DICEMBRE 2018

XVIII. 2018/2

diritto & questioni pubbliche

LE CLAUSOLE GENERALI: OLTRE IL DIRITTO CIVILE

XVIII. 2018/**2**

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XVIII, 2018 / 2 (dicembre)
RIVISTA DI FILOSOFIA DEL DIRITTO E CULTURA GIURIDICA

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, Nicola Gullo, Dario Ippolito, Fabrizio Mastromartino, Paola Parolari, Giuseppe Rocché, Giulia Sajeva, Valeria Vita, 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 Mazzarese (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 diCagliari) – 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)

© 2018, *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

LE CLAUSOLE GENERALI: OLTRE IL DIRITTO CIVILE

Diritto & Questioni Pubbliche
XVIII 2018/2 (dicembre)

MONOGRAFICA

Le clausole generali: oltre il diritto civile

a cura di CLAUDIO LUZZATI e VITO VELLUZZI

Le clausole generali: oltre il diritto civile

Presentazione

Il dibattito intorno alle "clausole generali" è stato e continua a essere fiorente. Non è un segreto, infatti, che il numero più elevato di contributi sia stato fornito, sino a poco tempo fa, dalla dottrina civilistica, o privatistica in senso ampio, e, seppur in minor quantità, dalla teoria del diritto. Negli ultimi anni, però, il tema ha suscitato l'attenzione dei cultori di svariati settori disciplinari, in particolare del diritto costituzionale, amministrativo e penale. Per il vero, in questi ambiti disciplinari si dibatteva già da tempo (e sovente) di parecchi problemi o di molte delle questioni affrontate in ambito civilistico e in teoria del diritto riguardo alle clausole generali, inserendoli nel contesto del settore e sotto differenti denominazioni. L'opportunità di esaminare, studiare, discutere pure in questi ambiti disciplinari questioni e problemi guardando alla categoria delle clausole generali dipende da molteplici ragioni. Se ne segnala una: la prospettiva delle clausole generali permette di cogliere un numero elevato, forse maggiore rispetto ad altre prospettive, di implicazioni rilevanti legate a vari temi dibattuti, tra i quali spiccano quelli della discrezionalità giudiziale, del rapporto tra il legislatore e l'interprete, della funzione di adeguamento del diritto statuito alle esigenze sociali. Per così dire: il lemma "clausola generale", e ciò che esso porta con sé, paiono in grado di illuminare percorsi d'indagine che resterebbero altrimenti nell'ombra o risulterebbero opachi.

Ciò ricordato, è ben noto che la nozione di clausole generale, oltre che feconda, è pure molto insidiosa e problematica. Basti ricordare qui le impegnative questioni dell'ambiguità della nozione di clausola generale, della relazione tra clausola generale e standard, della distinzione o sovrapposizione tra clausola generale e principio del diritto.

Si è detto che la riflessione della dottrina civilistica è stata ragguardevole, ma che è opportuno guardare oltre. I saggi presentanti in questa parte monografica, infatti, intendono offrire un segno del significativo interesse maturato in altri ambiti disciplinari, in particolare il diritto costituzionale e penale, per le clausole generali. Essi sono l'esito di un seminario tenutosi presso il Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria" dell'Università di Milano circa tre anni fa. Spostare l'attenzione anche ad ambiti diversi dal diritto civile (o privato in senso ampio) è utile per molteplici ragioni: a) per un verso consente di comprendere quali siano le questioni riguardanti le clausole generali comuni a vari settori; b) per l'altro verso consente di comprendere se, ed eventualmente come, quelle stesse questioni assumano un peso o un peculiare carattere in un certo contesto disciplinare; c) in

terzo luogo permette di evidenziare, laddove vi siano, questioni specifiche sollevate dalla clausole generali in un settore piuttosto che in un altro.

Andare oltre il diritto civile non vuol dire, però, trascurare l'importante contributo che gli studi civilistici hanno dato al tema delle clausole generali. Proprio per questo sia nel seminario milanese, sia in questa sezione monografica che ne ripercorre i contenuti, è stato dato spazio alla riflessione storico giuridica. Essa si rivela di sicura rilevanza, soprattutto al fine di individuare l'origine e la conformazione di alcune delle più importanti questioni ancora dibattute in ambito civilistico, o trasversali ai vari settori disciplinari, riguardo alle clausole generali.

CLAUDIO LUZZATI e VITO VELLUZZI

LA MAPPA DELL'IMPERO.

CLAUSOLE GENERALI E DECIFRABILITÀ DELLA NORMA PENALE

DONATO **CASTRONUOVO**

&dq

La mappa dell'impero
Clausole generali e decifrabilità della norma penale

The Map of the Empire
General Clauses and Criminal Provision Decipherability

DONATO CASTRONUOVO

Professore Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Ferrara.
E-mail: donato.castronuovo@unife.it

ABSTRACT

Il lavoro ripercorre le peculiarità della presenza di formule vaghe come le clausole generali nel contesto del diritto penale, evidenziando alla fine anche le conseguenze negative della eventuale rinuncia alle stesse in termini di inafferrabilità del messaggio del legislatore. L'autore esplora in primo luogo gli effetti delle clausole generali sulle diverse articolazioni del *nullum crimen* (*sine lege et sine culpa*), sia nella sua dimensione costituzionale interna che in quella euroconvenzionale. In secondo luogo distingue le clausole contenute in disposizioni normative da quelle contenute in decisioni giudiziali. In terzo luogo propone una classificazione quadripartita delle clausole generali proprie del contesto penalistico (clausole metagiuridiche, intragiuridiche da rinvio, analogiche, di incriminazione suppletiva). Per ogni gruppo tipologico, le specifiche questioni emergenti nella concreta gestione interpretativa delle diverse clausole sono verificate alla luce di esempi emblematici.

The paper traces the peculiarities of the presence of vague terms such as general clauses in the context of criminal law, also highlighting, at the end, the negative consequences that their renunciation would possibly produce in terms of apprehensibility of the legislator's message. The author first explores the effects of the general clauses on the different articulations of the *nullum crimen* (*sine lege et sine culpa*), both in its national-constitutional and conventional (ECHR) dimension. Secondly, he distinguishes the clauses contained in legal provisions from those contained in judicial decisions. Thirdly, he proposes a quadripartite classification of the general clauses typical of the criminal law context: meta-juridical clauses, intra-juridical clauses, analogical clauses and clauses of supplementary incrimination (such as those of joint liability/conspiracy, attempt to commit a crime and omissive causation). For each typological group, the specific issues emerging in the concrete interpretation of the clauses are verified through the examination of exemplificative cases.

KEYWORDS

Clausole generali, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, prevedibilità della legge penale, accessibilità del diritto penale, diritto penale vivente

Legal standards, no punishment without law, foreseeability of criminal law, accessibility of criminal law, criminal law in action

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

La mappa dell'impero. Clausole generali e decifrabilità della norma penale

DONATO CASTRONUOVO

1. *Premessa* – 2. *Metafore della vaghezza* – 3. *Clausole generali e princìpi di garanzia* – 3.1. *Tra determinatezza e colpevolezza. L'accessibilità e la decifrabilità delle norme penali e la calcolabilità delle conseguenze della loro violazione* – 4. *Tranelli del linguaggio e difficoltà definitorie* – 5. *Decostruzione del concetto: da una inafferrabile definizione agli esempi concreti* – 6. *Un tentativo di ricostruzione tipologica* – 7. *I custodi del* "nullum crimen" *(tra Roma e Strasburgo)* – 8. *Rassegna breve (e "a campione") sui singoli gruppi tipologici* – 8.1. *Clausole generali metagiuridiche* – 8.1.1. Excursus (1): *l'insostenibile indeterminatezza della regola "Taricco" in tema di disapplicazione della disciplina della prescrizione del reato* – 8.2. *Clausole generali con rinvio intragiuridico* – 8.2.1. Excursus (2): *una figura "escheriana" (ovvero: mani che disegnano... mani): l'inosservanza della prescrizione di "rispettare le leggi" per i soggetti sottoposti a misura di prevenzione personale* – 8.3. *Clausole generali analogiche* – 8.3.1. Excursus (3): *il disastro innominato come disastro ambientale (o sanitario): il malinteso ruolo salvifico del diritto vivente* – 8.4. *Clausole generali di incriminazione suppletiva (riguardanti forme di manifestazione del reato)* – 8.4.1. Excursus (4): *il "concorso esterno" dinanzi alla Corte europea* – 9. *Come nelle mappe (...è questione di scala): l'impero e la mappa dell'impero.*

1. *Premessa*

I. È senza dubbio vero che «[i]n ogni settore del diritto la vaghezza delle norme solleva problemi specifici, ignoti negli altri settori»[1]. La specificità del problema della vaghezza delle norme *in criminalibus* è ben sintetizzata da Claudio Luzzati, là dove, data per scontata la natura di fattore d'incertezza giuridica delle clausole generali, il filosofo del diritto milanese chiosa: «[...] curioso il fatto che gli *standards* siano ampiamente presenti anche in quei settori del diritto, penso soprattutto alle norme penali, in cui è vietata l'analogia e l'interpretazione dovrebbe essere più stretta»[2]. Le possibili antinomie tra formule normative vaghe e principio di legalità – assieme, come si vedrà, ad altre articolazioni del *nullum crimen, nulla poena* – spiegano, dunque, le peculiarità che il tema assume sul terreno del diritto penale.

Con il che, appare pienamente giustificata tutta la scottante rilevanza del problema delle clausole generali anche – se non soprattutto – nell'universo penalistico.

[1] LUZZATI 1990, 369.
[2] LUZZATI 2000, 130.

Nei paragrafi che seguono si svolgeranno alcune riflessioni sulla questione, anche riprendendo in parte, con significative aggiunte e modifiche, considerazioni già svolte in una precedente occasione[3].

2. *Metafore della vaghezza*

I. La definizione di "clausola generale" rimane controversa e per larghi tratti oscura anche nelle riflessioni della dottrina privatistica o in quelle di teoria generale del diritto, ossia in quei contesti in cui la tematica risulta più frequentata e in cui ha ricevuto approfondimenti notevoli[4].

Poiché ci muoviamo in un contesto di *metafore di vaghezza normativa*[5], il modo più corretto per impostare il problema delle clausole generali nel diritto penale consiste nel ricondurlo alla sua dimensione costituzionalistica; o di svolgerlo, comunque, in rapporto ai diritti fondamentali per come estrapolabili (anche) sul piano sovranazionale, tanto in ambito *euro-convenzionale* (in relazione, quindi, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo) quanto in ambiente *euro-unitario* (nel segno della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

Le clausole generali, in quanto fattori d'incertezza giuridica, finiscono per introdurre nel testo di legge (o, meglio, nel sistema giuridico), in maniera più o meno inevitabile, un *peculiare coefficiente di vaghezza* o *indeterminatezza*, quantitativamente maggiore e qualitativamente diverso da quello implicito in ogni enunciato normativo[6].

[3] CASTRONUOVO 2013, 477 ss.; e, in lingua tedesca, CASTRONUOVO 2015a, 109 ss.

[4] A titolo soltanto esemplificativo degli approfondimenti svolti in contesti teorici comunque esterni al diritto penale, si ricordano: HEDEMANN 1933, *passim*; POUND 1954, 86 ss.; ENGISCH 1956, 165-213; TEUBNER 1971, *passim*; ESSER 1972, *passim*; NATOLI 1982, 343 ss.; ROSELLI 1983, *passim*; DI MAJO 1984, 539 ss.; PERELMAN, VANDER ELST 1984, *passim*; CASTRONOVO 1986, 21 ss.; MENGONI 1986, 5 ss.; FALZEA 1987, 1 ss.; RODOTÀ 1987, 709 ss.; BELVEDERE 1988, 631 ss.; GUARNERI 1988, 403 ss.; PIZZORUSSO 1988, 655 ss.; RESCIGNO 1988, 1 ss.; TARUFFO 1989, 311 ss.; LUZZATI 1990, *passim*; LUZZATI 1999, *passim*; LUZZATI 2013, 163 ss.; FRANZONI 1999, 83 ss.; ALPA 2000, 103 ss.; FABIANI 2003, *passim*; FABIANI 2012, 183 ss.; GARCÌA SALGADO 2003, 105 ss.; BARCELLONA 2006, *passim*; GRUNDMANN, MAZEAUD 2006, *passim*; VELLUZZI 2006, 2 ss.; VELLUZZI 2010, *passim*; BRECCIA 2007, 443 ss.; D'AMICO 2007, 429 ss.; WISSMANN 2008, *passim*; SCHMIDT 2009, *passim*; PATTI 2010, 303 ss.; PATTI 2016, *passim*; LIBERTINI 2010, 377; LIBERTINI 2011, 345 ss.; DENOZZA 2011, 379 ss.; i contributi di P. Rescigno, D. Carusi, P. Chiassoni, S. Mazzamuto, F. Roselli, G. D'Amico, F. Astone, V. Cuffaro, E. Moscati e V. Velluzzi raccolti in RESCIGNO 2011, 1689 ss.; COGNETTI 2012, 1197 ss.; PEDRINI 2012, 285 ss.; PEDRINI 2013, *passim*; PEDRINI 2015, *passim*; FORCELLINI, IULIANI 2013, 395 ss.; VESPIGNANI 2014, 275 ss.; PIRAINO 2015, *passim*; IRTI 2016, *passim*; i contributi di G. D'Amico, F. Di Marzio, P. Grossi, C. Luzzati, F. Macario, S. Pagliantini, S. Patti, L. Rovelli ed E. Scoditti raccolti in D'AMICO 2017. Si può anche ricordare, sul piano più generale, la "curva schmittiana", che, nel giro di un trentennio, va dall'*abbandono della fattispecie* in favore delle clausole generali alla successiva denuncia della *tirannia dei valori*: SCHMITT 1934; SCHMITT 1967. Su questa parabola del pensiero di Carl Schmitt, v., ora, peraltro, IRTI 2016, 8 s.

[5] Cfr. ancora una volta LUZZATI 2000, 117 ss.

[6] Sulla indeterminatezza quale caratteristica di tutte le norme giuridiche, sebbene in grado diverso, si può sempre fare riferimento a trattazioni classiche: HART 1961, 146 ss.; KELSEN 1960. Per una riconsiderazione del *topos* dell'indeterminatezza, anche in analogia con l'indeterminazione delle scienze "esatte" e in parti-

Un problema, dunque, di *certezza del diritto* che si declina in termini di linguaggio giuridico e tecnica legislativa, quindi di interpretazione e applicazione del diritto (penale).

II. È stato osservato che la discussione in materia di vaghezza normativa stenta a uscire da un terreno prevalentemente metaforico, ove taluni si servono dell'immagine della *penombra*, mentre altri preferiscono riferirsi a figure quali la *Porosität der Begriffe* o la *open texture*; altri ancora utilizzano i vocaboli *fuzzy* e *fuzziness*, oppure preferiscono mettere l'accento sulla *fluidità* e sulla *variabilità*[7].

Non si può escludere che la propensione a metaforizzare le forme della vaghezza normativa – e, per quanto qui maggiormente interessa, le clausole generali – dipenda anche, in qualche maniera, dalla difficoltà di darne una definizione. Pertanto, nel corso di queste riflessioni capiterà di fare ricorso a quelle appena ricordate e a ulteriori metafore.

Tanto per cominciare, si noterà come, riprendendo una efficace analogia, l'effetto di questi enunciati normativi sull'interpretazione sia di tipo *entropico*: intendendo l'entropia, in un'accezione molto generale, quale misura del disordine e dell'indifferenziazione di un sistema, si può ritenere che, all'esito dell'attività interpretativa, nella norma che ne costituisce il prodotto, le "informazioni originarie" vadano perse e risultino in essa confuse[8]. Un fenomeno che qui si assume come *quali/quantitativamente* diverso e maggiore quando il dato testuale di partenza contenga clausole

colare della fisica, si veda BIN R. 1981, 27-33 (il paragrafo è significativamente intitolato *Indeterminazione giuridica – e allora?*). Sul "carattere del tutto diverso", però, dei *legal standards*, rispetto ad altri concetti giuridici, sul piano della «"individualizzazione del giudizio", cfr. POUND 1954. Sulla differenza non solo quantitativa bensì anche qualitativa delle clausole generali rispetto ad altri fenomeni di indeterminatezza o vaghezza normativa, si vedano, da ultimo, VELLUZZI 2010, 29 ss., 39 ss.; FABIANI 2012, 187. Che l'effetto delle clausole generali – per via della "delega" al giudice (all'interprete) mediante quella sorta di *biancosegno*, bisognoso di integrazione valutativa, in cui le stesse consistono – sia apprezzabile in termini di una «discrezionalità comunque diversa e maggiore di quella ordinaria», che riguarda tutti i sintagmi ed enunciati normativi, è espresso con efficacia da GENTILI 2010, XVII, là dove, riprendendo la consueta immagine della "zona chiara" e della "zona grigia" degli enunciati normativi, l'A. conclude: «gli indeterminati sintagmi con cui i legislatori formulano clausole generali mancano per definizione [della] zona chiara. [...] Sicché l'interprete della clausola generale naviga senza bussola in un mare aperto a molte rotte».

[7] LUZZATI 2000, 118 s. L'Autore avverte: «non contano tanto le immagini prescelte quanto le costruzioni logiche sottostanti, sicché accade sovente che metafore diversissime finiscano in ultima analisi con l'applicarsi alla medesima spiegazione della vaghezza».

[8] In generale, sulla natura entropica dell'interpretazione, BIN R. 1981, 61 ss e BIN R. 2013, 215 ss., in part. 219 s.: «La realtà è che l'interpretazione è un processo entropico, che si svolge nella mente dell'interprete, e di cui solo allusivamente e in modo del tutto incompleto possiamo descrivere l'*input* e relazionarlo all'*output*. [...] Le informazioni originali (l'*input*) e il loro ordine (per es., la gerarchia) sono perse per sempre: il processo non può essere invertito, per cui l'*output* (la motivazione della sentenza) non corrisponde affatto alle premesse e non descrive l'interezza delle operazioni effettuate [...]. Interpretare crea disordine».

generali: ossia, aperture intenzionali del testo verso significati extra- o iper-testuali, preventivamente non definibili e quindi indeterminati[9].

Se le clausole generali sono porte entropiche, produttive di (ulteriore) disordine e incertezza, allora le stesse coinvolgono un fascio di questioni da ricondurre, nel discorso penalistico, anzitutto all'attuazione "reale" del *principio di legalità*, con particolare riferimento al canone di sufficiente determinatezza o di tassatività; in secondo luogo, all'attuazione del carattere della *frammentarietà* del diritto penale[10], nonché dei princìpi di *uguaglianza*, di *proporzione*, di *ultima ratio*, di *offensività* e, infine, di *personalità della responsabilità penale*[11].

Il tutto in considerazione, come ancora vedremo, della tendenziale perdita di "selettività" – quale contrassegno funzionale del *Tatbestand* – che la presenza di clausole generali è in grado di provocare nei confronti della fattispecie penale; nonché in considerazione, più in generale, degli effetti negativi di tali formule normative vaghe sulla decifrabilità *ex ante* delle conseguenze penali collegabili a dati comportamenti.

3. *Clausole generali e princìpi di garanzia*

I. In pratica, quasi ogni aspetto del *nullum crimen*, tanto formale quanto sostanziale, è potenzialmente esposto alla carica di incertezza normativa di cui sono portatrici le clausole generali, in quanto formule vaghe che aprono a criteri di giudizio metaforici.

Si fa qui riferimento, quindi, a una nozione ampia del *nullum crimen*, come formula di sintesi che compendia tutti i princìpi costituzionali di garanzia in materia penale: quelli formali, riguardanti le fonti, la loro accessibilità e le regole circa le modalità di applicazione, condensati nella formula del *nullum crimen, nulla poena sine lege* (*scripta, certa, stricta et praevia*); quelli sostanziali, riguardanti il modello di reato, quindi *nullum crimen, nulla poena sine actione, sine iniuria, sine culpa* (materialità, offensività, personalità/colpevolezza). Peraltro, come vedremo, anche (i princìpi riguardanti) gli scopi della pena non sono estranei – nei loro

[9] Cfr. BIN R. 2013, 220. L'A. qualifica le clausole generali, assieme ad altri concetti analoghi (concetti indeterminati, *wertausfüllungsbedürftige Begriffe*) e agli stessi principi costituzionali, come «porte entropiche»: «[n]ell'ordinamento giuridico ci sono (sempre state) "porte entropiche" attraversando le quali il sistema legislativo invita esplicitamente a importare dal suo esterno contenuti indispensabili all'applicazione della legge».

[10] Per un raffinato studio sulla frammentarietà, con esame delle cause della "riduzione" di tale "carattere" del diritto penale, v. da ultimo VORMBAUM 2011, 660 ss.; anche in trad. it.: VORMBAUM 2015, 51 ss.

[11] Sui rapporti di "tensione" tra clausole generali e principi costituzionali, con riferimento alle forme di manifestazione del reato che producono un'estensione dell'incriminazione (art. 40, comma 2, art. 56, art. 110 c.p.), si rinvia alla ricostruzione di RISICATO 2001, 41 ss.

collegamenti necessari con i princìpi relativi alle fonti e al modello di reato – al problema qui studiato.

II. Partendo comunque dall'aspetto fondamentale riguardante il *nullum crimen sine lege certa et stricta*, e rievocando le funzioni solitamente assegnate al principio di determinatezza/tassatività come categoria di derivazione illuministica, si può osservare che l'utilizzo da parte del legislatore penale di clausole generali coinvolge, per un verso, i *rapporti tra poteri dello Stato* (principalmente, il legislatore e il giudice); per altro verso, i *rapporti tra persona e autorità* (in particolare, con riferimento alle garanzie compendiate dall'esigenza di "certezza del diritto")[12].

Poiché, in fondo, le clausole generali consistono in *un rinvio (intenzionale) all'interprete* – al quale è "delegato"[13] da parte del legislatore il compito di una loro *disambiguazione* in funzione di parametri variabili e (più di frequente) metagiuridici – esse sono in grado di incidere non soltanto sulle dinamiche della *separazione dei poteri* dello Stato; bensì, in definitiva, anche sugli aspetti *comunicativi*, *cognitivi* o *relazionali* della dialettica autorità/persona, almeno per quei tratti che si esprimono mediante la posizione di norme giuridiche, tanto più se provviste di sanzioni penali.

3.1. *Tra determinatezza e colpevolezza. L'accessibilità e la decifrabilità delle norme penali e la calcolabilità delle conseguenze della loro violazione*

I. Quest'ultimo punto, relativo ai rapporti tra *autorità-che-pone-la-norma-penale* e *persona-destinataria*, merita qualche breve precisazione.

Non potendo qui approfondire la vecchia questione dei *destinatari delle norme (penali)*, assumo che i destinatari delle stesse siano, benché in modo diseguale, tanto i singoli "consociati" (e, in ogni caso, le persone); quanto gli "interpreti e 'applicatori' istituzionali" che compongono l'apparato della giustizia repressiva (e, tra questi, principalmente, il giudice, ma anche il pubblico ministero, la polizia giudiziaria, etc.).

Le *rationes* garantistiche del principio di determinatezza/tassatività includono (tengono conto di) questo "doppio registro" del messaggio del legislatore penale, che è rivolto agli interpreti istituzionali dell'apparato repressivo, nell'intento di ridurne la discrezionalità e di impedirne l'arbitrio; e, insieme, alle singole persone, nell'intento di garantire loro un perimetro di libertà d'azione in funzione della conoscibilità dei precetti e della calcolabilità delle conseguenze collegate alla loro violazione.

[12] Cfr., ma con riferimento più generale alla determinatezza/tassatività, MOCCIA 2001, 17 ss.

[13] Di giudizio "libero da fattispecie" in presenza di clausole generali e di «atto di delega al giudice» parla, per es., ESSER 1972; cfr., tra gli altri, MENGONI 1986, 13 e *passim*.

La duplicità di scopi del principio di determinatezza è ribadita da ultimo dalla Corte costituzionale, dapprima in un'ordinanza di rinvio pregiudiziale e poi in una recentissima sentenza[14], che prendono origine dalla nota e discussa sentenza *Taricco* della Corte di Giustizia dell'Unione europea[15].

