimenticato che la democrazia nasce e si consolida per gestire situazioni inevitabilmente conflittuali. La missione della democrazia non è mai stata quella di eliminare lo scontro fra idee diverse, di amalgamare visioni fra loro irriducibili di cosa dovrebbe essere fatto, difeso o cambiato. L'anima del credo democratico sta invece nella capacità di costruire un metodo che consenta di progredire nel persistente – e positivo – pluralismo di prospettive e convinzioni, premiando la maggioranza con un potere limitato e garantendo alla minoranza l'opportunità di concorrere per averlo in futuro. Coniugare le ICT con il desiderio di rendere diretta la democrazia spinge ad interrogarsi sulla possibilità di far scomparire, assieme alla rappresentatività, anche il conflitto. Questa mutazione sembra infatti la base ideologica sulla quale i progetti di partecipazione diretta informatizzata (dallo *Wikigovernment* ai *LiquidFeedback*) diventano pensabili prima ancora che realizzabili. Gometz mostra come sia lecito e sensato pensare che le nuove tecnologie non potranno ammansire l'attitudine dell'uomo ad osteggiare istanze ritenute ingiuste. Il fallimento della collaborazione e l'esacerbarsi di tensioni fra fazioni radicalizzate farebbero della rete lo strumento di una guerra dialettica infinita; una *flame war* fatta di crociati, ideologi e martiri – virtuali e non.

Le insidie nel percorso verso una democrazia diretta – a maggior ragione nella sua versione deliberativa – non riguardano soltanto la conflittualità democratica, ma anche la sottaciuta serie di oneri implicata dalla nuova forma di autogoverno del *demos* tramite ICT. Un tale rinnovamento relegherebbe nel passato l'inopportunità di tanti rappresentanti indegni e corrotti, trasformando però la società tutta in uno sterminato parlamento, dove le difficoltà delle scelte, le inimicizie dei dibattiti e il rilievo della posta in gioco varcherebbero la soglia di ogni casa come fossero una brezza magica e leggera che muta ogni cosa in politica. Questa condizione conferirebbe valenza pubblica ad un numero potenzialmente illimitato di azioni e pensieri esternati dai cittadini, sclerotizzando i dogmi della trasparenza e della responsabilità propri di un sistema a misura di attivisti e militanti.

Alle preoccupazioni di Gometz ci sia consentito aggiungere, in conclusione, un sospetto – ovviamente in buona fede. *Democrazia elettronica* smaschera una certa fretta, una malcelata impazienza di rinnovare la democrazia; da questa legittima ma malaccorta tensione nascono le difficoltà messe in evidenza. Vien da pensare che il vero volto di questo irrequieto appello alle ICT abbia in realtà i tratti della frustrazione. E se il desiderio di una nuova democrazia altro non fosse che l'incapacità di sopportare oltre *questa* democrazia e ancora di più *questa* politica?

Se così fosse, la trasformazione della democrazia attraverso le ICT non sarebbe altro che una fuga precipitosa, architettata con poca maturità e lungimiranza. Dinnanzi a questo, il testo di Gometz ricorda che il terreno di riforma in cui ci si orienta è colmo di insidie ed esige cautela. Un primo passo potrebbe servirsi delle ICT per costruire correttivi ai meccanismi democratici, evitando di ridisegnare l'intero impianto. Non diventa, in questa visione, ingenuo o minimalista concentrarsi innanzitutto sul voto – come rilevato in precedenza. Le potenzialità tecnologiche dovrebbero in questo senso essere primariamente indirizzate al contrasto di astensionismo e disinformazione, dando il via ad un ravvivamento della democrazia che passi per il voto.

L'apporto delle ICT consentirebbe la facilitazione dell'esercizio del suffragio, incentivando soprattutto i giovani ad esercitare tale diritto attraverso il mezzo informatico, con cui hanno maggiore familiarità. Non solo. Fra le nuove tecnologie, il web costituirebbe un prezioso strumento per innalzare la qualità e la diffusione dell'informazione politica: margini di progresso sostanziali esisterebbero soprattutto nell'amplificazione della domanda di informazione, rilanciando se non il fascino di molti aspetti dell'agenda politica, quanto meno la loro incidenza sulla vita di tutta la cittadinanza. Tuttavia, resta da riscontrare come l'efficienza del mezzo tecnico non sarebbe certo sufficiente per compiere un rinnovamento di questo tipo. Un supporto necessario dovrebbe così – fatalmente – provenire dalla volontà della politica di riformare il suo rapporto con gli elettori, patrocinando programmi formativi (soprattutto

digitali) tesi ad avvicinare ai problemi pubblici e al dibattito intorno ad essi.

A questo primo tentativo di riforma, potrebbero addirittura seguire correttivi normativi, come il voto obbligatorio (oggi vigente in Belgio, Australia e molti paesi sudamericani) oppure l'applicazione di criteri di esclusione dall'esercizio del suffragio, come auspicato dal teorico americano Jason Brennan. Ovviamente, ognuna di queste soluzioni richiederebbe un'impegnativa serie di considerazioni e valutazioni – ma non è questa la sede per un'indagine di questo tipo.

Ciò su cui occorre mettere con fermezza un punto è che un cambio di paradigma – come il passaggio alla democrazia diretta – non può avvenire da solo. Tale cambiamento deve necessariamente essere sorretto da un *ethos*, in cui la consapevolezza e la consuetudine ad una democrazia più esigente si sostengano vicendevolmente, preparando – eventualmente – l'avvento di una democrazia ancora più ambiziosa ed onerosa, come quella diretta.

In ogni caso, la prudenza di *Democrazia elettronica* non suggerisce mai di demonizzare le ICT, come fossero un vaso di Pandora che rovinerà l'uomo – troppo ardito e curioso nel percorrere il progresso. Il loro tempo verrà, per molti aspetti è anzi già accorso. In fondo – si è ricordato all'inizio – un'idea imprecisa ha sempre un avvenire.

SANTI ROMANO
TRA REALISMO E
FORMALISMO.

IN OCCASIONE DELLA
RIPUBBLICAZIONE DI
L'ORDINAMENTO
GIURIDICO CENT'ANNI
DOPO

VINCENZO **OMAGGIO**



Santi Romano tra realismo e formalismo.

In occasione della ripubblicazione di *L'ordinamento giuridico* cent'anni dopo

Santi Romano between realism and formalism

On the occasion of the *L'ordinamento giuridico's* republication a century later

VINCENZO OMAGGIO

Professore ordinario, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli.

E-mail: vinomag@unisob.na.it

ABSTRACT

Il saggio prende lo spunto dalla nuova edizione di *L'ordinamento giuridico* di Santi Romano a cura di Mariano Croce a cent'anni dalla sua prima pubblicazione (1918). L'occasione è propizia per tornare a riflettere su questo grande libro nell'ottica della filosofia del diritto, mettendone in luce l'ambiguità, l'originalità e la forza speculativa.

This article takes its cue from the new edition of Santi Romano, *L'ordinamento giuridico* edited by Mariano Croce one hundred years after its first publication (1918). The opportunity is propitious to reflect again on this great book from the point of view of the philosophy of law, bringing to light its ambiguity, its originality and its theoretical force.

KEYWORDS

ordinamento giuridico, formalismo, realismo, giuspositivismo.

legal order, formalism, realism, legal positivism.

Santi Romano tra realismo e formalismo.

In occasione della ripubblicazione di *L'ordinamento giuridico* cent'anni dopo

VINCENZO OMAGGIO

1. *Santi Romano e l'istituzionalismo* – 2. *Realismo e formalismo*.

1. *Santi Romano e l'istituzionalismo*

Dobbiamo alla cura paziente di Mariano Croce la ripubblicazione a cento anni dalla sua apparizione del celebre saggio di Santi Romano *L'ordinamento giuridico*¹. Il curatore, studioso di formazione filosofica più che giuridica², si è proposto di «rinnovare la spinta radicale del pensiero di Romano traendola fuori dai confini della teoria giuridica e consegnandola a un pubblico più ampio, in un contesto sociale e politico che dalla sua riflessione può ricavare un enorme potenziale trasformativo» (p. 13). Non mi impegnerò a commentare questo programma in tutte le sue parti, né mi sento di sottoscriverlo integralmente. Ad esempio, mi sembra difficile trarre l'opera di Romano fuori dai confini della teoria giuridica e non saprei dire molto sul potenziale trasformativo della sua riflessione nel contesto sociale e politico. Ritengo però degno di attenzione (rinnovata) il richiamo di Croce alla filosofia del diritto di Romano, alla sua originalità e al suo spessore speculativo. Su questo terreno seguirò alcune delle sue tracce senza uscire dal sentiero maestro della scienza giuridica.

A proposito di *L'ordinamento giuridico* di Santi Romano potremmo scegliere a piacere nella vasta gamma delle espressioni rituali usate per quei libri che hanno avuto fortuna: un classico, naturalmente, con tutto il seguito delle definizioni del classico da Calvino a Gadamer a Eco; una pietra miliare, un aureo libretto, una lettura obbligata, un punto di riferimento e altro ancora. Espressioni certo anche abusate, ma senz'altro legittime nel nostro caso. Poi però, come capita spesso, occorre fare alcune precisazioni. Subito intanto dovremmo interrogarci su questo legame inscindibile: “Santi Romano e l'ordinamento giuridico”, un legame così stretto da indurre a credere che questo libro sia onnirappresentativo dell'opera del suo autore, il libro che farebbe di Romano l'autore che è.

Ebbene, le cose non stanno così. Egli è stato tutt'altro che un *auctor unius libri*³. Anche senza *L'ordinamento giuridico* Romano resterebbe uno dei più grandi giuristi dell'Italia del Novecento, magari meno noto e popolare soprattutto all'estero, dove questo libro ha avuto un numero altissimo di traduzioni. L'endiadi tra Romano e l'ordinamento giuridico risulterebbe ingannevole anche sotto il profilo teorico, laddove ci spingesse a guardare alla teoria romaniana come alla teoria dell'ordinamento giuridico. Naturalmente di teorie dell'ordinamento giuridico ce ne sono tante altre e la sua non sarebbe di certo l'unica, né la principale, data anche la natura indeterminata della nozione di ordinamento; pensiamo a quella di Kelsen, ad esempio, che con le idee di Romano non ha nulla in comune, se non appunto il riferimento all'ordinamento giuridico con

* ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, a cura e con un saggio di M. Croce, Quodlibet, Macerata, 2018 (ROMANO 2018).

¹ Il volume riproduce fedelmente l'edizione del 1946, in cui l'autore aveva aggiunto preziose note di risposta alle voci critiche che si erano sollevate intorno alle sue idee. A Mariano Croce si deve anche una recente (attesa) traduzione in lingua inglese che va a colmare un'evidente lacuna: ROMANO 2017. Erano già disponibili versioni in castigliano dal 1963, in francese e in tedesco dal 1975 e in portoghese dal 2008.

² Per la sua idea di istituzione si veda CROCE 2010.

³ RIPEPE 2012, 475 ss.

cui i due giuristi però indicavano non già teorie diverse di uno stesso oggetto, ma oggetti completamente diversi. Più correttamente la teoria romaniana del diritto va definita infatti come “teoria istituzionalistica”.

Una seconda doverosa precisazione, nel nostro caso, consiste nel ricordare che il successo del volumetto, che era tale in quanto pensato come la prima parte di un progetto molto ambizioso, come è noto, è stata una fortuna postuma. Già riuscire a pubblicarlo fu un’impresa considerevole e finì per uscire a puntate sugli *Annali delle Università Toscane*, per poi essere raccolto ed edito nel 1918 da Spoerri. Presso i contemporanei fu accolto da «parecchi silenzi e molte critiche»⁴, come ha scritto Sabino Cassese, alcune assai pungenti, come quelle di apriorismo, di indeterminismo, di tautologismo e anche ovviamente di sociologismo. Un’autentica autorità dell’epoca come Donato Donati aveva già parlato a proposito della prolusione di Romano del 1909 sulla crisi dello Stato di «un esempio classico di filosofia politica», per dire che non era un lavoro da giurista; più tardi, di fronte all’aureo libretto di cui parliamo, pare che Virgilio Andrioli (alla presenza di Antonio Cassese che soleva raccontarlo) si sia lasciato scappare candidamente la frase: “è un romanzo”⁵. Tutto questo non deve meravigliarci soprattutto quando si tratta di opere innovative, veramente innovative come questa. Persino Massimo Severo Giannini, l’allievo più illustre di Romano, ebbe con questo libro un rapporto complesso lungo un quarantennio⁶. Aveva anch’egli parlato tra gli altri di sociologismo. Pur riconoscendo in più occasioni la straordinaria importanza della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, cui cercò di dare applicazione in diversi campi del diritto, Giannini aveva sostenuto che il concetto di istituzione-ente sociale era pregiuridico, sociologico o meglio “liminale”, nel senso che in questo quadro il diritto si limitava a registrare le realtà sociali attraverso un rinvio ad altre discipline, quali la sociologia⁷.

Ma al di là delle critiche la verità è che il libro non aprì il dibattito che voleva inaugurare tra i giuristi del tempo. Sabino Cassese⁸ e Aldo Sandulli⁹ lo hanno sostenuto in termini espliciti: se consideriamo quest’opera come diagnosi della crisi dello Stato liberale del tempo e come proposta per una radicale trasformazione degli studi giuridici, pubblicistici in particolare, bisogna concludere che gli elementi di novità che essa portò non provocarono gli effetti desiderati. La teoria istituzionalista fu la prima ma per molti versi rimase anche l’unica risposta alle esigenze delle istituzioni nuove, una voce isolata, in quanto il suo messaggio fu presto insonorizzato e le sue implicazioni verranno colte solo molti anni dopo. Tutto ciò si spiega senz’altro alla luce del proverbiale tradizionalismo degli studi giuridici e amministrativistici in particolare, ma anche in forza di una certa strutturale ambiguità del discorso romaniano, già tutta racchiusa nella *Prolusione* del 1909: da un lato la scoperta dell’asimmetria tra la costruzione giuridica e l’evoluzione politico- sociale che il vecchio Stato non può più contenere, dall’altro la riaffermazione della «stupenda creazione del diritto», quell’organizzazione superiore che «unisce, contempera e armonizza le organizzazioni minori», che «potrà essere e sarà ancora per lungo tempo lo stato moderno»¹⁰. Una doppia anima, riconosciuta anche da Paolo Grossi¹¹, lodatore instancabile di Santi Romano, che nel firmamento grossiano del posmoderno è forse la stella più luminosa. Questo per dire che non erano escluse versioni “stataliste” del pluralismo di Romano, come poi di fatto avvenne. Romano finì facilmente nel cono d’ombra del fascismo, che offrì la sua soluzione alla crisi dello Stato liberale, inverò e superò le tesi pluraliste e istituzionaliste. Vi finì an-

⁴ CASSESE 2018, 433.

⁵ CASSESE 2018, 434.

⁶ CASSESE 2018, 434 ss.

⁷ GIANNINI 2003, 403 ss.

⁸ CASSESE 1972, 243 ss.

⁹ SANDULLI 2009, 176 e 191.

¹⁰ ROMANO 1969a [1909], 23 s.

¹¹ GROSSI 2000, 110.

che verosimilmente perché, come ha osservato Mariano Croce nella sua *Postfazione*, il nostro autore sovrastimava l'autonomia del sapere giuridico, nel quale sinceramente confidava e sovrastimava la superiorità descrittiva e costruttiva della scienza del diritto, a cui attribuiva un potere che non poteva essere inferiore al sapere. Invece capita che nel 1940 Giuseppe Bottai scrive nella sua *Prefazione agli Scritti giuridici in onore di Santi Romano*¹² che il fascismo ha realizzato lo scopo dell'ordinamento giuridico, l'unificazione della società con lo Stato.

Il rapporto di Romano col fascismo è stato oggetto di studi approfonditi che non si possono neppure evocare in questa sede. Con ogni evidenza egli all'inizio, come la maggior parte dei giuristi del suo tempo e della sua estrazione culturale, guardò al fascismo con occhi non malevoli, per non dire benevoli, cullando l'idea che strada facendo si sarebbe uniformato ai principi della tradizione liberale¹³ e nel contempo avrebbe affrontato e risolto con rinnovato vigore le esigenze della nuova società emergente. Avrebbe avuto in verità tutto il tempo per rivedere questo primo giudizio, ma possiamo dire che non tornò più sull'argomento. C'è da dire anche che svolse con onore il suo ruolo di Presidente del Consiglio di Stato¹⁴ di cui salvaguardò l'autonomia e non promosse alcuna fascistizzazione.

Vi è innegabilmente anche un connotato ideologico antindividualistico, da cui è impossibile prescindere: al fondo del pluralismo di Romano, per ragioni interne al suo sistema, c'è un'idea pacificata del diritto¹⁵. La tensione e il conflitto tendono ad essere riassorbiti, perché fanno parte del momento individualistico del rapporto umano, quello pregiuridico. E quella individuale, come sappiamo, è per Romano l'unica dimensione veramente antiggiuridica, non ve ne sono altre: anche le organizzazioni illecite, seppure doverosamente contrastate dallo Stato, nella misura in cui sono "organizzate" esibiscono una natura giuridica¹⁶. Nel momento in cui appare l'istituzione, il conflitto è già composto. Il *deficit* di dover essere nel sistema di Romano¹⁷ opacizza un punto essenziale: come il diritto interviene nel conflitto? come regola le tensioni?

2. Realismo e formalismo

Ho detto dell'ambiguità di Romano. Bisogna parlare anche con grande onestà della sua straordinaria originalità di pensiero, che gli va riconosciuta pienamente, senza riserve, fino ad ammettere la sua unicità nel panorama della teoria e anche della filosofia giuridica novecentesca. Romano rappresenta un capitolo della filosofia del diritto del Novecento più ampio di quello riservato a tanti filosofi del diritto di professione, ed è anche un capitolo di sociologia del diritto; pensia-

¹² BOTTAI 1940, XVIII.

¹³ SANDULLI 2009, 181.

¹⁴ Si veda l'accurato lavoro di MELIS 2004, spec.42 ss.

¹⁵ Su questo aspetto era intervenuto in più occasioni Alfonso Catania. *Ex pluribus*, CATANIA 1995, 263 ss.

¹⁶ ROMANO 2018, 50: «Ogni forza che sia effettivamente sociale e venga quindi organizzata si trasforma per ciò stesso in diritto. Che se essa, come talvolta accade, si esplica contro un'altra istituzione, ciò può essere un motivo per cui le si neghi il carattere giuridico o la consideri addirittura come antiggiuridica dall'istituzione, cioè dall'ordinamento contro cui si rivolge e opera come forza disorganizzatrice e antisociale: ma è viceversa un ordinamento giuridico, quando si prescinde da questa relazione e da questo punto di vista e la si consideri in sé, in quanto irreggimentata e disciplina i propri elementi.»; «Viceversa non è diritto ciò e soltanto ciò che non ha un'organizzazione sociale»; ROMANO 2018, 51: «(...) l'antitesi o, comunque, la contrapposizione al diritto si ha esclusivamente in ciò che è irriducibilmente antisociale, ossia, per sua natura, individuale».

¹⁷ CATANIA 1995 «In definitiva il carattere ideologico dell'istituzionalismo si rivela nel fatto che esso tende a descrivere quel compromesso di interessi sociali che è il diritto formale come un compromesso realizzato già a livello esistenziale; laddove si tratterebbe di spiegare adeguatamente questa che è una tendenza e non di occultarla come tale; di cogliere, dietro a quello che appare un dato, un *quid* già compiuto, lo sforzo degli uomini volto alla meta della pacificazione, di una pacificazione che storicamente si presenta come il prevalere (e la prevalenza è fissata nel diritto) di interessi della classe o gruppo dominante», p.263.

mo al manuale di Renato Treves, che pure lo presentava curiosamente come «un giurista puro, privo di elementi sociologici»¹⁸. E aveva senz'altro ragione. Romano non solo non aveva soggettivamente interessi sociologici, ma la sua non voleva essere una teoria sociologica del diritto. Voleva essere una cosa molto più ambiziosa: una giuridicizzazione della società. *Ubi societas ibi jus*. In un senso nient'affatto banale. Non c'è società se non c'è diritto, in quanto la società, presa nelle sue espressioni più solide e concrete, cioè nelle sue istituzioni, è propriamente un costrutto del diritto e del diritto, come si sa, Romano ha dato solo una “definizione giuridica”, come scrive nell'*Ordinamento giuridico*¹⁹, come ha fatto Kelsen, seppure in un senso completamente diverso.