Così l'ordinanza della Consulta nella vicenda *Taricco*:

> «[...] questa Corte è chiamata dai giudici rimettenti a valutare, tra l'altro, se la regola tratta dalla sentenza resa in causa Taricco soddisfi il *requisito della determinatezza*, che per la Costituzione deve caratterizzare le norme di diritto penale sostanziale. Queste ultime devono quindi essere formulate in termini chiari, precisi e stringenti, sia allo scopo di *consentire alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta sul piano penale*, sia allo scopo di *impedire l'arbitrio applicativo del giudice*»[16].

Limitiamo qui il discorso, per ora, alla *persona* come destinataria di precetti – e, più in generale, norme – penali materiali (o sostanziali): ossia, quelle che stabiliscono quali fatti punire, di quali soggetti, con quali pene, e che riguardano, inoltre, la punibilità (es., limiti spaziali e temporali, quindi cause estintive, ma anche condizioni di punibilità, etc.).

Come noto, le *teorie preventive* (o *strumentali* o *relative*) *della pena* – tanto nel senso della prevenzione generale negativa e positiva quanto in quello della prevenzione speciale positiva – postulano qualcosa di tanto indimostrato, quanto (maledettamente) necessario alla giustificazione del potere punitivo: ovvero, proprio l'evocato *processo comunicativo* tra posizione statuale delle norme penali e destinatari dei precetti[17].

Un fin troppo facile esempio "dimostrativo" del nesso tra (*a*) aspetti "cognitivi" (argomentati alla luce della conoscibilità del precetto e della scusabilità dell'*ignorantia legis* inevitabile), (*b*) determinatezza (motivante) del "messaggio" normativo e (*c*) funzioni preventive della pena (in particolare lo scopo rieducativo) è rinvenibile nella storica sentenza della Consulta sull'art. 5 c.p.[18].

[14] Corte cost., ord. n. 24/2017; Corte cost., sent. n. 115/2018 (su quest'ultima pronuncia si vedano: AMALFITANO 2018; DONINI 2018).

[15] Corte di giustizia UE, 8 settembre 2015, causa C-105/14. Sulla vicenda Taricco, per dar conto della messe inusitata – e forse tutto sommato esagerata – di reazioni e, quindi, di contributi che ha suscitato, sarà sufficiente rinviare ai volumi curati da PAONESSA, ZILETTI 2016; BERNARDI A. 2017; BERNARDI, CUPELLI 2017; AMALFITANO 2018.

[16] Corsivi aggiunti. L'ordinanza della Consulta si può leggere, per es., in CUPELLI 2017; oppure sul portale *Diritto Penale Economia Impresa* (con nota di BIN L. 2017); per i commenti all'ordinanza si rinvia nuovamente al bel volume curato da BERNARDI, CUPELLI 2017.

[17] Senza contare che una funzione simbolico-comunicativa può essere assegnata alla pena anche nel contesto delle teorie assolute, come la teoria retributiva, e di quelle polifunzionali: lo ribadisce, da ultimo, FIANDACA 2017, 3-44, in part. 22 s.

[18] Corte cost., sent. n. 364/1988.

In senso analogo si è successivamente espressa la stessa Corte nella pronuncia sull'*error aetatis* nei delitti sessuali[19], che, nonostante il dispositivo di "inammissibilità" (sorprendente, attesa la motivazione), ribadisce e specifica che il principio di colpevolezza, assieme a quello di legalità, è garanzia di

> «libere scelte d'azione sulla base di una valutazione anticipata ("calcolabilità") delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta; "calcolabilità" che verrebbe meno ove all'agente fossero addossati accadimenti estranei alla sua sfera di consapevole dominio, perché non solo non voluti né concretamente rappresentati, ma neppure prevedibili ed evitabili».

Riconoscendo, infine, che «il principio di colpevolezza ha ruolo "fondante" rispetto alla funzione rieducativa della pena»[20].

In una certa misura – secondo la lezione della nostra Corte costituzionale – si tratta di un *flusso comunicativo bidirezionale*, anche se solo nel senso che ai doveri di comunicazione del legislatore corrispondono doveri "strumentali" di natura cognitiva incombenti sui c.d. destinatari dei precetti penali (qui intesi, sia ribadito, come persone soggette alle norme)[21]; e, comunque, un *processo comunicativo cooperativo*, nel senso che al destinatario dei precetti è richiesto un compito di "decodificazione" che permetta di decifrare le disposizioni e reperirne il significato[22].

II. Oltre che in questa maniera più "classica", l'interferenza delle clausole generali con i principi di determinatezza e colpevolezza può essere argomentata con lessico più nuovo, sviluppatosi dapprima nell'uso della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e poi entrato nell'uso "comune": ovverosia, in termini di *prevedi-*

[19] Corte cost., sent. n. 322/2007.

[20] Corte cost., sent. n. 322/2007, cit., par.2.3 del *Considerato in diritto*. Più in generale, sul tema dei rapporti tra colpevolezza (determinatezza) e prevenzione, per tutti: PAVARINI 2012, 436 ss.; DONINI, RAMPONI 2012, 294 ss. (con i riferimenti necessari).

[21] Sulla natura biunivoca degli "obblighi informativi" e sul loro fondamento, rinvenibile nell'ideologia contrattualistica e nel principio solidaristico, cfr. Corte cost., sent. n. 364/1988, cit., par. 17 e 18 del *Considerato in diritto*: per un verso, «[...] le garanzie di cui agli artt. 73, terzo comma e 25, secondo comma, Cost., per loro natura formali, vanno svelate nelle loro implicazioni: queste comportano il contemporaneo adempimento da parte dello Stato di altri doveri costituzionali: ed in prima, di quelli attinenti alla formulazione, struttura e contenuti delle norme penali». Per altro verso, «incombono sul privato, preliminarmente, strumentali, specifici doveri d'informazione e conoscenza: ed è a causa del non adempimento di tali doveri che è costituzionalmente consentito chiamare a rispondere anche chi ignora la legge penale. Gli indicati doveri d'informazione, di conoscenza ecc. costituiscono diretta esplicazione dei doveri di solidarietà sociale, di cui all'art. 2 Cost.». Insomma, ancora con le parole della (giustamente) celebre pronuncia: «discende dall'ideologia contrattualistica l'assunzione da parte dello Stato dell'obbligo di non punire senza preventivamente informare i cittadini su che cosa è vietato o comandato ma da tale ideologia discende anche la richiesta, in contropartita, che i singoli s'informino sulle leggi, si rendano attivi per conoscerle, prima d'agire».

[22] Corte cost., sent. n. 364/1988, cit., par. 18 del *Considerato in diritto*: «[i]l passaggio dall'oggettiva possibilità di conoscenza delle leggi penali, assicurata dallo Stato all'effettiva, concreta conoscenza delle leggi stesse avviene attraverso la "mediazione", ovviamente insostituibile, dell'attività conoscitiva dei singoli soggetti».

bilità della norma, ottenuta alla luce dell'interpretazione del testo, oppure in termini di *prevedibilità della decisione giudiziale* (o dell'esito giudiziario, o della soluzione giudiziale, o, ancora, del diritto, secondo le varianti terminologiche più diffuse)[23].

Si tratta di una prospettiva (almeno in parte) nuova del *nullum crimen*, che, se da un lato fa emergere la dimensione sovranazionale delle garanzie, dall'altro sembra "sdoganare" (in un certo senso anche in termini letterali...) in maniera ancora più evidente la natura sempre più "giurisprudenziale" del diritto penale. Si rinvengono qui, in termini (evocativi, benché cacofonici) di "europeizzazione" e "giurisprudenzializzazione", le trasformazioni più rimarchevoli del diritto penale contemporaneo, capaci di incidere sulla stessa struttura genetica del sistema[24].

In sostanza, in questa prospettiva, l'accento cade sulla qualità del testo normativo riguardata alla luce della possibilità per il consociato di riconoscere *ex ante*, quindi prima di tenere un dato comportamento, che esso sarà considerato penalmente rilevante e che allo stesso saranno ricollegate conseguenze sanzionatorie pure prevedibili.

Ne deriva una conseguenza quasi banale: che la valenza comunicativa assegnabile alle norme, alla quale si è fatto riferimento poc'anzi, riguarda non solo (o non tanto) quelle scritte nei codici e nelle leggi, ma anche (o soprattutto) quelle ottenute a mezzo dell'opera di interpretazione e applicazione ai casi[25].

[23] Ci si riferisce in particolare alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, maturata alla luce dell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Su questa giurisprudenza, v., per es.: BERNARDI A. 2001, 249 ss.; MANES 2011, 1 ss., in part. 27 ss.; ZAGREBELSKY V. 2011, 69 ss.; MANES 2012a, 274 ss.; VALENTINI 2012, 138 ss.; MAZZACUVA 2016, 236 ss.; VIGANÒ 2016a, *passim*. Per gli sviluppi più recenti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si rinvia, in part., a Corte europea, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada contro Spagna*, in part. par. 77 ss.; Corte europea, Sez. IV, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*. Quest'ultima sentenza ha generato, come noto, un vivace dibattito interno. Cfr., per es.: BERNARDI S. 2017; DE FRANCESCO G. 2016, 12; DE FRANCESCO G. 2017; DI GIOVINE 2015, 11 ss., in part. 16 ss.; DONINI 2016a, 346 ss.; DONINI 2017; ESPOSITO 2015; GIORDANO 2015; LEACCHE 2015, 4611 ss.; LEO 2017; MAIELLO 2015, 1019 ss.; MANNA 2016; MARINO 2015; MILONE 2016; PALAZZO 2015, 1066 ss.; PULITANÒ 2015b, 52 ss.; VIGANÒ 2016b.

[24] Per una rimeditazione recente e per i riferimenti necessari, DONINI 2016b, 13 ss. Rispetto al "diritto penale giurisprudenziale" in generale (e alla "dimensione sovranazionale del *nullum crimen*" in particolare), si argomenta, di solito, in termini di "crisi della legalità penale", benché con atteggiamenti di segno anche molto diverso nel panorama dottrinale, che vede difese appassionate del principio di legalità (interna) e tentativi di lettura integrata, antiformalistica o appunto sovranazionale dello stesso: cfr., per es., i contributi raccolti in PALIERO et al. 2016, *passim*; nonché, tra i tanti possibili riferimenti ulteriori, e limitandosi solo ad alcuni contributi pubblicati a partire dal 2010, con accenti, impostazioni e svolgimenti anche molto diversi: GRANDI 2010; DONINI 2011, 43 ss., 63 ss.; DONINI 2016b, 13 ss.; VOGLIOTTI 2011, *passim*; VOGLIOTTI 2013, 410 ss., 414 ss.; VOGLIOTTI 2016; MANES 2012b, *passim*; SOTIS 2012, *passim*; VALENTINI 2012, *passim*; VALENTINI 2016; PALIERO 2014, 1109 ss.; PULITANÒ, 2015a, 29 ss.; PULITANÒ 2015b, 46 ss.; DI GIOVINE 2013, 159 ss.; DI GIOVINE 2015, 11 ss.; CADOPPI 1999, *passim*; BERNASCONI 2016, 417 ss.; BONINI 2015; PALAZZO 2016a e; PALAZZO 2016b, 4 ss.; FIANDACA 2017, 114 ss.

[25] Sulla «valenza comunicativa nei confronti della generalità dei consociati (e degli operatori del diritto in specie)» assegnabile a "ogni sentenza", cfr. VIGANÒ 2016a, 30 ss., il quale addirittura desume dal canone della prevedibilità (fondato su basi costituzionali ed euro-convenzionali) un vero e proprio dovere tendenziale, già *de lege lata*, per il giudice penale (di merito e di legittimità) di attenersi al precedente

Prescindo qui da ulteriori considerazioni sulla complicata tematica della calcolabilità/prevedibilità/conoscibilità[26] e mi limito a rimarcare soltanto, in via descrittiva, due possibili alternative ai fini del discorso qui svolto sulle clausole generali.

La *prevedibilità* (in tutte le sue gradazioni, fino all'opposto dell'imprevedibilità) in relazione a una regola vaga o indeterminata in quanto formulata a mezzo di una clausola generale, può riferirsi, in via ordinaria e tradizionale:

i) alle regole ricavabili da un testo di legge che contiene una clausola generale;

ma anche, oramai:

ii) a una "regola giurisprudenziale" che sia essa stessa una clausola generale (o comunque, in un senso meno impegnativo sul piano definitorio, una regola giurisprudenziale vaga o indeterminata), specialmente (benché non solamente) quando questa abbia la forza, a seconda dei casi vincolante o no, di *precedent*, di massima, di *regula iuris* formulati da una corte suprema interna o da una corte sovranazionale.

Si tratta, nella seconda ipotesi, quella cioè di una clausola generale contenuta in una regola di diritto formulata in una sentenza, di una prospettiva meno indagata, o quasi per nulla indagata sul versante penale, per lo meno in termini di determinatezza/prevedibilità[27].

della Cassazione («il carattere *tendenziale* dell'obbligo», aggiunge l'Autore, «allude, semplicemente, alla sua *derogabilità* nel caso concreto nel quadro di un suo bilanciamento con il principio di soggezione del giudice "soltanto" alla legge, anch'esso dotato di copertura costituzionale»).

[26] Più in generale, e con riferimento all'attuale crisi della fattispecie e della nozione weberiana di calcolabilità (WEBER 1922, *passim*), IRTI 2016, 19 ss., 34 ss., 39 ss. Per approfondimenti recenti nell'ambito penalistico si rinvia ai contributi citati alle note che precedono, e in particolare a VIGANÒ 2016a, *passim*. Si vedano anche DI GIOVINE 2015, *passim* e in part. 16 ss.; e DONINI 2016b, 28 ss. Per un'applicazione specifica sul terreno della colpa, GRECO 2016, 126 ss.

[27] Fa eccezione VIGANÒ 2016a, 26 ss.: «[i]n quest'ottica, il canone di precisione della "norma" penale – dedotto dalla giurisprudenza costituzionale e dalla dottrina penalistica dall'art. 25 co. 2 Cost. – assume la veste non già di criterio di valutazione della legittimità costituzionale delle disposizioni legislative, bensì di *criterio di valutazione della stessa attività di produzione normativa* svolta dalla giurisprudenza nella sua attività di interpretazione delle disposizioni legislative: le *regulae iuris* enucleate dalla giurisprudenza – e dunque le *rationes decidendi* che costituiscono, esplicitamente o implicitamente, le premesse maggiori dei sillogismi che conducono alla decisione nel caso concreto – devono esse stesse conformarsi al requisito della precisione, che è condizione indispensabile perché quelle stesse regole (una volta divenute "diritto vivente", a seguito del loro avallo da parte della giurisprudenza di legittimità) possano orientare in maniera sicura, e dunque prevedibile, la futura attività giurisdizionale. [...] L'esigenza di chiarezza e precisione delle *regulae iuris* elaborate dalla giurisprudenza come premesse maggiori del sillogismo giudiziale vale, naturalmente, in massimo grado per la *giurisprudenza di legittimità*, alla quale spetta il compito di assicurare l'uniforme applicazione della legge penale nell'intero ordinamento: un compito che è destinato però a non poter essere assolto, nell'ipotesi in cui il principio di diritto cui i giudici di merito dovrebbero auspicabilmente attenersi sia formulato in termini vaghi e imprecisi. Molti sono, però, gli esempi che potrebbero addursi, anche recenti, di *fallimento* della funzione nomofilattica imputabili proprio all'insufficiente precisione del principio di diritto enunciato dalla Cassazione – a volte anche nella sua più autorevole composizione a sezioni unite – che lascia di fatto senza guida i giudici successivi» (corsivi originali). I passi riportati sono alle pagine 27 e 28. Quali esempi di regole di diritto indeterminate emanate dalle Sezioni unite, lo stesso Autore (VIGANÒ 2016a, 28 e 29) indica la «quantificazione del profitto confiscabile» (Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, *Impregilo*) e la «distinzione tra corru-

III. Quale che sia la maniera di argomentare, secondo un lessico più o meno classico, quindi intendendo il *nullum crimen* su basi costituzionali interne oppure come nozione integrata su basi convenzionali e sovranazionali[28], si tratta pur sempre della chiarezza del messaggio normativo e della sua accessibilità/decifrabilità da parte del destinatario (oltre che, su un piano diverso, come visto, della limitazione dell'arbitrio giudiziale).

Su questo flusso comunicativo – come detto, addirittura fondante sul piano della giustificazione stessa del *ius puniendi* – possono incidere in senso distorsivo o interruttivo, assieme ad altri fattori, *norme penali* (disposizioni di legge/regole di diritto contenute in sentenze) incentrate su elementi vaghi e indeterminati come le clausole generali.

4. *Tranelli del linguaggio e difficoltà definitorie*

I. Facendo ricorso a un'ulteriore metafora[29], le clausole generali, in quanto *formulazioni linguistiche ellittiche e bisognose di concretizzazione valutativa*, in funzione della loro vaghezza, sembrano assimilabili a "tranelli del linguaggio": quei «*tranelli che il linguaggio* [in questo caso il linguaggio giuridico] *dissemina sulla strada del pensiero*», e che il giurista (come il logico) avrebbe il compito di «*mettere a nudo*» (corsivi miei)[30].

Il riferimento va a quel filone della logica e poi della filosofia analitica che, almeno a partire dalla critica ai limiti del *linguaggio naturale* operata da Frege, auspica la costruzione di un *linguaggio formale*, privo di *elementi intuitivi* e adeguato alle esigenze di rigore proprie del discorso matematico. Ricondotto nella prospettiva del linguaggio giuridico, il parallelo (lungi dal voler riproporre concezioni rigidamente – ma anche ingenuamente – "meccanicistiche" dell'applicazione del diritto)[31],

zione e induzione indebita» (Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 12228, *Maldera*). Un esempio ancora più "altisonante" di *regula iuris* formulata dai giudici, utilizzando in fin dei conti una clausola generale metagiuridica (a contenuto quantitativo indefinito: «in un numero considerevole di casi»), si può identificare nella c.d. "regola Taricco" (Corte di Giustizia UE, 8 settembre 2015, in causa C-105/14). Sulla regola Taricco si tornerà nel proseguo (§ 8.1.1).

[28] Si prescinde qui – dandole un po' per scontate per ragioni di spazio – dalle differenze individuabili, in termini di *rationes* e di contenuti del *nullum crimen sine lege*, nel passaggio dalla nozione costituzionale interna a quella sovranazionale (art. 7 Convenzione europea dei diritti dell'uomo e art. 49 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), sulle quali, per tutti e da ultimo: VIGANÒ 2016a, 5 ss., 10 ss.; in relazione alla dimensione interna e sovranazionale (anche) del *nullum crimen sine culpa*, si veda, per es.: PULITANÒ 2012, 1231 ss.; PULITANÒ 2015a, 46 ss. (e 52 ss. sul lessico della "legalità CEDU": là dove il chiaro Autore lamenta la confusione di piani concettuali, tra riserva di legge e principio di colpevolezza); più di recente, COTTU 2017, 355 ss.

[29] Già evocata nel lavoro pubblicato nel 2013 (CASTRONUOVO 2013, 479).

[30] La frase – attribuita a uno dei padri della logica moderna: Gottlob Frege – è riportata, per es., in COPI, COHEN 1953, 98.

[31] Sulle quali cfr., per es., FERRAJOLI 1989, 99 s.; nonché POUND 1954, 75 ss., in part. 81; DONINI 2011,

si limita, qui, all'osservazione della possibilità che le clausole generali siano elementi che, introducendo non poche volte elementi "intuitivi" o "soggettivi" (quindi, in questo senso "valutativi"), possano rappresentare dei "tranelli" nell'attività ricostruttiva dell'interprete, a causa della loro accentuata vaghezza.

Tranelli difficili da "svelare", poiché, come anticipato, le prime difficoltà sorgono già al *momento definitorio*.

Se il carattere di "flessibilità" (e, per il legislatore, di *intenzionale indeterminazione*) solitamente assegnato alle clausole generali è capace di produrre una peculiare "vaghezza normativa", i problemi di definizione del concetto presentano una sorta di *meta-vaghezza*, o vaghezza della vaghezza, poiché, a mostrarsi malcerti sono già i contorni della categoria deputata a produrre elasticità di giudizio[32].

II. Gli esempi e l'approfondimento concettuale della categoria sono più facilmente riconoscibili nel contesto privatistico, dove sono affatto tradizionali (benché circondate da controversie), tra le altre, le clausole di *correttezza*, *buona fede*, *equità*, *diligenza del buon padre di famiglia*, *normale diligenza*, *diligenza ordinaria*, *colpa grave*, *ingiustizia del danno*, *ordine pubblico*, *buon costume*, *normale tollerabilità*, *a regola d'arte*, *gravi motivi*, *giusta causa*, etc.[33].

Nondimeno, la presenza di clausole generali non è estranea al diritto penale positivo, né, la loro tematizzazione, al *logos* della scienza giuridico-penale[34].

80 ss.; più in generale, sui profili teorici dell'interpretazione in diritto penale, DI GIOVINE 2006, *passim*; per una riconsiderazione recente si vedano i contributi di M. Vogliotti, L. Ferrajoli, D. Pulitanò, B. Pastore, F. Palazzo, G. Carlizzi, raccolti in VOGLIOTTI et al. 2016.

[32] Sull'ambiguità del termine "clausole generali" (o di altri analoghi, come quello di "legal standard"), cfr., per tutti, LUZZATI 1990, 302-309, che preferisce parlare di «ipotesi di vaghezza socialmente tipica o da rinvio».

[33] Un catalogo di espressioni giuridiche vaghe, ricchissimo e trasversale alle discipline giuridiche, in LUZZATI 1990, 299-302.

[34] Sulla categoria delle "clausole generali" in diritto penale, e sulle problematiche collegate all'impiego di elementi "ambigui" o "vaghi" (scontando una certa variabilità terminologica e senza pretesa di completezza), si rinvia, per la letteratura di lingua tedesca, ai contributi di: CLASS 1961, 122 ss.; LENCKNER 1968, 249 ss.; NAUCKE 1973, *passim*; SCHÜNEMANN 1978, 6 ss.; JESCHECK, WEIGEND 1972, 129 s.; HASSEMER, KARGL 2005, n.m. 17 ss.; ESER 2007, n.m. 18 ss.; ROXIN 1973, 172 ss.; TIEDEMANN 2011, 1 ss. Da noi: BRICOLA 1965, 33 ss., 157 ss. (che si esprime soprattutto in termini di "concetti giuridici indeterminati", ovvero *unbestimmte Rechtsbegriffe*); PALAZZO 1979, 421 ss. ("elementi valutativi"); CONTENTO 1995, 109 ss.; MARINUCCI, DOLCINI 2001, 123 ss.; DE VERO 2004, 225 ss.; RISICATO 2004, 82 ss.; PULITANÒ 2005, 146-148 ("concetti normativi culturali" o "di valutazione culturale"), 321-323, in relazione a 148 ("clausole generali di rinvio al sapere tecnico e scientifico"); BONINI 2016, *passim*, e, in part., sui rapporti tra elementi normativi e determinatezza, 253 ss. In ambiti più specifici, in relazione alle "clausole generali di incriminazione suppletiva" degli artt. 40 cpv., 56 e 110 c.p., si veda RISICATO 2001, *passim*; un'attenta riconsiderazione delle clausole generali come tendenza della moderna legislazione, in relazione all'art. 113 c.p. (cooperazione colposa) e con riferimenti a Luhmann, Teubner e al costruttivismo, si rinviene in CORNACCHIA 2004, 544-550; in relazione alla colpa, quale macro-elemento normativo e clausola generale delle fattispecie colpose, descritte quali "fattispecie aperte", si permetta di rinviare a CASTRONUOVO 2009, 162 ss., 215 ss., 279 ss.; CASTRONUOVO

Nel discorso penalistico, la categoria non è sempre utilizzata; e, comunque, come accade del resto anche negli altri contesti della scienza giuridica, non è utilizzata in maniera terminologicamente univoca[35].

Quando la si utilizza, o quando si impiegano termini analoghi, si fa solitamente riferimento ad essi per indicare un *problema di tecnica normativa* (*oltre che di politica del diritto*)[36]: spesso richiamandosi alla distinzione tra "clausole generali", come espressione del metodo di normazione sintetica, e "norme casistiche", come espressione, viceversa, del metodo di normazione descrittivo-analitica (*kasuistische Gesetzgebung*)[37]; e ravvisando nelle formule proprie delle clausole generali (o di fenomeni analoghi) una «esigenza di più ampia mediazione del giudice per la loro applicazione»[38]; paventando eventualmente, in funzione della loro indeterminatezza, un pericolo per la certezza del diritto («eine Gefahr für die Rechtssicherheit»)[39].

III. La collocazione delle clausole generali, è ritenuta, *in criminalibus*, non indifferente: nel senso che si tende ad assegnare alle stesse «una valenza tutt'affatto diversa, a seconda che siano utilizzate nella "parte generale" oppure nella "parte speciale" del codice penale». È in questa seconda ipotesi, infatti, che le clausole «rivelano tutta la loro potenziale pericolosità in relazione alla loro assai difficile compatibilità con i principi di stretta legalità e di determinatezza dell'illecito penale»[40].

Distinzioni del genere si rinvengono in maniera ancora più netta nella dottrina tedesca, quando si ricorda che le clausole generali «trovano un campo penalistico di applicazione, già in partenza ancor più vasto, nella *parte generale* del diritto

2011, 1616 ss. Nella filosofia del diritto (penale), sul rapporto tra verificabilità/falsificabilità e termini vaghi (o indeterminati) valutativi, FERRAJOLI 1989, 94 ss.

[35] Sull'oscurità e variabilità del lessico anche sul versante civilistico (o della teoria del diritto) – oltre alle osservazioni e ai riferimenti di LUZZATI 1990, 302 ss., il quale lamenta come la maggioranza degli autori resti prigioniera di questa ambiguità (305, nt. 3) – v., per es., di recente: VELLUZZI 2006, 2 ss.; VELLUZZI 2010, 1 ss., in part. 7 ss. (nella manualistica), 11 ss. (nei saggi), 23 ss. (nella giurisprudenza); FABIANI 2012, 187 ss.; FORCELLINI, IULIANI 2013, 404 ss.

[36] Sulla rilevanza anche in termini di "politica legislativa", cfr., per es.: PULITANÒ 1976, 224 ss., in part. 226 (ma con riferimento, dal punto di vista terminologico, agli "elementi normativi" della fattispecie penale); PALAZZO1979, 353 ss. (con riferimento agli "elementi valutativi": «[p]er quanto riguarda le ragioni, non solo di tecnica ma [...] anche di politica legislativa, per le quali il legislatore talvolta fa ricorso agli elementi valutativi, esse sono solitamente individuate nella duplice esigenza di semplificazione della legislazione e del suo costante adeguamento alla realtà»). Su questo aspetto, con specifico riferimento terminologico alle clausole generali, sul piano della filosofia del diritto, si veda, sin dal sottotitolo, VELLUZZI 2010, *passim*.

[37] Su tale carattere distintivo insisteva, per es., ENGISCH 1956, 192 s. Cfr., inoltre, MARINUCCI, DOLCINI 2001, 123 ss.; DE VERO 2004, 226 ss. (che si riferisce, come altri autori, a una tripartizione delle tecniche di normazione: "per clausole generali", "casistica" e "sintetica").

[38] In quest'ultimo senso, per le fattispecie contrassegnate da "elementi valutativi", PALAZZO 1979, 421.

[39] Così, per es., JESCHECK, WEIGEND 1972, 129.

[40] CONTENTO 1995, 110.

penale, che secondo una diffusa concezione non è vincolata, o non lo è del tutto, al principio di legalità ed in ogni caso non al principio di determinatezza»[41].

IV. Tuttavia, in diritto penale (ma non solo in questo[42]), non sempre si procede a distinzioni semantiche precise rispetto a fenomeni e a termini analoghi: *norme elastiche* (o *concetti elastici*), *fattispecie aperte* ("*offene Tatbestände*"), *standard normativi* ("*legal standards*"), *concetti giuridici indeterminati* ("*unbestimmte Rechtsbegriffe*"), *disposizioni bisognose di integrazione normativa* ("*wertausfüllungsbedürftige Begriffe*"), *norme in bianco* (o anche "*Blankettbegriffe*"), *elementi valutativi* (o *normativi*) *indeterminati*, *organi respiratori*, *concetti-valvola* ("*Ventilbegriffe*"), *valvole di sicurezza* ("*Sicherheitsventilen*"), etc. Né si distinguono sempre le clausole generali dalle varie ipotesi (maggiori) di *discrezionalità del giudice* ("*Ermessen des Richters*"): in particolare, nel contesto della c.d. commisurazione della pena in senso ampio[43].

Così, nel discorso penalistico, possono essere indicate come "clausole generali" – oppure no, a seconda delle diverse opzioni classificatorie – le nozioni più disparate, ma accumunate dal carattere di una variabile vaghezza, riconoscendone talora l'opportunità o la necessità per ragioni di tecnica normativa; lamentandone, talaltra, l'eccessiva imprecisione, indeterminatezza, generalità o genericità, essendo rimessa la loro definizione alle "scelte" più o meno (in)controllabili dell'interprete.

Insomma, per dirla con Claudio Luzzati, anche nell'uso penalistico è quanto mai vero che le clausole generali corrispondono (soltanto) a *metafore della vaghezza*. Non v'è accordo su ulteriori caratteri comuni, né sono enucleabili criteri davvero condivisi per riconoscerle. Quasi che una metafora di (intenzionale) indeterminatezza normativa sia poi, per sua propria natura, destinata a restare vaga nel suo significato più generale.

Il tentativo di fornire una formula esatta in sede di definizione finisce per corrispondere al tentativo – finora rivelatosi inidoneo – di *determinare l'indeterminabile*[44].

[41] TIEDEMANN 2011, 2 s. (con riferimenti ulteriori).

[42] Cfr., in generale, ENGISCH 1956, 197. In senso critico, in particolare circa la mancata distinzione tra "clausole generali" e "norme generali", tra gli altri e con riferimenti ulteriori, FORCELLINI, IULIANI 2013, 415 ss. Secondo gli Autori – anche sulla scorta per es. di MENGONI 1986, 9 – in entrambe le ipotesi «si è in presenza di una delega al giudice, ma, mentre nel caso delle norme generali l'intervento giudiziale si esaurisce nella concretizzazione di una fattispecie predeterminata dal legislatore, seppure in modo non casistico, e non influisce sulla produzione della norma, nel caso delle clausole generali la discrezionalità si spinge oltre, sino alla determinazione stessa della fattispecie, diventando la valutazione giudiziale misura stessa del comportamento» (FORCELLINI, IULIANI 2013, 420, e ulteriori sviluppi sulla medesima distinzione nelle pagine successive).

[43] Sulla discrezionalità è d'obbligo il riferimento, in sede monografica, a BRICOLA 1965. Si vedano, inoltre, STILE 1976-77, 275 ss.; DOLCINI 1979; DOLCINI 1985, 61 ss.; CARUSO 2009, *passim* (anche per i riferimenti necessari).

[44] Per parafrasare l'intitolazione del contributo di GARCÌA SALGADO 2003, 105 (*Determinar lo indeterminado*).

5. *Decostruzione del concetto: da una inafferrabile definizione agli esempi concreti*

I. Non resta, allora, che prendere atto della "babele lessicale"[45]e tralasciare la poco proficua prospettiva definitoria, per dedicarsi invece all'individuazione di singole ipotesi di clausole. Si vuole dare rilievo, molto semplicemente e in una prospettiva orientata alle conseguenze, a un criterio selettivo fondato sugli effetti (negativi) delle *formule vaghe* sul *nullum crimen* (complessivamente inteso alla stregua dei canoni di determinatezza, prevedibilità, colpevolezza).

Più precisamente, in questa fase di parziale e incompleto "censimento" di esempi si possono utilizzare come *caratteri sintomatici* di riconoscimento delle diverse ipotesi, per un verso, la *natura valutativa* del sintagma utilizzato dal legislatore, consistente per lo più in un *rinvio* a un *parametro di integrazione* (non necessariamente extra- o meta-giuridico) per l'attribuzione di significato al sintagma stesso; e, assieme, l'effetto (entropico) di *intenzionale indeterminazione* mediante conferimento al giudice del potere di disambiguazione del parametro (criterio, standard) di integrazione.

Solo in un secondo momento si procederà a verificare l'opportunità di una classificazione degli esempi rinvenibili in gruppi tipologici omogenei.

Con due avvertenze al lettore che volesse proseguire oltre: *i*) si tratta di esempi di formule vaghe sui quali sorge quantomeno il sospetto circa la loro appartenenza alla categoria delle clausole generali, in quanto presentano almeno alcuni dei caratteri o effetti sintomatici qui sopra ricordati; *ii*) l'indicazione come possibili esempi non significa necessariamente che lo scarso coefficiente di determinatezza delle singole formule comporti sempre e automaticamente la sua insufficienza, quindi l'incompatibilità delle relative disposizioni normative al metro del *nullum crimen*, ossia sul piano della complessiva rispondenza allo "standard qualitativo" della norma (determinatezza, prevedibilità, colpevolezza).

Con queste premesse – ne sono consapevole – così poco tassonomiche[46], e col rischio, dunque, di restare vittime di una "vertigine della lista"[47], *il catalogo è questo* (...forse).

a) Con riferimento a disposizioni o a istituti di "parte generale", si pensi, in via esemplificativa e non esaustiva, alle nozioni di:

imputabilità (in relazione alla *capacità di intendere e di volere*: art. 85 c.p.);

[45] Documentata da quasi tutti gli studi teorici sul tema: per es., ancora una volta, da VELLUZZI 2009, 38 (in relazione alle confusioni e sovrapposizioni concettuali ripercorse nelle pagine precedenti del libro del filosofo del diritto milanese).

[46] Ma che, credo, si giustifichino sulla base dell'affermazione iniziale, presa in prestito da Luzzati, e che fa da *Leitmotiv* al percorso fin qui svolto e a quello che resta da svolgere: «[i]n ogni settore del diritto la vaghezza delle norme solleva problemi specifici, ignoti negli altri settori» (LUZZATI 1990, 369).

[47] Cfr. ECO 2009, *passim*.

gravità del reato e *capacità a delinquere del colpevole* (quali criteri commisurativi della pena: art. 133 c.p.)[48];

pericolosità sociale (quale presupposto per l'applicazione di una misura di sicurezza: artt. 202-203 c.p.)[49];

abitualità, *professionalità* e *tendenza a delinquere* (quali situazioni soggettive – che incidono, tra l'altro, sugli aumenti di pena ai fini della recidiva e sull'applicazione di misure di sicurezza – da valutarsi sulla base della natura dei reati, del tempo entro cui sono stati commessi, della condotta, del genere di vita del colpevole, etc.: artt. 102-109 c.p.)[50];

reati della stessa indole (in relazione a quelli che, pur essendo preveduti da disposizioni diverse, «nondimeno, *per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinarono*, presentino, nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni»: art. 101 c.p.);

colpa (in relazione alla violazione della *diligenza, prudenza o perizia*: art. 43 c.p.; ma anche in relazione all'inosservanza di variabilissime regole cautelari positivizzate in *leggi, regolamenti, ordini o discipline*);

caso fortuito e *forza maggiore* (art. 45 c.p.)[51];

[48] Se il carattere di "rinvio valutativo al giudice" è più evidente nel criterio di commisurazione del comma 2 dell'art. 133 (capacità a delinquere desunta dai *motivi a delinquere e dal carattere del reo, dalla condotta e dalla vita del reo antecedenti al reato, dalla condotta contemporanea o susseguente, dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale*), anche il comma 1 dello stesso articolo (gravità del reato) si riferisce a indici spiccatamente valutativi (*modalità della condotta, gravità del danno o del pericolo, intensità del dolo, grado della colpa*).

[49] A testimonianza di una certa "circolarità" delle clausole generali si può notare come, per dare contenuto alla prognosi di pericolosità sociale, il codice, all'art. 203, comma 2, "torni" sulle stesse circostanze indicate, a fini però diagnostico-commisurativi (e non invece prognostico-condizionanti), nell'art. 133, quindi, in particolare, alla capacità a delinquere.

[50] Invece – allargando lo sguardo, per così dire, alla *matière pénale* in senso ampio – sulla parallela figura della *proclività a delinquere*, quale presupposto per l'applicazione delle misure di prevenzione *ante delictum*, si veda Corte cost., sent. n. 177/1980, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, n. 3, legge n. 1423/1956. Da ultimo, sulla disciplina delle misure di prevenzione personali fondate sulle fattispecie di pericolosità "generica" di cui alla legge n. 1423/1956 (poi trasfuse nell'art. 1 della legge n. 159/2011: il c.d. codice antimafia), si è pronunciata la Corte europea, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *de Tommaso c. Italia*, che ha condannato l'Italia, dichiarando incompatibile tale disciplina con la libertà di circolazione (art. 2 Prot. 4 CEDU), sulla base della "insufficiente prevedibilità" delle conseguenze della propria condotta per il soggetto colpito dalla misura di prevenzione e quindi della inadeguatezza agli standard convenzionali della legislazione italiana: in particolare, la Corte ritiene estremamente vaghe le espressioni impiegate per descrivere le prescrizioni da imporre ai soggetti destinatari della misura (ovverosia, «di *vivere onestamente*, di *rispettare le leggi*, di *non dare ragione di sospetti*»: art. 5, comma 3, legge n. 1423/1956). Per dei commenti a caldo, cfr., con accenti diversi: VIGANÒ 2017a; MAUGERI 2017; e poi, più diffusamente, MENDITTO 2017. Sul punto si tornerà al § 8.2.1.

[51] Categorie che – al di là della discussione sulla loro eventuale superfluità nella sistematica del codice – sono da sempre contrassegnate dall'indeterminatezza dei criteri di integrazione/interpretazione, nel senso di un notevole affidamento al potere di valutazione del giudice in ordine alla definizione dell'*imprevedibilità* o della *irresistibilità* del fattore considerato. Per tutti, anche per i riferimenti necessari, FIANDACA, MUSCO 2014, 229 ss.

offesa ingiusta e *difesa proporzionata* nella legittima difesa (art. 52 c.p.)[52];
esercizio di un diritto o *adempimento di un dovere* (art. 50 c.p.), come scriminanti fondate su criteri (intra- e non meta-giuridici) finalizzati a gestire conflitti tra norme incriminatrici e norme extrapenali permissive o impositive[53];
eccesso nelle scriminanti (art. 55)[54];
delitto politico (definito, dall'art. 8, comma 3, c.p., come ogni delitto che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino, nonché ogni delitto comune *determinato, in tutto o in parte, da motivi politici*)[55];

si consideri anche la formulazione di varie circostanze aggravanti o attenuanti "comuni" (artt. 61-62-*bis* c.p.):
attenuanti generiche;
motivi abietti o futili;
motivi di particolare valore morale o sociale;
aver agito con crudeltà verso le persone;
aver profittato di *circostanze di tempo, luogo o persona* tali da ostacolare la pubblica o privata difesa;
stato d'ira determinato dal *fatto ingiusto altrui*;
danno patrimoniale di rilevante gravità;
danno patrimoniale o lucro di speciale tenuità;

[52] Sulla ricostruzione della legittima difesa (assieme allo stato di necessità e all'uso legittimo delle armi) come "diritto incerto" (con la conseguenza, per es., della necessaria attivazione di un procedimento penale), e sul valore della proporzionalità come elemento di soluzione della collisione giuridica tra beni in conflitto, si vedano le condivisibili considerazioni di DIAMANTI 2016, 1355 ss. Anche se si potrebbe dubitare dell'esistenza di "diritti certi", che l'A. contrappone a quelli "incerti" e identifica nell'esercizio di un diritto. Anche l'applicazione della scriminate prevista dall'art. 51 c.p., l'esercizio del diritto, conosce situazioni soggettive molto dubbie, desumibili dalla casistica tradizionale (per es. in relazione al c.d. *ius corrigendi* o al diritto di cronaca o agli *offendicula*), in cui emergono conflitti (tra beni) tutto sommato analoghi a quelli insiti nella figura della difesa legittima, risolubili solo all'esito di complicati "bilanciamenti". Del resto, dubbi e incertezze si rinvengono quasi sempre, anche rispetto all'esercizio del diritto, per lo meno nelle ipotesi di *eccesso* dai limiti di una (qualsivoglia) scriminante (v. *infra*).
[53] Sulla prima scriminante, si veda la perspicua analisi – svolta secondo la logica del conflitto tra norme incriminatrici e norme permissive – di SPENA 2008, *passim*.
[54] Il ruolo "integrativo" del giudice è massimo nelle ipotesi in cui si tratta di definire l'*eccesso* (che potrà essere, con conseguenze ovviamente assai diverse tra loro, incolpevole, colposo o doloso), ossia il superamento dei limiti previsti da ipotesi scriminanti fondate a loro volta su clausole generali o, comunque, su formule vaghe: così, per es., l'eccesso dai limiti dell'esercizio (lecito) del diritto; o dai limiti tracciati dalla proporzione per la difesa legittima.
[55] Sull'ampiezza e sui problemi interpretativi della nozione di delitto politico (specialmente del delitto politico "in senso soggettivo", ovverosia quello caratterizzato dalla motivazione psicologica dell'autore), FIANDACA, MUSCO 2014, 145-148; e, per un'indagine ampia e approfondita, PELISSERO 2000, *passim* (anche per riferimenti bibliografici).

inoltre, a seguito dell'introduzione dell'art. 131-*bis* c.p., si può fare riferimento alla nuova causa di esclusione della punibilità per *particolare tenuità del fatto*;

si pensi, infine, alle "clausole estensive della punibilità" riguardanti le forme di manifestazione del reato riconducibili:
al *concorso di persone* (art. 110);
al *tentativo* (art. 56);
al *reato omissivo improprio* (art. 40, comma 2, c.p.).

b) Con riferimento a disposizioni di "parte speciale" o del diritto penale complementare – ossia, a singole incriminazioni: quindi in un contesto in cui, a differenza della parte generale, la dottrina penalistica, come visto, ritiene meno tollerabile l'impiego di clausole generali[56] – vengono in rilievo, in maniera ancor più incompleta e in via di mera esemplificazione non esaustiva, attesa la vastità dell'ambito di riferimento:

la "classica" nozione di *osceno* e, di rimando, quella di *offesa al comune sentimento del pudore*[57];

quelle – limitrofe – di:
pubblica decenza[58];
pubblico scandalo[59];
morale familiare[60];
comune sentimento della morale e *ordine familiare*[61];

[56] Vedi *supra*, § 4.
[57] Si tratta di un'ipotesi di clausola generale per antonomasia, in quanto incentrata su sintagmi certamente valutativi e che fanno rinvio a parametri esterni al diritto in funzione di attribuzione di significato alle norme che li contengono. Il riferimento va, ovviamente, all'art. 529 (nozione di osceno) in relazione agli artt. 527 (atti osceni) e 528 (pubblicazioni e spettacoli osceni) c.p. Si tratta di fattispecie delittuose solo parzialmente depenalizzate dal d.lgs. 8/2016, ma che, comunque, non perdono il loro carattere emblematico proprio nella prospettiva qui presa in esame.
[58] Art. 725 c.p.: commercio di scritti, disegni od oggetti contrari alla pubblica decenza (già reato contravvenzionale, poi trasformato in illecito amministrativo dal d.lgs. 507/1999); art. 726 c.p.: atti contrari alla pubblica decenza (già contravvenzione poi trasformata in illecito amministrativo e sostituita nell'attuale formulazione dal d.lgs. 8/2016).
[59] Come condizione obiettiva di punibilità o, comunque, prescindendo qui da ogni precisazione classificatoria, come elemento richiesto dall'art. 564, comma 1, c.p., intitolato al delitto di incesto.
[60] Art. 565 c.p.: attentati alla morale familiare commessi col mezzo della stampa.
[61] Art. 15 l. n. 47 del 1958 (legge sulla stampa), che si riferisce, introducendo ulteriori elementi "vaghi", a «stampati i quali descrivano o illustrino con *particolari impressionanti o raccapriccianti*, avvenimenti», reali o immaginari, «in modo tale da poter turbare il comune sentimento della morale e l'ordine familiare [...]». Per l'infondatezza della questione di legittimità della disposizione si vedano: Corte cost., n. 293/2000; Corte cost., ord. n. 92/2002. Inoltre, si segnala che l'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 179 del 2009 (ai fini e per gli effetti dell'art. 14, commi 14, 14-*bis* e 14-*ter*, l. n. 246 del 2005 in tema di semplificazione normativa) ha dichiarato *indispensabile* la permanenza in vigore (anche) dell'art. 15 della legge sulla stampa.

onore, *decoro* e *reputazione*[62];

quella di *condizioni di abbandono (materiale e) morale* connesse al parto[63];

l'ampia e proteiforme nozione di *atti sessuali*[64];

o quella, di larghissimo impiego nel codice, di *vilipendio*[65];

le clausole "privatistiche" più classiche:
danno ingiusto[66];
ingiusto profitto[67];

e poi, ancora, quelle riguardanti le cause o i motivi o gli scopi della condotta:
senza giusta causa[68];
senza giusto motivo[69];
per crudeltà o senza necessità[70];
per petulanza o altro biasimevole motivo[71];
per provvedere a un grave ed urgente bisogno[72];

[62] In relazione all'ingiuria (art. 594 c.p., ora abrogato da l. n. 7/2016) e alla diffamazione (art. 595 c.p.).
[63] Con riferimento al delitto di infanticidio (art. 578 c.p.).
[64] Ai fini della disciplina dei delitti sessuali: cfr., in part., art. 609-*bis* (violenza sessuale), art. 609-*quater* (atti sessuali con minorenne), art. 609-*quinquies* c.p. (corruzione di minorenne).
[65] Art. 290 c.p.: vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle Forze armate; art. 291 c.p.: vilipendio alla *nazione* italiana; art. 402 c.p.: vilipendio della religione dello Stato (dichiarato illegittimo da Corte cost., sent. n. 508/2000); art. 403 c.p.: offese a una confessione religiosa mediante vilipendio di chi la professa; art. 408 c.p.: vilipendio di tombe, sepolcri o urne; art. 410 c.p.: vilipendio di cadavere.
[66] In relazione, per es., al delitto di minaccia (art. 612 c.p.).
[67] Il riferimento va ai delitti contro il patrimonio incentrati sull'ingiustizia del profitto, e, in particolare, per es., a rapina (art. 628), estorsione (art. 629), sequestro di persona (art. 630), deviazione di acque o modificazione dello stato dei luoghi (art. 632), truffa (art. 640), frode informatica (art. 640-*ter* e 640-*quinquies*), appropriazione indebita (art. 646 c.p.).
[68] Cfr., per es., la formula contenuta in vari delitti contro l'inviolabilità dei segreti (artt. 616, 618-622 c.p.).
[69] Rifiuto di prestare la propria opera in occasione di un tumulto (art. 652 c.p., ora depenalizzato dal d.lgs. n. 8 del 2016); inosservanza dell'obbligo dell'istruzione elementare dei minori (art. 731 c.p.).
[70] Cfr. i delitti di uccisione di animali (art. 544-*bis* c.p.) e di maltrattamento di animali (art. 544-*ter* c.p.). Quest'ultima fattispecie fa poi riferimento alla sottoposizione dell'animale a comportamenti o fatiche o lavori *insopportabili per le sue caratteristiche etologiche*.
[71] Art. 660: contravvenzione di molestia o disturbo alle persone. Il riferimento all'*altro* biasimevole motivo potrebbe consigliare l'incasellamento della clausola anche tra quelle ad "analogia esplicita o anticipata" (subito *infra*, nel testo).
[72] Art. 626, n. 2, c.p.: se il furto «è commesso su *cose di tenue valore*, per provvedere a *un grave ed urgente bisogno*» (la formula si presta ad essere inquadrata anche tra quelle che fanno riferimento a elementi di valutazione quantitativa: *infra*).

in un certo senso, di segno analogo ma contrario negli effetti, l'*abuso del diritto o elusione fiscale*, in quanto operazioni prive di rilevanza penaltributaria[73];

le tecniche di "analogia anticipata" (o "esplicita")[74]:
altro disastro[75];
altri atti ostili[76];
altro mezzo insidioso[77];
mestieri analoghi[78];
altro simile mestiere[79];

le clausole a spiccata dimensione "pubblicistica":

[73] Art. 10-*bis* (disciplina dell'abuso di diritto o elusione fiscale) l. n. 212/2010 (statuto dei diritti del contribuente), come introdotto dal d.lgs. 128/2015: le condotte di abuso del diritto o elusione fiscale – definite come «una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti» (comma 1) – «non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie» (comma 13). Sulla discussa (e, prima del 2015, solo implicita) clausola generale dell'abuso del diritto, oramai "positivizzata" in una disposizione che ridisegna i confini della rilevanza penale (quindi della fattispecie tipica) dei reati tributari, v., per es., Cass., Sez. III, 1 ottobre 2015 (dep. 7 ottobre 2015), n. 40272, in www.penalecontemporaneo.it, 9 ottobre 2010, con nota di MUCCIARELLI 2015; e la ricostruzione e i riferimenti aggiornati svolti in BOSI 2016, 54 ss.; DI VETTA 2017, 131 ss.