La giuridicizzazione della società deriva dal movimento performativo della scienza che costruisce la realtà nel momento in cui la nomina. Occorre qui rileggere la voce *Realtà giuridica* dei suoi *Frammenti di un dizionario giuridico*, dove scrive:

«il diritto dunque crea delle vere e proprie realtà che senza di esso non esisterebbero, delle realtà che il diritto non prende da un mondo diverso dal suo per appropriarsele con o senza modificazioni, ma che sono esclusivamente e originariamente sue. E con ciò raggiunge degli effetti che a coloro che non hanno un'adeguata idea della sua forza e della sua natura possono sembrare così miracolosi da far dubitare che siano il frutto di semplici e infondate immaginazioni»²⁰.

Mi sono consentito una citazione un po' lunga ma credo significativa, che potrebbe stare accanto a quella apposta da Mariano Croce sulla prima pagina del suo saggio di *Postfazione*, quella del diritto che «dà vita reale ed effettiva agli enti». Questo è il realismo di Santi Romano, un realismo compatibile anzi congeniale al più rigoroso giuspositivismo come al formalismo giuridico.

Il realismo di Romano non va accostato a una certa idea del giusrealismo circolante nella filosofia del diritto novecentesca, ispirata alla preferenza per il cosiddetto *law in action* rispetto al *law in the books*. Niente di tutto questo: egli non indulge mai ad esempio a sovraesposizioni del ruolo del giudice, come attore calato nella realtà del diritto. Anzi, in una delle prime pagine di *L'ordinamento giuridico*, siamo al § 2 della prima parte, sostiene che certe volte i giuristi ricevono sostegno alla loro idea sbagliata di normativismo proprio da una nozione di diritto che non va al di là del diritto che si applica nei tribunali, giacché è naturale che per un giudice il diritto non è altro che una regola, una regola di decisione²¹. Ma circoscrivere il diritto al mero ambito della protezione giudiziaria equivale a rinchiuderlo in uno spazio privatistico, che è quello congeniale al normativismo.

Non dà molto spazio neppure all'interpretazione, come tecnica per adattare le norme alle esigenze pratiche. Dell'interpretazione parla di rado e quando scrive la voce *Interpretazione evolutiva*, lo fa solo per esprimere tutte le sue perplessità. Sostiene che in questo caso non può parlarsi di interpretazione vera e propria, perché la cosiddetta “interpretazione evolutiva” consiste nel porre norme nuove sia pure per il singolo caso su cui il giudice deve pronunciarsi. Chi la definisce interpretazione vuole coinvolgerla “di contrabbando”²² nei poteri che necessariamente dobbiamo riconoscere alle autorità giurisdizionali, ma bisogna sapere che non ha nulla a che fare con l'interpretazione, la quale è un'operazione intellettuale, non è un atto di volontà e si risolve in una semplice cognizione del diritto vigente²³. E se poi qualcuno dal punto di vista filosofico (ad indirizzo ermeneutico) mette in rilievo la non passività del giudice nell'interpretare le dispo-

¹⁸ TREVES 1977, 62.

¹⁹ ROMANO 2018, 49, nt. 30 *ter*.

²⁰ ROMANO 1983 [1947], 209.

²¹ ROMANO 2018, 25.

²² ROMANO 1983 [1947], 119.

²³ ROMANO 1983 [1947], 119: «L'interpretazione, infatti, non è che il riflettersi nell'intelletto di chi vuole conoscere tale diritto, e questo riflettersi nell'intelletto è, o almeno dovrebbe essere, come il riflettersi in uno specchio».

sizioni, cioè la sua compartecipazione all'opera di produzione normativa, lo fa dal punto di vista filosofico soltanto, perché dal punto di vista giuridico ciò è semplicemente inammissibile²⁴. Non ignoro che il tema dell'interpretazione in Romano è più complesso e il quadro più sfumato. Romano distingue “interpretazione della legge” e “interpretazione dell'ordinamento”²⁵. Ciò non toglie però che egli assuma una precisa posizione di tipo cognitivista e formalista quando parla dell'interpretazione delle leggi. Quando parla dell'ordinamento, della sua evoluzione, riconosce in effetti all'interpretazione una valenza conoscitiva maggiore, ma perché si tratta molto spesso di diritto non scritto, *ius involontarium*, principi generali, consuetudini. È l'ordinamento che si evolve e con esso l'interpretazione che lo descrive, non è l'interpretazione a far evolvere l'ordinamento.

Dicevo dunque di una teoria compatibile col più rigoroso positivismo giuridico. Però il suo giuspositivismo va bene inteso, direi va inteso in un senso ampio. Non si allinea ad alcune importanti declinazioni in cui esso si è articolato nella riflessione della filosofia del diritto novecentesca. Non coincide con il normativismo, naturalmente, perché le norme non sono il suo nucleo originario e indefettibile. Il diritto è anche norma (quindi nessun antinormativismo), ma oltre che norma, e spesso, «prima di essere norma [...] è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità» ed è questo – sto citando Romano²⁶ – che comunica alle norme la natura giuridica e non viceversa. Neppure coincide con l'imperativismo, sia per la vocazione pluralista, che supera lo statalismo, sia per il valore riconosciuto al diritto nelle sue forme e nelle sue fonti involontarie. Il diritto non è fatto solo di imperativi, prescrizioni e sanzioni; quindi la sua non è neppure una teoria del diritto basata sulle sanzioni. Ho fatto cenno allo *ius involontarium*, che gli serve tra l'altro per distinguere il diritto dalla morale. La morale non può essere involontaria, il diritto sì. Va ricordato però che Romano non spende neppure mezza pagina per fissare i tradizionali caratteri differenziali del fenomeno giuridico rispetto a quelli della religione, della morale, del costume o dell'economia. Considera un tale esercizio del tutto vano; è questo un vizio dei normativisti, che definiscono *a priori* il diritto come un insieme di norme e poi fanno una gran fatica a trovare le differenze tra le norme giuridiche e le altre norme del mondo pratico. Per Romano ciascuna di queste manifestazioni dello spirito umano vive nel diritto. L'economia, la morale, la religione, la politica sono regolarmente assunte dal diritto in una misura variabile e non predeterminabile e vanno a formarne il contenuto. E ciò si verifica puntualmente nel momento in cui si forma un'istituzione. È inutile perciò fare distinzioni astratte²⁷. Per lui la distinzione tra diritto e morale è molto più semplice, ma fornisce la base solida del suo giuspositivismo. Il diritto è frutto dell'azione umana sia pure inconsapevole e nient'altro. Non si dà nessun diritto per natura ed esso può assumere qualunque contenuto.

D'altronde Romano aveva cominciato molto presto a fare i conti col principio di effettività, fin dallo scritto giovanile *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*²⁸, passando per *L'ordinamento giuridico* per giungere alla voce *Realtà giuridica* dei *Frammenti*. Ogni ordinamento o istituzione «esiste perché esiste e dal momento in cui ha vita» (il §16 della I parte di *L'ordinamento giuridico*)²⁹; esso non può essere un procedimento regolato da norme giuridiche, anzi la presenza delle norme non fa che attestarne l'esistenza. È piuttosto un fatto, che

²⁴ ROMANO 1983 [1947], 121.

²⁵ Su questo tema il recente PEDRINI 2018, 79 ss.

²⁶ ROMANO 2018, 38.

²⁷ ROMANO 2018, 51.

²⁸ «Diritto è soltanto quello che ha avuto la forza di divenire e d'imporsi come diritto positivo: i principi puramente razionali che questa forza non hanno avuto, nonostante che tendano e possano riuscire ad acquistarla, non sono per ciò stesso diritto: si chiamino pure, se così vuoi, diritto naturale, teoretico, filosofico – e più accortamente si è insistito adesso per sostituire a queste la parola meno equivoca 'giustizia' – purché si riconosca che l'aggettivo aggiunto alla parola 'diritto' sta a dimostrare che di vero e proprio diritto non si tratta», ROMANO 1969b [1901], 40 s.

²⁹ ROMANO 2018, 55.

«c'è perché c'è e quando c'è»³⁰. Così, nel § 24, quello riassuntivo della prima parte di *L'ordinamento giuridico*, Romano può scrivere che si è mantenuto rigorosamente «sul terreno di una concezione positiva del diritto evitando ogni veduta giusnaturalistica». E aggiunge molto significativamente che per fare questo «ci siamo dovuti spingere fino alle ultime regioni, in cui è dato respirare l'atmosfera giuridica, ma non le abbiamo mai oltrepassate»³¹.

Per lui il diritto riguarda realisticamente il mondo dei fatti e le istituzioni sono fatti, non esigenze della ragione o principi astratti, bensì enti reali ed effettivi. Ma “realisticamente” va inteso nel senso del realismo prima illustrato, del realismo costruttivo del diritto. Pertanto nella misura in cui il diritto dà vita agli enti, dà loro anche la forma. Qui risiede il senso del suo formalismo, del suo giuspositivismo formalista: non ci sono contenuti o funzioni che il diritto debba necessariamente avere e neppure fini o scopi predeterminati, neppure la sanzione è elemento necessario, come visto poc'anzi. Esso è reale ed obiettivo; ogni forza che sia effettivamente sociale, dice Romano, «si trasforma per ciò stesso in diritto», perciò l'ordinamento è sempre ciò che deve essere anche quando muta, in quanto come un organismo si evolve conservando la propria identità. È *natura naturans* e *natura naturata* al tempo stesso, come avrebbe detto Baruch Spinoza.

Ora se è vero che all'origine dell'ordinamento vi è il fatto, perché esso non è un procedimento regolato da norme, ma è appunto un fatto, dal punto di vista logico però non è quest'origine che gli dà vita in quanto ordinamento giuridico, non è questo che lo identifica come diritto. Non si dà un rapporto di causa-effetto tra i presupposti di fatto e il momento normativo. I presupposti non restano mai fuori dal diritto nel sistema romaniano, non ne rappresentano la mera origine fattuale, esterna. Al contrario il presupposto è tale perché il diritto lo ha considerato tale. È qui il senso della sua affermazione secondo cui avrebbe mirato «a includere nel mondo giuridico quel fatto dell'ordinamento sociale che generalmente si riteneva che fosse un antecedente del diritto»³².

Questo rapporto teso tra realismo e formalismo è il punto più delicato dell'intero edificio romaniano. Non c'è separazione tra fatto e diritto, l'unità dell'ordinamento non è un fatto³³, perché i fatti in sé non hanno nulla a che fare col diritto. Il diritto è forma, è soltanto forma. È in virtù del diritto che c'è il fatto, selezionato come sua origine. L'effetto retroagisce sulla causa, così come, ad esempio, il potere costituito retroagisce sul potere costituente e gli dà questo nome. Sono i normativisti a spostare l'attenzione sulla separazione tra fatto e diritto, tra momento pregiuridico e momento giuridico, e lo fanno al preciso scopo di porre il tema della trasformazione del fatto in diritto. Trasformazione che non può avvenire se non in forza di una norma, che diventa così la base di tutto. Ma il rapporto tra realismo e formalismo in Santi Romano prescinde dal primato delle norme.

Di un tale dispositivo teorico Romano aveva mostrato consapevolezza già nel lavoro del 1901 dedicato alla legittimazione degli ordinamenti di fatto, nel quale aveva fissato i termini del rapporto complesso tra fatto e diritto. Certamente «lo Stato non può stabilire il diritto che regola la sua propria origine, giacché, per poter fare ciò, deve prima esistere»³⁴ e vi è pertanto un procedimento di fatto all'origine della sua formazione. Ma, giunto a maturazione, il processo avrà l'effetto «di far considerare come atto giuridico ciò che prima non poteva considerarsi altrimenti che come un fatto estraneo al diritto»³⁵; in altre parole, il nuovo ordinamento «avrà effetti retroattivi su quelli che possono dirsi i suoi prodromi», fino al giorno «in cui s'iniziò il procedimento che dovea condurre alla sua nascita»³⁶. Il problema pertanto non è quello di «cercare in

³⁰ Come poi in ROMANO 1983 [1947], 69.

³¹ ROMANO 2018, 89.

³² ROMANO 2018, 49, nota 30 ter.

³³ Spunti di riflessione in questa direzione sono offerti da GAZZOLO 2018, 115 ss.

³⁴ ROMANO 1969b [1901], 56

³⁵ ROMANO 1969b [1901], 58.

³⁶ ROMANO 1969b [1901], 62 s.

che modo un ordinamento costituzionale diventi conforme al diritto»³⁷, ma nel capire quando esso sia effettivamente tale per aver acquisito la necessaria stabilità³⁸. A quel punto *si legittima* giuridicamente tutto il processo da cui è nato.

In *L'ordinamento giuridico* questo movimento di autofondazione è chiarito da Romano (ancora una volta) tramite il diritto internazionale. In questo contesto l'errore sta nel ritenere che gli Stati, indipendenti l'uno dall'altro, rappresentino il presupposto di fatto dell'ordinamento giuridico internazionale, che nascerebbe dalla volontà di questi soggetti autonomi espressa tramite accordi. Tuttavia, «il principio per cui ogni Stato non può essere obbligato se non da norme che esso medesimo contribuisce a formare con la propria volontà, è un principio di diritto internazionale positivo, che presuppone quindi già costituito e in vigore quest'ultimo»³⁹. Questo errore, a ben vedere, nasconde un pregiudizio giusnaturalistico, che rivive come teoria del contratto sociale, il quale in perfetta analogia con la dottrina individualistica del patto sociale, che parla di un individuo situato nello stato di natura, adotta il postulato dell'originaria indipendenza degli Stati, che pongono da sé il diritto internazionale mediante i trattati. Tale condizione materiale non ha nella realtà «un riscontro maggiore di quello che non avesse la pretesa condizione naturale degli individui prima del sorgere dello Stato»⁴⁰. La storia dimostra che per molti secoli il diritto internazionale si è fondato sul principio opposto della subordinazione degli Stati a entità superiori (Impero, Chiesa) o su altre forme di subordinazione. Senza questo necessario approfondimento del suo pensiero, per quanto esso appaia complesso e sotto molti aspetti controverso, non si rende giustizia all'originalità e alla forza speculativa del grande giurista.

Per concludere, va ricordato che la teoria di Romano non ha avuto veri precursori e neppure veri continuatori. Non è un caso però che una delle pochissime rivisitazioni dell'istituzionalismo in campo giusfilosofico, quella del cosiddetto “neoistituzionalismo” di MacCormick e Weinberger, con tutte le macroscopiche differenze del caso, rivaluti la teoria romaniana proprio sotto il profilo della forza performativa del diritto. Le regole costitutive costituiscono e regolano attività la cui esistenza è logicamente dipendente dalle regole stesse e il neoistituzionalismo si fonda sull'affermazione dell'esistenza di una specifica realtà giuridica distinta da quella materiale, dalla realtà “bruta”, come direbbe John Searle, il quale contrapponeva i fatti bruti ai fatti istituzionali. Aver sottolineato dunque questo spessore filosofico della teoria romaniana è un merito del curatore Mariano Croce, al quale va la nostra gratitudine per averci offerto la preziosa opportunità di tornare a riflettere su un'opera così importante.

³⁷ ROMANO 1969b [1901], 96.

³⁸ ROMANO 1969 [1901], 97.

³⁹ ROMANO 2018, 61.

⁴⁰ ROMANO 2018, 62.

Riferimenti bibliografici

- BOTTAI G. 1940. *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. I, Padova, CEDAM.
- CASSESE S. 2018. *Le alterne fortune de “L’ordinamento giuridico” di Santi Romano*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1, 2018, 433 ss.
- CASSESE S. 1972. *Ipotesi nella formazione de “L’ordinamento giuridico” di Romano*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 1, 1972, 243 ss.
- CATANIA A. 1995. *Manuale di filosofia del diritto*, Napoli, ESI.
- CROCE M. 2010. *Che cos’è un’istituzione*, Roma, Carocci.
- GAZZOLO T. 2019. *Santi Romano e l’ordinamento giuridico come unità*, in «Iura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale», 2, 2018, 115 ss.
- GIANNINI M.S. 2003. *Scritti – III (1949-1954)*, Milano, Giuffrè (ed. or. *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in «Atti del XV Congresso Internazionale di Sociologia», Roma, 1950).
- GROSSI P. 2000. *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè.
- LA TORRE M. 1999. *Norme, istituzioni, valori: per una teoria istituzionalistica del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- MACCORMICK N., WEINBERGER O. 1990. *Il diritto come istituzione*, a cura di M. La Torre, Milano, Giuffrè.
- MELIS G. 2004. *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano Presidente del Consiglio di Stato*, Torino, Giappichelli.
- PEDRINI F. 2018. *Santi Romano e l’interpretazione giuridica. Appunti per una riflessione sul “metodo” nel diritto pubblico*, in «Iura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale», 2, 2018, 79 ss.
- RIPEPE E. 2012. *La teoria dell’ordinamento giuridico: Santi Romano*, in *Enciclopedia italiana di Scienze, Lettere e Arti. Il contributo alla storia del pensiero*, Roma, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, 475 ss.
- ROMANO S. 1969a. *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 3 ss. (ed. or. *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Pisa, Tipografia Vanucchi, 1909).
- ROMANO S. 1969b. *L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 27 ss. (ed. or. *L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, Modena, Società Tipografica Modenese, 1901).
- ROMANO S. 1983. *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè (ed. or. Milano, Giuffrè, 1947).
- ROMANO S. 2017. *The Legal Order*, Abingdon – New York, Routledge (curatela e traduzione di M. Croce).
- ROMANO S. 2018. *L’ordinamento giuridico*, Macerata, Quodlibet.
- SANDULLI A. 2009. *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè.
- TREVES R. 1977. *Introduzione alla sociologia del diritto*, Torino, Einaudi.

LIBERO
CONVINCIMENTO
E RAGIONEVOLE
DUBBIO SECONDO
GAETANO CARLIZZI

GIOVANNI TUZET



Libero convincimento e ragionevole dubbio secondo Gaetano Carlizzi

Free Assessment of Evidence and Reasonable Doubt According to Gaetano Carlizzi

GIOVANNI TUZET

Professore ordinario di filosofia del diritto, Università Commerciale “Luigi Bocconi” di Milano.
E-mail: giovanni.tuzet@unibocconi.it

ABSTRACT

Il contributo recensisce un libro di G. Carlizzi su libero convincimento e ragionevole dubbio nell'ordinamento giuridico italiano. Viene discussa la “libertà” del primo e la multiforme natura del secondo, segnalando con formula dubitativa che il libro recensito concepisce entrambi come principi costituzionali.

The text reviews a book by G. Carlizzi on free assessment of evidence and reasonable doubt in the Italian legal order. The “freedom” of the former and the multiform nature of the latter are discussed, and it is critically pointed out that the reviewed book conceives of both as constitutional principles.

KEYWORDS

Intime conviction, Libero convincimento, Principi costituzionali, Ragionevole dubbio.

Constitutional Principles, Free Assessment of Evidence, Intime Conviction, Reasonable Doubt.

Libero convincimento e ragionevole dubbio secondo Gaetano Carlizzi

GIOVANNI TUZET

L'agile e sostanzioso libro qui recensito¹ si colloca nell'alveo dell'attenta riflessione sulla prova giuridica che da alcuni anni conduce una parte della filosofia e della teoria del diritto. L'autore ha piena contezza del fenomeno in quanto magistrato e in quanto studioso di valore.