[74] Per tutti, MARINUCCI, DOLCINI 2001, 181 ss.

[75] Ovverosia, *disastro innominato*, secondo la costante denominazione interpretativa dell'art. 434 c.p. (crollo di costruzioni e *altri disastri*), sulla cui ritenuta legittimità si veda Corte cost. n. 327/2008. Cfr. inoltre l'art. 436 c.p. (sottrazione, occultamento o guasto di apparecchi a pubblica difesa in occasione di incendi, inondazioni, naufragi o *altri disastri*). Sul punto si tornerà nel proseguo (§ 8.3.1).

[76] Art. 244 c.p.: arruolamenti o *altri atti ostili* contro uno Stato estero, che espongono lo Stato italiano al pericolo di una guerra, o anche tali da turbare soltanto le relazioni con un governo estero, etc.

[77] Il riferimento va alla circostanza aggravante dell'omicidio volontario prevista dagli artt. 576, n. 2, e 577, n. 2 (omicidio commesso col mezzo di sostanze venefiche, ovvero *con altro mezzo insidioso*).

[78] Il riferimento va alla contravvenzione (poi depenalizzata dalla l. 689/1981) prevista dall'art. 669 c.p., che vieta l'esercizio abusivo di mestieri girovaghi senza l'osservanza delle prescrizioni di legge, con rinvio implicito, tra l'altro, all'art. 121 t.u.l.p.s, disposizione (poi abrogata) anch'essa famigerata, che faceva riferimento a mestieri assai eterogenei tra loro: «non può essere esercitato il mestiere ambulante di venditore o distributore di merci, generi alimentari o bevande, di scritti o disegni, di cenciaiolo, saltimbanco, cantante, suonatore, servitore di piazza, facchino, cocchiere, conduttore di autoveicoli di piazza, barcaiuolo, lustrascarpe *e mestieri analoghi*, senza previa iscrizione in un registro apposito presso l'autorità locale di pubblica sicurezza».

[79] L'art. 710 c.p. (abrogato dalla l. 205/1999) puniva, a titolo contravvenzionale, chiunque, «esercitando il mestiere di fabbro, chiavaiuolo o un *altro simile mestiere*, consegna o vende a chicchessia grimaldelli o altri strumenti atti ad aprire o a sforzare serrature». Vero che (come osservano MARINUCCI, DOLCINI 2001, 181 s.) una disposizione come questa non autorizza il ricorso all'analogia del giudice da parte del legislatore. Tuttavia lo stesso potrebbe dirsi per quella riferibile all'altro disastro (art. 434 c.p., già cit.), che, come vedremo (§ 8.3.1), circoscrive l'analogia ai disastri (e quindi alla loro etiologia tendenzialmente immediata) preveduti dagli articoli precedenti: sfortunatamente, la lettura giurisprudenziale di questa clausola analogica ha forzato i limiti dell'analogia, ritenendo riconducibile all'art. 434 c.p. anche il disastro ambientale a dinamica etiologica continuativa e seriale. Come già si è avvertito, in questa sede di "censimento" (incompleto e non esaustivo) delle *possibili* clausole generali si includono perciò anche ipotesi che, a una seconda analisi, potrebbero anche superare lo standard-test del *nullum crimen*.

destare pubblico allarme o *deprimere lo spirito pubblico*[80];
attività diretta a *distruggere* o *deprimere il sentimento nazionale*[81];
manifestazioni e attività sediziose[82];
abbandonarsi ad eccessi[83];
ordine pubblico[84];
pubblico timore[85];

clausole riguardanti il contesto famigliare:
maltrattamenti in famiglia[86];
ordine o morale delle famiglie[87];

[80] Art. 265 c.p.: disfattismo politico.
[81] Art. 271 c.p.: associazioni antinazionali, poi dichiarato illegittimo da Corte cost., sent. n. 243/2001, ma con riferimento alla violazione della libertà di associazione di cui all'art. 18 Cost. (l'eccezione di legittimità costituzionale non si riferiva comunque all'art. 25, comma 2, Cost.) e rilevando, altresì, la correlazione con il delitto di *propaganda antinazionale* (art. 272, comma 2, c.p.), già dichiarato in precedenza incostituzionale per contrarietà alla libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost. nel limite dell'attività non violenta né lesiva di altri beni costituzionalmente garantiti (Corte cost., sent. n. 87/1966). La Corte riconduce, tuttavia, in entrambi i casi, il sentimento nazionale soltanto a «un dato spirituale che, sorgendo e sviluppandosi nell'intimo della coscienza di ciascuno, fa parte esclusivamente del mondo del pensiero e delle idealità». L'art. 272 c.p., il primo comma del quale (propaganda sovversiva) era sopravvissuto all'intervento della Corte, è stato poi abrogato da l. n. 85/2006.
[82] La fattispecie di *grida e manifestazioni sediziose* (art. 654 c.p.) è stata trasformata in illecito amministrativo (d.lgs. 507/1999); ha rilievo contravvenzionale, invece, la *radunata sediziosa* (art. 655 c.p.). Fattispecie di sedizione sono ancora presenti nel c.p. militare di pace: il riferimento va all'art. 182 (attività sediziosa) c.p.m.p., che incrimina il militare che svolge un'attività diretta a *suscitare in altri militari il malcontento* per la prestazione del servizio alle armi o per l'adempimento di servizi speciali); e all'art. 183 c.p.m.p. (manifestazioni e grida sediziose), che punisce il militare che, pubblicamente, compie *manifestazioni sediziose* o emette *grida sediziose*. Entrambe queste ultime fattispecie, "proprie" del militare, sono state ritenute costituzionalmente legittime da Corte cost., n. 519/2000.
[83] Una delle modalità di realizzazione del reato di rivolta (art. 174, comma 1, n. 3, c.p.m.p.), sulla cui legittimità v. Corte cost., n. 31/1995.
[84] Il riferimento va al bene giuridico tutelato dal Titolo V del Libro II del codice penale (delitti contro l'ordine pubblico), del quale, secondo le correnti sintesi manualistiche, esistono svariate versioni: frequente la distinzione tra ordine pubblico ideale e materiale, e la loro "rilettura" costituzionale (cfr., per tutti, FIANDACA, MUSCO 2008, 461 ss.). Tra le ipotesi contravvenzionali esterne al titolo V, si consideri, per es., l'art. 650 c.p. (inosservanza dei provvedimenti dell'autorità legalmente dati per ragioni, tra l'altro, di ordine pubblico); o l'art. 656 c.p. (pubblicazione di notizie false, esagerate o tendenziose atte a turbare l'ordine pubblico).
[85] Cfr. l'art. 421 c.p., che prevede il delitto di pubblica intimidazione, consistente nella minaccia «di commettere delitti contro la pubblica incolumità, ovvero fatti di devastazione o di saccheggio, *in modo da incutere pubblico timore*».
[86] L'art. 572 c.p., intitolato «[m]altrattamenti contro familiari e conviventi», si limita a sanzionare chiunque – fuori dai casi di abuso dei mezzi di correzione e disciplina (art. 571) – «*maltratta* una persona della famiglia o comunque convivente, o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata [...]».
[87] In relazione all'art. 570 c.p.: violazione degli obblighi di assistenza familiare. Invero, la fattispecie delittuosa si rivela almeno in parte problematica sotto il profilo qui osservato, soprattutto là dove fa riferimento, in alternativa a colui che abbandoni il domicilio domestico, anche a colui che comunque serbi una *condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie* (sui dubbi di indeterminatezza della fattispecie cfr., per tutti, DEL TUFO 2014, 446).

abuso dimezzi di correzione o di disciplina[88];

o il contesto relazionale in senso più ampio, con riferimento alla formulazione del delitto di *atti persecutori*[89];

clausole del diritto dell'immigrazione:
trattenimento nel territorio dello Stato *senza giustificato motivo*[90];
straniero destinatario di un provvedimento di espulsione che *non si adoperi* per ottenere il rilascio del documento di viaggio[91];

clausole di valutazione quantitativa:
frode fiscale per *alterazione in misura rilevante* del risultato della dichiarazione[92];
sensibile alterazione del prezzo (di strumenti finanziari)[93];
cose di tenue valore[94];

[88] Art. 571 c.p.: abuso di mezzi di correzione o di disciplina. Apparentemente, la formulazione di questa fattispecie suscita minori problemi: poiché la stessa fa comunque riferimento a un risultato offensivo («se dal fatto deriva il pericolo di una malattia nel corpo o nella mente»), sembrerebbero attenuati i profili di indeterminatezza rilevabili sul versante della condotta, "definita" dal semplice riferimento all'abuso dello *ius corrigendi*. Tuttavia, come noto, la problematicità della fattispecie risiede proprio nella reciproca delimitazione di condotte di coercizione domestica legittime/abusive, e, quindi, sui limiti di esistenza di contegni coercitivi leciti (sulla spinosa questione, per tutti, SPENA 2012, 317 ss.).

[89] Art. 612-*bis* c.p.: «[...] chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un *perdurante e grave stato di ansia o di paura* ovvero da ingenerare un *fondato timore per l'incolumità* propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad *alterare le proprie abitudine di vita*». Sullo scarso coefficiente di determinatezza della fattispecie di c.d. *stalking*, limitandosi ad alcuni contributi monografici, MAUGERI 2010,148 ss. e *passim*; DE SIMONE 2013, *passim*. La Corte cost., sent. n. 172/2014 ha ritenuto non fondata la questione di legittimità sollevata per contrasto con il principio di determinatezza. Sulla pronuncia, si vedano le perspicue riflessioni di GIUNTA 2014, 2738. Per una lettura sintetica della fattispecie, per es., DI MAIO 2015, 2250 ss.

[90] Il riferimento va all'art. 14, comma 5-*ter*, d.lgs. n. 286/1998 (t.u. dell'immigrazione). Per l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale, v. Corte cost., n. 5/2004. Si tratta di una clausola che attiene ai "motivi", ma che è stata inserita qui solo per affinità di settore di disciplina con la successiva.

[91] Art. 7-*bis*, comma 1, l. n. 39/1990, poi dichiarato illegittimo da Corte cost., sent. n. 34/1995.

[92] Art. 4, n. 7, della previgente legge n. 516/1982, dapprima giudicato legittimo, con sentenza interpretativa di rigetto, da Corte cost., sent. n. 247/1989; e, in seguito, dichiarato parzialmente illegittimo da Corte cost., sent. n. 35/1991, dando rilievo (non solo alle modifiche legislative successivamente intervenute sull'art. 4 della legge n. 516, ma) soprattutto al fatto che la giurisprudenza successiva alla prima pronuncia della Corte si fosse discostata dall'interpretazione datane in quella stessa pronuncia: «[c]osì intesa, la norma impugnata avrebbe potuto rimanere nel sistema senza recare lesione ai parametri costituzionali invocati. L'esperienza immediatamente seguita ha, tuttavia, dimostrato che, salvo qualche sporadica eccezione, la giurisprudenza della magistratura ordinaria, or ora culminata nell'intervento delle Sezioni unite della Corte di cassazione (sentenza 6 luglio-23 ottobre 1990, n. 13954), ha ritenuto di doversi discostare dall'anzidetta interpretazione. Ne discende che l'art. 4, primo comma, n. 7, del decreto-legge 10 luglio 1982, n. 429, ha continuato a vivere nella realtà concreta in modi incompatibili con gli artt. 3 e 25, secondo comma, della Costituzione, come diffusamente spiegato nella ricordata sentenza n. 247 del 1989» (così Corte cost. n. 35/1991, *Considerato in diritto*, par. 3).

[93] Delitto di manipolazione del mercato (art. 185 d.lgs. n. 58/1998 – t.u. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria).

fatto di lieve entità[95];
quantità ingenti[96];

ma si pensi pure a quel famigerato esempio di normazione "in bianco" che si ritrova nell'art. 650 c.p.:

inosservanza dei provvedimenti dell'autorità legalmente dati per *ragioni di giustizia*, *sicurezza pubblica*, *ordine pubblico o igiene*;

ancora più vaghi i presupposti del reato di inosservanza delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione *ante delictum* della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, ovverosia:

di *vivere onestamente*, di *rispettare le leggi* (e *non dare ragione di sospetti*)[97];

si consideri, inoltre, la nozione di *pericolo* quale elemento espresso di numerose fattispecie incriminatrici;

oppure – tra le categorie "emergenti" del diritto penale contemporaneo – vengono in primo piano quelle di *rischio* e di *sicurezza*, quando queste locuzioni siano richiamate da disposizioni incriminatrici, per esempio, allorché si faccia riferimento: alla *riduzione al minimo del rischio*; alla *massima sicurezza tecnologicamente disponibile/praticabile*, etc.[98];

o, infine, alla lamentata indeterminatezza della nozione di *principio di precauzione*,

[94] Si fa nuovamente riferimento al furto attenuato ai sensi dell'art. 626, n. 2, c.p.: «se il fatto è commesso su *cose di tenue valore*, per provvedere a *un grave ed urgente bisogno*» (come visto poco sopra, sotto il profilo finalistico la formula si presta ad essere inquadrata anche tra quelle che fanno riferimento alle cause o ai motivi).

[95] Ad es., art. 73, comma 5, d.P.R. 309/1990 (t.u. stupefacenti): circostanza attenuante per «chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, *per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze*, è di *lieve entità*».

[96] Si fa riferimento alla circostanza aggravante speciale prevista dall'art. 80, comma 2, d.P.R. 309/1990 (t.u. stupefacenti).

[97] Art. 9, comma 2 (in relazione all'art. 5, comma 3), della oramai abrogata l. n. 1423/1956: delitto di inosservanza delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale. Con la recente abrogazione della legge del 1956 sulle misure di prevenzione *ante delictum*, le disposizioni in questione sono state trasfuse nel d.lgs. n. 159/2011 (c.d. codice antimafia: artt. 8 e 75). Peraltro, la Corte cost., sent. n. 282/2010 aveva dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 2, l. n. 1423/1956, nella parte in cui sanzionava penalmente le prescrizioni di *vivere onestamente*, di *rispettare le leggi* e *non dare ragione di sospetti*. Si è già detto sopra della condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, in relazione alla libertà di circolazione (art. 2 Prot. 4 Convenzione EDU), ha dichiarato incompatibile la disciplina delle misure personali di prevenzione *ante delictum*, sulla base della "insufficiente prevedibilità" delle conseguenze della propria condotta per via della vaghezza delle suddette prescrizioni (Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *de Tommaso c. Italia*).

[98] In materia di sicurezza del lavoro, il riferimento va ora al d.lgs. n. 81/2008, in part. all'art. 15, lett. *c*). In tema, con riferimento al previgente art. 41 del d.lgs. n. 277/1991 (sui rischi da rumore), Corte cost. n. 312/1996. Su queste nozioni, per es., TORRE 2016, 37 ss., in part. 51 ss.

al quale pure sono "ispirate" discipline (e fattispecie) sanzionate penalmente in tema di tutela dell'ambiente e della salute[99].

II. Il catalogo potrebbe continuare. Ma questo abbozzo restituisce già un'idea sufficientemente chiara della estrema eterogeneità delle ipotesi (benché questa eterogeneità non sembri tanto irriducibile da sconsigliare il tentativo, come si vedrà nel prossimo paragrafo, di aggregare tali esempi in gruppi tipologici).

Insomma, se nel contesto privatistico, dove la categoria delle clausole generali è nata ed è stata maggiormente sviluppata sul piano speculativo, è già difficoltoso dal punto di vista concettuale riconoscerne i contorni con nettezza, nel discorso penalistico è riscontrabile un'ambiguità terminologica accresciuta.

Questa maggiore ambiguità definitoria – che forse è, almeno in parte, persino giustificata – può dipendere da fattori diversi.

Così, si può immaginare che ragioni *euristiche* e, insieme, *pragmatiche* più o meno fondate possano far ritenere che le menzionate figure, espressive di fenomeni quanto meno *analoghi* a quello delle clausole generali (ammesso che sia possibile definire un dominio semantico abbastanza preciso ed esclusivo della locuzione in sede di teoria generale del diritto)[100], producano in definitiva problemi *analoghi*: notevole generalità accompagnata da un coefficiente maggiore di vaghezza, con conseguente incremento della c.d. "zona grigia" o di "penombra"[101]. Figure normative, in definitiva, capaci più di altre di causare l'apertura di quelle «porte entropiche» di cui discorre Roberto Bin[102].

In breve: nel contesto del diritto penale, si tratta pur sempre di problemi riconducibili, come detto, alla realizzazione concreta del canone della sufficiente determinatezza e di altri princìpi fondamentali a questo connessi.

6. *Un tentativo di ricostruzione tipologica*

I. Scartata, dunque, la strada di ricercare formule esatte sul piano definitorio[103], vediamo se, quantomeno, sia possibile distinguere le diverse ipotesi di clausole generali (o formule metaforiche vaghe) individuabili nel diritto penale ordinan-

[99] Si consenta di rinviare, anche per i necessari riferimenti (normativi e giurisprudenziali), a CASTRONUOVO 2012, *passim*.

[100] Si parla qui di fenomeni analoghi in quanto, come si diceva poco sopra, si registra un certo grado di sovrapposizione concettuale tra clausole generali e, per esempio, formule vaghe, concetti normativi elastici o indeterminati, elementi valutativi, fattispecie aperte o bisognose di integrazione, standard normativi, norme in bianco, etc.

[101] Secondo la nota immagine di H.L.A. Hart: HART 1958, 593 ss.

[102] BIN R. 2013, 215 ss.

[103] Non solo sulla base dell'argomento (rinunciatario): *se nessuno ci è riuscito finora*..., ma anche della presa d'atto della estrema varietà delle condizioni d'uso del termine nel discorso giuridico in genere, e, come visto, anche in quello penalistico.

dole per gruppi tipologici "isolati" sulla base di caratteristiche strutturali omologhe: insomma, dagli *esempi* ai *gruppi omogenei di esempi*.

Ancor prima di distinguere i gruppi tipologici, sulla base di quanto sin qui considerato sembra anzitutto praticabile una *summa divisio* "per fonti", frutto – per così dire – *del nostro tempo*, ovverosia del riconoscimento di una diversa distribuzione di ruoli rispetto al passato nella dialettica tra legislatore e giudice. Si vuole fare riferimento alla possibile collocazione delle clausole generali: che possono essere contenute, secondo tradizione, in una *disposizione di legge*; oppure rinvenute, come la temperie ci mostra, in una *regola di diritto formulata in sentenza*. In maniera comprensiva delle due "fonti" deve dunque parlarsi delle clausole generali come *enunciati normativi*, al fine di includere tanto le clausole contenute in disposizioni di legge quanto quelle rinvenibili in regole di giudizio formulate in sentenze.

In secondo luogo, sembra poi rilevante isolare *gruppi tipologici*, in base ai contrassegni strutturali delle clausole contenute in disposizioni di legge (o in sentenze)[104].

In via schematica ciò si traduce nelle seguenti due classificazioni.

Si possono distinguere quanto alla "fonte":

a) *clausole generali (frammenti di) disposizioni di legge*;
b) *clausole generali regole di diritto giudiziali*.

Quanto alle "tipologie strutturali", la distinzione che si propone è la seguente:

i) *clausole generali extra- o meta-giuridiche*;
ii) *clausole generali esplicitamente intra-giuridiche e (tendenzialmente) in bianco* (denominabili, altresì, *clausole da rinvio intra-giuridico*);
iii) *clausole generali analogiche*;
iv) *clausole generali di incriminazione suppletiva*[105].

II. Questi quattro gruppi tipologici sono ricavabili sulla base di *contrassegni sintomatici (più) comuni*, identificati a partire dalle numerose esemplificazioni più sopra elencate[106].

[104] Il discorso sui gruppi tipologici riguarderebbe, in astratto, anche le clausole contenute *in sentenze*: ma, al di là di qualche esempio già evocato e che potrà essere ripreso nel seguito, un censimento anche solo iniziale delle stesse supera di molto le mie capacità. Ecco la ragione di una loro necessaria considerazione *tra parentesi*.
[105] Si modifica, perciò, la classificazione bipartita precedentemente formulata in CASTRONUOVO 2013, 490, aggiungendo qui le "clausole da rinvio intragiuridico" e le "clausole analogiche", che, come si vedrà, sembrano avere caratteri sufficientemente diversi tra loro e rispetto alle altre, tanto da giustificare una quadripartizione delle tipologie. La denominazione dell'ultimo gruppo è ripresa dal lavoro monografico di RISICATO 2001, *passim*.
[106] *Supra*, § 5.

Si tratta, in tutti i casi rintracciati, di *enunciati normativi indeterminati* – capaci di incidere in maniera quali/quantitativamente diversa e maggiore sulla certezza del diritto rispetto ad altre ipotesi di vaghezza – *a contenuto valutativo, mediante i quali il testo si apre verso dati extra-testuali* (non necessariamente metagiuridici), *rimettendo così al giudice il compito di rinvenire il (significato del) parametro di integrazione.*

I gruppi tipologici identificano caratteri strutturali differenziati, in maniera variabile e parzialmente incrociata[107]. Inoltre, isolano in ognuno i contrassegni prevalenti[108].

III. Così, solo il primo gruppo[109] – certamente quello più numeroso – contiene un *vero rinvio valutativo "esterno"*, vale a dire a *criteri di integrazione* (squisitamente o eminentemente) *meta- o extra-giuridici*, ossia da apprezzare (talora in stretto rapporto con il momento storico di applicazione della disposizione) su *piani di giudizio* di volta in volta diversi:

- può trattarsi di un piano di giudizio *morale*, *sociale-relazionale* o *culturale*: osceno, pubblico scandalo, pubblica decenza, morale familiare, comune sentimento della morale, atti sessuali, vilipendio, morale delle famiglie, maltrattamenti in famiglia, abuso di mezzi di correzione, atti persecutori, onore;
- fondato su *motivi* o *cause*: senza giusta causa, senza giusto motivo, motivi abbietti o futili, motivi di particolare valore morale o sociale, per petulanza o altro biasimevole motivo, motivi politici, per crudeltà, per provvedere a un grave e urgente bisogno[110];
- di tipo *relazionale-esperienziale*: colpa per negligenza o imprudenza;
- di tipo *tecnico-scientifico*: riduzione al minimo del rischio, colpa per imperizia, principio di precauzione;

[107] Il che quantomeno sconsiglia una semplice articolazione in gruppi oppositivi (es., clausole metagiuridiche *vs.* giuridiche; o clausole frammenti di enunciati normativi *vs.* macro-clausole).

[108] Alcuni esempi di clausole più sopra catalogati si presterebbero a un inquadramento multiplo: così, ad es., la formula *per petulanza o altro biasimevole motivo* (art. 660 c.p.: contravvenzione di molestia o disturbo alle persone), presenta tanto il meccanismo integrativo delle clausole analogiche quanto quello delle clausole metagiuridiche. Riteniamo che sia quest'ultimo a prevalere: il riferimento alla *petulanza* colloca tutta l'operazione di disambiguazione dell'*altro biasimevole motivo* in un ambito *extra- o meta-giuridico*, sicché il procedimento analogico, come attività di creazione normativa, perde di rilievo, proprio perché "manca" ancora la prima norma (che è da ricostruire, ammesso che lo si ritenga possibile, sulla base del criterio extra-giuridico della petulanza) sulla quale appoggiare poi la ricostruzione analogica di una norma simile. Lo stesso potrebbe dirsi di clausole come *senza giusta causa* o *senza giustificato motivo*, etc., che autorizzano ad individuare parametri di integrazione sia di tipo metagiuridico sia di tipo giuridico: riteniamo, tuttavia, che queste ipotesi anfibie trovino la loro collocazione più corretta tra quelle metagiuridiche (proprio perché non si può escludere un meccanismo di integrazione esterno al diritto). Sul punto, si veda subito *infra*.

[109] Clausole da rinvio meta-giuridico.

[110] Alcuni di queste clausole fondate su cause o motivi richiedono poi un apprezzamento di tipo morale o sociale o culturale.

- di ordine *quantitativo non numerico*: particolare tenuità del fatto, sensibile alterazione del prezzo, colpa grave, fatto di lieve entità, quantità ingenti;
- di carattere *economico*: cose di tenue valore e (di nuovo) sensibile alterazione del prezzo;
- ovvero *empirico tout court*: natura, specie, mezzi, oggetto, luogo, tempo e ogni altra modalità dell'azione ai fini della commisurazione della pena; straniero espulso che non si adoperi per ottenere un documento di viaggio; pericolo;
- o fondato su valutazioni *politiche*, *pubblicistiche* o addirittura "*statalistiche*": destare pubblico allarme, deprimere il sentimento nazionale, manifestazioni sediziose, ordine pubblico, pubblico timore;
- o, infine, un giudizio di valore da svolgere al metro di un'indefinita *giustizia* o "*giustezza*" o *proporzione*: offesa ingiusta, difesa proporzionata, danno ingiusto, ingiusto profitto, fatto ingiusto altrui, senza giusta causa, eccesso colposo, abbandonarsi ad eccessi, etc.

IV. Al contrario, negli altri tre gruppi[III], il *meccanismo d'integrazione è (almeno in apparenza o in prevalenza)* "*interno*", nel senso che rimanda a criteri d'integrazione apprezzabili sul piano giuridico: anche se, tuttavia, resta pur sempre un rinvio indeterminato e affidato al giudice, per la estrema varietà di integrazioni, tutte possibili (anche se non necessariamente tutte legittime al metro del *nullum crimen*), della disposizione.

Per esempio sono *clausole di rinvio intragiuridico esplicito e (almeno parzialmente) in bianco*: la colpa specifica o per inosservanza di leggi, l'inosservanza di provvedimenti legalmente dati dall'autorità, l'inosservanza della prescrizione di rispettare le leggi da parte di soggetto sottoposto a misura di prevenzione, l'esercizio di un diritto, l'adempimento di un dovere.

Hanno, invece, struttura di *clausole analogiche* quelle inscritte in formule quali: altro disastro, altri atti ostili, mestieri analoghi.

Assumono, infine, la morfologia di *clausole estensive della tipicità o di incriminazione suppletiva* quelle corrispondenti all'omissione impropria, al concorso di persone, al tentativo di delitto.

V. Secondo una prospettiva diversa, invece, solo i primi tre gruppi consistono in *veri frammenti di disposizioni*: e ciò anche nelle ipotesi di clausole *in bianco* (art. 650 c.p.) o *parzialmente in bianco* (colpa specifica), in cui le formule di eterointegrazione, pur occupando il nucleo della disposizione, non la esauriscono mai del tutto; laddove nel quarto gruppo trovano invece collocazione *macro-clausole estensive della tipicità* (e della punibilità) che "occupano" ed "esauriscono" la disposizione-

[III] Clausole intra-giuridiche, analogiche, d'incriminazione suppletiva.

clausola sulla corrispondente forma di manifestazione del reato (omissione impropria, concorso di persone, tentativo).

Questo ci porta a concludere che le clausole generali rinvenibili nel contesto penalistico hanno solitamente la struttura di *frammenti (o termini o sintagmi o locuzioni) contenuti in disposizioni* (o in regole di diritto rinvenibili in sentenze) a mezzo dei quali si opera un *rinvio normativo a carattere aperto e dinamico*. Ma, nelle ipotesi riferibili alle menzionate tre forme di manifestazione del reato, si tratta di *macro-clausole* anziché di meri frammenti. Una distinzione, quella riferibile alle (macro) clausole d'incriminazione suppletiva, praticata sulla base dell'estensione della formula metaforica all'interno della disposizione normativa (che funziona da *moltiplicatore* di fattispecie incriminatrici).

VI. In tutti e quattro i gruppi siamo al cospetto di metafore normative vaghe, poiché immancabilmente si rinviene un rimando, da parte di una disposizione legale, a regole di giudizio inespresse, che non sono astrattamente prestabilite dal legislatore, ma dovranno essere definite, mediante una *valutazione-concretizzazione* del giudice, in base a variabili criteri "normativi". Questi, tuttavia, possono essere non solo parametri *metagiuridici* (esterni), ma anche standard *giuridici* (interni). In entrambi i casi, criteri che, comunque, consentono un *adeguamento dinamico* al caso concreto.

Inoltre, come dimostra il lungo catalogo compilato nel paragrafo precedente, quale che sia la natura – *metagiuridica* o *giuridica* – del parametro di ogni singola clausola, i (primari) problemi di determinatezza restano[112].

VII. Una breve digressione: per la verità, solitamente la dottrina privatistica ritiene che le clausole generali siano caratterizzate da sintagmi valutativi che fanno necessariamente rinvio a criteri *esterni* al diritto, e, quindi, di ordine morale o sociale, etc.

In senso contrario, tra i teorici del diritto, la nozione messa a punto da Vito Velluzzi[113], che distingue tra casi in cui la clausola indica il "tipo" di criterio utile a individuare il significato, per esempio di natura schiettamente extragiuridica (quindi di natura morale o sociale): ad esempio, *comune sentimento del pudore* (art. 529 c.p.) o *motivi di particolare valore morale o sociale* (art. 62, n. 1, c.p.); e casi in cui, invece, la clausola, in ragione della sua formulazione, lascia irrisolta la questione del "tipo" di criterio, rinviando cioè, indifferentemente, a criteri intra- o extra-giuridici: sull'esempio della *buona fede* di cui agli artt. 1136 e 1375 c.c.; o dell'*ingiustizia*

[112] Sulla vecchia questione della possibile indeterminatezza (non solo degli elementi descrittivi e degli elementi normativi extragiuridici, ma anche) degli elementi normativi giuridici, si vedano, da ultimo, l'ampia ricostruzione storica e gli svolgimenti di BONINI 2016, 255-310, 311-336.

[113] Nel lavoro monografico più volte citato: VELLUZZI 2010, 65 ss.; e poi, in via sintetica, in VELLUZZI 2011, 1721. Per una ulteriore (e diversa!) definizione che pure non esclude il riferimento a parametri di giudizio interni, oltre che esterni: CHIASSONI 2011, 1696.

del danno di cui all'art. 2043 c.c.; o, ancora, in relazione alla clausola (un tempo considerata inespressa) dell'*abuso del diritto*[114].

Questa *duplice natura* dei criteri di integrazione sembra attestata anche dalla rassegna qui svolta. Nell'impostazione qui sostenuta – riguardante, va da sé, il solo àmbito del diritto penale – le clausole che fanno riferimento a un parametro giuridico (quindi, in questo senso, interno) mi sembrano, anzitutto e per antonomasia, quelle consistenti in un rinvio esplicito (in bianco o parzialmente in bianco); poi quelle a contenuto analogico; e – infine – quelle estensive della tipicità/punibilità in relazione a particolari forme di manifestazione del reato.

In questo senso, rispetto all'impostazione teorica di Velluzzi, la *giuridicità del parametro*, nel contesto penalistico, si individua – non in relazione alla mancata indicazione della natura del criterio, che quindi può essere indifferentemente interno o esterno[115], ma – per il riferimento "formale" della singola clausola a criteri giuridici e quindi interni: come nel caso dei provvedimenti *legalmente dati per ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico o igiene*; o di colpa *per inosservanza di leggi etc.*; o, ancora, di *esercizio di un diritto*; e, ormai, dopo le modifiche del 2015, anche per l'*abuso del diritto* in àmbito penaltributario, etc.

Si ritiene, come già accennato, che in *ambiente penalistico*, le clausole "anfibie" (in quanto tendenzialmente indifferenti alla natura interna od esterna del criterio di integrazione): senza giusta causa, danno ingiusto, offesa ingiusta, etc., vadano incasellate come clausole metagiuridiche. Mi pare infatti decisiva, per ascrivere una singola causa alla tipologia di quelle metagiuridiche, semplicemente la mancata indicazione della natura schiettamente giuridica del parametro di riferimento: se il parametro è anfibio, ciò è sufficiente per aprire la strada (anche) a meccanismi di integrazione della disposizione tipici delle formule metagiuridiche.

VIII. Con riferimento alle clausole consistenti in "frammenti di disposizioni" (i primi tre gruppi tipologici: clausole metagiuridiche, intragiuridiche, analogiche), si pone il problema della loro distinzione rispetto alla categoria degli *elementi normativi della fattispecie*. Senza riprendere qui minimamente un tema davvero classico della dogmatica penale[116], può osservarsi come anche gli *elementi normativi della fattispecie* consistano in un *rinvio extratestuale*.

[114] Sull'ultimo esempio, si vedano, in generale, PINO 2006, 115 ss. (citato anche da VELLUZZI 2010, 67, nt. 26); e i contributi raccolti in VELLUZZI 2012, *passim*. Su questa assai discussa clausola di matrice privatistica e di diffusione amplissima, idonea a racchiudere contegni formalmente rispettosi dell'ordinamento ma realizzativi di uno sviamento finalistico rispetto all'*esprit des lois*, si rinvia alla già evocata ipotesi recentemente formalizzata in materia tributaria con la funzione di ritagliare il perimetro della rilevanza penale, escludendola in presenza di condotte abusive o elusive (art. 10-*bis* l. 212/2000, introdotto nel 2015).

[115] Come accade – nelle esemplificazioni dell'Autore qui considerato – per il *danno ingiusto*: l'art. 2043 c.c. non specifica se il criterio dell'ingiustizia del danno sia da rintracciare in norme dell'ordinamento giuridico oppure secondo parametri esterni al diritto (VELLUZZI 2010, 1721).

[116] Per una documentata ricostruzione storica, BONINI 2016, *passim*.

Quando questo rinvio non riguardi norme giuridiche, trattandosi invece di *elementi normativi extra- o meta-giuridici*, e perciò aperti a un'integrazione eminentemente dinamica, allora, il più delle volte, si evidenzia una coincidenza tra elementi normativi e clausole generali. È il caso, ad esempio, di comune sentimento del pudore; morale familiare; pubblico scandalo; colpa per negligenza, imprudenza o imperizia; riduzione al minimo del rischio e massima sicurezza tecnologicamente disponibile[117].

Peraltro, anche quando il rinvio avvenga in direzione di norme giuridiche (*elementi normativi giuridici*), non è escluso che il sintagma utilizzato dal legislatore, specialmente quando occupa una centralità tale nella formulazione del testo da potersi qualificare alla stregua di una norma almeno parzialmente in bianco, presenti i caratteri di vaghezza propri delle clausole generali (es., colpa specifica: ovvero, colpa per inosservanza di assai variabili regole a contenuto preventivo-cautelare contenute in leggi, regolamenti, ordini o discipline; inosservanza della prescrizione di rispettare le leggi – tutti i precetti! – per la persona sottoposta a misura di prevenzione[118]): se non altro in funzione della accentuata mutevolezza contenutistica del rinvio, allorché lo stesso si debba qualificare come *non recettizio* (o, secondo le variabili terminologiche invalse, formale, mobile, dinamico, aperto)[119].

IX. Un'ultima osservazione, prima di procedere oltre.

La estrema eterogeneità morfologica delle singole clausole produce, anche all'interno di ognuno dei gruppi tipologici (clausole metagiuridiche/in bianco/analogiche/estensive), esiti assai diversificati sulle modalità ermeneutiche di "chiusura" della fattispecie o comunque di "integrazione" normativa.

Non v'è dubbio, infatti, che reperire il significato di "osceno", "negligenza", "pubblico scandalo", "riduzione al minimo del rischio", "sensibile alterazione del prezzo", "imperizia", inosservanza della prescrizione di "rispettare le leggi", "altro disastro", "particolare tenuità del fatto" o "concorrere nel medesimo reato" richieda operazioni di "concretizzazione" certamente diversissime.

Nondimeno, scontata questa eterogeneità nei meccanismi d'integrazione, pur sempre analoghi si rivelano gli effetti di ognuna di queste clausole sul coefficiente di determinatezza e, quindi, sulla qualità della norma: e senza enormi differenze,

[117] Va dato atto, però, che spesso i due fenomeni vengono tenuti distinti, sulla base di una più rigorosa classificazione: le clausole generali si riconnetterebbero alla dimensione della discrezionalità dell'interprete, mentre gli elementi normativi all'interpretazione della fattispecie: in questo senso, anche per riferimenti ulteriori, RISICATO 2004, 82 ss. Come detto nel testo, non possono però escludersi ipotesi di coincidenza, specialmente perché non vi è accordo né sulle rispettive definizioni delle due categorie, né sull'identificazione delle figure rientranti nell'una o nell'altra.

[118] Su quest'ultima clausola, contenuta nel codice antimafia, e sulle sue vicende giurisprudenziali interne e sovranazionali, si rinvia al successivo § 8.2.1.

[119] Che fa da contraltare al *rinvio recettizio* (o sostanziale, fisso, statico, chiuso): si veda, per es., PETRONE 2004, 191 ss.

su questo piano, nel passaggio da *clausole metagiuridiche* a *clausole interne* (giuridiche, analogiche, estensive).

Si tratta ora di vedere – prima di soffermarsi in chiusura sulla gestione giurisprudenziale di alcune clausole emblematiche – quali siano in generale le ripercussioni di queste formule vaghe sul *nullum crimen*, nella sua dimensione interna ed europea.

7. *I custodi del "*nullum crimen*" (tra Roma e Strasburgo)*

I. Come più volte ribadito, è evidente che, al di là delle differenze morfologiche, le varie tipologie di clausole generali presentano problemi comuni in ordine a potenziali effetti distonici sul principio di determinatezza e, quindi, di colpevolezza e prevedibilità.

Un tipo di problemi che, in diritto penale, interpella il *custode interno* dei princìpi di garanzia; ma anche, in maniera sempre crescente, il *custode sovranazionale* dei diritti umani.

II. Si è già richiamata, in proposito, la doppia dimensione, per l'appunto interna e sovranazionale, del *nullum crimen*[120].

Ci è si soffermati, altresì, sulla nozione ampia di *nullum crimen*, ricordando come già nella prospettiva interna, tracciata da alcune sentenze fondamentali della nostra Corte costituzionale, vi siano collegamenti necessari tra determinatezza ("qualità" della norma) e "profili comunicativi" (conoscibilità/colpevolezza) del rapporto autorità/persona.

Come già visto, i collegamenti tra chiarezza della norma e "profili comunicativi" si rivelano ancora più accentuati nella prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, sotto forma di *prévisibilité de la lois pénale/foreseeability of criminal law*.

Vediamo allora le prestazioni del *nullum crimen* nella giurisprudenza delle due corti, cominciando dalla Consulta e soffermandoci in particolare sugli orientamenti riguardanti norme penali che contengano clausole generali.

III. La nostra Corte costituzionale offre, in materia di espressioni vaghe o concetti elastici o di clausole generali, una giurisprudenza più o meno costante e comunque consolidata, riferibile per lo più a clausole consistenti in frammenti di disposizioni penali e, in particolare, alla formulazione di fattispecie incriminatrici.

[120] Cfr. *supra* § 3 e 3.1, anche per i riferimenti alla letteratura indispensabili a chiarire tra l'altro le differenze del *nullum crimen* in termini di orientazione finalistica (che nella prospettiva CEDU sono solo i diritti umani, non anche, per esempio, la separazione dei poteri), di contenuti, di accessibilità al giudizio dinanzi alla Corte, rispettivamente, di Roma o di Strasburgo, etc.

A prescindere dagli esiti quasi sempre "salvifici" per la norma sospettata di illegittimità al metro del principio di determinatezza, a cui conducono le motivazioni utilizzate dalla Corte (come noto rarissimi sono i casi di declaratoria di incostituzionalità), la giurisprudenza in questione si muove nel segno di tre argomenti, ricostruibili come altrettanti criteri interpretativi delle disposizioni contenenti clausole generali: criterio sistematico, criterio finalistico, criterio del "diritto vivente".

IV. In via riassuntiva, con il criterio *sistematico* la Corte ricusa un atteggiamento "atomistico" e orientato in esclusiva ai singoli elementi di una fattispecie separatamente considerati, e afferma, invece, la necessità di una ricostruzione interpretativa "sistemica" e in un certo senso "olistica": nessun elemento di una disposizione è una monade, da considerare come isolata dal contesto normativo nel quale si inserisce.

Ne consegue che è indispensabile raccordare l'elemento vago o elastico con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e, più in generale, con la complessiva disciplina di riferimento:

> «la verifica del rispetto del principio di determinatezza della norma penale va condotta non già valutando isolatamente il singolo elemento *descrittivo* [?] dell'illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce»[121].

Il secondo criterio, quello *finalistico* o della *ratio legis*, si muove sul piano teleologico, imponendo di tener conto delle finalità perseguite dall'incriminazione, ancora una volta alla luce del contesto normativo in cui la stessa si inserisce.

Insomma, considerando in maniera integrata i due primi criteri, ne viene che la «inclusione nella formula descrittiva dell'illecito penale di espressioni sommarie, di vocaboli polisensi, ovvero [...] di clausole generali o concetti "elastici" non comporta un *vulnus* del parametro costituzionale evocato», allorquando il *recupero di tassatività* sia reso possibile, per il giudice e per il destinatario della norma, dalla «descrizione complessiva del fatto incriminato», avuto riguardo alle «finalità perseguite dall'incri-

[121] Così, per es., Corte cost., n. 327/2008, sull'infondatezza della questione di illegittimità dell'art. 434 c.p. sul così detto "disastro innominato" (la sottolineatura e il punto di domanda sono aggiunti). Nello stesso senso, più di recente, Corte cost., n. 282/2010 (non fondatezza della questione di legittimità dell'art. 9, comma 2, l. n. 1423/1956 che sanziona penalmente le prescrizioni di *vivere onestamente*, di *rispettare le leggi* e *non dare ragione di sospetti*: norma poi trasfusa nel codice antimafia); e Corte cost., n. 172/2014 (non fondatezza della questione di legittimità dell'art. 612-*bis* c.p.: atti persecutori). Cfr. inoltre, in precedenza, Corte cost., n. 5/2004 (sulla quale vedi la nota seguente) e già, per es., Corte cost., n. 247/1989 (non fondatezza della questione sollevata sull'art. 4, n. 7, l. n. 516/1982: alterazione "in misura rilevante" del risultato della dichiarazione fiscale): «[q]uel che non può esser, in ogni caso, metodologicamente consentito è "isolare" la "misura rilevante" dagli altri elementi della fattispecie nella quale tale "misura" è inserita, per confrontare quest'ultima, e solo quest'ultima, con il precetto di determinatezza [...]».

minazione» (*argomento finalistico*, o *della "ratio legis"*) e al «più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca» (*argomento sistematico*)[122].

V. Il terzo criterio, infine, fa leva sulla *verifica del diritto vivente*: con il quale si finisce per "storicizzare" l'esegesi della disposizione "elastica", mediante una verifica dei significati alla stessa attribuiti nella giurisprudenza consolidata, alla luce dei casi in essa sussunti in sede applicativa[123]. Un criterio che si affaccia esplicitamente in alcune sentenze, ma che, sottotraccia, è spesso presente come argomento implicito.

Il riferimento della Corte costituzionale al "diritto vivente" sembra assimilabile per certi versi – lo si vedrà a momenti – a quel che accade nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, dove notoriamente, anche per ragioni di eterogeneità dei sistemi giuridici dei Paesi membri del Consiglio d'Europa, la nozione di "law" (ai fini della *foreseeability of criminal law*) è intesa nel senso più ampio, a comprendere tanto lo *statutory law* quanto il *case-law*.

Il diritto vivente consente una considerazione complessiva e integrata dell'ordinamento, al completo dei formanti legale e giurisprudenziale, spendibile, secondo la nostra Corte, quando si possa ritenere che «la giurisprudenza [...] ha conferito all'espressione contestata un significato univoco»[124]. In questo caso,

> «i dubbi di costituzionalità sollevati sotto il profilo della violazione del principio di legalità *non hanno più ragione di essere*, ove si tenga conto del risalente e oramai consolidato indirizzo della giurisprudenza costituzionale, seguito dalla giurisprudenza comune, per il quale gli estremi necessari per qualificare [...] la condotta incriminata risultano determinati con sufficiente precisione» (corsivo mio)[125].

Quello del "diritto vivente" è di gran lunga il criterio più interessante: argomento sospeso tra buon senso e pragmatismo giuridico, da un lato; leva per scardinare mediante una verifica sulla prassi applicativa la funzione garantistica del *nullum crimen*, dall'altro.

Ci torneremo più avanti. Per ora basti osservare come in sé non sia un argomento da rifiutare in assoluto: là dove si ammette che eventuali dubbi preesistenti

[122] I passi riportati sono tratti da Corte cost., sent. n. 5/2004, infondatezza della questione di illegittimità dell'art. 14, comma 5-*ter*, del t.u. dell'immigrazione (reato di trattenimento sul territorio dello Stato "senza giustificato motivo"). Tale pronuncia è poi ripresa da molte sentenze successive: da ultimo, per es., Corte cost., sent. n. 21/2009, infondatezza della questione riguardante l'art. 12, comma 1, t.u. dell'immigrazione (favoreggiamento all'ingresso illegale dello straniero in altro Stato).

[123] In generale, per es., sotto angolazioni differenti: PUGIOTTO 1994, *passim*; BELFIORE 2005, 136 ss., 304 ss.; MICHELETTI 2013, 19 ss.; PALAZZO 2005, 144.

[124] Cfr. Corte cost., n. 31/1995, infondatezza della questione di illegittimità dell'art. 174, comma 1, n. 3, c.p.m.p. (rivolta mediante *eccessi*).

[125] Così, in relazione ai reati militari di "sedizione" (artt. 182 e 183 c.p.m.p.), Corte cost., n. 519/ 2000.

«non hanno più ragione di essere» alla luce dell'interpretazione oramai consolidata, sembrerebbe farsi implicito riferimento alla diffusa distinzione tra "disposizione" (che, nella sua formulazione, può risultare indeterminata) e "norma" (come prodotto dell'interpretazione, che può anche contribuire a superare le iniziali incertezze)[126]. Tuttavia non può essere utilizzato come argomento di per sé solo decisivo, a dispetto degli esiti forniti dagli altri criteri interpretativi: altrimenti qualsiasi interpretazione scorretta (ad esempio, perché frutto di operazioni analogiche della giurisprudenza, o che non tengano conto del criterio sistematico o di quello finalistico) riceverebbe una validazione postuma per via della semplice "reiterazione dell'errore".

VI. Si osservi, inoltre, come quello del diritto vivente sia un argomento che potrebbe risultare perfino paradossale in riferimento ad alcune clausole generali, ovvero quelle più classiche a carattere metagiuridico, che – sulla falsariga del concetto di "osceno" – consentono un adeguamento temporalmente dinamico della disposizione di legge, in funzione, appunto, di valvole od organi respiratori del sistema: ammettere un "consolidamento pietrificante" nel diritto vivente (?) ne annullerebbe le virtualità dinamiche, sia *in malam* che *in bonam partem*.

Ad esempio: se il metro unico per valutare la rispondenza al *nullum crimen* della clausola generale sulla quale è incentrata la fattispecie di atti osceni[127] fosse il diritto vivente, una volta registrato che lo stesso si era consolidato nel senso di ritenere tipica la condotta della bagnante che prenda il sole a seno nudo, ciò avrebbe dovuto impedire interpretazioni diverse e meno repressive, che, registrando i mutamenti culturali e sociali, hanno ristretto l'ambito applicativo della fattispecie via via che si allargava la superficie corporea ritenuta "esponibile". La "pietrificazione" conseguente alla consolidazione di un diritto vivente in tema di atti osceni sarebbe in definitiva contraria alla disposizione (art. 529 c.p.) che impone di rinvenire il giudizio sulla base del comune sentimento del pudore nelle diverse temperie storiche, culturali e sociali.

Morale: le clausole generali, almeno certune tra di esse[128], sono normalmente ("per statuto") aperte alla possibilità di *overruling*.