L'opera ruota attorno al ruolo che hanno nel nostro ordinamento, rispetto al processo penale, il libero convincimento (qui di seguito LC) e il ragionevole dubbio (di seguito RD). Per entrambi i nuclei tematici il libro procede da alcune notazioni storiche, continua con un esame della prassi più recente e si sviluppa in una conclusiva articolazione teorica. Questa triplice dimensione ne attesta di per sé l'interesse. Qui farò un breve rilievo sul legame fra i due nuclei tematici, poi ne discuterò nell'ordine del libro.

Carlizzi sostiene che LC e RD hanno un "legame essenziale", che garantisce "la giustizia della decisione probatoria penale" (5). Volendo essere pignoli, ci si può chiedere se il legame fra le due cose, certamente importante, consista davvero in una relazione "essenziale". La parola "essenziale" fa venire in mente una relazione "necessaria", un qualcosa che non può non darsi. Eppure a ben vedere non è così. Il "prudente apprezzamento" di cui parla l'art. 116 c.p.c. è secondo autorevolissima dottrina la modalità valutativa che presiede al LC in sede civile². Se c'è dunque LC nel giudizio civile ma in questo, com'è pacifico, non si usa lo standard del RD, allora si dà la prima cosa senza la seconda; pertanto il legame fra le due non è "essenziale" nel senso di "necessario". Si capisce che l'intento di Carlizzi è quello di rilevare la loro stretta connessione, che però è meno stretta di una relazione necessaria.

Venendo a questioni di fondo, in che senso il LC è "libero"? Carlizzi risale giustamente a una distinzione filosofica tradizionale, quella fra libertà in senso *negativo* e in senso *positivo* (39). La distinzione si trova esemplarmente in Kant³ e può essere compendiata nella differenza fra libertà "da" e libertà "di". La prima, nel nostro contesto, è la libertà da regole di prova legale (libertà negativa). Dove vige il principio del LC il giudice è svincolato, salve eventuali eccezioni, da regole di prova legale che predeterminano il valore di determinate prove. La seconda è la libertà di agire in autonomia, o secondo ragione, o secondo ragionevolezza per richiamare il legame con il RD (libertà positiva). Questa accezione del LC richiama la concezione "razionalista" della prova che secondo William Twining si rintraccia nella migliore teoria angloamericana (Gilbert, Bentham, Thayer, Wigmore e altri meno noti)⁴. Più recentemente l'idea è stata ripresa, ora in riferimento al contesto civile ora a quello penale, da autori come Taruffo e Ferrer⁵.

Per un verso si tratta di una banalità. Chi ha mai sostenuto espressamente che i giudici del fatto debbano essere irrazionali? Siamo tutti d'accordo sull'appello normativo alla razionalità. Per altro verso, di quale razionalità si tratta? A entrare in gioco sono diverse concezioni filosofiche, teorie psicologiche e teorie usate in ambito economico (come la teoria della scelta razionale). Ci sono comportamenti e decisioni che sono razionali per certe teorie e non per altre. Così il disorientamento che si prova quando si cerca di precisare il contenuto della razionalità

¹ CARLIZZI 2018 (cui si riferiscono i numeri di pagina senz'altra indicazione nel presente testo).

² Vedi, per tutti, PATTI 2015.

³ Ma vedi anche, più recentemente, BARBERIS 1999, nonché PINO 2017, 172 ss.

⁴ Vedi TWINING 2006, 35 ss.

⁵ Vedi TARUFFO 1992, 143 ss. e FERRER BELTRÁN 2007.

rinforza a mio avviso il crescente scetticismo con cui certi autori (Massimo Nobili *in primis*) trattano il LC, come segnala giustamente Carlizzi (35 s.) ricordando che per tali autori l'appello al libero convincimento si è progressivamente tradotto, nella nostra giurisprudenza, in una licenza decisionale. Ciò su cui insiste Carlizzi per non rendere inutile o dannoso l'appello al LC è da un lato la pretesa di razionalità valutativa e dall'altro il tendenziale rifiuto delle presunzioni assolute (39, 43).

In connessione a questo tema, un altro pregio del libro (16 s.) è quello di far capire che la francese *intime conviction* è stata spesso oggetto di rappresentazioni caricaturali, talora volte a giustificare l'arbitrio della decisione, talaltra a individuare una testa di turco per presentare il proprio "libero convincimento" come razionale di contro all'irrazionale "convinzione intima". Con la legge del 16 settembre 1791 e il decreto applicativo del 29 settembre dello stesso anno l'Assemblea costituente francese chiedeva ai giurati di decidere secondo la propria *intime conviction*, ma chiedeva altresì che l'intima convinzione fosse basata *sulle prove a carico e a discarico* e sull'impressione che esse facevano sulla *ragione* del decisore⁶. Due punti non si possono trascurare ripercorrendo queste pagine storiche: il ruolo del contraddittorio (i giurati erano tenuti a considerare le prove a carico e quelle a discarico) e l'appello alla ragione (i giurati non dovevano decidere in base a simpatia o ad altre considerazioni extraprobatorie, ma secondo una razionale valutazione delle prove). Con una battuta filosofica si potrebbe dire che l'ispiratore di questa disciplina non era Pascal, ma Cartesio (o meglio ancora l'Illuminismo dell'epoca). L'irrazionalismo dell'intima convinzione è in larga misura un costrutto caricaturale, pur se è vero che la giuria francese, come quella angloamericana, tradizionalmente non rende motivazione delle proprie decisioni e ciò alimenta i sospetti sulla qualità del suo operato. Se però i sospetti sono motivati da preoccupazioni garantiste, non si dovrà trascurare che secondo certe statistiche le giurie sono più inclini ad assolvere rispetto ai giudici togati⁷. Pertanto, anche se non è del tutto chiaro cosa sia "razionale" e come di fatto decidano i giurati, non c'è ragione di temere il giudizio laico più di quello togato.

Venendo al secondo dei due nuclei tematici del libro, si tratta di configurare la natura giuridica del RD. Tradizionalmente in ambito angloamericano si parla di regola di decisione, in quanto viene prescritto ai giurati di assolvere in presenza di un ragionevole dubbio sulla colpevolezza, e di condannare qualora le prove lascino adito a soli dubbi irragionevoli (naturalmente anche qui si dovrà capire cosa si intenda con tali qualificazioni, ma non è questa la sede per discettarne). In realtà il RD pone anche un criterio di valutazione⁸, nella misura in cui, per valutare la ragionevolezza dei dubbi, anche le prove vanno valutate ragionevolmente.

La teoria americana più recente si concentra sulla funzione di distribuzione degli errori. Gli standard di prova hanno tale funzione in quanto distribuiscono i possibili errori dei decisori, favorendo nel caso dello standard penale i falsi negativi (assoluzione del colpevole) rispetto ai falsi positivi (condanna dell'innocente). Carlizzi richiama (96) questa discussione ma si concentra piuttosto su ciò che egli nomina "certezza ottimale" della prova penale (88 ss.). Il lettore può chiedersi se tale certezza sia determinata a prescindere dal tipo di reato e di posta in gioco, o se invece dipenda da questi fattori. Si potrebbe argomentare che, per certi reati la cui prova è più difficile (tipicamente la violenza sessuale di cui solo la vittima può rendere conto) è opportuno abbassare la soglia del RD, a tutela dei diritti violati da tali condotte pur senza rinunciare alla presunzione di non colpevolezza e all'onere probatorio in capo all'accusa. Carlizzi non prende

⁶ Vedi la ricostruzione di PADOA SCHIOPPA 1994, 135. L'idea si ritrova, sostanzialmente immutata, nell'art. 353 (sulle corti d'assise) e nell'art. 427 (sulla decisione del giudice) del codice di procedura penale attualmente vigente in Francia.

⁷ HANS, GERMAIN 2011, 744-746.

⁸ Sostengo la tesi di una connessione "funzionale" fra criteri di valutazione e regole di decisione in TUZET 2020. Vedi anche, sul RD e la prova scientifica, CARLIZZI 2019, 132-136.

questa strada “gradualista”, lasciando intendere piuttosto come la sua sia una posizione “categorica”; ma sarebbe interessante capire se la «certezza ottimale» da lui teorizzata sia suscettibile di simili sviluppi.

Le accezioni del RD come regola di decisione e di valutazione ne costituiscono l’aspetto epistemico. Ma per Carlizzi – e questa è la parte più propositiva dell’opera sotto il profilo teorico – il RD va pure inteso come metodo e come principio. In ciò consiste il suo aspetto pratico (92, 98, 104). E in ciò consiste la via italiana al RD (83-88).

Il *modus operandi* del RD in relazione al giudizio d’appello, in particolare, è individuato da Carlizzi nell’obbligo di motivazione rafforzata in caso di riforma della sentenza appellata e nell’obbligo di rinnovazione delle prove dichiarative nell’ipotesi di ribaltamento in appello di una pronuncia di assoluzione, come sancito nelle sentenze Dasgupta e Patalano dalle nostre Sezioni Unite (74-77). Inoltre Carlizzi insiste sulle operazioni logico-valutative che il giudice deve compiere nell’ottica di questo standard garantista: valutare gli elementi a carico, valutare quelli a discarico, e valutare le controipotesi prospettate o ragionevolmente prospettabili a favore dell’imputato (90 s.).

Tutto ciò concorre a costituire LC e RD come principi giuridici di rango costituzionale (103). Per Carlizzi il primo è espressione del principio di ragionevolezza e di razionalità della funzione giudiziaria; il secondo è espressione del principio del giusto processo. Questa prospettiva è senz’altro suggestiva ma non avendo sufficienti competenze di diritto costituzionale mi astengo dal giudicarne il merito. Mi chiedo solo se, rispetto al RD, occorra davvero configurarlo come principio costituzionale (inespresso, benché espressione del giusto processo), posto che l’art. 111 Cost. già individua il contenuto del giusto processo nel contraddittorio fra le parti, nelle loro condizioni di parità, nella terzietà e imparzialità del giudice, e nella ragionevole durata del processo (comma 2, con più dettagliate indicazioni nei commi 3-5 proprio in relazione al processo penale), naturalmente in connessione all’art. 27 c. 2 Cost. che stabilisce la presunzione di non colpevolezza dell’imputato. In particolare, non è sufficiente invocare il principio del *contraddittorio* (letteralmente sulla “formazione della prova” ai sensi dei commi 4-5 dell’art. 111 Cost.) per rispondere alle esigenze di una corretta assunzione e valutazione delle prove? Che ragione c’è di assumere anche il RD fra i requisiti posti dalla Costituzione?

Riferimenti bibliografici

- BARBERIS M. 1999. *Libertà*, Bologna, il Mulino.
- CARLIZZI G. 2018. *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, San Lazzaro di Savena (Bologna), Bonomo.
- CARLIZZI G. 2019. *La valutazione della prova scientifica*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre.
- FERRER BELTRÁN J. 2007. *La valutazione razionale della prova*, Milano, Giuffrè, 2012 (ed. or. *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, trad. it. di G.B. Ratti).
- HANS V., GERMAIN C. 2011, *The French Jury at a Crossroads*, in «Chicago-Kent Law Review», 86, 2011, 737 ss.
- PADOA SCHIOPPA A. 1994. *La giuria penale in Francia*, Milano, LED.
- PATTI S. 2015. *Prove*, in DE NOVA G. (ed.), *Commentario del Codice civile e Codici collegati Scialoja-Branca-Galgano. Libro sesto: Tutela dei diritti art. 2697-2739*, Bologna, Zanichelli.
- PINO G. 2017. *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, il Mulino.
- TARUFFO M. 1992. *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, Giuffrè.
- TUZET G. 2020. *Assessment Criteria or Standards of Proof? An Effort in Clarification*, in «Artificial Intelligence and Law», in corso di pubblicazione.
- TWINING W. 2006. *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, 2 ed., Cambridge, Cambridge University Press.

I DUE PRINCIPI COSTITUZIONALI DEL GIUDIZIO PROBATORIO PENALE

REPLICHE A G. TUZET,
*LIBERO CONVINCIMENTO
E RAGIONEVOLE DUBBIO
SECONDO GAETANO
CARLIZZI*

GAETANO **CARLIZZI**



I due principi costituzionali del giudizio probatorio penale.

Repliche a G. Tuzet, *Libero convincimento e ragionevole dubbio secondo Gaetano Carlizzi*

Two constitutional principles of penal probative judgment.

A reply to G. Tuzet's *Libero convincimento e ragionevole dubbio secondo Gaetano Carlizzi*

GAETANO CARLIZZI

Giudice del Tribunale Militare di Roma. Collaboratore a contratto di Teoria dell'interpretazione giuridica, Università Suor Orsola Benincasa, Napoli.

E-mail: gaetano_carlizzi@libero.it

ABSTRACT

Lo scritto esamina i cinque problemi principali posti da Giovanni Tuzet nella recensione del mio libro su libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Replicando alle obiezioni della recensione, esso mira a chiarire il significato e le implicazioni della tesi teorica secondo cui le idee di libero convincimento e di ragionevole dubbio compongono i due principi costituzionali del giudizio probatorio penale.

The paper addresses five main problems raised by Giovanni Tuzet in a review of my book on free assessment of evidence and reasonable doubt in the criminal trial. Replying to some objections in the review, the paper aims to clarify the meaning and implications of the theoretical thesis that the ideas of free assessment of evidence and reasonable doubt compose the constitutional principles of criminal evidential judgement.

KEYWORDS

Libero convincimento, ragionevole dubbio, principi costituzionali, presunzioni probatorie, motivazione giudiziale.

Free evaluation of evidence, reasonable doubt, constitutional principles, evidential presumptions, grounds of the judgment.

I due principi costituzionali del giudizio probatorio penale. Repliche a G. Tuzet, *Libero convincimento e ragionevole dubbio secondo Gaetano Carlizzi*

GAETANO CARLIZZI

1. *Il "legame essenziale" tra libero convincimento e ragionevole dubbio* – 2. *Le libertà evocate dal principio del libero convincimento* – 3. *Il ragionevole dubbio tra criterio, regola, metodo di valutazione e regola di decisione probatoria* – 4. *Fissità/variabilità della certezza della prova penale* – 5. *Sulla configurabilità del principio costituzionale del ragionevole dubbio*

Le riflessioni che Giovanni Tuzet, il più competente studioso della prova tra i nostri filosofi del diritto, ha voluto dedicare al mio libro su libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale¹ mi hanno indotto a ritornare sulle principali tesi ivi proposte.

Pur non potendo riconsiderare tutte le sue preziose osservazioni, alcune adesive, altre critiche, cercherò di approfondire quelle che mi hanno stimolato in modo particolare. Più precisamente, mi concentrerò su quelli che considero i cinque principali problemi posti dalla recensione.

1. *Il "legame essenziale" tra libero convincimento e ragionevole dubbio*

1.1. Tuzet contesta la mia presentazione preliminare dei due concetti, secondo cui essi sarebbero avvinti da un "legame essenziale". Egli osserva che, in genere, a differenza di quanto accade nel processo penale, nel rito civile (ma anche in quello amministrativo) il giudice gode, sì, di libertà di convincimento (ex artt. 116, comma 1, c.p.c. e 64, comma 4, c.p.a.)², eppure non è soggetto allo standard probatorio del ragionevole dubbio. Pertanto, tra i due concetti vi sarebbe un rapporto soltanto accidentale, più precisamente una mera "stretta connessione".

1.2. L'obiezione, che, formulata in questi termini, è ineccepibile, mi impone di essere più preciso. Se mi è consentita la distinzione, la tesi di un legame essenziale non è una tesi *teorico-generale*, relativa, cioè, a ogni tipo di processo, bensì è una tesi *teorico-particolare*, ossia valevole per l'intero campo del processo penale (non di un determinato processo penale, ad esempio quello italiano attuale, perché altrimenti sarebbe una tesi *dogmatica*). Intendevo dire, cioè, che, nel quadro dei regimi della prova penale concepibili e storicamente emersi, quello che combina i principi del libero convincimento (d'ora in poi: PLC)³ e del ragionevole dubbio (d'ora in poi: PRD)⁴ è l'unico che promuove la giustizia della *pronuncia penale* (lo stesso Tuzet riconosce che la mia tesi rimanda a questa funzionalità). Tale pronuncia è *giusta* a condizione, tra l'altro, che l'accertamento giudiziale circa la verità dell'ipotesi di accusa *possa* essere compiuto autono-

* Ringrazio Giovanni Tuzet per avermi spinto con le sue acute obiezioni a riformulare alcuni passi di questa replica, in particolare nel § 4.

¹ CARLIZZI 2018.

² Al riguardo, cfr. RUSSO 2017.

³ In tema, ancora insuperato è NOBILI 1974.

⁴ Sul punto, di recente, cfr. i saggi di varia matrice raccolti in INCAMPO, SCALFATI 2017; in precedenza, v. CARIOLI 2009.

mente e, ad un tempo, *debba* essere compiuto nel modo più severo possibile. Ma tale condizione complessa riflette proprio l'interazione tra le *pretese di concretezza e logicità* e di *certezza ottimale* del giudizio probatorio, avanzate dal PLC e, rispettivamente, dal PRD.

Insomma, che tra i principi del libero convincimento e del ragionevole dubbio via sia un legame *essenziale*, significa semplicemente che il loro connubio è *indispensabile per* la giustizia della decisione in fatto del giudice penale. Pertanto, se tale decisione si formasse secondo principi diversi, essa non sarebbe realmente giusta.

2. Le libertà evocate dal principio del libero convincimento

2.1. Dopo aver richiamato la distinzione classica – emergente, in particolare, nella *Critica della ragion pratica*⁵ – tra libertà *negativa* (libertà da), cioè assenza di vincoli all'azione, e libertà *positiva* (libertà di), cioè autonomia quale possibilità di agire secondo ragione, Tuzet lascia intendere che essa rivelerebbe la scarsa pregnanza del PLC, così dando conto dello scetticismo di quegli autori che vedono in esso soltanto un grimaldello per scardinare i limiti stabiliti dal legislatore in materia di prova (es.: divieti di ammissione di certi mezzi). Infatti, nel caso del PLC, le due suddette libertà si specificherebbero, da un lato, nel divieto di prova legale, cioè in un istituto che da secoli ha scarso peso nel processo penale, dall'altro, nell'obbligo di razionalità del giudizio probatorio, cioè in qualcosa di scontato e, ad un tempo, di generico, data l'esistenza di una pluralità di forme di razionalità.

2.2. Anche questa critica va esaminata con attenzione, chiarendo subito che, come lo stesso Tuzet sembra ritenere, tra la supposta evanescenza del PLC e l'abuso che ne ha fatto la prassi giudiziaria non vi è alcun nesso causale. Che, soprattutto in passato (sotto il vigore del c.p.p. del 1930), la giurisprudenza abbia sfruttato il PLC per eludere i divieti legali di ammissione e di assunzione (cd. "prova libera"⁶), è dipeso principalmente dall'insufficiente approfondimento teorico del principio, quando non dalla illiberale malafede di certi giudici. In effetti, se si fosse tenuto conto che il PLC è limitato all'attività di *valutazione* delle prove compiuta al termine del processo, si sarebbe compreso che esso non può regolare le ulteriori attività di *ammissione* e di *assunzione* compiute all'inizio e nel corso di esso.

Venendo alla evanescenza del PLC, essa, a mio avviso, è solo apparente, sia sul piano teorico sia sul piano normativo.

2.2.1. Sul piano *teorico*, che il PLC compendi la duplice pretesa di non introduzione di prove legali assolute e di razionalità della motivazione in fatto, costituisce, a mio avviso, un dato di grande importanza e interesse. Esso, infatti, consente di cogliere in un sol colpo le peculiarità che il nostro diritto delle prove presenta rispetto ai regimi continentali dell'alto medioevo (*ordalie*⁷) e del lasso che va dal basso medioevo alla prima modernità (prova legale⁸, positiva o negativa⁹). Entrambi i regimi, infatti, essendo di carattere vincolato, comportavano che il giudice era astretto *da* criteri probatori prefissati in astratto (dai giureconsulti o dai monarchi), dunque non libero *di* procedere alla valutazione delle prove secondo i criteri razionali correnti. Oggigiorno, invece, da un lato, le ipotesi di prova legale (e giurisprudenziale¹⁰) assoluta hanno carattere eccezionale (in ogni specie di processo), perché solo così è garantita l'aderenza della valutazione pro-

⁵ KANT 1788, 35.