VII. Invero, il fatto che una clausola generale assuma oggi una significazione accettabilmente consolidata, non mette al riparo da possibili cambiamenti di rotta

[126] Anche per ulteriori riferimenti, DONINI 2011, 87 ss.; DONINI 2016b, 17 ss. Per una riflessione critica sulla distinzione, nell'ambito della teoria dell'interpretazione costituzionale, cfr. VIGNUDELLI 2011, 91 ss.

[127] Oggi di soltanto residua rilevanza penale dopo l'intervento di parziale depenalizzazione apportato nel 2016 sull'art. 527 c.p.

[128] È il caso, come appena esemplificato, di quelle metagiuridiche di natura sociale-culturale.

nell'interpretazione giurisprudenziale (almeno nei sistemi penali di *civil law*, dove non c'è un vincolo del precedente)[129].

Insomma, e per riassumere, secondo la costante giurisprudenza del "custode interno" del *nullum crimen*, «il principio di determinatezza non esclude [...] l'ammissibilità di formule elastiche»; quindi l'utilizzo di clausole generali deve ritenersi compatibile tutte le volte in cui il loro significato riceva "adeguata luce" in sede interpretativa in relazione alla finalità perseguita dalla previsione e al contesto in cui la stessa si innesta, tenuto conto altresì del diritto vivente[130].

Si deve concludere che il recupero di determinatezza, mediante l'argomento sistematico o finalistico o all'esito della verifica del diritto vivente, sia ritenuto implicitamente "non sufficiente" (soltanto) nei casi – rarissimi – in cui la Corte è pervenuta a una dichiarazione di illegittimità costituzionale[131].

A prescindere dalla correttezza dei criteri interpretativi utilizzati dalla nostra Corte per dare contenuto al canone della sufficiente determinatezza, le vere perplessità riguardano in effetti la quasi assenza, al metro del "*nullum crimen* interno", di declaratorie di illegittimità riguardanti le condizioni di qualità della norma e la sua capacità di parlare ai destinatari.

VIII. Veniamo ora brevemente, come preannunciato, alla dimensione sovranazionale del *nullum crimen* e, dunque, alla giurisprudenza del suo "custode europeo".

La giurisprudenza di Strasburgo sull'art. 7 CEDU restituisce, come noto, un principio di legalità declinato in termini di *accessibilità* del precetto e di *calcolabilità* delle conseguenze sanzionatorie, inglobando dunque la *prevedibilità* delle decisioni giudiziali in materia penale. Si è già segnalato come, nel contesto euroconvenzionale, in tema di standard qualitativo di chiarezza della norma, l'accento cada sui "profili comunicativi". Questa declinazione coinvolge, in sostanza, un diritto della persona a poter fare *affidamento* sull'interpretazione che la giurisprudenza fornirà (in futuro) di un particolare precetto o istituto[132].

Come pure già ricordato, ciò significa che oggetto del giudizio sulla qualità della norma non è soltanto il testo della disposizione incriminatrice o, in senso più lato, penale; bensì anche la giurisprudenza che, in sede di applicazione, ne precisa i significati.

[129] Va ricordato che, nel nostro ordinamento, un tale vincolo è ravvisabile solo nei limiti della previsione dell'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p.

[130] Cfr., nella giurisprudenza recente, Corte cost., n. 172/2014, che ha dichiarato la non fondatezza della questione di legittimità dell'art. 612-*bis* c.p. (atti persecutori) utilizzando tutti e tre i criteri qui discussi.

[131] Corte cost., n. 34/ 1995, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7-*bis* l. n. 39/1990: straniero, destinatario del provvedimento di espulsione, che *non si adopera* per ottenere il rilascio del documento di viaggio (una sorta di indefinibile e amplissima clausola metagiuridica di natura "empirica" e sostanzialmente priva di contenuto normativo).

[132] Cfr., per tutti, il più volte menzionato saggio di VIGANÒ 2016a, 10 ss. Per una rassegna aggiornata sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 7, MAZZACUVA F. 2016, 236 ss.

Ne deriva – tornando sul piano del discorso qui condotto – che, per decidere della compatibilità o meno con il *nullum crimen* euroconvenzionale di una previsione penale "vaga", si dovrà valutare la chiarezza complessiva della norma alla luce della giurisprudenza maturata sulla disposizione "sospetta".

Possiamo, per brevità, riassumere la nozione ampia che nella giurisprudenza di Strasburgo assume il principio *nulla poena sine lege* (come da intitolazione dell'art. 7), richiamando soltanto un passo, noto, di una recente pronuncia della Grande Camera:

> «[...] offences and the relevant penalties must be clearly defined by law. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision, if need be *with the assistance of the courts' interpretation* of it and after taking appropriate legal advice, what acts and omissions will make him criminally liable and what penalty he faces on that account [...]»[133].

E sulla nozione di «prevedibilità della legge penale» sarà sufficiente ripercorrere gli argomenti spesi in ulteriori tre paragrafi della stessa sentenza[134], là dove la Grande Camera precisa che la nozione di "legge" utilizzata all'art. 7 della Convenzione[135] include il «diritto d'origine sia legislativa che giurisprudenziale» e implica talune "condizioni qualitative", tra le quali quelle di *accessibility and foreseeability* (nella versione francese: *accessibilité et prévisibilité*), ovverosia, *qualitative requirements* che devono essere rispettati sia per la definizione del reato sia per la pena che ne consegue[136].

La Corte aggiunge – centrando a questo punto perfettamente la tematica qui esaminata – considerazioni generali sull'impossibilità di precisione assoluta delle leggi e sulla necessità di utilizzare tecniche standard di regolazione che facciano ricorso, piuttosto che a liste esaustive, a *clausole generali*[137]. Così, facendo professione di

[133] Corte EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada contro Spagna*, par.79. Poi ripresa, per es., da Corte EDU, Sez. IV, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, par. 60 (che riporta il passo tratto da *Del Rio Prada* anche in versione italiana: «la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questo requisito è soddisfatto se la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti»).

[134] Si tratta dei par. 91-93.

[135] Benché con le sfumature linguistiche che caratterizzano il termine nelle diverse lingue, il riferimento è contenuto tanto nell'intitolazione (che però, nelle diverse versioni nazionali, suona un po' differente: *nulla poena sine lege*, *no punishment without law*, *pas de peine sans loi*) quanto nel testo (dove pure si apprezzano differenze: *secondo la legge nazionale o internazionale*, *under national or international law*, *d'après le droit national ou international*) dell'art. 7 della Convenzione.

[136] Corte EDU Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada contro Spagna*, cit., § 91.

[137] In realtà letteralmente il par. 92 parla di "catégories générale" nel testo francese; e di "general categorisations" in quello inglese. Ma, l'interpretazione "sistematica" del passo (la contrapposizione con

realismo, i giudici di Strasburgo registrano come la legge si serva spesso di «*formule più o meno vaghe*, la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica».

Pertanto, a prescindere dal livello di chiarezza della disposizione di legge, anche di quelle penali, vi è inevitabilmente «un elemento d'interpretazione giudiziale», indispensabile a chiarire i punti dubbi e ad adeguare la norma alle mutevoli situazioni[138].

Inoltre, si aggiunge, la certezza, benché desiderabile, si accompagna talvolta a una rigidità eccessiva: mentre il diritto deve sapersi adattare alle mutevoli situazioni concrete. Da qui, dunque, il ruolo riconosciuto alla giurisprudenza:

> «The role of adjudication vested in the courts is precisely to dissipate such interpretational doubts as remain [...]. The progressive development of criminal law through judicial law-making is a well-entrenched and necessary part of legal tradition in the Convention States [...]. Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that *the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen* [...]. *The lack of an accessible and reasonably foreseeable judicial interpretation can even lead to a finding of a violation of the accused's Article 7 rights* [...]. Were that not the case, the object and the purpose of this provision – namely that no one should be subjected to arbitrary prosecution, conviction or punishment – would be defeated»[139].

Ricollegandosi alle statuizioni della nostra Corte costituzionale sulle capacità "sananti" del "diritto vivente", ci sembra importante sottolineare che, benché il ruolo di chiarificazione delle formule vaghe da parte dell'interpretazione giurisprudenziale sia ovviamente ammesso anche in *ambiente CEDU*, ossia in un contesto storicamente, culturalmente e istituzionalmente più aperto a tali "suggestioni da *common law*" (rispetto al nostro), tuttavia la dimensione euroconvenzionale del *nullum crimen* subordina tale verifica alla condizione che il risultato interpretativo maturato sia pur sempre *coerente con la sostanza dell'incriminazione* e *ragionevolmente prevedibile* (al momento della condotta).

Del resto, è la stessa Corte romana a rifarsi alla giurisprudenza della Corte alsaziana in tema di standard qualitativi delle norme, e quindi di *accessibility and foreseeability*, nel mentre dubita della compatibilità con il *nullum crimen* di una regola di giudizio, per vero vaghissima, formulata *dall'altra Corte europea*, quella lussemburghese: il riferimento è alla già menzionata vicenda Taricco[140]. A proposito della quale,

la tecnica delle liste esaustive e la presenza di formule vaghe), restituisce in maniera evidente il senso di queste più generiche espressioni, qui equivalenti a quella di clausole generali.

[138] Corte EDU Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada contro Spagna*, cit., par. 92.

[139] Corte EDU Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada contro Spagna*, cit., par. 93, corsivi aggiunti (sono state eliminate, per brevità, le molte indicazioni di precedenti riportate nella motivazione).

[140] L'esordio della vicenda Taricco è in Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 8 settembre 2015, causa C-

si potrebbe fondatamente avanzare il dubbio che la Corte costituzionale, in tema di determinatezza, sia molto più esigente verso le regole (di giudizio) vaghe di provenienza europea di quanto non lo sia nei confronti delle leggi italiane. Sul punto si tornerà ancora brevemente più avanti: anche perché, al di là del giudizio negativo sullo *scarso interventismo* della nostra Corte in tema di (in)determinatezza, forse non è del tutto fuori luogo guardare con maggior sospetto le regole vaghe contenute in sentenze (di corti superiori, interne o sovranazionali che siano) rispetto a quelle contenute in testi legislativi.

8. *Rassegna breve (e "a campione") sui singoli gruppi tipologici*

8.1. *Clausole generali metagiuridiche*

I. Dicendo "clausole metagiuridiche" si vuole fare riferimento, come visto, al gruppo tipologico che include il maggior numero di ipotesi: *clausole generali consistenti in frammenti di disposizioni o, comunque, in enunciati normativi con i quali si opera un rinvio normativo a carattere valutativo e con funzione integrativa a parametri di giudizio esterni al diritto*, e apprezzabili su piani diversi: morale, sociale, relazionale, culturale, scientifico, tecnico, esperienziale, quantitativo non numerico, economico, empirico, politico, pubblicistico, etc.[141]. Il legislatore opera così una "delega" al giudice per il reperimento della regola di giudizio sulla base di un parametro che consente un adeguamento della norma alle mutevoli situazioni concrete, spesso in stretto rapporto con il momento storico di applicazione della disposizione.

Tra le clausole che rinviano a una valutazione mutevole in base al momento storico, si pensi agli elementi normativi di valutazione "culturale": concetti normativi come *osceno*, *pubblica decenza*, *pubblico scandalo*, etc., il cui substrato valoriale è "storicamente", "sociologicamente" e "culturalmente" dinamico, in quanto mutevole secondo le epoche e i contesti di riferimento. Oppure ai concetti normativi "epistemologicamente" o "tecnologicamente" dinamici, come quelli di *rischio* (da ridurre al minimo), *sicurezza* (tecnologicamente esigibile), *perizia* (riferibile al rispetto di norme tecniche o di protocolli cautelari) o (principio di) *precauzione* (in presenza di un'incompletezza del quadro di evidenze), poiché il loro contenuto dipende dalle conoscenze acquisite in base al progresso scientifico, tecnico, tecnologico, etc.[142].

105/14; il "dialogo tra le corti" si poi articolato nelle fasi successive: Corte cost., ord. n. 24/2017 (rinvio pregiudiziale per l'interpretazione alla Corte del Lussemburgo); Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, causa C-42/1; e, infine, chiudendo la vicenda, Corte cost., sent. n. 115/2018.

[141] Per le esemplificazioni, si rinvia a quelle già svolte al § 6.

[142] Sulla distinzione tra clausole generali ("elementi normativi") "di valutazione culturale" e clausole generali «di rinvio al sapere tecnico e scientifico», v. PULITANÒ 2005, 146 ss., 321 ss.

Chiaro che la clausola metagiuridica, in quanto enunciato normativo che si caratterizza come frammento di una disposizione ovvero come frammento di una regola di giudizio contenuta in una sentenza, può prendere forme diversissime. La possiamo trovare come *elemento costitutivo* di una fattispecie incriminatrice (osceno, colpa per negligenza, prudenza, imperizia); o come elemento di una *esimente in senso lato* (offesa ingiusta, particolare tenuità del fatto); o di una *circostanza del reato* (rilevante gravità, speciale tenuità); ovvero, ancora, quale elemento rilevante in sede di *commisurazione della pena* (capacità a delinquere); oppure, infine, quale *presupposto di applicazione delle conseguenze sanzionatorie* (capacità di intendere e di volere, in relazione alle pene; pericolosità sociale, con riferimento alle misure di sicurezza), etc.

Prescindendo da ulteriori esempi, si ha l'impressione (un po' paradossalmente, in considerazione anche della abbondanza di clausole che rinviano a parametri d'integrazione metagiuridici) che, in fondo, quello delle clausole metagiuridiche sia il gruppo tipologico per certi versi meno problematico, benché su alcune delle ipotesi in esso inquadrabili persistano notevoli difficoltà di compatibilità con i canoni del *nullum crimen*.

II. Le esemplificazioni sarebbero comunque troppe e il discorso diverrebbe ingestibile nello spazio qui a disposizione.

Anche per questo motivo, ma soprattutto per il carattere emblematico che l'esempio riveste, si vuole spostare l'attenzione su un caso di *clausola generale consistente in una* regula iuris *enucleata dal giudice*. Una norma, frutto di interpretazione di testi giuridici, formulata dai giudici in maniera vaga.

Abbiamo già ricordato che queste clausole, il cui solo censimento si mostra di difficile realizzazione pratica, consistono in enunciati vaghi annidati in una sentenza. Ovviamente, non in qualunque luogo della pronuncia, ma nel principio di diritto o nella regola di giudizio formulata da una corte superiore: con funzione nomofilattica interna (Cassazione, specialmente a Sezioni unite)[143]; ma anche con funzione di giudice deputato a scrutinare la conformità al diritto euroconvenzionale (Corte EDU) o a quello eurounitario (Corte di giustizia UE).

Utilizzando la (complicata, ma a questi fini utile) classificazione di Chiassoni, queste "clausole giurisprudenziali" potrebbero denominarsi *clausole generali-norme implicite*: ossia, stando all'Autore, clausole diverse dalle *clausole-locuzioni* (i sintagmi valutativi), dalle *clausole-disposizioni* (la cui formulazione contiene una o più

[143] Per alcuni esempi riferibili alla nostra Cassazione, e più sopra già ricordati in nota, si rinvia a VIGANÒ 2016a, 26 ss., in part. 28 s. L'Autore indica come esempi recenti di formulazione giudiziale, da parte del massimo organo nomofilattico, di *regole di diritto indeterminate*: la «quantificazione del profitto confiscabile» (Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, *Impregilo*, con nota di MONGILLO 2008, 1758 ss.) e la «distinzione tra corruzione e induzione indebita» (Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 12228, *Maldera*, con nota di GATTA 2014).

clausole-locuzioni) e dalle *clausole-norme esplicite* (che sono il risultato dell'interpretazione di clausole-disposizioni). Tali clausole-norme implicite consisterebbero, quindi, in:

> «enunciati normativi del discorso giudiziale o dottrinale, contenenti CG-locuzioni, che non rappresentano il risultato dell'interpretazione di CG-disposizioni, ma sono invece il prodotto del ricorso da parte degli interpreti a tecniche di integrazione del diritto esplicito, quali ad esempio la c.d. induzione giuridica, la derivazione da singoli princìpi generali o fondamenti dell'ordinamento, la derivazione da insiemi ("sistemi") di princìpi e costruzioni dottrinali, la derivazione dalla natura delle cose, ecc.»[144].

8.1.1. Excursus *(1): l'insostenibile indeterminatezza della regola "Taricco" in tema di disapplicazione della disciplina della prescrizione del reato*

I. Come già accennato *supra*, un esempio di "clausola generale giurisprudenziale", "altisonante" per la provenienza, si può identificare nella regola formulata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in uno dei passaggi fondamentali della *saga Taricco*.

La così detta "regola Taricco" interpreta l'art. 325, comma 1, TFUE[145], ritenendo che lo stesso imponga la disapplicazione delle disposizioni del diritto interno sulla prescrizione (artt. 160, ult. comma, e 161, comma 2, c.p.) quando le stesse impediscano al giudice di infliggere sanzioni effettive e dissuasive «in un *numero considerevole di casi di frode grave* che ledano gli interessi finanziari dell'Unione europea»[146].

Questa regola di giudizio poggia su una *clausola generale metagiuridica* incentrata su un parametro valutativo a carattere *quantitativo-non-numerico*. Una clausola insanabilmente indeterminata, quella della Corte di Giustizia del 2015, recante una regola di giudizio che reclama(va), su tale base di irriducibile incertezza, la disapplicazione di norme interne incidenti sulla (non) punibilità e, segnatamente, sull'istituto della prescrizione[147].

[144] CHIASSONI 2011, 1694.

[145] «L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione».

[146] Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 8 settembre 2015, in causa C-105/14, *Taricco*.

[147] *Reclamava* la disapplicazione, perché può dirsi il contrario alla luce della successiva presa di posizione dei giudici di Lussemburgo, in sede di rinvio pregiudiziale proposto dalla Corte costituzionale. La sentenza della Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, causa C-42/17, nega, infatti, la persistenza dell'obbligo di disapplicazione delle disposizioni interne in tema di prescrizione del reato quando siffatta disapplicazione comporterebbe una violazione del principio di legalità, a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile o a causa dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato.

Nel secondo passaggio di questa vicenda giudiziaria, la Corte costituzionale, come pure già evocato, ha poi fondato il suo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, tra l'altro, sul principio di legalità/determinatezza:

> «[i]n tale prospettiva si tratta di verificare se la regola enunciata dalla sentenza resa in causa Taricco sia idonea a delimitare la discrezionalità giudiziaria e anche su questo terreno occorre osservare che non vi è modo di definire in via interpretativa con la necessaria determinatezza il requisito del numero considerevole di casi, cui è subordinato l'effetto indicato dalla Corte di giustizia»[148].

Ci si limita soltanto a ricordare in questa sede[149] come il riferimento alla determinatezza sia svolto dalla nostra Corte secondo il lessico "euro-convenzionale", allargando, dunque, la verifica al riscontro di una base legale sufficientemente determinata anche nel senso del carattere di *prevedibilità* della regola. Così la Corte costituzionale:

> «questa Corte è convinta che la persona non potesse ragionevolmente pensare, prima della sentenza resa in causa Taricco, che l'art. 325 del TFUE prescrivesse al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen. ove ne fosse derivata l'impunità di gravi frodi fiscali in danno dell'Unione in un numero considerevole di casi[...]»[150].

Anche nella successiva sentenza della Consulta che – almeno per ora – chiude la vicenda, la regola Taricco è ritenuta irrimediabilmente indeterminata nella definizione del "numero considerevole di casi" in presenza dei quali può operare:

> «perché il giudice penale non dispone di alcun criterio applicativo della legge che gli consenta di trarre da questo enunciato una regola sufficientemente definita. Né a tale giudice può essere attribuito il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale svincolandosi dal governo della legge al quale è invece soggetto (art. 101, secondo comma, Cost.)»[151].

Ma, ancor prima, è ritenuto indeterminato (addirittura) l'art. 325 TFUE, dal quale la regola Taricco è desunta per via interpretativa dalla Corte di Giustizia:

> «perché il suo testo non permette alla persona di prospettarsi la vigenza della "regola Taricco"»[152].

[148] Corte cost., ord. n. 24/2017, par. 5.
[149] Per i necessari ragguagli si rinvia al § 3.1.
[150] Corte cost., ord. n. 24/2017, § par. 5.
[151] Corte cost., sent. n. 115/2018, par. 11 (del *Considerato in diritto*).
[152] Corte cost., sent. n. 115/2018, par. 11 (del *Considerato in diritto*).

Nella declinazione datane dalla Corte costituzionale nel 2018, sembra pertanto che la prevedibilità riguardi già il testo della disposizione del Trattato sul funzionamento dell'Unione, della quale disposizione dovrebbe potersi desumere in anticipo la successiva concretizzazione interpretativa giurisprudenziale: una prevedibilità valutata, cioè, non al momento della condotta[153].

II. Ora, prescindendo da ogni ulteriore considerazione sulla vicenda – che è stata al centro di un vivissimo interesse da parte della dottrina italiana di estrazione penalistica, costituzionalistica, internazionalistica etc.[154] – su queste clausole giurisprudenziali, che provengano da Roma, da Strasburgo o, come in questo esempio, dal Lussemburgo, si può dire in generale che sono le più intollerabili e le più lontane dal *nullum crimen*, sia nella nozione interna dei princìpi ad esso ricollegabili, sia al metro integrato su base euroconvenzionale.

Non foss'altro che per una ragione banale: mentre quelle contenute in disposizioni attendono la loro disambiguazione da parte del singolo giudice al contatto con il caso e, sperabilmente, potrebbero convertirsi in norme di diritto vivente stabili e prevedibili (oppure, benché l'evenienza, come visto, sia esasperatamente rara, potrebbero subire una declaratoria di incostituzionalità); quelle contenute invece in sentenze di giudici superiori (corti supreme interne o corti sovranazionali, che "parlano" in maniera, a seconda dei casi, più o meno vincolante ai giudici "comuni" – oltre che alle singole persone) rappresentano il fallimento incorreggibile della valenza comunicativa della norma e la sua quasi definitiva "incalcolabilità". A meno che non si attenda la eventuale e improbabile successiva stabilizzazione applicativa del parametro valutativo, censita mediante verifica circa la consolidazione di una scelta giurisprudenziale del tutto arbitraria: per esempio, restando a Taricco, là dove si fosse successivamente consolidata la tendenza dei giudici a quantificare il *numero considerevole di casi di frode grave* in un valore numerico o percentuale (a prescindere dalle difficoltà cognitive di reperimento del dato quantitativo su base empirica, sia da parte del giudicante, per orientare la sua decisione, sia da parte dei potenziali evasori, per orientare le loro scelte...).

In presenza di una clausola "giudiziale" ci troviamo di fronte a una sorta di delega del giudice "superiore" ("interno" o "sovranazionale") al giudice "inferiore" ("interno"), che potrebbe, a tacer d'altro, far insorgere più di un dubbio dal punto di vista del vincolo del secondo giudice *soltanto* alla legge (almeno là dove vi sia un vincolo per il

[153] In senso critico sul punto, DONINI 2018, 15 s., 24 ss., il quale osserva (11 ss.) come la statuizione della Corte cost. è assai singolare, dal momento che applica il principio di determinatezza in materia penale a una disposizione del Trattato che, come tale, ha quali destinatari non i cittadini, ma gli Stati membri dell'Unione, vincolando gli stessi ad adottare misure efficaci e dissuasive per la lotta alle frodi contro gli interessi finanziari.

[154] Si rinvia, ancora una volta, ai contributi raccolti in PAONESSA, ZILETTI 2016; BERNARDI A. 2017; BERNARDI, CUPELLI 2017; AMALFITANO 2018.

giudice "inferiore" verso la regola di giudizio del giudice superiore). A differenza delle "normali" clausole generali contenute in disposizioni di legge, la clausola giudiziale vedrebbe il giudice superiore erigersi a creatore di norme vaghe (non più soltanto ad autorevole interprete e "concretizzatore" delle stesse a partire da un testo legale che le contiene), così sovvertendo completamente i rapporti tra la fonte scritta e quella giudiziale. Insomma, qui sembra più che altro (o almeno anche) un problema di riserva di legge (e di divisione dei poteri), e non (solo) di determinatezza.

8.2. *Clausole generali con rinvio intragiuridico*

I. In questo secondo gruppo, si collocano clausole in cui il *parametro di integrazione extratestuale è schiettamente ed esplicitamente "intragiuridico" o "interno"*, nel senso che si utilizza un meccanismo di rinvio espresso che rimanda a criteri di valutazione apprezzabili sul piano giuridico: anche se, tuttavia, resta pur sempre un rinvio largamente aperto, *ex ante* indefinito e affidato alla chiusura *ex post* da parte del giudice, per la estrema varietà di integrazioni della disposizione, tutte possibili (anche se non necessariamente tutte legittime al metro del *nullum crimen*).

Il ruolo di maggior spicco in questo gruppo tipologico lo giocano, come già avvertito, le clausole consistenti in frammenti centrali e notevoli della disposizione, paragonabili o coincidenti con norme almeno parzialmente *in bianco*.

Per esempio, sono *clausole di rinvio intragiuridico esplicito e (almeno parzialmente) in bianco*:

- la colpa specifica o per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline;
- l'inosservanza di provvedimenti legalmente dati dall'autorità;
- l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere;
- l'inosservanza della prescrizione di rispettare le leggi da parte di soggetto sottoposto a misura di prevenzione; etc.

Proprio le recenti peripezie, interne e sovranazionali, di quest'ultima clausola meritano una breve considerazione, dovendosi prescindere, invece, per brevità, da ulteriori ipotesi.

8.2.1. Excursus *(2): una figura "escheriana" (ovvero: mani che disegnano... mani): l'inosservanza della prescrizione di "rispettare le leggi" per i soggetti sottoposti a misura di prevenzione personale.*

I. Il delitto di inosservanza delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale si regge su un rinvio "in bianco" alle prescrizioni che saranno imposte dal tribunale nel decreto di applicazione della misura di preven-

zione *ante delictum*[155]. Tuttavia, tra le prescrizioni di necessaria imposizione, da includere «in ogni caso», figurano anche quelle di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi"[156].

Ne risulta una sorta di doppio rinvio in bianco, o di rinvio speculare all'infinito, che si perde in un *circolo normativo vizioso*: la legge, con una norma penale in bianco, affida al provvedimento del giudice l'esatta individuazione delle prescrizioni che debbono accompagnare la misura; ma il provvedimento del giudice deve in ogni caso contenere la prescrizione in bianco di (vivere onestamente e di) rispettare le leggi, rinviando così, a sua volta, alla legge... Una tecnica normativa capace di far venire alla mente immagini paradossali, come le due mani che si disegnano reciprocamente di una celebre litografia del geniale artista olandese M.C. Escher (*Mani che disegnano*, 1948): qui le mani sono quelle del legislatore e del giudice, impegnate in un autoreferenziale rimando senza fine.

Se qualche dubbio circa la vera natura tipologica potrebbe nutrirsi per il *vivere onestamente*, che ben potrebbe avere anche un significato giuridico più sfumato, essendo apprezzabile anche sul piano metagiuridico, nessun dubbio residua sulla giuridicità della clausola del *rispettare le leggi*.

La fattispecie incriminatrice di inosservanza delle prescrizioni, fondata com'è sui menzionati presupposti di *honeste vivere*, se non fosse per la soggettività ristretta (riguarda solo le persone sottoposte alla misura di prevenzione), si avvicinerebbe paurosamente al famigerato *Schurkenparagraph*, il "paragrafo del briccone" di belinghiana memoria[157]: una sorta di "disposizione *omnia*", una macro-clausola generale che vanificherebbe il *nullum crimen* nonostante l'apparente rispetto formale della riserva di legge[158].

II. Questa curiosa fattispecie ha, tuttavia, superato indenne, almeno finora, lo scrutinio della Corte costituzionale, benché nella (sostanzialmente) pedissequa versione antecedente: quella dell'art. 9, comma 2, l. n. 1423/1956, abrogato e sosti-

[155] Art. 75, comma 2, in relazione all'art. 8, comma 4, del c.d. codice antimafia (d.lgs. 159/2011). In precedenza, la fattispecie era prevista dall'art. 9, comma 2, in relazione all'art. 5, comma 3, legge n. 1423/1956 (poi abrogato e sostituito dal codice antimafia).

[156] Nella versione precedente a quella contenuta del codice antimafia, alle prime due prescrizioni si aggiungeva la terza di *non dare ragione di sospetti* (all'art. 5, comma 3, legge n. 1423/1956, poi abr.).

[157] VON BELING 1906, 300. Lo ricorda, proprio in relazione a questa fattispecie, anche VIGANÒ 2017a, 5.

[158] Su altre e famigerate macro-clausole storicamente inverate – la effimera *Verordnung über die Einsetzung von Revolutionstribunalen N. 10*, emanata nella Bayerische Räterepublik nel 1919 («Jeder Verstoss gegen revolutionäre Grundsätze wird bestraft./Die Art der Strafe steht im freien Ermessen des Richters»); e il par. 2 del codice penale tedesco, dopo le modifiche del 1935, sopravvissute fino alla caduta del nazismo («È punito chiunque commette un fatto che la legge dichiara punibile oppure che merita di essere punito secondo l'idea fondamentale [*Grundgedanke*] di una legge penale e secondo il sano sentimento popolare [*gesundes Volksempfinden*]. Se per il fatto non trova applicazione diretta alcuna specifica legge penale, lo stesso è punito secondo la legge la cui idea fondamentale vi corrisponda meglio».) – si rinvia a quanto osservato in CASTRONUOVO 2013, 489 s.

tuito nel 2011 dall'art. 75, comma 2, codice antimafia[159]. La Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione incriminatrice nella parte in cui sanziona penalmente le prescrizioni di *vivere onestamente*, di *rispettare le leggi* e *non dare ragione di sospetti* (art. 5, comma 3, l. n. 1423/1956).

Per salvare la fattispecie dal dubbio di costituzionalità, la sentenza fa riferimento, tra l'altro, a taluni dei già ricordati criteri interpretativi professati dalla giurisprudenza della Corte per recuperare determinatezza in presenza di clausole generali (o termini polisensi, espressioni sommarie, termini elastici, che dir si voglia): il criterio sistematico-olistico e il criterio finalistico o della *ratio legis*[160].

Segnatamente, in questo caso, i giudici delle leggi si riferiscono alla necessità di valutare le "prescrizioni" sospettate di indeterminatezza (vivere onestamente, etc.) non in modo isolato, ma nel contesto delle altre prescrizioni richieste dalla disposizione dell'art. 5 l. 1423/1956 (ora, dell'art. 8 codice antimafia), dando anche rilievo – sempre sul piano di una lettura sistematica e attenta alle finalità perseguite dall'incriminazione – alla natura di "reato proprio", poiché l'incriminazione riguarda solo i sorvegliati speciali. Per quanto concerne più in particolare la prescrizione di "rispettare le leggi", essa non sarebbe indeterminata, riferendosi al dovere, imposto al sorvegliato, di rispettare tutte le norme a contenuto precettivo, e quindi non soltanto quelle penali, bensì qualsiasi disposizione la cui inosservanza sia ulteriore indice della già accertata pericolosità sociale del soggetto.

Come anticipato, la legge è poi stata abrogata dal d.lgs. n. 159/2011 (c.d. codice antimafia): ma le prescrizioni di vivere onestamente e di rispettare le leggi (non anche la terza, fondata sul "non dare ragione di sospetti") sono, ora, replicate all'art. 8, comma 4, del codice antimafia, che continua a incriminarne – a titolo di delitto – l'inosservanza.

La legittimità di tale fattispecie andrà probabilmente rivista, nel futuro prossimo, al "metro euroconvenzionale" del *nullum crimen*, come formulato da ultimo proprio a proposito delle prescrizioni che fanno da presupposto all'applicazione della misura personale di prevenzione *ante delictum* della sorveglianza speciale già prevista dall'art. 9, comma 2, della legge n. 1423/1956. Come già ricordato più sopra[161], la Grande Camera della Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia – sebbene in relazione alla violazione della libertà di circolazione (art. 2 Prot. 4 Convenzione EDU) e non al canone *nulla poena sine lege* (art. 7 Convenzione EDU) – dichiarando incompatibile la disciplina delle misure personali di prevenzione *ante delictum* fondate sulle fattispecie di pericolosità "generica" di cui alla l. n. 1423/1956 (poi trasfuse nell'art. 1 del codice antimafia), sulla base della "insufficiente prevedibilità" delle conseguenze della

[159] Corte cost., sent. n. 282/2010.
[160] La sentenza indica, quali precedenti della Corte in tema di clausole generali: Corte cost., sent. n. 327/2008; n. 5/2004 e n. 122/1993.
[161] *Supra*, § 5.

propria condotta proprio perché è straordinariamente vago il contenuto delle prescrizioni da imporre ai destinatari della misura[162].

Un difetto qualitativo della norma che, di necessità, si ribalta anche sulla fattispecie delittuosa, già salvata dalla Corte costituzionale nel 2010[163].

Il paradossale congegno, col quale il legislatore rimanda al giudice che a sua volta prescrive di rispettare le leggi, si risolve in un gioco di specchi; e fa venire alla mente la mano che disegna la mano. Un congegno che poteva – e può nuovamente – essere cancellato da una terza mano: quella del giudice costituzionale. Una mano provvidenziale, che crediamo oramai prossima[164].

8.3. *Clausole generali analogiche*

I. Le clausole di questo terzo gruppo tipologico sono quelle formulate secondo tecniche di analogia "anticipata" o "esplicita" che forzano in maniera variabile il principio di determinatezza/tassatività, con esiti quindi differenziati sul piano della loro legittimità o meno[165].

Esempi, già menzionati, sono rinvenibili nelle formule:

- crollo di costruzioni o *altro disastro* (artt. 434 c.p.);
- sottrazione, occultamento o guasto di apparecchi a pubblica difesa in occasione di incendio, inondazione, sommersione, naufragio o *altro disastro* (art. 436 c.p.);
- arruolamenti o *altri atti ostili* contro uno Stato estero che espongono l'Italia al pericolo di guerra (art. 244 c.p.);

[162] Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *de Tommaso c. Italia*, sulla quale cfr. i già evocati commenti di VIGANÒ 2017a, *passim*, in part. 5 (e qui il parallelo con lo *Schurkenparagraph*); e MAUGERI 2017.

[163] Segnatamente dalla già menzionata Corte cost., sent. n. 282/2010.

[164] Dopo la sentenza della Grande Camera nel caso de Tommaso, erano intervenute le Sezioni unite della Cassazione, le quali, rendendo un'interpretazione conforme a quella della Corte europea, hanno escluso dal novero dei presupposti del reato in esame le prescrizioni dell'*honeste vivere* etc.: Cass., Sez. un., 27 aprile 2017 (dep. 5 settembre 2017), n. 40076, *Paternò*, sulla quale VIGANÒ 2017b, 146 ss.; BIONDI 2017, 163 ss. Tuttavia, poche settimane dopo, la Sezione II della suprema Corte ha sollevato d'ufficio la questione di legittimità costituzionale, ritenendo necessario l'intervento della Consulta affinché dichiari l'illegittimità della disposizione penale in questione nella parte in cui sanziona la violazione di precetti considerati incompatibili con gli artt. 25 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 Convenzione EDU e all'art. 2 prot. 4 Convenzione EDU, interpretati alla luce della sentenza della Grande Camera della Corte EDU nel caso *de Tommaso* (Cass., Sez. II, ord. 11 ottobre 2017, dep. 26 ottobre 2017, n. 49194, *Sorresso*, sulla quale v. sempre VIGANÒ 2017c). Si attende, dunque, il giudizio della Consulta. Intanto, è successivamente intervenuta Cass., Sez. I, sent. 9 aprile 2018 (dep. 10 luglio 2018), n. 31322 che ha ridotto ulteriormente la tipicità della fattispecie, con riferimento al divieto di partecipare a pubbliche riunioni: AMARELLI 2018.

[165] Cfr. MARINUCCI, DOLCINI, 2001, 181 ss. Per una riflessione sul divieto di analogia, in rapporto alla disintegrazione del *nullum crimen sine lege* da parte della letteratura penalistica contemporanea quando assegna al legislatore e al giudice un ruolo paritario nella produzione delle norme penali, si veda MARINUCCI 2007, 1254 ss.

– omicidio commesso col mezzo di sostanze venefiche, ovvero *altro mezzo insidioso* (artt. 576, n. 2, e 577, n. 2), etc.

II. La decisione circa la compatibilità o meno di queste clausole con il *nullum crimen* dipende dalla possibilità che la disposizione, letta in prospettiva sistematica e finalistica, offra elementi di chiusura della fattispecie, tali da restituirne i contorni con sufficiente chiarezza; laddove il diritto vivente può solo rappresentare la stabilizzazione dei casi sussumibili, senza che possa valere a "sanare" un esito interpretativo scorretto al metro dei primi due[166].

Emblematica appare l'incriminazione dell'art. 434 c.p., incentrata sulla nozione di *disastro innominato*: ovverosia, un *altro disastro*, da ricavare, quale formula di chiusura, sulla base dei caratteri strutturali dei disastri tipizzati nello stesso articolo (il crollo di costruzioni) e negli "articoli precedenti" in tema di delitti di comune pericolo mediante violenza. Lo stesso vale il delitto di sottrazione, occultamento o guasto di apparecchi a pubblica difesa contro infortuni (art. 436 c.p.): l'*altro disastro o pubblico infortunio* che chiude l'elencazione deve essere individuato sulla base dell'analogia strutturale ed offensiva con quelli enumerati, vale a dire incendio, inondazione, sommersione e naufragio.

Il *dinamismo* di queste clausole è funzionale a colmare possibili lacune derivanti dalla tipizzazione delle forme del disastro, mediante "apertura" della fattispecie a forme ulteriori, purché con caratteri strutturali ed effetti distruttivi analoghi. Queste disposizioni sono e vanno lette come fattispecie ad *analogia anticipata ed esplicita*, ma anche ad analogia "obbligatoria" per il giudice, nel senso (e solo in questo) che non può sussumervi anche casi privi di relazione analogica con quelli enumerati dal legislatore a modello. Vale a dire: se casi debbono essere "aggiunti", può trattarsi soltanto di casi che presentano una *eadem ratio* rispetto a quelli che fanno da parametro di integrazione.

Tuttavia, la giurisprudenza ha utilizzato la disposizione sul disastro innominato dell'art. 434 c.p. per operazioni di sussunzione che vanno ben oltre l'analogia esplicitata dalla disposizione e ne rappresentano, perciò, una violazione.

Soffermiamoci brevemente su quest'ultimo esempio.

8.3.1. Excursus *(3): il disastro innominato come disastro ambientale (o sanitario). Il malinteso ruolo salvifico del diritto vivente*

I. La struttura esplicitamente aperta all'integrazione analogica della fattispecie di disastro innominato dell'art. 434 c.p. ne ha favorito nel tempo un uso strumentale alle variabili istanze di tutela, sorte a fronte di preoccupanti fenomenologie dan-

[166] Lo si è già visto, in generale, esaminando la giurisprudenza costituzionale sulle clausole generali (*supra*, § 7).

nose o pericolose. Tanto con riferimento a manifestazioni gravi o allarmanti di inquinamento, ritenute integrare un "disastro ambientale"; quanto, negli ultimi tempi, anche in relazione a plurimi eventi lesivi, ritenuti espressione, sulla base di indagini epidemiologiche, di un eccesso di morbilità o mortalità rispetto ai coefficienti attesi ("disastro sanitario")[167].

La sussunzione costantemente operata negli ultimi anni del "disastro ambientale" nell'orbita del disastro innominato è stata solitamente spiegata in dottrina – per lo più in termini molto critici – quale *risposta adattiva* della giurisprudenza alla mancanza di una incriminazione specifica nel diritto penale dell'ambiente. Fattispecie poi introdotta soltanto nel 2015, con l'art. 452-*quater* c.p., nel nuovo titolo VI-*bis*, dedicato ai delitti contro l'ambiente.

Come già ricordato in un altro studio, la sussunzione di eventi distruttivi nella nozione di disastro "innominato" – vale a dire: disastro "atipico" – implica il potere del giudice di "nominare" le ipotesi di "altro" disastro che, *in via performativa*, diventano "tipiche"[168]. Un *potere* che, per non diventare *arbitrio*, deve osservare limiti interpretativi il più possibile stringenti, valorizzando le pur esigue indicazioni rese disponibili da parte del legislatore.

Nel caso in esame, gli indicatori ineludibili da parte dell'interprete per una corretta integrazione della clausola analogica sono i seguenti:

a) la clausola di sussidiarietà con cui si apre la formulazione dell'art. 434 c.p.: «fuori dei casi preveduti dagli articoli precedenti»;

b) la collocazione sistematica della fattispecie incriminatrice tra i «delitti di comune pericolo mediante violenza»;

c) le modalità e finalità di tutela delle fattispecie di disastro (naturale e tecnologico) previste dalle disposizioni che precedono quella di disastro innominato.

La formulazione "sincopata" dell'incriminazione (che, nell'ipotesi più grave, formulata al comma 2, punisce *chiunque, fuori dei casi preveduti dagli articoli precedenti, cagiona un altro disastro*) affida la sua possibile selezione tipizzante interamente e soltanto al concetto – analogico – di "altro disastro".

[167] Emblematica, benché dall'esito profondamente deludente per le vittime, la vicenda processuale sul caso Eternit, culminata con l'annullamento della condanna in Cassazione: Cass. 19 novembre 2014, n. 1292, Schmidheiny. La sentenza ha comunque "confermato", in motivazione, la riconducibilità all'art. 434 del disastro ambientale a dinamica seriale e continuativa. Sul caso Eternit, ci si permette di rinviare, anche per riferimenti, a: CASTRONUOVO 2015b, 107-139; ai riferimenti bibliografici là svolti si possono aggiungere, per es., tra quelli pubblicati successivamente: MASERA 2015, 1565 ss.; SCAROINA 2015, 1 ss.; VENTUROLI 2015, 1219 ss.

[168] Può, infatti, riconoscersi effetto performativo, secondo la teoria degli atti linguistici (AUSTIN 1962, *passim*), anche ai divieti (o ai comandi), per lo meno nel senso che gli stessi non si limitano a descrivere un fatto, ma lo producono: producono il divieto. Lo fa, in seconda battuta, anche il giudice, in sede di interpretazione della disposizione del legislatore. In questo senso, la tipizzazione è (performativamente) avvenuta. Resta di volta in volta da verificare, ovviamente, la validità (legittimità) dell'operazione.

Ora, gli indicatori sopra ricordati dovrebbero funzionare, nell'operazione ricostruttiva dell'interprete, alla stregua di *istruzioni per l'uso* della clausola d'integrazione analogica della disposizione. Insomma, benché l'analogia sia giustamente guardata con sospetto *in criminalibus* – specialmente se *in malam partem* e, come in questo caso, quando assume il ruolo di formula d'integrazione della fattispecie tipica – tuttavia la stessa ha in sé una residuale ma ineludibile forza limitativa fondata sulla somiglianza, similarità, omologia.

II. Come già ricordato, sull'art. 434 si è pronunciata nel 2008 la Corte costituzionale dichiarando non fondata la questione sollevata anche con riferimento al principio di determinatezza[169]. E tanto ha fatto utilizzando il solito test di compatibilità con il principio di determinatezza delle disposizioni incentrate su clausole generali: il criterio sistematico-olistico, quello della *ratio legis* e, infine, quello del diritto vivente.

La sentenza della Corte ha salvato l'incriminazione nonostante – questo il suo maggior torto – "nel diritto vivente" si fosse già affermata in quel momento una lettura "scorretta" in quanto svincolata dal necessario ossequio al parametro analogico: in altri termini, la giurisprudenza coeva alla sentenza n. 327/2008 riconduceva già all'art. 434 disastri ambientali a dinamica seriale e continuativa, che nulla hanno di analogo rispetto al crollo di costruzioni o agli altri disastri tipizzati dalle disposizioni precedenti che prevedono delitti di comune pericolo mediante violenza come, tra gli altri, l'incendio, il disastro aviatorio o ferroviario, il naufragio o la sommersione di una nave, la frana, valanga o inondazione.

La Corte considera queste soluzioni interpretative "problematiche", ma ciò nonostante *salva* la disposizione, benché la stessa sia oramai utilizzata per dare copertura a fenomenologie tanto preoccupanti quanto irriducibili alla formula *analogica* della fattispecie in esame. La Corte si limita ad auspicare l'intervento del legislatore penale affinché «disciplini in modo autonomo tali fattispecie criminose»[170].

III. Per la verità, proprio i criteri interpretativi elaborati dalla giurisprudenza della Consulta, con la finalità di consentire il recupero di tassatività/determinatezza/precisione per le fattispecie contenenti clausole generali o concetti elastici,

[169] Corte cost., sent. n. 327/2008, sulla quale, per tutti, GIUNTA 2008, 3539 ss. Nessun dubbio che si tratti di una clausola generale analogica esplicita o anticipata: in questo senso la stessa sent. 327 del 2008, che espressamente riconduce formule come quella dell'*altro disastro* alle "clausole generali" o a "espressioni sommarie", "vocaboli polisensi", "concetti elastici". In dottrina, con riferimento all'*altro disastro*, scrive espressamente di «clausola generale a valenza analogica», VERGINE 2013, 647.

[170] La Corte così concludeva la motivazione: «[f]erma restando la conclusione raggiunta, è tuttavia auspicabile che talune delle fattispecie attualmente ricondotte, con soluzioni interpretative non sempre scevre da profili problematici, al paradigma punitivo del disastro innominato – e, tra esse, segnatamente, l'ipotesi del disastro ambientale, che viene in discussione nei giudizi *de quibus* – formino oggetto di autonoma considerazione da parte del legislatore penale, anche nell'ottica dell'accresciuta attenzione alla tutela ambientale ed a quella dell'integrità fisica e della salute, nella cornice di più specifiche figure criminose».

sembrano di ostacolo all'individuazione, a partire dalla "disposizione" dell'art. 434 c.p., di una "norma" che incrimini il disastro ambientale o il disastro sanitario[171].

Né l'argomento sistematico né quello finalistico consentono di desumere dalla disposizione che punisce il "disastro senza nome" una norma che renda tipica (anche) la causazione di un disastro ambientale sotto forma di contaminazione o inquinamento seriale delle matrici ecologiche o di disastro sanitario sotto forma di fenomeno epidemico, ovvero di eccesso di casi patologici rispetto a quelli attesi.

Le indagini più raffinate sul tema hanno dimostrato la natura tendenzialmente "contestuale" e la dinamica "limitata" nel tempo di tutti i disastri del capo I del titolo VI del codice, ai quali l'art. 434 si richiama:

> «[s]trutturalmente, la nozione di disastro presuppone, infatti, la "concentrazione" spazio-temporale, con caratteristiche di immediatezza incompatibili con la permanenza del reato. Se si vuole che il disastro sia individuabile e storicamente dimostrabile e determinabile, esso non può non concretizzarsi in un evento che si materializzi in modo tendenzialmente circoscritto nel tempo e nello spazio, ossia in un fenomeno tipico, da valutarsi *hic et nunc*»[172].

Ne deriva che una pluralità di micro-eventi (ad es., di immissione di sostanze tossiche nell'ambiente) non sarà mai sussumibile, in maniera cumulativa e unificata, nella categoria del disastro[173].

Con l'ulteriore conseguenza – sia detto per inciso – di rendere intellegibile la distanza concettuale tra il disastro, da un lato, e il grave inquinamento di un sito o la contaminazione delle matrici ecologiche, dall'altro, quale pluralità di micro-

[171] Resta impregiudicata la convinzione, condivisa non solo da chi scrive, circa la necessità politico-criminale di introdurre nell'ordinamento innovativi delitti di disastro ambientale e di disastro sanitario, funzionali al tentativo di predisporre di più adeguati strumenti normativi di tutela contro fenomenologie di danni o pericoli su vasta scala – specialmente a dinamica seriale e diluita nel tempo – innescati dalle attività industriali o tecnologiche. Una necessità alla quale, solo da ultimo, come si è detto, il legislatore – anche raccogliendo l'auspicio formulato dalla Corte costituzionale proprio con la sentenza n. 327 del 2008 – ha tentato di fornire una risposta, peraltro tutta da verificare in sede applicativa, con la riforma in tema di eco-delitti (per tutti, RUGA RIVA 2015, *passim*).