⁶ Sul punto, NOBILI 1974, 224.

⁷ In tema, CORDERO 1981, 468-475.

⁸ Sul punto, ALESSI PALAZZOLO 1979.

⁹ Sulla differenza tra queste due forme, v. FERRAJOLI 1989, 127.

¹⁰ Sulle "presunzioni giurisprudenziali", GAMBA 2016, § 3.

batoria alle singolarità dei fatti da provare, dunque la loro più fedele ricostruzione; dall'altro lato, la libertà che ne consegue è soggetta alla ragione, perché solo così è possibile evitare che scada in arbitrio.

Quanto, poi, al rilievo secondo cui l'esistenza di molteplici forme di razionalità priverebbe il PLC di una reale utilità teorica, esso non convince del tutto. Infatti, pur condividendo la suddetta tesi pluralistica, mi pare che vi siano preziosi parametri minimi, comuni a ogni forma di razionalità¹¹. Ciò vale sia sul piano *logico-formale*, dove gli schemi del sillogismo costituiscono altrettanti modelli per controllare *ex post* se il discorso probatorio presenta tutti gli elementi necessari per la sua fondatezza; sia sul piano *logico-materiale*, dove non ogni proposizione può fungere da criterio probatorio, ma solo quelle che offrono garanzie di plausibilità sufficienti (leggi scientifiche generalmente condivise, massime di esperienza ripetutamente collaudate ecc.). Nella prassi del sindacato della Corte di Cassazione sulla motivazione in fatto del giudice di merito (art. 606, comma 1, lett. e, c.p.p.), le due sfere sono state talora chiamate in causa distinguendo (sulla scia della teoria del diritto¹²) la critica della giustificazione *interna* (*scil.*: della *logicità formale*) dalla critica della giustificazione *esterna* (*scil.*: della *logicità materiale*)¹³ della motivazione in fatto. E ciò costituisce una indubbia riprova della utilità teorica di un principio che fa della razionalità uno dei suoi valori di riferimento.

2.2.2. Sul piano *normativo*, la vigenza del PLC come principio costituzionale della materia probatoria (insieme al PRD) ha corollari altrettanto importanti. In tale veste, infatti, il PLC si rivolge a tutti i protagonisti della produzione giuridica, non solo al *giudice*. Questo è forse l'aspetto più innovativo della mia concezione del PLC: pretendendo genericamente che si realizzino i due valori della *concretezza* e della *logicità* della valutazione probatoria, tale principio vincola innanzitutto il *legislatore*. Da un lato, *vietandogli* tendenzialmente di introdurre ipotesi di *prova legale assoluta*, in contrasto col primo valore, dall'altro, *obbligandolo* a formulare previsioni capaci di promuovere il secondo valore, a cominciare da quelle sulla struttura e i requisiti della *motivazione in fatto* quale principale garanzia, appunto, della sua *logicità* (es.: artt. 192, 546, comma 1, lett. e, 606, comma 1, lett. e, c.p.p.¹⁴).

Tutto ciò con la conseguenza ultima che, se il legislatore violasse quel divieto o non ottemperasse a quest'obbligo, le norme così prodotte e le inerzie così emerse potrebbero essere convenientemente sanzionate dalla Corte costituzionale. Mi riferisco al potere della Consulta di *annullare* le prime (si pensi alle sentenze di incostituzionalità che hanno colpito alcune presunzioni assolute di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare in carcere per certi tipi di reato, *ex art.* 275, comma 3, c.p.p.) e, rispettivamente, di *ovviare* alle seconde con sentenze *additive* o analoghe.

3. Il ragionevole dubbio tra criterio, regola, metodo di valutazione e regola di decisione probatoria

3.1. Contrariamente a una parte della teoria della prova, Tuzet ritiene che il ragionevole dubbio integri non solo una regola di decisione (o di giudizio), ma anche un criterio di valutazione. In questo senso, per adempiere all'obbligo di condannare soltanto se "le prove lascino adito a soli dubbi irragionevoli" sulla colpevolezza (regola di decisione), il giudice dovrebbe innanzitutto apprezzare ragionevolmente le prove favorevoli e quelle contrarie all'ipotesi accusatoria (criterio di valutazione).

¹¹ Sul rapporto tra giudizio, diritto e ragionamento giuridico, cfr. VELLUZZI 2015, 254-258.

¹² A cominciare da WRÓBLEWSKI 1986.

¹³ Su tale distinzione, di recente, CANALE, TUZET 2019, 15. In particolare, sulla giustificazione esterna, v. VELLUZZI 2015, 258-264.

¹⁴ CANZIO 2018, 7.

3.2. La connessione istituita dalla tesi è plausibile, ma sollecita un approfondimento della distinzione cruciale sottostante, che propongo di riconfigurare in una quadripartizione (valevole per ogni tipo di processo):

A) *criterio di valutazione probatoria*¹⁵ è una proposizione che stabilisce il valore probatorio delle informazioni (o elementi) date da una fonte, personale o reale. Tale valore può essere di due tipi. Innanzitutto, può essere un valore di *conferenza*, consistendo nella idoneità dell'informazione ad essere presa per vera dal giudice, e a contribuire così al patrimonio conoscitivo su cui fonderà il suo giudizio di fatto. In tal caso si parla di *attendibilità* dell'informazione (es.: affermazione di Tizio di aver visto Caio fuggire dalla casa di Sempronio). Inoltre, il valore probatorio dell'informazione può essere un valore di *conferma*, consistendo nella sua capacità di corroborare un'ipotesi relativa a un fatto diverso da quello cui essa si riferisce, dato il rapporto *lato sensu* causale tra i due fatti (in genere di conseguente ad antecedente, ma talvolta anche di antecedente a conseguente). In tal caso si parla di *persuasività* dell'informazione (es.: l'affermazione di Tizio relativa alla fuga di Caio può confermare l'ipotesi che egli aveva appena ucciso Sempronio; l'affermazione di Tizio relativa ai propositi di vendetta manifestati da Caio nei confronti di Sempronio può confermare l'ipotesi che quello ha *successivamente* ucciso questo). Tipici criteri di valutazione probatoria sono le proposizioni integrate da massime di esperienza, ma anche da principi scientifici e simili.

B) *regola di valutazione probatoria*¹⁶ è un enunciato che prescrive al giudice di apprezzare *in un determinato modo* il valore di conferenza o di conferma degli elementi di prova raccolti. Tali regole possono essere distinte a seconda che il giudice sia libero o non di individuare i criteri di valutazione suddetti. Nei sistemi a legalità processuale, esse sono fissate in ogni caso dal legislatore. Qui si danno varie possibilità, nel senso che la legge può:

b1) rimettere *integralmente* al giudice l'individuazione *autonoma* dei criteri di valutazione, imponendogli tutt'al più di esporli. In tal caso vale pienamente la logica del *libero convincimento*, se del caso corredata dall'obbligo di motivazione (es.: art. 192, comma 1, c.p.p.; un obbligo siffatto manca invece nel processo con giuria angloamericano).

b2) *prendere posizione* sui criteri di valutazione, in due modi alternativi:

b2a) *prefissando* tali criteri, in termini insuperabili (es.: presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il reato di associazione mafiosa, *ex art.* 275, comma 3, II per., c.p.p.) oppure superabili (es.: presunzione relativa di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il reato di omicidio, *ex art.* 275, comma 3, III per., c.p.p.). In entrambi i casi vale la logica della *prova legale* positiva, assoluta o relativa, ma nel secondo caso il *convincimento* del giudice è relativamente *libero*, mentre nel primo è vincolato;

b2b) *escludendo*, *in tutto* o *in parte*, la valenza di certi criteri e, ad un tempo, *rimettendo* all'autonomia giudiziale l'individuazione di criteri *sostitutivi* o, rispettivamente, *complementari*. Sotto quest'ultimo profilo, si parla di "regole di corroborazione" (es.: l'art. 192, comma 3, c.p.p. dispone che l'informazione resa dal coimputato non può essere ritenuta *attendibile* da sola, ma solo se trova riscontro in altri elementi, che è compito del giudice individuare). In entrambi i casi, sussiste *libertà di convincimento*, sebbene in forma più o meno limitata.

C) *metodo di valutazione probatoria*¹⁷ è un insieme di regole eterogenee e coordinate per *determinare* il grado di conferenza o di conferma degli elementi di prova raccolti. Di tale insieme fanno parte, innanzitutto, le *regole di valutazione* formulate dal *legislatore*, insieme ai *criteri di valutazione* con esse *prefissati* o *rimessi* all'individuazione del *giudice*. Ma vi rientrano anche altre *regole*, di carattere latamente *epistemologico*, che, anzi, in un certo senso, sono logicamente superiori alle prime, in quanto ne consentono il coordinamento. Grazie ai contributi di numerosi processuali-

¹⁵ Sul punto, v. DEGANELLO 2005.

¹⁶ Al riguardo, cfr. DANIELE 2009, *passim* e 37-61 (sull'analogo istituto delle *regole di esclusione* probatoria, le quali precludono la possibilità di qualsivoglia *valutazione* dell'informazione cui si riferiscono); TUZET 2013, 273-284.

¹⁷ In tema, FERRER BELTRÁN 2007, 87-143; TUZET 2013, 261-272.

sti e di diversi teorici del diritto, la fisionomia di tale metodo è divenuta via via più chiara. In estrema sintesi, si tratta del metodo *abduttivo-deduttivo-induttivo* di stampo *falsificazionista*¹⁸ o, meglio¹⁹, dell'*induzione eliminativa*²⁰, che trova applicazione in maniera più o meno esigente a seconda del tipo di processo considerato. Così, con specifico riguardo all'apprezzamento del valore di conferma nel processo penale, *dopo che* sia stata formulata l'ipotesi accusatoria sulla base di certe tracce (es.: dai tagli rilevati sul corpo di un cadavere si ricava l'ipotesi di un'uccisione mediante accoltellamento), il giudice deve, *innanzitutto*, immaginare le ulteriori tracce che dovrebbero presentarsi (elementi di credito, es.: coltello recante macchie di sangue della vittima e le impronte digitali dell'imputato) o non presentarsi (elementi di discredito, es.: segni di suicidio) se l'ipotesi fosse vera; *in secondo luogo*, stabilire la misura in cui la presenza o l'assenza di quelle tracce conferma o, rispettivamente, infirma quest'ipotesi, tenendo conto, alla stessa stregua, anche di eventuali controipotesi, a cominciare da quella difensiva (es.: alibi addotto dall'imputato).

D) *regola di decisione probatoria*²¹ è un enunciato che prescrive al giudice di ritenere provata un'ipotesi fattuale (es.: quella accusatoria) solo se trovi conferma *in una certa misura*, cioè soddisfi un determinato standard²² (es.: nel nostro processo penale, ciò accade quando la conferma esclude ogni ragionevole dubbio, ossia ogni ipotesi alternativa minimamente plausibile: art. 533, comma 1, c.p.p.). Nei sistemi a legalità processuale, tali regole sono a maggior ragione di produzione legislativa, perché costituiscono il cuore delle scelte politiche relative al giudizio probatorio conclusivo.

3.3. Svolti questi necessari chiarimenti concettuali, è possibile ritornare al problema posto da Tuzet: cosa integra esattamente il parametro del ragionevole dubbio? Rispondo alla luce della quadripartizione appena illustrata:

A) escluderei che integri un *criterio di valutazione*. Malgrado la ragionevolezza svolga un ruolo fondamentale nell'enucleazione di siffatti criteri, nel senso che possono comporli solo le leggi e le massime sensate, mi pare che né il concetto di "ragionevolezza" né tanto meno quello di "dubbio" rientrino nella loro formulazione (es: "se il testimone ha assistito al fatto in qualità di pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, molto probabilmente è sincero").

B) neppure ritengo che il parametro del ragionevole dubbio integri una *regola di valutazione*. Certo, può darsi che alcune regole di valutazione siano volte a garantire una ricostruzione probatoria sommamente severa, dunque poggino sul PRD (si pensi alle suddette regole di corroborazione). Tuttavia, dato che il nostro parametro non entra a far parte del contenuto precettivo di tali regole, non sarebbe sostenibile che esso le componga propriamente.

C) piuttosto, credo che il parametro del ragionevole dubbio integri, innanzitutto, una *regola di decisione* (o di giudizio). Ciò vale negli ordinamenti che lo accolgono quale standard probatorio (d'ora in poi: "standard BARD"), vuoi esplicitamente (come avviene, ad esempio, in quello italiano, dove l'art. 533, comma 1, c.p.p. stabilisce che "Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulti colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio"), vuoi implicitamente (come avviene, ad esempio, nell'ordinamento inglese, dove il *Crown Court Compendium* chiede ai giurati di condannare solo se "*sure of guilt*"²³).

¹⁸ Sull'uso processuale del metodo falsificazionista, FERRUA 2018, 12 s.; TONINI, CONTI 2012, 162-167.

¹⁹ Il modello dell'induzione eliminativa, infatti, inquadra in maniera più adeguata il ragionamento di seguito illustrato, perché implica necessariamente il momento fondamentale del confronto tra ipotesi antagoniste e la scelta di quella che meglio resiste ai tentativi di falsificazione. Ringrazio Giovanni Tuzet per aver richiamato la mia attenzione su questa differenza cruciale nel corso di una conversazione.

²⁰ Al riguardo, cfr. ANDERSON, SCHUM, TWINING 2005, 257-261; CARLIZZI 2019a, § 3.2.3; COHEN 1977, 245-264; FERRER BELTRÁN 2007, 152-156; FERRAJOLI, 1989, 123-132.

²¹ Su tale concetto, v. UBERTIS 2015, 166 s.

²² Sugli standard probatori, cfr. FERRER BELTRÁN, TUZET 2018.

²³ Al riguardo, v. PICINALI 2018, 365, al quale si rimanda pure per un esame e una critica delle concezioni filosofiche che si contendono il campo quali giustificazioni dello standard BARD.

D) inoltre, mi pare che il parametro del ragionevole dubbio integri un *metodo di valutazione*, anziché un mero stato psichico, come spesso ritiene la dottrina, che in tal modo finisce per ritenerlo indefinibile²⁴. In altre parole, esso determina innanzitutto il percorso che il giudice penale deve seguire per stabilire se gli elementi raccolti hanno un valore di conferenza e di conferma sufficiente per accogliere l'ipotesi accusatoria, dunque per condannare²⁵. A tal proposito emerge una notevole differenza tra il processo penale, da un lato, e quello *civile e amministrativo*, dall'altro lato. Infatti, nei due ambiti appena indicati, vige non solo lo standard probatorio meno esigente “*più probabile che no*”²⁶, ma anche l'*onere delle parti* (espressione del principio dispositivo) di *allegazione dei fatti* rilevanti (principali – costitutivi, modificativi, impeditivi ed estintivi – e secondari – cioè probatori –)²⁷. Ne deriva che il giudice civile e quello amministrativo, di regola, dovranno limitarsi, da un lato, a considerare le *sole* ipotesi proposte dalle parti (ipotesi principale dell'attore o del ricorrente; eventuale ipotesi in riconvenzionale o controipotesi del convenuto), dall'altro, ad apprezzare i *sol*i tipici elementi di credito e di discredito allegati dalle stesse parti per tali ipotesi e controipotesi. Viceversa, nel processo *penale*, il giudice è chiamato a svolgere un esame massimamente approfondito. Un esame, cioè, da un lato, riferito non solo all'ipotesi accusatoria e alla controipotesi difensiva, bensì esteso a *tutte* le controipotesi formulabili sulla base delle tracce emerse, dall'altro, vertente su *tutti* i tipici elementi di credito e di discredito di tali ipotesi e controipotesi. Così, tornando al caso proposto nel § 3.2.C), il giudice dovrà, da un lato, considerare l'ipotesi accusatoria dell'accoltellamento, la controipotesi proposta dall'imputato (es.: legittima difesa), nonché ogni altra controipotesi suggerita dagli elementi raccolti (es.: alibi dell'imputato); dall'altro lato, limitandoci all'ipotesi di accusa, il giudice dovrà, ad esempio, verificare che l'imputato sia stato trovato in possesso del coltello o visto disfarsi di quest'ultimo, nonché spiegare l'eventuale assenza su di esso delle sue impronte digitali e di macchie di sangue della vittima²⁸.

4. Fissità/variabilità della certezza della prova penale

4.1. Analogamente ad altri studiosi²⁹, Tuzet si chiede se la certezza esigibile dal giudice sul terreno della prova penale “sia determinata a prescindere dal tipo di reato e di posta in gioco, o se invece dipenda da questi fattori”³⁰. Tra i casi in cui ci si può interrogare sull'applicabilità di uno standard probatorio attenuato, egli considera i fatti che offendono beni altamente personali e, ad un tempo, sono di difficile ricostruzione probatoria. Un esempio è costituito dalla violenza sessuale, spesso attestata soltanto dalle dichiarazioni della vittima.

²⁴ Sul punto, cfr., ad esempio, STELLA 2001, 195-201.

²⁵ Analogamente, tra gli altri, CANZIO 2004; CONTI 2012; IACOVIELLO 2006.

²⁶ Sul punto, v. TARUFFO 2009, 222-224.

²⁷ Su tale onere, cfr. BUONCRISTIANI 2001, 11-30, 105-130.

²⁸ Il confronto appena operato può riassumersi come segue. Dal punto di vista *logico*, il metodo di valutazione probatoria imposto nel processo penale dallo standard BARD è *formalmente rigoroso* tanto quanto quello derivante da standard meno *esigenti* (in particolare: “più probabile che no”), dato che anche la quantificazione del grado di conferma probatoria richiesta da questi ultimi presuppone in astratto l'esame di tutti i dati conoscitivi disponibili. Tuttavia, dal punto di vista *assiologico*, cioè delle scelte di valore compiute dall'ordinamento per le varie forme di processo, nel rito penale il *metodo di valutazione* probatoria *funziona materialmente* in modo più *severo* che in quello civile e amministrativo, dato che solo il giudice penale deve considerare tutto il *materiale* probatorio effettivamente emerso e legittimamente utilizzabile. D'altro canto, nel processo penale, anche il *giudizio di fatto conclusivo* è più *severo* che in quello civile e amministrativo perché soggetto a uno standard probatorio (dunque a una *regola di decisione*) più *esigente*. In questo senso, sul terreno della prova, i concetti di “rigoroso” (attinente alla forma), “esigente” (attinente alla sostanza) e “severo” (attinente alla forma e alla sostanza insieme) sono correlati ma distinti.

²⁹ Per un esame e una critica della tesi, cfr. ROBERTS, ZUCKERMAN 2004, 256-258.

³⁰ Per alcune aperture, v. già FERRER BELTRÁN, TUZET 2018, 460.

4.2. La questione posta è indubbiamente delicata. La soluzione “gradualista”, infatti, non solo incontrerebbe il favore di una parte non esigua della cittadinanza, sempre più bisognosa di “politiche securitarie”, ma si potrebbe anche giustificare con l’importanza via via maggiore che il “diritto europeo” (eurounitario ed euroconvenzionale) attribuisce agli interessi della vittima³¹.

Sennonché, la tesi della graduabilità dello standard probatorio per tipi di reato non sembra sostenibile nell’ordinamento italiano e negli altri ordinamenti che si fondano sul PRD e accolgono lo standard BARD. Ciò per ragioni diverse a seconda della prospettiva considerata:

A) se la tesi della graduabilità fosse una tesi *de iure condito*, sarebbe in aperta contraddizione col regime del giudizio di fatto stabilito dal nostro codice di rito penale. Infatti, nessuna disposizione codicistica stabilisce che in certi casi l’ipotesi di accusa può essere accolta se è semplicemente molto probabile o, addirittura, più probabile di quella difensiva, anziché provata al di là di ogni ragionevole dubbio. Anzi, la previsione di carattere generale dell’art. 533, comma 1, c.p.p. pare escludere tale regime variabile.

Infatti, sul piano dell’interpretazione *letterale*, la locuzione “[prova di colpevolezza] al di là di ogni ragionevole dubbio” non può interpretarsi che come fissazione di uno standard probatorio valevole indistintamente per tutti i tipi di reato. Ciò per varie ragioni. Innanzitutto, perché, la locuzione “prova al di là di ogni ragionevole dubbio” è una locuzione tecnica che ha acquisito un significato ben preciso, in ogni caso incompatibile con quelli di “prova altamente probabile” o di “prova preponderante” (in altre parole, se davvero il legislatore avesse inteso esprimere la graduabilità dello standard probatorio penale per tipi di reato, avrebbe usato queste altre locuzioni accanto a “prova al di là di ogni ragionevole dubbio”). In secondo luogo, perché il concetto prettamente *epistemico* di “dubbio ragionevole” (a differenza del concetto *pratico* di “scelta ragionevole di applicare in certi casi standard probatori meno esigenti”) può dipendere soltanto dagli elementi di prova raccolti, non certo dalla natura del reato in giudizio e dai beni che esso coinvolge.

D’altro canto, eventuali incertezze sul significato della locuzione “prova al di là di ogni ragionevole dubbio” svanirebbero comunque sul piano dell’interpretazione *extraletterale*, in particolare storico-teleologica. Qui, infatti, il bisogno di assicurare *a tutti gli imputati* l’accertamento più severo possibile circa la verità dell’accusa, certamente e, per quanto si dirà nel § 5, doverosamente coltivato con l’introduzione dello standard BARD nell’art. 533, comma 1, c.p.p., impedisce di ritenere che tale disposizione fissi *per alcuni imputati* uno standard meno esigente.

B) se, per contro, la tesi della graduabilità dello standard probatorio penale per tipi di reato costituisse una proposta *de iure condendo*, andrebbe esaminata con maggiore attenzione. L’esame rimanda alla questione dell’ultimo paragrafo, relativa al rango del PRD. Al momento basti osservare quanto segue. Lo standard BARD, che deriva da tale principio, è l’unico che soddisfa la pretesa costituzionale che il regime del giudizio di fatto penale rispetti i rapporti di proporzione tra i vari interessi coinvolti nel processo. Tutti gli altri standard probatori, tra cui quelli proposti dalla tesi della graduabilità, in quanto meno esigenti, sono invece irrispettosi di tali rapporti. Ciò per due ragioni (sul giudizio di proporzionalità *lato sensu*, cfr. § 5). In primo luogo e *in generale*, perché sono sproportzionati *stricto sensu*, comportando per l’imputato innocente il rischio di svantaggi (perdita della libertà, del lavoro, della serenità familiare ecc.) nettamente maggiori dei vantaggi che lasciano sperare alla collettività (prevenzione della recidiva dell’imputato colpevole) e alla vittima effettiva (riconoscimento delle sue pretese di giustizia, specie risarcitorie).

Inoltre e *con particolare riguardo* ad alcuni reati indicati dalla tesi della graduabilità (es.: violenza sessuale), perché i suddetti meno esigenti standard probatori sono *superflui* per un’adeguata protezione della vittima effettiva, cioè per il fine principale perseguito dalla stessa tesi. La critica si chiarisce alla luce della giurisprudenza della Corte di Cassazione relativa alla valuta-

³¹ In tema, dopo la direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, VENTUROLI 2017; in precedenza, DEL TUFO 2009.

zione di attendibilità delle dichiarazioni della vittima di un reato. Secondo la fondamentale sentenza S.U. 41461/2012, queste ultime

[non soggiacciono alle regole dell'art. 192, comma 3, c.p.p. e] possono essere legittimamente poste da sole a fondamento dell'affermazione di penale responsabilità dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, che peraltro deve in tal caso essere più penetrante e rigorosa rispetto a quella cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone.

Per quale ragione tale orientamento giurisprudenziale mostra che l'introduzione di standard probatori meno esigenti di quello BARD sarebbe spesso superflua per un'adeguata protezione della vittima effettiva? Perché fa comprendere che il rischio di disconoscimento delle pretese di giustizia di tale soggetto, massimizzato in astratto dalla vigenza dello standard BARD, ha un tasso che non è costante e assoluto (es.: pari al 99%), bensì dipende dalle peculiarità della situazione probatoria di turno. In particolare, nei casi di violenza sessuale (e di altri reati la cui vittima effettiva è tipicamente presente al fatto), la vigenza dello standard BARD non impedisce di condannare sulla sola base della testimonianza oculare di quest'ultima (cioè a prescindere dai "riscontri esterni" ex art. 192, comma 3, c.p.p., costituiti da informazioni a conferma provenienti da altre fonti). Ciò almeno in genere, ossia alla condizione, non difficile da soddisfare, che la versione della vittima risulti attendibile all'esito di un vaglio giudiziale particolarmente scrupoloso. In altre parole, in tali casi, il rischio di disconoscimento delle pretese di giustizia della vittima effettiva, sebbene massimizzato dalla vigenza dello standard BARD, è di regola contenuto entro limiti ragionevoli. Ed è proprio in questo senso che l'introduzione di standard meno esigenti si rivela spesso superflua per un'adeguata protezione di tale soggetto³².

Riassumendo, sul terreno della prova penale, lo standard BARD sembra essere l'unico conforme alla nostra Carta fondamentale, mentre eventuali norme che ne disponessero l'attenuazione per certe fattispecie criminose sarebbero passibili di dichiarazione di incostituzionalità per violazione del principio di proporzionalità *lato sensu*.

5. Sulla configurabilità del principio costituzionale del ragionevole dubbio

5.1. Tuzet si chiede, infine, se, come propongo di fare nel mio libro, sia davvero necessario configurare il principio costituzionale (inespresso) del ragionevole dubbio. La risposta negativa, che egli non avanza in maniera netta, bensì problematica, si fonda sull'argomento secondo cui le esi-

³² Due precisazioni si impongono a questo punto. Innanzitutto, ho appena detto "spesso" perché non può escludersi che la situazione probatoria nella quale si trova la vittima effettiva di violenza sessuale sia *talora* molto controversa, tanto da impedire l'accoglimento delle sue richieste di giustizia (es.: violenza sessuale in assenza di terzi, commessa da soggetto di provata mitezza e onestà che nega ogni addebito, a danno di soggetto che è notoriamente affetto da problemi psichici e avanza accuse poco lineari). Sennonché, quanto meno per ragioni di proporzionalità *stricto sensu*, sembra doversi escludere che evenienze del genere, certamente pietose ma anche eccezionali, giustificino in generale la riduzione delle garanzie offerte all'imputato dallo standard BARD. In secondo luogo, bisogna riconoscere che vi sono reati (*rectius*: sottofattispecie) che comportano, non già talora, bensì *tipicamente* difficoltà probatorie consistenti. Il pensiero corre alle sottofattispecie di omicidio colposo da esposizione della vittima a sostanze di incerta tossicità. In tali casi, la proposta di standard probatori meno esigenti di quello BARD, avanzata dalla tesi gradualista, pur non apparendo *superflua* per un'adeguata protezione della vittima effettiva, continuerebbe a risultare incostituzionale, per violazione dell'esigenza di proporzionalità *stricto sensu* del regime del giudizio di fatto penale. In sostanza: se neppure tra gli scienziati vi è accordo sulla tossicità di una sostanza, può il diritto penale, tenuto conto degli effetti devastanti che produce nella vita dell'imputato e delle alternative risarcitorie offerte a quest'ultimo dal processo civile (dove vige legittimamente lo standard probatorio meno esigente "più probabile che no"), scaricare tale incertezza sullo stesso imputato, consentendo che sia condannato sulla base di semplici sospetti?

genze sottostanti al PRD sarebbero già soddisfatte dalla vigenza di ben precisi principi costituzionali (espressi). Il riferimento è alla presunzione di non colpevolezza *ex art. 27, comma 2, Cost.*, nonché alle varie articolazioni del principio del giusto processo previste dall'*art. 111, comma 2*, per ogni tipo di rito (contraddittorio e parità tra le parti, terzietà e imparzialità del giudice, ragionevole durata del processo), e commi 3-5, per il solo rito penale (informazione celere e riservata dell'imputato sul merito dell'accusa, creazione delle condizioni necessarie per una difesa effettiva, contraddittorio probatorio in senso soggettivo e in senso oggettivo ecc.)³³.

5.2. Anche quest'ultima obiezione è assai stimolante e richiede un impegno ermeneutico preliminare. In particolare, bisogna capire se essa contesti, in generale, la tesi della configurabilità del PRD oppure, in particolare, la tesi della configurabilità del PRD come principio costituzionale distinto da quelli indicati nel § 5.2.1. Per esigenze di completezza argomentativa, considererò entrambi i capi dell'alternativa.

5.2.1. Che l'idea di *ragionevole dubbio* dia vita a un *autentico principio* giuridico, è la prima tesi (inedita) sostenuta nel mio libro. Essa si fonda su una ben precisa concezione della differenza tra regole e principi, tuttora alquanto controversa nella letteratura giusteoria³⁴. In sostanza, pur essendo norme al pari delle regole, i principi si distinguono da esse perché ne costituiscono il fondamento. I *principi*, infatti, avanzano nei confronti dei titolari del potere di produzione normativa la *generica* pretesa di realizzazione di determinati valori, e costituiscono così le *rationes* di tutte le *regole*, non solo esplicite, ma anche implicite, che soddisfano tale pretesa, prevedendo tipi più o meno *precisi* di fatti realizzativi.

Sul terreno del giudizio probatorio penale, due sono le pretese fondamentali emergenti nel nostro ordinamento. Da un lato, la pretesa di *concretezza e logicità*, che dà vita al PLC e sta alla base delle varie regole codicistiche sulla valutazione probatoria. Dall'altro lato, la pretesa di *certezza ottimale*, che a questo punto interessa maggiormente. Essa consiste nell'esigenza che il giudizio penale accerti nel modo più severo possibile se l'ipotesi di accusa è vera, si traduce nel PRD e fonda il metodo di valutazione e la regola di decisione (*art. 533, comma 1, c.p.p.*) illustrati nel § 3.3.C)-D), nonché regole come quella dell'obbligo di riformare in appello una sentenza di assoluzione solo dopo aver rinnovato le testimonianze su cui si basa (regola dapprima ricavata da due sentenze delle Sezioni Unite, Dasgupta 27620/2016 e Patalano 18620/2017, proprio valorizzando il parametro del ragionevole dubbio, poi esplicitata dalla l. 23 giugno 2017, n. 102, attraverso l'introduzione del comma 3 *bis* nell'*art. 603 c.p.p.*).

5.2.2. Resta da affrontare l'altro capo dell'alternativa problematica posta: perché il PRD deve essere configurato come *garanzia costituzionale distinta* dalla presunzione di non colpevolezza, *ex art. 27, comma 2, Cost.*, nonché dalle altre articolazioni del principio costituzionale del giusto processo, *ex art. 111, commi 2-5, Cost.*³⁵? La questione, in realtà, ne contiene due. Innanzitutto: perché il PRD non può ritenersi un'espressione (o un corollario) della presunzione di non colpevolezza (*art. 27, comma 2, Cost.*) o delle articolazioni esplicite del principio del giusto processo (*ex art. 111, commi 2-5, Cost.*)? In secondo luogo: se si esclude che il PRD costituisce espressione di tali principi apicali, cosa sta a fondamento del suo rilievo costituzionale?

5.2.2.1. Quanto alla *prima sottoquestione*, qui non dispongo dello spazio necessario per esaminare tutte le garanzie appena indicate, sicché mi rivolgerò a quelle più significative ai presenti fini: presunzione di non colpevolezza dell'imputato e principio del contraddittorio (sia in senso soggettivo sia in senso oggettivo).

³³ Al riguardo, FERRUA 2005, 24-167.

³⁴ Sul punto, per tutti, GUASTINI 2011, 173-180; PINO 2016, 76-96. Con particolare riguardo ai "principi generali dell'ordinamento" *ex art. 12 disp. prel. c.c.*, cfr. VELLUZZI 2013, 101-106.

³⁵ In tema, per tutti, nella letteratura giusfilosofica, PASTORE 2013, 75-68; in quella processualpenalistica, FERRUA 2005.

Il problema della riducibilità del PRD alla *presunzione di non colpevolezza*³⁶ si è posto già in passato ed è stato risolto in senso positivo da alcuni autori³⁷. Sennonché, come è stato giustamente obiettato, tale tesi prova troppo, perché la presunzione di non colpevolezza non implica necessariamente il PRD³⁸. Essa, infatti, richiede semplicemente che l'imputato goda di un vantaggio probatorio che rifletta l'assunto iniziale della sua innocenza, sicché sarebbe rispettata anche se il legislatore esigesse una conferma *preponderante*, anziché *massima*, dell'ipotesi accusatoria.

In secondo luogo, il PRD è irriducibile al *principio del contraddittorio*, sia in senso *soggettivo*, come diritto dell'imputato a confrontarsi con chi lo accusa (art. III, comma 3, Cost.), sia in senso *oggettivo*, come obbligo del legislatore e del giudice di individuare nello scontro dialettico tra le parti in dibattimento il momento fondamentale di emersione dei veri e propri elementi probatori (art. III, commi 4-5, Cost.)³⁹. Infatti, in entrambi i sensi, che sono complementari, il principio del contraddittorio si rivela funzionale alla *formazione* della prova, mentre il PRD riguarda le fasi di *valutazione* e di *decisione* probatoria.

Certo, si potrebbe replicare che queste sono soltanto le configurazioni tipiche dei due principi. In effetti, da un lato, il principio del *contraddittorio* si manifesta anche nella fase di *valutazione*, come pretesa che il giudice apprezzi l'ipotesi accusatoria non isolatamente, bensì in rapporto alle controipotesi formulate o formulabili dalla difesa. Dall'altro lato, il PRD si rivela utile anche nella fase di *formazione*, fondando il citato obbligo di rinnovazione in appello *ex art. 603, comma 3 bis, c.p.p.*

Sennonché, i due principi restano nettamente distinti. Nella fase di *valutazione*, il principio del *contraddittorio* impone, sì, di considerare l'ipotesi accusatoria in rapporto ad eventuali controipotesi, ma non necessariamente col rigore massimo richiesto dal PRD (e assicurato dal metodo dell'induzione eliminativa: cfr. § 3.3.D). Nella fase di *formazione*, il PRD fonda una garanzia (obbligo di rinnovazione *ex art. 603, comma 3 bis, c.p.p.*: v. § 5.2.1) che non si giustificerebbe in base al principio del contraddittorio, perché impone di riesaminare in appello un soggetto che in primo grado già è stato esaminato nello scontro dialettico tra le parti.

5.2.2.2. Alla *seconda sottosezione* formulata alla fine del § 5.2.2, relativa all'effettivo fondamento costituzionale del PRD, ho cercato di dare risposta nel mio libro, attraverso un ragionamento che ora ho l'opportunità di perfezionare. Tale risposta valorizza un argomento, la connessione tra il PRD e il principio del giusto processo, che è solo accennato nella celeberrima sentenza *Winship* (su cui v. § 3.1.2.A) e richiede dunque di essere sviluppato.

Nella Costituzione italiana, il *principio del giusto processo* è stabilito dall'art. III, comma 1, il quale dispone che "La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge". Esso può essere specificato in due sottoprincipi, entrambi funzionali alla *decisione giusta*: la *decisione* presa applicando le norme vigenti e ricostruendo i fatti controversi in conformità ai rapporti di proporzione tra tutti gli interessi coinvolti nel processo (quest'esigenza di conformità contraddistingue la *decisione giusta* rispetto a quella *semplicemente corretta*).

Il primo principio, che può essere chiamato "*principio della giusta procedura*", ha carattere *pratico* e pretende l'attuazione di tutte le forme *rituali* necessarie per una decisione giusta. Tali forme sono in gran parte previste dall'art. III Cost. (cfr. § 5.1), il quale stabilisce sia le articolazioni *vallevoli* per ogni specie di processo (comma 2), sia le articolazioni specificamente penalistiche (commi 3-5).

Il secondo principio, che può essere chiamato "*principio del giusto ragionamento*", ha carattere *epistemologico* e pretende l'attuazione di tutte le forme *epistemiche* necessarie per una decisione

³⁶ Sul punto, PAULESU 2008.

³⁷ Così: CANZIO 2018, 14; UBERTIS 2015, 175 s.

³⁸ Per una critica di questo tipo, v. CAPRIOLI 2009, 52-91.

³⁹ Su tale principio, nella letteratura giusfilosofica, MANZIN, PUPPO 2008; in quella processualpenalistica, FERRUA 2005, 91-97.

giusta. Queste forme, a differenza di quelle rituali, non sono espressamente previste dall'art. 111 Cost., sicché devono essere ricavate sviscerandolo. In generale, posto che le principali attività epistemiche che il giudice compie sono l'applicazione di norme e la prova di fatti, il principio del giusto ragionamento pretende, in definitiva, l'attuazione di tutte le forme necessarie per una giusta applicazione normativa (*principio della giusta applicazione*) e per una giusta prova fattuale (*principio della giusta prova*).

La tesi che propongo è che il PRD è un principio costituzionale implicito⁴⁰, in quanto espressivo dei principi fondamentali della giusta *procedura* e della giusta *prova*, dunque, in ultima analisi, del giusto processo. Il PRD, infatti, specifica tali principi con riguardo all'accertamento circa la verità dell'accusa, richiedendo che esso avvenga attraverso un complesso di forme *rituali* ed *epistemiche* conformi ai rapporti di *proporzione* tra tutti gli interessi coinvolti nel processo. Tale conformità dipende dal rispetto dei requisiti del giudizio di *proporzionalità*, che costituisce l'architrave della giustizia costituzionale (insieme al giudizio di ragionevolezza⁴¹), tanto da essere stato adottato dalle Corti fondamentali di numerosi Paesi. Secondo il modello canonico del giudizio di proporzionalità⁴², una forma di disciplina è proporzionata a tutti gli interessi coinvolti nel suo ambito operativo se:

A) persegue un obiettivo costituzionalmente significativo (legittimità).

B) è in grado di conseguire tale obiettivo (idoneità).

C) non è, tra le varie forme egualmente capaci di soddisfare gli interessi sottostanti a tale obiettivo, quella maggiormente pregiudizievole per gli altri interessi confliggenti con i primi (necessità).

D) comporta per gli interessi del primo ordine vantaggi almeno pari agli svantaggi arrecati agli interessi del secondo ordine (proporzionalità *stricto sensu*).

Applicando tale modello, risulta che le forme di disciplina previste dal nostro c.p.p. per il giudizio di fatto penale attuano le pretese proporzionaliste del PRD e, in ultima analisi, del principio del giusto processo. Mi riferisco, ancora una volta, sul piano *rituale*, all'obbligo di rinnovazione in appello *ex art. 603, comma 3 bis, c.p.p.* (cfr. § 5.2.1), sul piano *epistemico*, alla regola di decisione dell'art. 533, comma 1, c.p.p. e al metodo di valutazione da questa presupposto (cfr. § 3.3.C)-D). In particolare, la regola di decisione, che incorpora lo standard probatorio BARD, rispetta i rapporti di proporzione tra tutti gli interessi coinvolti nel processo, in quanto:

a) persegue un obiettivo (l'accertamento più severo possibile circa la verità dell'accusa) che è costituzionalmente significativo. Infatti, posto che il processo, specie quello penale, ha essenzialmente, non accidentalmente, un orientamento aletico⁴³, la massimizzazione di questo orientamento è un fine sommamente meritevole;

b) è in grado di conseguire tale obiettivo, giacché esige il rispetto dei parametri più severi dal punto di vista epistemologico, in particolare il superamento della soglia del ragionevole dubbio per l'affermazione di colpevolezza;

c) non è, tra le varie forme di disciplina egualmente capaci di soddisfare gli interessi sottostanti a tale obiettivo (soprattutto: libertà, dignità e serenità dell'imputato), quella maggiormente pregiudizievole per gli interessi confliggenti con essi (in particolare: aspettativa della collettività che l'imputato colpevole non ricada nel crimine, e dell'eventuale vittima che sia condannato a una pena e al risarcimento dei danni). Infatti, l'accertamento più severo possibile circa la veri-

⁴⁰ Sulle tecniche di costruzione dei principi inespressi, GUASTINI 2011, 185 s.

⁴¹ Al riguardo, v. la preziosa ricostruzione di CARTABIA 2013, 4-8.

⁴² Modello raffinato da BARAK 2012, 243-370, e ALEXYS 1994, 133-137, poi ripreso più o meno fedelmente nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana a partire dalla sentenza 1/2014 (relativa al previgente sistema elettorale: cd. "*porcellum*"). Sul giudizio di proporzionalità nell'ottica della discrezionalità giudiziale, cfr. PINO 2017, 207-210.

⁴³ Sul punto, sia consentito il rinvio a CARLIZZI 2019b, 67-79.

tà dell'accusa può essere realizzato solo attraverso lo standard BARD, sicché nessun altro standard è comparabile con esso sotto il presente profilo;

d) comporta per gli interessi del primo ordine vantaggi che non sono semplicemente pari, ma addirittura superiori agli svantaggi arrecati agli interessi del secondo ordine. In effetti, lo standard BARD è ambivalente. Da un lato, *minimizzando* i rischi di condanne ingiuste, salvaguarda gli interessi dell'imputato innocente, ma, dall'altro lato, *massimizzando* i rischi di assoluzioni ingiuste, penalizza gli interessi della collettività e dell'eventuale vittima del reato. Sennonché, i vantaggi per l'imputato sopravanzano gli svantaggi per la collettività e la vittima. Infatti, mentre i danni subiti da un innocente ingiustamente condannato sono sempre enormi e irreversibili (tra i tanti: limitazione della libertà personale, stigma sociale, licenziamento dal posto di lavoro, perdita della serenità familiare e così via), la stessa conclusione non vale per gli svantaggi che un'assoluzione ingiusta arreca alla collettività (senso di impunità criminogena, che tuttavia opera perlopiù nelle persone già inclini a delinquere) e alla vittima (i cui interessi sono solo in parte frustrati, in quanto possono essere fatti valere in sede civile, dove vale uno standard probatorio meno esigente, sotto forma di pretese risarcitorie). È proprio in questa prospettiva proporzionalista che si giustificano il noto proclama liberale "è meglio lasciar liberi dieci colpevoli, anziché far soffrire un innocente" (cd. "*Blackstone's ratio*") e altri proclami analoghi⁴⁴.

In conclusione, poiché, da un lato, è irriducibile alle garanzie ex art. III, commi 2-5, Cost., dall'altro, sviluppa, con riguardo al giudizio probatorio penale, il principio del giusto processo ex art. III, comma 1, Cost., il PRD si profila come principio costituzionale concorrente con le suddette garanzie.

⁴⁴ Su tali formule, v. VOLOKH 1997, 174-177, 182-185.

Riferimenti bibliografici

- ALESSI PALAZZOLO G. 1979. *Prova legale e pena*, Napoli, Jovene.
- ALEXY R. 1994. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, il Mulino, 2012 (ed. or. *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1994, trad. it. di L. Di Carlo).
- ANDERSON T., SCHUM D., TWINING W. 2005. *Analysis of Evidence*, Cambridge, Cambridge University Press.
- BARAK A. 2012. *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press.
- BUONCRISTIANI D. 2001. *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, Giappichelli.
- CANALE D., TUZET G. 2019. *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino, Giappichelli.
- CANZIO G. 2018. *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: "reasoning by probabilities"*, in CANZIO G., LUPÁRIA L. (eds.), *Prova scientifica e processo penale*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam.
- CANZIO G. 2004. *L'"oltre ogni ragionevole dubbio" come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in «*Rivista italiana di diritto e procedura penale*», 47, 1, 2004, 304 ss.
- CAPRIOLI F. 2009. *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in «*Rivista italiana di diritto e procedura penale*», 52, 1, 2009, 51 ss.
- CARLIZZI G. 2019a. *Scientific questions of fact between free evaluation of evidence and proof beyond any reasonable doubt in the criminal trial*, in «*Quaestio facti*», 1, 2019, in corso di pubblicazione, disponibile in: www.quaestiofacti.com.
- CARLIZZI G. 2019b. *La valutazione della prova scientifica*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre.
- CARLIZZI G. 2018. *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, San Lazzaro di Savena, Bonomo.
- CARTABIA M. 2013. *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, disponibile in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf (consultato il 24 luglio 2019).
- COHEN J.L. 1977. *The probable and the provable*, Oxford, Clarendon.
- CONTI C. 2012. *Ragionevole dubbio e "scienza delle prove": la peculiarità dell'esperienza italiana rispetto ai sistemi di common law*, in MONTAGNA M. (ed.), *L'assassinio di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, Roma, Aracne, 237 ss.
- CORDERO F. 1981. *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- DANIELE M. 2009. *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, Giappichelli.
- DEGANELLO M. 2005. *I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli.
- DEL TUFO M., 2009. *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, in FIANDACA G., VISCONTI C. (eds.), *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, Giappichelli, 107 ss.
- FERRAJOLI L. 1989. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 6 ed., Roma-Bari, Laterza, 2000.
- FERRER BELTRÁN J. 2007. *La valutazione razionale della prova*, Milano, Giuffrè, 2012 (ed. or. *La valoración racional de la prueba*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2007, trad. it. di G.B. Ratti).

- FERRER BELTRÁN J., TUZET G. 2018. *Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali*, in «Diritto & questioni pubbliche», 18, 2, 2018, 454 ss., disponibile in http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2018_n18-2/18-ratio_FerrerBeltran-Tuzet.pdf (consultato il 24 luglio 2019).
- FERRUA P. 2005. *Il "giusto processo"*, 3 ed., Bologna, Zanichelli, 2012.
- FERRUA P. 2018. *Presentazione di Parte prima. Giudizio*, in CARLIZZI G, TUZET G. (eds.), *La prova scientifica nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 3 ss.
- GAMBA C. 2016. *Presunzioni [Dir. proc. civ.]*, *Dir. On line*, Treccani, disponibile in [http://www.treccani.it/enciclopedia/presunzioni-dir-proc-civ_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/presunzioni-dir-proc-civ_(Diritto-on-line)/) (consultato il 24 luglio 2019).
- GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.
- IACOVIELLO F.M. 2006. *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in Cassazione*, in «Cassazione penale», 46, 11, 2006, 3857 ss.
- INCAMPO A., SCALFATI A. (eds.) 2017. *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, Bari, Cacucci.
- KANT I. 1788, *Critica della ragion pura*, Roma-Bari, Laterza, 1991 (ed. or. *Kritik der reinen Vernunft*, Riga, Hartknoch, 1788, trad. it. di F. Capra, riv. da E. Garin).
- MANZIN M., PUPPO F. (eds.) 2008. *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Milano, Giuffrè.
- NOBILI M. 1974. *Il principio del libero convincimento*, Milano, Giuffrè.
- NOBILI M. 2004. *Esiti, errori, arbitrii dietro un'illustre formula: gli ultimi trent'anni*, in AA.VV., *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze. Atti del convegno*, Siracusa, 6-8 dicembre 2002, Milano, Giuffrè, 33 ss.
- PASTORE B. 2013. *Decisioni e controlli tra potere e ragione. Materiali per un corso di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli.
- PAULESU P.P. 2008. *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, 2 ed. (2009), Torino, Giappichelli.
- PICINALI F. 2018. *Can the Reasonable Doubt Standard be Justified? A Reconstructed Dialogue*, in «The Canadian Journal of Law & Jurisprudence», 31, 2, 2018, 365 ss.
- PINO G. 2017. *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, il Mulino.
- PINO G. 2016. *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, ETS.
- ROBERTS P., ZUCKERMAN A. 2004. *Criminal Evidence*, 2 ed. (2010), Oxford, Oxford University Press.
- RUSSO M. 2017. *Prova legale e libero convincimento del giudice*, Torino, Giappichelli.
- STELLA F. 1989. *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3 ed. (2003), Milano, Giuffrè.
- TARUFFO M. 2009. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, Laterza.
- TONINI P., CONTI, C. 2012. *Il diritto delle prove penali*, Milano, Giuffrè.
- TUZET G. 2013. *Filosofia della prova giuridica*, 2 ed. (2016), Torino, Giappichelli.
- UBERTIS G. 2015. *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, Giuffrè.
- VELLUZZI V. 2015. *Giudizio*, in RICCIARDI M., ROSSETTI A., VELLUZZI V. (eds.), *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, Roma, Carocci, 253 ss.
- VELLUZZI V. 2013. *Le preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, ETS.

- VENTUROLI M. 2017. *Vittima. Profili di diritto penale*, in *Dir. On line*, Treccani, disponibile in http://www.treccani.it/enciclopedia/vittima-profili-di-diritto-penale_%28Diritto-on-line%29/ (consultato il 24 luglio 2019).
- VOLOKH A. 1997. *n Guilty Men*, in «*University of Pennsylvania Law Review*», 146, 1, 1997, 173 ss.
- WRÓBLEWSKI J. 1986. *Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche*, in GIANFORMAGGIO L., LECALDANO E. (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma-Bari, Laterza, 203 ss.

RATIO DECIDENDI

a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO

LINGUAGGIO
ORDINARIO, TECNICHE
INTERPRETATIVE
E AUTORICICLAGGIO
UN'ANALISI DELLA SENTENZA
DELLA CORTE DI CASSAZIONE,
SECONDA SEZIONE PENALE, 29
MARZO 2019, N. 13795

VITO VELLUZZI



Linguaggio ordinario, tecniche interpretative e autoriciclaggio.
Un'analisi della sentenza della Corte di Cassazione, Seconda sezione penale,
29 marzo 2019, n. 13795

Ordinary Language, Techniques of Interpretation and Self-Laundering.
An Analysis of the Judgement of the Corte di Cassazione, Seconda sezione penale,
29 March 2019 n. 13795

VITO VELLUZZI

Professore ordinario di Filosofia del diritto, Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria",
Università degli Studi di Milano.
E-mail: vito.velluzzi@unimi.it

ABSTRACT

L'art. 648 *ter.1* del Codice penale dispone la reclusione per chi, avendo commesso un delitto non colposo, impiega, sostituisce o trasferisce in attività economiche, finanziarie o speculative il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di altro delitto. La Cassazione penale, nell'accogliere un ricorso, fornisce un'interpretazione del sintagma "attività speculative" basata sull'argomento letterale, sull'argomento teleologico e sul ricorso all'interpretazione estensiva. In queste pagine esamino l'argomentazione interpretativa avanzata dalla Corte.

Article 648 *ter.1* of the Criminal Code provides for imprisonment for those who, after committing a non-culpable crime, employ, substitute or transfer into economic, financial or speculative activities money, goods or other benefits deriving from another crime. The Criminal Court of Cassation grants an application in accordance with an interpretation of "speculative activities" based on the literal argument, the teleological argument and the use of extensive interpretation. In these pages I examine the interpretative argumentation followed by the Court.

KEYWORDS

linguaggio ordinario, interpretazione letterale, interpretazione teleologica, interpretazione estensiva, autoriciclaggio.

ordinary language, literal interpretation, teleological interpretation, extensive interpretation, self-laundering.

ALLEGATI

Corte di Cassazione, Seconda sezione penale, sentenza n. 13795/2019.

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XIX, 2019 / 2 (dicembre) | pp. 305-318

© 2019, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173

Tutti i diritti sono riservati.

Linguaggio ordinario, tecniche interpretative e autoriciclaggio

Un'analisi della sentenza della Corte di Cassazione, Seconda sezione penale, 29 marzo 2019, n. 13795

VITO VELLUZZI

1. *Il caso e la sentenza della Cassazione penale* – 2. *Le questioni interpretative in campo* – 3. *Sul modo di concepire il significato letterale* – 4. *Sul modo di concepire (e individuare) l'intenzione del legislatore* – 5. *Sull'interpretazione estensiva*.

ALLEGATI: Corte di Cassazione, Seconda sezione penale, sentenza n. 13795/2019

1. *Il caso e la sentenza della Cassazione penale*

Il Tribunale di Milano ha annullato, a seguito di una richiesta di riesame, l'ordinanza emessa dal Gip del medesimo Tribunale, ordinanza con la quale erano stati disposti gli arresti domiciliari per l'indagato «nell'ambito del procedimento a suo carico per i reati di cui agli artt. 640 comma 1, 61, nn. 7 e 11 (capo A) nonché 648 *ter.1* cod. pen. (capo B). Secondo l'ipotesi accusatoria, l'indagato, dopo aver truffato alcuni investitori con la prospettiva della realizzazione di fantomatici campi eolici [...] ottenendo un profitto [...] aveva autoriciclato una parte significativa di tali somme [...] in attività speculative e, segnatamente, nel settore dei giochi e delle scommesse (quali *slot machines*, videogiochi *on line* tipo casinò e poker, nonché scommesse sportive *on line*), in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa»¹.

L'annullamento dell'ordinanza da parte del Tribunale è stato così motivato: con riguardo alla truffa è stata rilevata la “carenza dei limiti edittali”; con riguardo all'autoriciclaggio è stata rilevata la “insussistenza del presupposto indiziario”. Sulla mancanza del presupposto indiziario in materia di autoriciclaggio, il Tribunale ha sostenuto che l'impiego di somme di denaro nel settore dei giochi e delle scommesse non rientra tra le “attività speculative” di cui all'art. 648 *ter.1* cod. pen.

L'esclusione è argomentata attingendo al significato del termine “speculazione” riportato nel vocabolario Treccani, che, a detta del Tribunale, ravvisa speculazione «nello svolgimento di operazioni intese ad ottenere il massimo guadagno in attività commerciali o finanziarie, cercando per lo più di trarre un utile dalla variazione attesa dei prezzi rispetto a quelli di acquisto [...] nello svolgimento di operazioni di investimento da cui ci si propone di realizzare un forte utile [...] in una operazione volta a conseguire un profitto economico personale, senza tenere conto degli interessi altrui». A nessuno di questi significati sarebbe riconducibile l'impiego di somme

* Ringrazio Gaetano Carlizzi e Adriano Zambon per aver letto con attenzione la prima stesura di questo scritto e per avermi fornito preziosi suggerimenti.

¹ Tutte le citazioni riportate nel testo per le quali non v'è l'indicazione espressa della fonte sono tratte dalla sentenza della Cassazione che si commenta. È opportuno riportare qui il testo dei commi 1 e 4 dell'art. 648 *ter.1* cod. pen.; comma 1: «Si applica la pena della reclusione da due a otto anni e della multa da euro 5000 a euro 25000 a chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di altro delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa»; comma 4: «Fuori dei casi di cui ai commi precedenti, non sono punibili le condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale».

di denaro nel gioco e nelle scommesse, sia «per l'alea ingovernabile», sia perché le attività di gioco e scommessa possono condurre «a nessun rientro economico (in quanto spesso comportanti la perdita totale della provvista, talvolta impiegata al solo fine di soddisfare una condizione patologica dell'agente)».

Per sostenere la differenza tra speculazione e gioco, il Tribunale fa leva su altre due considerazioni: l'orientamento presente nella giurisprudenza tributaria per cui la speculazione è «strumento o mezzo per la fruizione di un più consistente corrispettivo rispetto al prezzo di originario acquisto di un bene»; l'espressa previsione ad opera del legislatore della non punibilità «di chi abbia destinato il denaro al mero uso o godimento personale».

Contro il provvedimento del Tribunale ricorre per Cassazione il Procuratore della Repubblica sulla base di due motivi.

Con il primo motivo si censura l'interpretazione del sintagma “attività speculativa” adottata dal Tribunale. A detta della Procura, l'interpretazione del Tribunale va rigettata per varie ragioni. Innanzi tutto, in quanto è tesa ad accreditare un esito abrogante (e per questo non in linea con l'art. 12, comma 1, delle Preleggi). Infatti, il Tribunale riconduce «il significato delle “attività speculative” all'interno degli ambiti già coperti dai concetti di attività economica, imprenditoriale o finanziaria, costituenti autonome e distinte ipotesi integrative della fattispecie penale dell'autoriciclaggio [...] Si afferma poi l'erroneità dell'assunto in base al quale le attività di impiego del denaro in giochi o scommesse comportino una mera spendita di denaro non finalizzata a realizzare un utile; infatti, assai diffusa è la conoscenza sia dell'esistenza di sofisticati meccanismi capaci di governare l'alea di molti giochi [...] e di molti tipi di scommesse [...] così da rendere del tutto arbitrario, se non evanescente, la dicotomia tra attività implicanti rischio calcolato/calcolabile [...] e attività caratterizzate dalla pura alea».

L'interpretazione del Tribunale va respinta pure per altre ragioni: non è significativo il richiamo alla giurisprudenza tributaria che riguarda solo un tipo «di attività speculativa (quella edilizia), che certo non esclude la possibilità di individuarne altre»; sotto il profilo teleologico (corroborato dal richiamo di un precedente) la clausola di esclusione della punibilità «di cui all'art. 648 *ter.*1 cod. pen., a norma della quale l'agente può andare esente da responsabilità penale solo e soltanto se utilizzi o goda dei beni proventi del delitto presupposto in modo diretto e senza che compia su di essi alcuna operazione atta ad ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa». Di conseguenza, l'impiego di denaro di provenienza delittuosa in gioco o scommessa «deve considerarsi idoneo a rendere non tracciabili i proventi del delitto presupposto, dal momento che l'eventuale vincita [...] anche parziale, consente di ottenere una giustificazione contabile di somme oramai ripulite e non riconducibili al delitto presupposto».

Il secondo motivo censura il travisamento della prova per aver ascritto all'indagato la sola attività di gioco con le *slot machines* e per avergli attribuito «una patologia legata al gioco, di cui invece agli atti non vi è dimostrazione alcuna».

La Corte di Cassazione ha ritenuto fondato il ricorso e annullato con rinvio il provvedimento impugnato. Secondo i giudici di legittimità le tesi del Tribunale milanese non possono essere condivise. Infatti, il corretto impiego dell'art. 12 delle Preleggi impone sia «l'accurata ricerca dell'effettivo significato letterale dell'espressione “attività speculativa” (che, come si vedrà, presenta effettiva natura polisensa)» sia «l'individuazione della *ratio legis* mediante la ricostruzione del percorso legislativo che ha portato il legislatore nazionale ad introdurre nel sistema penale la previsione in esame». Vanno evitate, inoltre, interpretazioni dall'esito abrogante, esito che può essere scongiurato facendo appello all'interpretazione estensiva. L'interpretazione estensiva è, infatti, «rivolta a determinare la portata del precetto secondo il pensiero e la volontà del legislatore, anche al di là della dizione strettamente letterale, quando sia palese che lo stesso legislatore *minus dixit quam voluit* [...] in questo caso non vale invocare il divieto di applicazione analogica, poiché l'estensione non avviene per similitudine di rapporti o di ragioni, ma per la necessità logica di ricondurre alla previsione normativa ipotesi non completamente delineate e tuttavia con-

figurabili in base alla stessa lettera della legge [...] l'interpretazione estensiva non amplia il contenuto effettivo della norma, ma impedisce che fattispecie ad essa soggette si sottraggano alla sua disciplina per un ingiustificato rispetto della lettera».

2. Le questioni interpretative in campo

Dalla sintesi fornita nel primo paragrafo emerge che la Cassazione penale ha accolto il ricorso facendo leva: a) sull'opportunità di seguire, coordinandoli, i criteri interpretativi dell'art. 12, comma 1, delle Preleggi; b) su un certo modo di intendere il significato letterale; c) su un certo modo di intendere l'intenzione del legislatore (e l'interpretazione teleologica); d) sull'opportunità di ricorrere all'interpretazione estensiva e su una caratterizzazione della stessa. Il punto a) può essere affrontato, per l'economia di questo commento, incidentalmente. Vanno approfonditi, invece, i punti b), c) e d), mettendo meglio a fuoco in questo paragrafo gli argomenti della Cassazione penale, per poi dedicare i successivi paragrafi all'esame degli argomenti.

Riguardo al punto a) va segnalata, innanzitutto, l'abituale sinonimia assunta dalla Corte tra "significato proprio delle parole" e "significato letterale" e tra "intenzione del legislatore" e "*ratio legis*"². Detto più chiaramente: l'art. 12, comma 1, delle Preleggi va interpretato, e la sua interpretazione più diffusa conduce a intendere il significato proprio delle parole come il significato letterale e l'intenzione del legislatore come la *ratio legis*. Ovviamente questa è solo una parte del cammino, resta da capire che cosa siano il significato letterale e la *ratio legis*. Un profilo interessante da sottolineare riguarda il rapporto delineato nella sentenza tra lettera e *ratio*: non è casuale l'espresso accenno fatto dalla Cassazione all'opportunità (forse alla necessità) di impiegare la lettera e la *ratio* coordinandole.

Subito dopo i giudici di legittimità trattano del significato letterale e della *ratio legis* in relazione all'autoriciclaggio, portando l'attenzione verso il punto b). La Corte prende le mosse dalla definizione di "speculazione" contenuta nell'Enciclopedia delle scienze sociali edita da Treccani e rileva «che il termine ha indubbiamente una portata assai ampia». Si sottolinea, in particolare, come la menzionata Enciclopedia riporti che nel linguaggio comune con il termine "speculazione" si definisce una operazione commerciale intesa a conseguire un guadagno; nel gergo economico speculazione è l'attività di acquisto (o vendita) di beni con la prospettiva di vendita (o acquisto) a una data successiva; di conseguenza l'attività speculativa individua una categoria economica ampia, può essere considerata speculativa qualsiasi decisione o azione di investimento che si basa sulla previsione di eventi futuri e che implichi rischio; in molti contesti il termine "speculazione" è sinonimo di gioco d'azzardo e con "gioco d'azzardo" si indica pure un'azione altamente speculativa; dal punto di vista della definizione dell'aspettativa non c'è differenza, per esempio, tra una scommessa sul prezzo futuro del grano e una scommessa sul risultato di una partita di calcio, la differenza rilevante risiede nel criterio in base al quale si decide se accettare la scommessa (lo speculatore confronta il rischio col rendimento atteso, mentre il giocatore d'azzardo scommette pur in assenza di una attesa di guadagno in grado di compensare il rischio).

Quanto si è ricordato sin qui conduce la Cassazione a sostenere che «attività speculativa e gioco d'azzardo, dunque, dal punto di vista linguistico, ben possono svolgere il ruolo di sinonimi. E ciò è non dissimile da quanto accade nel comune parlare, laddove l'investimento in titoli quotati alla Borsa valori viene frequentemente denominato come "giocare in borsa", espressione che evidentemente rispecchia la percepita vicinanza tra investimenti ad alto rischio e gioco d'azzardo». La Cassazione conclude che il significato letterale o linguistico di "speculazione" (e di attività speculativa) non può essere confinato nell'ambito finanziario, anzi, guardando

² Sul punto mi permetto di rinviare a VELLUZZI 2013, cap. II.

all'insieme di significati riconducibili ai vari usi del termine "speculazione", il gioco d'azzardo e la scommessa sono agevolmente riconducibili «nel novero delle potenziali attività speculative»³.

Entra in gioco, ora, il punto c). Secondo i giudici di legittimità «anche l'esegesi volta alla ricerca dell'effettiva intenzione del legislatore (c.d. interpretazione teleologica) porta a risultati convergenti». L'intenzione del legislatore teleologicamente orientata che ha condotto all'incriminazione per autoriciclaggio, è il frutto di una evoluzione che ha portato dalla presunta insensatezza giuridica dell'autoriciclaggio per violazione del divieto di *bis in idem*, sino a superare la suddetta presunta insensatezza riconoscendo che con la punizione dell'autoriciclaggio si tutela un bene giuridico diverso da quello del reato presupposto «e cioè l'ordine pubblico economico. Con l'introduzione dell'art. 648 *ter.1* cod. pen. [...] l'autoriciclaggio ben può diventare la "coda" di ogni altro delitto non colposo che produca proventi, riciclaggio e ricettazione compresi»⁴.

Le formule linguistiche adottate dal legislatore, molto ampie, sarebbero la testimonianza dell'intenzione teleologicamente orientata dello stesso legislatore di punire «qualsiasi forma di re-immissione delle disponibilità di provenienza delittuosa all'interno del circuito economico legale». Per non incappare nella violazione del divieto di *bis in idem*, il legislatore ha circoscritto la punizione in due direzioni: sul piano dell'offensività limitandola alla condotta in grado di «ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa», e sul piano soggettivo introducendo la «clausola di non punibilità del quarto comma». Sulla base di queste considerazioni per la Cassazione non si comprende per quale ragione il legislatore avrebbe voluto escludere dalle attività speculative il gioco d'azzardo o le scommesse. La Corte giunge a sostenere che guardando alle "intenzioni punitive" del legislatore «non può logicamente negarsi che mediante l'impiego di denaro nel gioco d'azzardo o nelle scommesse, si raggiunga proprio il risultato che la norma incriminatrice vuole sanzionare».

Tuttavia, se la convergenza tra significato letterale e significato accreditato dall'intenzione del legislatore teleologicamente orientata non fosse considerata sufficiente, il risultato interpretativo raggiunto dalla Corte sarebbe sostenuto, secondo gli stessi giudici di legittimità, pure dall'interpretazione estensiva⁵. Siamo al punto d). Per un verso l'interpretazione estensiva permette di prendere atto che in molti contesti "speculazione" è sinonimo di "gioco d'azzardo" o di "impegnare danaro per ottenere un guadagno". Per l'altro verso, trascurare l'interpretazione estensiva vorrebbe dire adottare una nozione "sostanzialmente abrogativa" di attività speculativa⁶.

Gli aspetti principali dell'argomentazione interpretativa presenti nel provvedimento della Cassazione penale vanno ulteriormente esaminati. Si tratta, in particolare, di considerare: 1) il

³ Si noti che nella sentenza si usano, in maniera perfettamente intercambiabile, i sintagmi "significato letterale" e "significato linguistico".

⁴ Come scrive la stessa Corte, si temeva che «perseguire per riciclaggio l'autore del delitto presupposto avrebbe significato addebitare due volte al medesimo soggetto un accadimento unitariamente valutato dal punto di vista normativo, quindi sanzionare due volte un medesimo fatto».

⁵ Va rammentata la definizione di interpretazione estensiva riportata nella sentenza. Per i giudici di legittimità l'interpretazione estensiva è «rivolta a determinare la portata del precetto secondo il pensiero e la volontà del legislatore, anche al di là della dizione strettamente letterale, quando sia palese che lo stesso legislatore *minus dixit quam voluit*: infatti in questo caso non vale invocare il divieto di applicazione analogica, poiché l'estensione non avviene per similitudine di rapporti o di ragioni, ma per la necessità logica di ricondurre alla previsione normativa ipotesi non completamente delineate e tuttavia configurabili in base alla stessa lettera della legge [...] l'interpretazione estensiva non amplia il contenuto effettivo della norma, ma impedisce che fattispecie ad essa soggette si sottraggano alla sua disciplina per un ingiustificato rispetto della lettera».

⁶ Subito dopo si legge che «la neutralità linguistica funzionale allo sviluppo di una grammatica comune richiede una inferenza logica capace di reificare le norme e rendere concreta l'interpretazione proposta [...] Così l'indirizzo interpretativo può essere capace di inglobare la pratica sociale e ricategorizzare la norma attraverso l'elemento assiologico presente nella legge». In tutta franchezza, periodi siffatti sono di ardua comprensione e comunque superflui, sarebbe meglio evitarli, soprattutto al fine di non inficiare i parecchi passaggi interessanti della motivazione costruiti con impegno e con un serio sforzo argomentativo.

modo di intendere il significato letterale; 2) il modo di intendere e di individuare l'intenzione del legislatore; 3) il modo di intendere l'interpretazione estensiva. A margine dei tre punti principali sarà utile considerare il ripetuto riferimento all'interpretazione abrogante.

3. *Sul modo di concepire il significato letterale*

Com'è noto, la nozione di significato letterale delle disposizioni normative è ambigua. Nella letteratura e in giurisprudenza è intesa in molti modi. Un censimento incompleto rivela, per esempio, che il significato letterale delle disposizioni è: 1) l'insieme dei significati attribuibili alla disposizione sulla base delle regole semantiche e sintattiche di funzionamento della lingua. Il significato letterale copre, in questa accezione, l'intero arco semantico e sintattico convenzionale; 2) significato *prima facie*, irriflesso o più immediato. Il significato letterale sarebbe quello che viene attribuito dall'interprete istintivamente al momento della lettura della disposizione; 3) significato che collima con ciò che il legislatore intendeva dire: si tratta del significato che riproduce fedelmente l'intenzione del legislatore. Questa caratterizzazione del significato letterale è connessa con l'argomento *a contrario*, ossia con l'argomento per il quale il legislatore ha voluto dire solo ciò che ha detto; 4) significato proprio delle parole. Si è già ricordato poco fa che l'assimilazione del significato proprio delle parole a quello letterale è piuttosto diffusa, ma si tratta di una assimilazione non risolutiva, poiché una volta stabilito che il significato proprio delle parole è quello letterale, bisogna stabilire che cos'è il significato proprio delle parole⁷.

Il discorso sul significato letterale potrebbe condurre parecchio lontano, circoscrivendolo alla sentenza che si commenta è opportuno sottolineare alcune questioni.

Innanzitutto, va rilevato che sia il provvedimento del Tribunale, sia la sentenza della Cassazione, fanno ricorso, in prima battuta, a dizionari o enciclopedie per stabilire il significato della parola "speculazione" e del sintagma "attività speculativa".

Si deve notare, seppur incidentalmente, che questo modo di procedere appare sicuramente opportuno, almeno per il contesto del diritto penale⁸. Prendere le mosse dal significato o dai significati delle parole e degli enunciati rinvenibili nel linguaggio ordinario per stabilire il significato delle disposizioni normative incriminatrici, infatti, tende a garantire ai cittadini la capacità di orientarsi riguardo a ciò che rileva penalmente. Senza andare troppo in là rispetto alla sentenza che si commenta, e nella speranza di non risultare banali, va rammentato, inoltre, che il diritto adotta la tecnica del prestito linguistico o semiotico, per cui il legame tra linguaggio giuridico e linguaggio ordinario è, soprattutto per il diritto penale, importante, sia a livello sintattico, sia a livello semantico. Più in particolare, il prestito è massimo a livello sintattico, poiché la struttura sintattico-grammaticale delle disposizioni normative è presa quasi interamente dalla sintassi della lingua naturale di riferimento. Questi profili si riverberano inevitabilmente sull'interpretazione delle disposizioni normative, vale a dire sulla determinazione del significato delle stesse disposizioni.

Tuttavia, tornando alla sentenza, non si può omettere che proprio sul terreno di quel che costituisce speculazione e attività speculativa secondo il linguaggio ordinario si svolge parte dello scontro tra il Tribunale e la Corte di Cassazione. Si può osservare, anche se rapidamente, che il ricorso al linguaggio ordinario per l'ambito penale, almeno in parte necessario e sicuramente opportuno, non è di per sé sempre decisivo. La capacità di orientamento garantita dal linguaggio

⁷ Per approfondimenti v. LUZZATI 2016, 268 ss., che individua sedici accezioni di significato letterale dividendole in tre gruppi: «il primo raccoglie quelle accezioni che prendono in considerazione la chiarezza, come *maggior accessibilità epistemica* dei significati letterali; nel secondo cadono i sensi che sottolineano *il carattere isolabile* della lettera [...] infine l'ultimo gruppo è quello che valuta la lettera in rapporto o in opposizione *alle intenzioni comunicative dell'emittente o agli scopi della comunicazione*».

⁸ Nella manualistica penale si veda MARINUCCI, DOLCINI, GATTA 2019, 94 s.; di recente DE MAGLIE 2019, 105-142.

ordinario può essere più o meno intensa, per esempio, a seconda delle parole e degli enunciati coinvolti (della loro ambiguità semantica e sintattica, della loro indeterminatezza) e del momento in cui se ne determina il significato (con riferimento alla maggiore o minore stabilità raggiunta dagli usi linguistici). La riconduzione del gioco d'azzardo nell'ambito della speculazione e delle attività speculative appare proprio un caso in cui la controversia non verte sul ricorso agli usi del linguaggio ordinario, bensì verte sul dato semantico che il linguaggio ordinario ci consegna. In particolare, la controversia concerne taluni significati di "attività speculativa", vale a dire se essi siano etichettabili come significati ordinari e comuni⁹.

Concentrando l'attenzione sulla sentenza della Cassazione, bisogna sottolineare altre tre questioni concernenti il significato letterale.

La prima è questa: il significato letterale (sovente denominato linguistico) di "speculazione" e di "attività speculativa" è inteso dai giudici di legittimità come una sorta di nebulosa o cornice di significati. Se si considera l'ampio spettro di significati della parola "speculazione" e del sintagma "attività speculativa" non v'è difficoltà a rintracciare all'interno di tale spettro un significato consolidato nell'uso e in grado di ricondurre il gioco d'azzardo nel novero della speculazione e delle attività speculative. Per dirla con altre parole: si individua un ambito di significati possibili di "attività speculativa" determinabili secondo l'impiego delle regole semantiche e sintattiche di funzionamento della lingua italiana.

La seconda questione, connessa alla prima, è la seguente: nella sentenza vengono impiegate due differenti nozioni di significato letterale. Per un verso, lo si è appena detto, il significato letterale è un insieme di significati, per l'altro verso, laddove si richiama l'opportunità (o la necessità) del ricorso all'interpretazione estensiva, si dice che l'interpretazione estensiva serve ad evitare l'ingiustificato rispetto della lettera della legge. Detto altrimenti: per la Cassazione un certo modo di intendere il significato letterale (la cornice) è funzionale al sostegno del risultato interpretativo proposto, ma questo esito interpretativo è a sua volta correttivo in senso estensivo del significato letterale (inteso, quindi, in un altro modo). Questo profilo sarà nuovamente ripreso e approfondito nel quinto paragrafo dedicato all'interpretazione estensiva.

La terza questione concerne il rapporto tra il linguaggio ordinario e il significato di "speculazione" e di "attività speculativa" fatto proprio dalla Cassazione. Muovendosi all'interno dei significati censiti dall'Enciclopedia delle scienze sociali, i giudici compiono lo sforzo di accreditare il significato di "speculazione" e di "attività speculativa" da loro preferito come un significato non particolarmente sofisticato, presente in prevalenza o soltanto in alcuni ambiti, ma riconducibile ormai "al comune parlare". Ciò comporta che il significato attribuito è per la Cassazione penale letterale o linguistico, cioè sufficientemente consolidato nell'uso per essere annoverato tra i significati ordinari di "speculazione" e di "attività speculativa"¹⁰. Anche questi passaggi, si avrà modo di dirlo nel quinto paragrafo, possono stridere con quanto sostenuto nella sentenza in tema di interpretazione estensiva.

Per ciò che concerne il significato letterale si può, in sintesi, asserire che la Cassazione accredita un significato comune o ordinario di speculazione e di attività speculativa capace di includere la scommessa e il gioco d'azzardo, tuttavia alcuni passaggi della motivazione sul significato letterale possono rivelarsi, a un attento esame, problematici e non lineari rispetto alla nozione di interpretazione estensiva adottata dai giudici di legittimità.

A ogni modo, l'individuazione corretta del significato letterale non esaurisce il percorso argomentativo costruito dalla Corte: significato letterale e intenzione del legislatore marcano, a det-

⁹ Al lettore non sarà sfuggito un dato curioso: le differenti tesi sul significato di speculazione vengono sostenute appellandosi al Dizionario Treccani (nel caso del Tribunale) e all'Enciclopedia delle scienze sociali Treccani (nel caso della Cassazione penale).

¹⁰ Va rammentato che i giudici parlano espressamente di «possibili significati riconducibili all'espressione letterale» di attività speculativa.

ta dei giudici, nella medesima direzione¹¹. Bisogna soffermarsi, quindi, sul modo di intendere l'intenzione del legislatore e sui mezzi impiegati per individuarla.

4. Sul modo di concepire (e individuare) l'intenzione del legislatore

All'intenzione che ha spinto il legislatore a incriminare l'autoriciclaggio formulando la disposizione in una certa maniera e accreditando un significato di "attività speculativa" differente da quanto sostenuto dal Tribunale di Milano, la Cassazione penale dedica una parte corposa della motivazione.

Gli aspetti salienti sono davvero molti, bisogna rivolgere l'attenzione almeno ai seguenti: 1) come viene concepita l'intenzione del legislatore dai giudici; 2) quali strumenti vengono usati per individuare l'intenzione del legislatore; 3) qual è l'esito a cui l'intenzione del legislatore, concepita in un certo modo e individuata grazie ad alcuni strumenti, conduce; 4) il senso e la portata che assume il richiamo (implicito) alla ragionevolezza o razionalità del legislatore.

La Corte si propone di ricercare "l'effettiva" intenzione del legislatore e l'intenzione del legislatore è subito connotata come intenzione teleologica, orientata alla realizzazione di un fine. Su questo punto i giudici operano, quindi, una scelta di campo: l'intenzione dell'autorità normativa è rivolta all'ottenimento di uno scopo e ricercare il fine perseguito dal legislatore vuol dire indagare la *ratio legis*. Non viene presa in considerazione l'intenzione "semantica" del legislatore, ossia che cosa intendeva dire il legislatore emanando una certa disposizione. L'intenzione semantica del legislatore riguarda ciò che il legislatore voleva, intendeva dire e non ciò che voleva, intendeva fare. Si tratta di tener conto dell'intenzione comunicativa del legislatore, senza associarvi uno o più scopi¹².

L'intenzione del legislatore rilevante è, dunque, quella teleologicamente orientata. Ma come si individua il fine perseguito? L'interrogativo conduce al secondo punto.

A tal proposito va segnalato che i giudici, pur parlando di intenzione effettiva del legislatore, orientano la ricerca del fine usando sia indici, per così dire, interni al processo legislativo, sia indici esterni. Per essere più chiari. Nella motivazione si richiamano «le risultanze delle audizioni del Governatore della Banca d'Italia (...) nonché le indicazioni fornite alla Commissione Antimafia in data 17 marzo 2009 dal Procuratore Nazionale Antimafia», rivolgendo l'attenzione ad alcuni dei documenti e delle discussioni che hanno preparato e accompagnato la redazione del testo normativo sull'autoriciclaggio. A questi indici se ne affiancano altri, e si tratta di indici non legati in senso proprio al procedimento di formazione del testo normativo, bensì essi riguardano, per esempio, varie e molteplici sollecitazioni internazionali, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha preceduto l'introduzione della disposizione. Il fine perseguito viene individuato (o meglio: ricostruito) sulla base di indici compositi: taluni sono con più evidenza rivolti al processo di produzione della disposizione normativa seguito dal legislatore storico; altri indici sono rivolti a porre in rilievo i molti fattori che possono aver determinato l'emanazione della disposizione per il perseguimento di un determinato fine.

¹¹ Nella sentenza il ricorso al significato letterale e all'intenzione del legislatore è motivato, lo si è già detto, da una interpretazione dell'art. 12, comma 1, delle Preleggi: il significato proprio delle parole è il significato letterale; l'intenzione del legislatore è teleologicamente orientata; i due criteri interpretativi vanno entrambi usati. In questo caso i molti problemi interpretativi che solleva l'art. 12, comma 1, delle Preleggi, vengono superati o aggirati grazie al fatto che la soluzione interpretativa adottata è sostenuta, secondo la Cassazione, dal significato letterale e dall'intenzione del legislatore.

¹² Si veda GUASTINI 2017, 324 s., ove l'intenzione semantica è ciò che il legislatore voleva dire, mentre l'intenzione non semantica è il fine dell'autorità normativa, la *ratio legis*. I due modi di concepire l'intenzione del legislatore vengono sovente delineati distinguendo tra argomento psicologico e argomento teleologico, v. CANALE, TUZET 2019, 95 ss.

I primi due punti esaminati riguardo all'intenzione del legislatore possono essere così riassunti: interrogarsi sull'intenzione del legislatore significa interrogarsi sulla *ratio legis*, vale a dire sullo scopo perseguito (interpretazione teleologica); lo scopo perseguito può essere individuato (o ricostruito) facendo ricorso a molteplici elementi (alcuni connessi alla formazione delle leggi e altri sganciati dal procedimento di produzione della disposizione normativa).

Nel corso di questo commento si è più volte sottolineato che la Cassazione penale considera la propria interpretazione giustificata congiuntamente dal significato letterale e dall'intenzione del legislatore. Bisogna ora ricordare qual è il risultato interpretativo raggiunto e su quali basi teleologiche si fonda. Attraverso l'adozione del testo dell'art. 648 *ter.1* cod. pen. il legislatore ha inteso perseguire, secondo i giudici di legittimità, «qualsiasi forma di re-immissione delle disponibilità di provenienza delittuosa all'interno del circuito economico legale», purché la condotta sia tale da ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa e sia lesiva del bene giuridico protetto, vale a dire l'ordine pubblico economico. Il gioco d'azzardo è un'attività speculativa e non destinata alla mera utilizzazione o al godimento personale del profitto del delitto presupposto, ed è pure una condotta in grado di ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa e lesiva del bene giuridico protetto, per cui chi impiega nel gioco d'azzardo somme di denaro provenienti da un delitto che ha commesso “soddisfa” lo scopo dell'incriminazione *ex art. 648 ter.1* cod. pen. Questo è il risultato dell'interpretazione teleologica.

Giova rilevare, incidentalmente, che nella pingue motivazione la Cassazione non si intrattiene a fondo, dandola pressoché per scontata, sulla nozione di ordine pubblico economico e, di conseguenza, sul rapporto tra il bene giuridico protetto (l'ordine pubblico economico appunto), il significato letterale e la *ratio legis* della disposizione incriminatrice. Per essere più chiari. Dalle parole spese dai giudici di legittimità l'efficace tutela dell'ordine pubblico economico, nozione piuttosto indeterminata e, lo si ripete, non definita nella sentenza, passa per *quel* significato (considerato letterale) di “attività speculativa” e *quel* significato (considerato letterale) di “attività speculativa” realizza la finalità di punire la re-immissione delle disponibilità di provenienza delittuosa all'interno del circuito economico legale. In un ragionamento costruito in questo modo, sarebbe stata opportuna, probabilmente, una maggiore attenzione alla nozione di ordine pubblico economico, in guisa tale da connettere in maniera più stretta e chiara la scelta del significato di “attività speculativa” compiuta con la ragione teleologica dell'incriminazione.

Di sicuro interesse sono gli accenni fatti dalla Cassazione alla questione della ragionevolezza/razionalità del legislatore. Si tratta del quarto punto indicato all'inizio di questo paragrafo. In generale, il legislatore è razionale o ragionevole sul piano linguistico se costruisce le disposizioni normative impiegando correttamente le regole della sintassi, se non usa inutilmente le parole, se non si contraddice, se tiene conto di quanto ha già detto, ed è ragionevole o razionale non solo sul piano linguistico, ma anche su quello teleologico, se usa le parole appropriate per il soddisfacimento del fine che si prefigge di raggiungere¹³.

Nella motivazione si trova scritto, per esempio, che «Alla luce delle suddette intenzioni punitive non può logicamente negarsi che, mediante l'impiego di denaro nel gioco d'azzardo o nelle scommesse, si raggiunga proprio il risultato che la norma incriminatrice vuole sanzionare», mentre un'altra soluzione sarebbe “gravemente illogica”. Si sostiene pure che «non è dato davvero cogliere la ragione per la quale il legislatore avrebbe voluto escludere [...] dall'ambito delle attività [...] speculative il gioco d'azzardo o il settore delle scommesse». Queste formule richiamano l'idea del legislatore come soggetto ragionevole o razionale sul piano linguistico e dei rapporti tra mezzi linguistici impiegati e fine perseguito. La “logica” del legislatore risiede, in questo caso, nell'aver usato certe parole per veicolare un significato in grado di soddisfare puntuali

¹³ Si tratta di esempi intorno alla ragionevolezza o razionalità del legislatore, non di una elencazione esaustiva delle caratteristiche che fanno del legislatore un legislatore ragionevole o razionale. Su questo tema v. CAPONE 2016, 141-157.

esigenze punitive, mostrando coerenza tra i mezzi linguistici impiegati e le finalità perseguite. Inoltre, a un legislatore che intende raggiungere un certo scopo non può ragionevolmente attribuirsi l'esclusione di talune condotte da quelle punibili.

Anche l'opportunità di evitare un'interpretazione abrogante fa leva sul presupposto che un legislatore linguisticamente ragionevole e razionale non usa inutilmente le parole, per cui se non si seguisse l'interpretazione di "attività speculativa" caldeggiata dalla Corte e si accedesse, invece, alla proposta del Tribunale di Milano, l'esito sarebbe l'inutilità del sintagma "attività speculativa", «posto che le attività riduttivamente considerate dal Tribunale milanese come integrative di quella categoria [...] a ben vedere, già sono incriminate dall'art. 648 *ter.1* cod. pen., allorché contempla i concetti, indubbiamente assai ampi, di "attività economica" o "finanziaria"»¹⁴.

La razionalità linguistica e teleologica è presente, sempre sottotraccia, anche nei passaggi riguardanti il rapporto tra il primo e il quarto comma dell'art. 648 *ter.1*, dove la Corte si sforza di argomentare la coerenza tra il significato di "attività speculativa" prescelto, la *ratio legis* e il quarto comma, soprattutto per ciò che concerne il significato dell'espressione "fuori dei casi", cercando di rendere ciascun tassello semantico un elemento funzionale al raggiungimento dello scopo dell'incriminazione¹⁵.

5. Sull'interpretazione estensiva

Quanto si è detto sin qui testimonia che la sentenza della Cassazione è davvero ricca di spunti per quanto riguarda l'argomentazione interpretativa. Si può dissentire o assentire con le conclusioni raggiunte e con i passaggi sviluppati per giungervi, ma in ogni caso va riconosciuto ai giudici di legittimità un serio e articolato impegno argomentativo. Ciò ricordato, i passaggi dedicati all'interpretazione estensiva sono, per lo studioso dell'interpretazione giuridica, probabilmente i più discutibili. Bisogna, quindi, approfondire la questione andando oltre gli accenni precedentemente fatti.

Si possono rilevare almeno tre profili critici connessi all'interpretazione estensiva: 1) l'incoerenza della definizione di interpretazione estensiva data dalla Corte; 2) l'incoerenza, almeno parziale, tra la definizione di interpretazione estensiva fornita dai giudici di legittimità e la giustificazione addotta a sostegno del significato attribuito al sintagma "attività speculativa" dalla stessa Cassazione; 3) la non attinenza del ricorso all'interpretazione estensiva, così come definita, per accreditare il risultato interpretativo preferito al fine di evitare l'interpretazione abrogante.

La definizione di interpretazione estensiva data dalla Cassazione, riprende un adagio più volte proposto dalla giurisprudenza di legittimità. A detta dei giudici l'interpretazione estensiva serve per evitare un «ingiustificato rispetto della lettera» della disposizione normativa. Nella medesima definizione, però, si trova pure scritto che l'interpretazione estensiva riguarda «ipotesi non completamente delineate e tuttavia configurabili in base alla stessa lettera della legge». Delle due l'una: o il legislatore ha detto meno di ciò che ha voluto e l'interprete deve, allora, dar seguito a ciò che il legislatore ha voluto non rispettando, almeno in parte, la lettera della legge e completando le ipotesi solo parzialmente delineate sul piano linguistico; oppure il rispetto della volontà del legislatore va di pari passo con ipotesi configurabili in base alla stessa lettera della legge e quindi il dato linguistico non necessita di essere completato, bensì solo rettamente inteso.

¹⁴ Secondo CHIASSONI 2005, 127: «occorre distinguere due forme, radicalmente diverse, di "interpretazione abrogante": da un lato l'interpretazione abrogante genuina, che costituisce l'esito dell'interpretazione testuale di una disposizione; dall'altro, una interpretazione abrogante spuria, che [...] consiste nell'annullare l'esito dell'interpretazione testuale, ed è funzionale alla intenzionale disapplicazione del diritto vigente».

¹⁵ Per completezza va rammentato che con riguardo al rapporto tra primo e quarto comma dell'art. 648 *ter.1* cod. pen., la Cassazione richiama a sostegno anche una decisione precedente (Cass. pen., 5 luglio 2018, n. 30399).

Orbene, anche se si sorvolasse sull'incoerenza appena segnalata trascurando le parole «ipotesi non completamente delineate e tuttavia configurabili in base alla stessa lettera della legge» e si prendesse sul serio la restante e ampia parte della definizione di interpretazione estensiva, i problemi non sarebbero finiti. Si tratta di affrontare il secondo punto segnalato in apertura di paragrafo.

Se il significato di “attività speculativa” determinato dalla Cassazione è riconducibile al parlare comune, allora anch'esso è letterale e non può essere considerato, quindi, frutto del superamento o del completamento della lettera. Ne segue che l'appello all'interpretazione estensiva, come prevalentemente configurata dalla Corte, sembra contrastare con lo stesso percorso argomentativo seguito dalla Cassazione, percorso che conduce a giustificare un determinato risultato interpretativo grazie all'uso congiunto e coordinato del significato letterale e della *ratio legis*.

La definizione ripresa da precedenti della stessa Cassazione penale, porta i giudici un po' fuori strada. L'interpretazione estensiva, infatti, altro non è che un risultato dell'interpretazione. L'interpretazione estensiva si riferisce a un esito interpretativo diverso e più ampio rispetto a un'altra e anteriore interpretazione della medesima disposizione normativa. Le varie interpretazioni, proprio perché tali, restano all'interno dei significati determinabili sulla base delle regole di funzionamento della lingua e possono, poi, essere giuridicamente plausibili (cioè sostenute da buone ragioni giuridiche) o giuridicamente non plausibili (cioè non sostenute da buone ragioni giuridiche). Se questa ricostruzione è sensata, allora la proposta interpretativa della Cassazione è estensiva rispetto a quella del Tribunale di Milano, poiché amplia l'ambito dei comportamenti penalmente rilevanti, ma, secondo quanto sostenuto dalla stessa Cassazione, il significato di “attività speculativa” attribuito è anch'esso letterale, cioè riconducibile al comune parlare, a un uso ordinario, diffuso e non marginale di “attività speculativa”. Riguardo a questo punto la Cassazione considera l'interpretazione estensiva correttiva, in senso ampliativo, di un'altra interpretazione della medesima disposizione, ma lo fa in maniera maldestra, lasciando dubbia la natura letterale del significato da lei stessa accreditato come letterale. La Corte oscilla, in tal modo, tra due accezioni di significato letterale: come insieme di significati e come *un* significato tra quelli attribuibili.

Va segnalato pure un altro profilo critico strettamente legato a quel che si è appena detto. Gran parte della motivazione è rivolta a mostrare che significato letterale e *ratio legis* giustificano il risultato interpretativo preferito dalla Cassazione. Se le cose stanno così, non si comprende per quale ragione ricorrere all'interpretazione estensiva come esito che va oltre o che completa il significato letterale. Oppure, se l'interpretazione estensiva conduce a un risultato configurabile «in base alla stessa lettera della legge», per ripetere ancora le parole usate dalla Cassazione, invocarla in questo caso è superfluo, poiché significato letterale e *ratio legis* corroborano, secondo la Corte, il medesimo esito interpretativo. Guardando alla parte della motivazione che precede l'appello all'interpretazione estensiva, l'esigenza di riallineare l'intenzione teleologicamente orientata e la formulazione della disposizione non sussiste: intenzione e lettera vanno, infatti, nella stessa direzione. Dalle parole spese dalla Cassazione si evince, infatti, che il profilo teleologico è soddisfatto da *quel modo* di intendere la lettera della disposizione normativa.

L'interpretazione estensiva rischia, nella definizione impiegata, di essere pure duplicemente dannosa. Da un lato, infatti, il ricorso all'interpretazione estensiva fa emergere una sorta di cattiva coscienza, come se i giudici tradissero, nonostante l'impegno argomentativo profuso, insicurezza nell'accreditare il significato attribuito al sintagma “attività speculativa” come un significato comune e agevolmente riconducibile agli usi ordinari. Dall'altro lato invocare l'opportunità, anzi la necessità, di andare oltre l'ingiustificato rispetto della lettera, costituisce un tentativo non del tutto riuscito di tener ferma la distinzione tra interpretazione estensiva e analogia in *malam partem*. Ciò per almeno due ragioni: permane incertezza sia sul criterio utile a distinguere l'analogia dall'interpretazione estensiva, sia sulle condizioni di applicazione del criterio; l'interpretazione estensiva può porsi in conflitto con alcune diffuse ricostruzioni della legalità

penale nel nostro ordinamento¹⁶. Il riferimento nel co-testo della definizione di interpretazione estensiva adottata dalla Cassazione alle «ipotesi non completamente delineate e tuttavia configurabili in base alla stessa lettera della legge» finisce col confondere ulteriormente le acque.

Per i giudici di legittimità sarebbe stato più lineare ragionare in questo modo: il gioco d'azzardo rientra pienamente nella portata del significato linguistico di “attività speculative”. Anche a voler sostenere, come pare fare il Tribunale di Milano, che il gioco d'azzardo non sia riconducibile a un certo significato, accreditato come letterale, di “attività speculative”, si può sostenere che corrisponda a uno dei significati linguistici, significato selezionabile per ragioni teleologiche. Ebbene, è proprio in tale significato che potrebbe individuarsi l'esito estensivo dell'interpretazione compiuta, ossia un significato linguistico più ampio rispetto a quello individuato dal Tribunale e basato su ragioni teleologiche.

Anche per quel che concerne l'interpretazione abrogante (ed è il terzo e ultimo punto) il richiamo dell'interpretazione estensiva è, come si è già detto, non pertinente. La Corte rimprovera al Tribunale di aver interpretato la disposizione normativa in guisa tale da rendere inutile la presenza nella stessa disposizione del sintagma “attività speculative”. La critica mossa dalla Cassazione riguarda l'inadeguatezza del significato attribuito dal Tribunale al sintagma “attività speculative”, significato che finisce per sovrapporsi a quelli di “attività economiche” e di “attività finanziarie”. Ricavare uno spazio di autonomia semantica alle “attività speculative” rispetto alle altre attività previste dalla disposizione incriminatrice, comporta, è ovvio, una differente interpretazione delle parole e dei sintagmi in gioco rispetto alle interpretazioni adottate dal Tribunale. Le interpretazioni in questione determineranno, a seconda dei casi, un risultato semantico meno ampio o più ampio rispetto alle interpretazioni precedenti e in tal senso saranno rispettivamente restrittive o estensive.

Tuttavia, nulla c'entra qui l'interpretazione estensiva così com'è stata principalmente caratterizzata dalla Corte, ossia come un'interpretazione che per dar corso all'intenzione del legislatore teleologicamente orientata deve superare la lettera. Il significato attribuito dalla Cassazione al sintagma “attività speculative” e in grado di evitare l'interpretazione abrogante è già giustificato, per gli stessi giudici di legittimità, sia sul versante linguistico, letterale, sia sul versante dell'intenzione del legislatore teleologicamente orientata.

¹⁶ Le ultime riflessioni compiute non possono essere adeguatamente sviluppate in questa sede per ovvie ragioni, per un accostamento al dibattito sulla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva v. TUZET 2012, 507-519.

Riferimenti bibliografici

- CANALE D., TUZET G. 2019. *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino, Giappichelli.
- CAPONE A. 2016. *The Role of Pragmaticis in (Re)constructing The Rational Law-Maker*, in CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*, New York, Springer, 141-157.
- CHIASSONI P. 2005. *Commento agli artt. 12 e 14 delle Disposizioni preliminari al Codice civile*, in ALPA G., MARICONDA V. (eds.), *Codice civile commentato*, Milano, Giuffrè.
- DE MAGLIE C. 2019. *La lingua del diritto penale*, in *Criminalia 2018. Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, Ets, 105-142.
- GUASTINI R. 2017. *Filosofia del diritto positivo. Lezioni*, Torino, Giappichelli.
- LUZZATI C. 2016. *Del giurista interprete. Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, Torino, Giappichelli.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L. 2019. *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè-Francis Lefebvre.
- TUZET G. 2012. *La storia infinita. Ancora su analogia e interpretazione estensiva*, in *Criminalia 2011. Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, Ets, 507-519.
- VELLUZZI V. 2013. *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, Ets.

indice

STUDI

RONALD J. ALLEN
Standards of Proof and The Limits of Legal Analysis 7-25

GIANVITO BRINDISI
Il diritto di morire in Georges Canguilhem. Analisi e critica di un caso problematico 27-60

DAMIANO CANALE
Consuetudine, norma di riconoscimento, normatività.
Ovvero, Deleuze e il problema della ripetizione 61-83

LUIGI MARIANO GUZZO
La “religione senza Dio” di Ronald Dworkin 85-106

MARIO KREŠIĆ
Process, consequences and means of (de)constitutionalization:
a reconstruction of Guastini’s concept of constitutionalization 107-132

GIORGIO MANIACI
L’origine della violenza maschile nel femminismo e la pornografia nel pensiero
di MacKinnon 133-151

MAURIZIO MANZIN
Primato della legalità e ragionamento processuale.
Il sillogismo giuridico nella prospettiva del rule of law 153-172

CORRADO ROVERSI
Six Heresies on Constitutive Rules 173-199

GIULIA SAJEVA
Inside-out. Internal and External Limits to Rights: Does it Matter? 201-223

RECENSIONI E DISCUSSIONI

ANDREA CAPUTO
Max Stirner: l’Unico anarchico 227-237

ANNA PINTORE
Disuguaglianze e apocalisse.
Sul *Manifesto* di Luigi Ferrajoli 239-258

PAOLO BODINI
Recensione a G. Gometz, *Democrazia elettronica*. Teoria e tecniche 259-267

VINCENZO OMAGGIO

Santi Romano tra realismo e formalismo.

In occasione della ripubblicazione de *L'ordinamento giuridico cent'anni dopo* 269-278

GIOVANNI TUZET

Libero convincimento e ragionevole dubbio secondo Gaetano Carlizzi 279-284

GAETANO CARLIZZI

I due principi costituzionali del giudizio probatorio penale. Repliche a G. Tuzet 285-301

RATIO DECIDENDI

a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO

VITO VELLUZZI

Linguaggio ordinario, tecniche interpretative e autoriciclaggio.

Un'analisi della sentenza della Corte di Cassazione, Seconda sezione penale,

29 marzo 2019, n. 13795305-318

[ALLEGATI]

Corte di Cassazione, Seconda sezione penale, 29 marzo 2019, n. 13795

Realizzato da rospeinfrantumi
per conto di Diritto & Questioni pubbliche (PA)
nel dicembre 2019