[172] GARGANI 2008, 179 ss.

[173] Sono invece "altri disastri" rispetto a quelli enumerati nello stesso articolo (crollo di costruzioni) e in quelli precedenti (incendio, disastro aviatorio, disastro ferroviario, naufragio, inondazione, frana, valanga, etc.), e ricevono certamente "copertura analogica" ai sensi dell'art. 434, casi, di cui pure v'è traccia nella giurisprudenza penale, come ad es.: incidenti stradali di rilevante gravità, come il rovesciamento di un'autocorriera; caduta di ascensori; incaglio di una nave; scoppio di ordigni bellici; esplosioni di impianti, come caldaie. Lo stesso deve dirsi di alcune ipotesi di *disastro ambientale*, la cui dinamica etiologica tendenzialmente immediata sia ancora assimilabile al crollo o ai disastri degli articoli precedenti, così ad es.: sventramento di parte di una montagna, con irreversibile alterazione geomorfologica; deviazione del corso di un torrente; guasto di un depuratore con grave e rapido sversamento di sostanze tossiche in un corso d'acqua, con conseguente pericolo per l'incolumità pubblica; interramento o deposito su fondali marini di tonnellate di rifiuti pericolosi; esplosione di un impianto industriale con diffusione nell'ambiente circostante di fumi contenenti sostanze tossiche etc.

eventi a dinamica seriale e progressiva sviluppatasi in un lungo arco di tempo. D'altronde, la "contestualità" di un unitario macro-evento di portata distruttiva rende risolvibili i formidabili problemi, altrimenti insuperabili, di identificazione del momento consumativo del reato posti dalla ricostruzione "dilatata" o "permanente" del disastro, nei quali si sono avvitate, con esiti diversissimi, le motivazioni delle sentenze di merito e legittimità sul caso Eternit.

La non riconducibilità ermeneutica delle fenomenologie a dinamica duratura e cumulativa al disastro innominato, sulla base dei criteri finalistico e sistematico, non può essere superata in nessun caso in virtù di una ricognizione del *diritto vivente*, il quale vi sussume micro-immissioni seriali e progressive nelle matrici ecologiche. Se l'operazione di ricostruzione ermeneutica condotta mediante i criteri finalistico e sistematico impedisce di ricondurre alla fattispecie "vaga" una data costellazioni di casi, in quanto non vi è identità di *ratio* alla luce della complessiva rilettura della fattispecie nel suo contesto di disciplina, la lacuna non può essere colmata mediante il solo ricorso all'argomento del diritto vivente.

Ammettere una capacità "taumaturgica" del c.d. diritto vivente[174], capace di superare, a mo' di rimedio salvifico, le conclusioni ricavabili mediante gli altri canoni interpretativi, equivarrebbe a una vanificazione del divieto di analogia (rivolto al giudice) e, quindi, del principio tassatività quale necessaria articolazione del principio di legalità.

D'altronde, anche ove si giungesse a una conclusione diversa, privilegiando una concezione che valorizzi oltremodo la *norma come pratica*, quindi prendendo atto della riconosciuta punibilità *ex* art. 434 c.p. dei fatti di disastro ambientale mediante immissioni a dinamica progressiva e seriale, occorrerebbe stabilire il *dies a quo* in cui può ritenersi consolidata tale soluzione interpretativa. Con la conseguenza che, anche a voler ritenere "sterilizzati" i problemi di determinatezza della fattispecie, la stessa, alla luce della sua portata incriminatrice innovativa rispetto al passato (al diritto "non più vivente"), finirebbe per porre altre, non secondarie questioni.

In primo luogo, rispetto a fatti realizzati prima che la nuova interpretazione "inclusiva" di forme "diacroniche" di disastro ambientale si consolidasse, potrebbe affacciarsi il dubbio di un'applicazione *retroattiva* di una *norma* che – immutata sul piano legislativo la *disposizione* (art. 437) – sarebbe frutto esclusivamente di un'evoluzione giurisprudenziale (creativa).

In secondo luogo, si potrebbe obiettare che la norma incriminatrice frutto dell'evoluzione giurisprudenziale in esame, almeno rispetto a fatti *precedenti* alla

[174] Di capacità "taumaturgica" assegnata al diritto vivente, inteso alla stregua di "unguento salvifico" dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, scrive in senso critico GIUNTA 2014, 2738 ss., a commento di Corte cost., sent. n. 172/2014, cit., che, anche rifacendosi al diritto vivente, ha ritenuto non fondata la questione di legittimità dell'art. 612-*bis* c.p. (atti persecutori) sollevata per contrasto con il principio di determinatezza.

sua avvenuta consolidazione (e, ma solo dal 2015, alla previsione positiva nell'art. 452-*quater* c.p. sul disastro ambientale), sarebbe difficilmente "conoscibile" da parte del cittadino-destinatario al momento di realizzazione della condotta, con conseguenti ricadute sul piano del principio di colpevolezza (o, con linguaggio euroconvenzionale, di prevedibilità).

8.4. *Clausole generali di incriminazione suppletiva (riguardanti forme di manifestazione del reato)*

I. Al di là delle evidenti differenze sistematiche nei rispettivi meccanismi di integrazione, i problemi posti dalle *clausole generali consistenti in frammenti di norme* (che si tratti di clausole metagiuridiche, intragiuridiche o analogiche) non sono poi troppo diversi da quelli connessi alle *macro-clausole generali riguardanti alcune forme di manifestazione del reato*: *reato omissivo improprio* (art. 40, cpv., c.p.); *concorso di persone nel reato* (art. 110 c.p.) e *cooperazione colposa* (art.113 c.p.); *tentativo* (art. 56 c.p.)[175]. In ogni caso, analoghi sono i potenziali effetti di indeterminatezza (e quelli, connessi, sul piano della colpevolezza/prevedibilità).

Siamo qui al cospetto di clausole di parte generale: collocazione che, come visto, potrebbe indurre a un giudizio complessivamente meno drastico sulla loro scarsa determinatezza, secondo una tendenza abbastanza diffusa in dottrina[176].

Come già visto, il meccanismo di *rinvio* normativo risulta auto-evidente con riferimento ai primi tre gruppi tipologici, in cui si collocano comunque clausole consistenti in frammenti di disposizioni a mezzo dei quali si effettua un rimando extratestuale a parametri esterni (metagiuridici, giuridici, analogici). Ma un meccanismo simile non è completamente estraneo neppure alla classe qui considerata, delle macro-clausole generali sulle quali sono costruite le forme di manifestazione del reato degli artt. 110, 56, 40, cpv., c.p.: almeno nel senso che le stesse, nel produrre un fenomeno di *estensione della sfera di tipicità* di singole incriminazioni, implicano, per via della loro natura ampiamente "ellittica", un implicito rimando a un substrato dogmatico (e, in questo senso, giuridico) di fonte giurisprudenziale e dottrinale (anche, oramai, di tipo precomprensivo) senza del quale quelle categorie perderebbero sostanza normativa[177].

Come attribuire altrimenti significato a un istituto quale, per esempio, il concorso di persone, fondato su una disposizione – quella dell'art. 110 c.p. – formulata, per così dire, in maniera del tutto apodittica?

[175] «Clausole generali di incriminazione suppletiva», secondo la denominazione proposta – come già ricordato – nella dottrina penalistica da RISICATO 2001, *passim*.

[176] Per i riferimenti si veda *supra*, § 4.

[177] Una nozione di "diritto vivente" più ampia, stratificata nella coscienza collettiva (dei giuristi), quale *law in action* in senso lato, riferibile cioè a qualcosa che va oltre il solo dato "autoritativo" dei testi delle leggi e delle sentenze.

Come noto, il modello "unitario" di tipizzazione del concorso di persone, prescelto dal legislatore del 1930, è un modello di *non tipizzazione* del contributo partecipativo penalmente rilevante[178]. Insomma, senza un riferimento a dati extratestuali giurisprudenziali/dottrinali, ovvero: senza fare ricorso al significato normativo attuale di "concorso di persone nel reato", l'identificazione del contributo partecipativo penalmente rilevante sarebbe o impossibile o comunque (del tutto) arbitraria[179].

Non dissimile il discorso relativo alle altre due clausole: in particolare e in via esemplificativa, la definizione corrente dell'*obbligo giuridico di impedire l'evento* (art. 40, cpv. c.p.) è ampiamente tributaria dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, e della sua evoluzione progressiva (ad esempio: dalla teoria formale a quella sostanziale delle posizioni di garanzia); allo stesso modo, l'individuazione degli *atti idonei e diretti in modo univoco* (art. 56 c.p.) diverrebbe ogni volta complicatissima senza poter attingere alla stratificata elaborazione sulla categoria dogmatica del tentativo.

II. Le clausole di incriminazione suppletiva consistono di figure di parte generale che, mediante richiamo (anche implicito) a singole fattispecie incriminatrici, consentono una *estensione della punibilità ad ipotesi altrimenti a-tipiche*: disposizioni quindi che, nella loro interezza e non semplicemente a mezzo di un frammento, contengono una macro-clausola generale destinata a combinarsi con singole disposizioni incriminatrici. Si tratta di figure di parte generale che funzionano come autentici "moltiplicatori" di fattispecie penali: ossia di incriminazioni supplementari, ottenute per "gemmazione" da una fattispecie incriminatrice "base" contenuta nella parte speciale o nella legislazione complementare. Qui la clausola generale non è più confinata in un *frammento* ovvero ridotta a elemento della fattispecie incriminatrice o, più in generale, della disposizione penale, ma "occupa" per intero il contenuto della disposizione che la reca.

L'ampiezza dell'estensione della punibilità e il grado di indeterminatezza delle fattispecie "riproducibili" mediante tali moltiplicatori si accrescono in modo esponenziale nelle ipotesi (più o meno controverse) di *applicazione cumulativa (e reciproca) di due clausole* di incriminazione, dando vita a una sorta di terzo livello di criminalizzazione, ancora più lontano dalla selezione operata dal legislatore sul piano della singola fattispecie-base: così nel tentativo di delitto omissivo improprio, tentativo di concorso, concorso in delitto tentato, concorso mediante omissione in reato commissivo, concorso in reato omissivo improprio[180].

[178] Sulla questione, oltre alle ricostruzioni manualistiche (tra le quali, FIANDACA, MUSCO 2014, 512 ss.), si rinvia alle considerazioni aggiornate e ai diffusi riferimenti bibliografici di DONINI 2017, 6 ss.

[179] Cfr. ancora DONINI 2017, 8: «L'*interpretazione conforme a Costituzione*, peraltro, impone che i limiti della cultura del codice del 1930 siano rivisti alla luce dei principi di tipicità, appunto, e di responsabilità personale e per fatto proprio. Alla carenza di tipicità dell'art. 110 c.p. [...], dunque, si è sostituita una tipizzazione interpretativa giurisprudenziale e dottrinale [...]» (corsivo originale).

[180] Su questi incroci di macro-clausole estensive, si veda, ancora una volta, RISICATO 2001, 151 ss.

III. Anche quest'ultima tipologia di clausole consiste di regole di giudizio elastiche ed ellittiche, caratterizzandosi specialmente per il "non detto". Una disamina anche solo minimamente diffusa sarebbe impossibile. Limitiamoci a ricordare in maniera telegrafica i termini di queste formule ellittiche, con riferimento – schematico – alle singole ipotesi di clausole estensive (o suppletive) dell'incriminazione e, quindi, della punibilità.

i) Tentativo: *atti idonei diretti in modo non equivoco alla realizzazione di un delitto*.

Nella formulazione si riconoscono taluni elementi di selettività, stabiliti dal legislatore: deve trattarsi di delitti (con esclusione delle contravvenzioni) dolosi (con esclusione della colpa) e di pericolo concreto (si discute però se il giudizio di accertamento del pericolo sia a base parziale o totale).

L'ellissi – il "non detto" – riguarda i requisiti dell'idoneità e dell'univocità[181]; ma anche la compatibilità strutturale o meno del tentativo con le diverse tipologie di reato (es., reati di pericolo, reati omissivi, etc.) e con le diverse tipologie di dolo (es., dolo eventuale).

ii) Omissione impropria: *non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire "equivale" a cagionarlo*.

Un limite selettivo, benché non incontroverso, può individuarsi nella possibilità di azionare la clausola estensiva ("di equivalenza") in relazione ai soli reati di evento naturalistico, almeno nelle realizzazioni monosoggettive. Chiaro che gli eventuali limiti selettivi individuati dal legislatore (o radicati nell'interpretazione corrente) sono destinati a "saltare" nelle ipotesi di applicazione congiunta delle clausole dell'art. 40, cpv., c.p. e dell'art. 110 c.p. (concorso mediante omissione).

Sul "non detto" nella clausola "di equivalenza" tra cagionare e non impedire, si addensa una serie di interrogativi dogmatici ormai affatto tradizionali, riguardanti da un lato i criteri di individuazione degli obblighi "giuridici" di impedimento; dall'altro, la sfera di operatività della clausola di equivalenza: solo reati di evento causalmente orientati o altresì reati di mera condotta e reati di evento a forma vincolata? Con riferimento a tutti i beni giuridici, compresi quelli patrimoniali, o solo a quelli "primari", come la vita e l'incolumità individuale e collettiva?

L'ampiezza della formulazione non sembrerebbe consentire una selettività teleologica, che una parte della dottrina ricava per lo più sulla base di argomenti di plausibilità politico-criminale[182].

[181] Per limitarsi a un solo riferimento, circa la "irriducibile vaghezza" della disposizione dell'art. 56 e sui suoi rapporti con quella sul reato impossibile (art. 49 c.p.), si veda la vastissima indagine storica e comparata di SEMINARA 2012, condotta alla luce della questione del tentativo inidoneo e delle diverse soluzioni che la stessa riceve negli altri ordinamenti.

[182] Per tutti, FIANDACA, MUSCO 2014, 626 ss.

Inoltre, il conflitto con il *nullum crimen* si estende, qui, anche alla riserva di legge, ove si ammetta, come consueto, che l'obbligo *giuridico* possa avere *fonte extralegale e non scritta*: un problema "formale" di certo non risolto dal successo teorico conosciuto dalla teoria – "sostanziale" – delle posizioni di garanzia[183].

iii) Concorso di persone: la clausola riproduce un modello di tipizzazione così detta "unitaria" (o, fuor di metafora, di vera e propria "non tipizzazione") su base causale: *quando più persone concorrono nel reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni seguenti*[184].

Il riferimento alle disposizioni seguenti riguarda le disposizioni successive all'art. 110 c.p., aventi per lo più rilievo circostanziale.

Qui si rinuncia quasi totalmente a selezionare i tipi di contributi penalmente rilevanti. Il *trionfo del non detto*, della formulazione ellittica, della tautologia normativa: con l'esclusione di un implicito riferimento al nesso causale (ma si tratta di *causalità effettiva*? Di *potenziale idoneità*? Di *aumento del rischio?*), il riferimento è a *qualsiasi condotta*, *materiale* o anche *morale*, mediante il problematico utilizzo da parte dell'interprete, in quest'ultima costellazione di casi, della categoria della *causalità psichica*[185].

Insomma, la macro-clausola in esame opera un rinvio alla mutevole "sensibilità dell'interprete" cui è demandato di adeguare il dato astratto e generalissimo alla cangiante concretezza dei fatti storici. Una delega al riempimento del vuoto di tipicità.

In relazione alla clausola generale del concorso di persone, all'affievolimento dei principi già menzionati (determinatezza-tassatività, ma anche sussidiarietà, proporzione, frammentarietà...), si accompagna, potenzialmente, lo svilimento del canone della personalità della responsabilità penale, nella sua accezione "minima", coincidente con l'esigenza che il fatto sia "proprio". La formulazione dell'art. 110 consente (o non impedisce) uno sconfinamento nei territori sinistri della responsabilità per fatto altrui.

Insomma, un concentrato di "mancanze" nei confronti del principio del *nullum crimen*, nella sua accezione complessa, sin qui seguita.

IV. Vediamo, per concludere questa rassegna, un solo esempio problematico, riconducibile proprio a una delle più note dilatazioni applicative subite dalla clauso-

[183] In questo senso, si palesava come meritorio, sebbene di enorme difficoltà, lo sforzo di tipizzazione intrapreso dai compilatori del "Progetto Grosso" di riforma del codice penale del 2001.

[184] Problemi ancora maggiori riguardano la *cooperazione colposa* (art. 113 c.p.), in cui confluiscono tutte le questioni riferibili alla partecipazione criminosa e, altresì, tutte quelle riconducibili alla colpa: per tutti, ed esprimendosi in termini di clausola generale, CORNACCHIA 2004, 544 ss.

[185] Sulla causalità psichica, v.: CORNACCHIA 2001, 187 ss.; RONCO 2004, 815 ss.; RISICATO 2007, *passim*; CINGARI 2009, 767 ss.; CASTRONUOVO 2010, 165 ss.

la del concorso, in relazione alla "famigerata" figura del concorso esterno in reato associativo.

8.4.1. Excursus *(4): il "concorso esterno" dinanzi alla Corte europea*

I. Si è già menzionata la recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Contrada contro Italia* con riferimento all'evoluzione giurisprudenziale "creativa" della norma sul "concorso esterno in associazione mafiosa", a partire dalla clausola generale del concorso di persone e dalla sua combinazione con la fattispecie del delitto associativo[186].

Come noto, la condanna dell'Italia è motivata sulla base della violazione dell'art. 7 della Convenzione EDU, con riferimento ai principi di irretroattività e di necessaria conoscibilità della legge penale all'epoca di commissione dei fatti: non si stigmatizza, cioè, la *creazione giurisprudenziale della norma*, ma la sua applicabilità a condotte realizzate quando la possibilità di punire ai sensi del combinato disposto degli artt. 110 e 416-*bis* c.p. era ancora – a giudizio della Corte europea – incerta e contraddittoria nell'ordinamento italiano.

La Corte ritiene che «il reato in questione è stato il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza Demitry» delle Sezioni unite della Cassazione italiana[187].

II. I giudici di Strasburgo applicano, dunque, il *nullum crimen* nella sua più volte ricordata declinazione euroconvenzionale[188], che conduce alla verifica circa il rispetto dello standard qualitativo della norma anche alla luce della accessibilità e della prevedibilità.

Che il concorso esterno sia frutto di applicazione della clausola di parte generale o dell'estensione delle figure dei partecipi di parte speciale[189], la quarantennale vicenda interpretativa della nozione, con l'intervento di tre celebri sentenze delle Sezioni unite (casi *Demitry* del 1994, *Carnevale* del 2002 e *Mannino* del 2005), fa sorgere il dubbio circa l'arbitrarietà della individuazione – da parte della Corte di Strasburgo – del momento di "consolidazione" della norma nel diritto vivente, ai fini dell'affidamento dei destinatari sulla sua "vigenza": momento fatto coincidere con la prima pronuncia del massimo organo nomofilattico interno.

[186] Corte EDU, Sez. IV, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italie* (n. 3), in part. parr. 64-76, sulla quale v. i riferimenti bibliografici svolti *supra*, § 3.1.
[187] *Ibidem*, par. 74.
[188] Mediante riferimento, tra gli altri, al menzionato precedente della Grande Camera in *Del Rio Prada contro Spagna* del 2013 (per ragguagli: *supra*, § 7).
[189] La seconda lettura è quella patrocinata da DONINI 2017, 17 ss.

Ma soprattutto dimostra, ancora una volta, tutta la problematicità della scelta di "non tipizzazione" delle figure dei concorrenti nell'art. 110 c.p.; e, comunque, le difficoltà di gestione razionale di questo tipo di macro-clausole di parte generale: specialmente allorquando siano destinate a combinarsi con incriminazioni di parte speciale permeate di istanze (anche comprensibili) di politica criminale – come è certamente il caso dell'associazione mafiosa – inopportunamente affidate alla sola magistratura[190].

9. *Come nelle mappe (...è questione di scala): l'impero e la mappa dell'impero*

I. Il ricorso a clausole generali indeterminate o, comunque, a formulazioni connotate da eccessiva vaghezza contribuisce, assieme ad altre cause, a rendere il diritto penale "sempre più incerto"[191].

Al netto di ipotesi di sostanziale *inevitabilità* – per ragioni di tecnica normativa – del ricorso a formulazioni eccessivamente elastiche o aperte, questo diritto penale sempre più incerto non è, però, sempre tollerabile[192].

Più esattamente, l'inevitabilità deve intendersi in un duplice senso:

i) come impossibilità di evitare l'utilizzo di una clausola generale o di una formula vaga per "descrivere" quella data fattispecie o, più in generale, nel *drafting* di una data disposizione;

ii) come necessità, sulla base di una valutazione condotta alla stregua dei canoni di sussidiarietà/*ultima ratio*, di frammentarietà e di offensività, di procedere alla "criminalizzazione" di quella fattispecie da parte del legislatore (o, più in generale, di introdurre quella disposizione penale).

Gli strappi al *nullum crimen*, nella sua duplice dimensione interna e sovranazionale, rendono intollerabile l'uso di formule vaghe la cui disambiguazione sia preventivamente "incalcolabile".

Le esigenze ineludibili poste da tale vincolo garantistico hanno qualche speranza di essere salvaguardate soltanto in presenza di clausole che consentano operazioni ermeneutiche di "chiusura" della fattispecie (di passaggio dalla *disposizione* alla *norma*) secondo modalità ancora prevedibili *ex ante* (al momento della condotta) e controllabili *ex post* (in sede di scrutinio giudiziale successivo e in sede di rimedi procedimentali interni e sovranazionali).

[190] Parla di "ermeneutica di lotta" nella creazione della figura del concorrente esterno, auspicando una soluzione legislativa, DONINI 2017, 20 s.

[191] Su questa tendenza («Das Strafrecht wird immer unklarer») e sul contributo comunque "non esclusivo" dato ad essa dalle clausole generali, cfr. le risalenti considerazioni di NAUCKE 1973, 3, 12 s., 26 s. Sul ruolo dell'applicazione del diritto in presenza di un diritto penale sempre più incerto, e sulle implicazioni apprezzabili anche in termini di ripartizione (tra autore e vittima) del rischio dell'interpretazione, affidata al momento applicativo («Verteilung des Interpretationsrisikos durch die Rechtsanwendung»), NAUCKE 1973, 16 ss., 21 ss., 26 s.

[192] Al di là della sua eventuale e contingente "efficacia". Si rinvia, sul tema, all'affresco di SGUBBI 2001, 206 ss.

Come già si concludeva in una precedente occasione, di certo non potremo mai dire chiusa *l'avventura delle clausole generali*, né esaurito il loro *tempo*[193]. Semmai, pure nell'attuale contesto di crescente complessità e "internazionalizzazione" del diritto penale nazionale, si dovrà per un verso ridurre il ricorso alle formulazioni eccessivamente aperte e vaghe; per altro verso sventare il pericolo di una legislazione ipertrofica, o eccessivamente casistica, capace, sebbene per ragioni opposte a quelle collegate alle clausole generali, di interrompere quel *flusso comunicativo tra autorità e persona* che è fondamento teorico – insieme indimostrato, ma concettualmente e ideologicamente irrinunciabile – della pena e del diritto penale nel suo complesso[194].

II. D'altro canto, non bisogna dimenticare la natura ambivalente della legalità e la sua immanente aporia: come un Giano bifronte mostra, oramai da sempre, un volto luminoso e uno più oscuro e inquietante. La legalità, insomma, è, sì, strumento di garanzia dell'individuo; ma può essere altresì strumento autoritario[195]. Del resto, il codice Rocco conservava la legalità formale, senza tuttavia rinunciare a un diritto penale autoritario dentro al codice e fuori di esso.

Questa ambivalenza è plasticamente visibile anche riguardando le formule qui studiate. Le clausole generali, *in criminalibus*, sono ordigni ambigui: più facilmente, questi tranelli del linguaggio, generano incertezza, immettendo disordine nel sistema con le loro formule entropiche, così favorendo l'arbitrio repressivo e contribuendo alla formazione di *un diritto incalcolabile* che rende imprevedibili le conseguenze delle proprie azioni[196]. E tuttavia, proprio perché sono metafore di vaghezza, le clausole potrebbero talora funzionare come "valvole di disinnesco" o come "fattori di dissipazione" della portata repressiva di certe disposizioni: dando rilievo, per esempio, a situazioni in senso lato esimenti o con effetti *in bonam partem*, valutabili discrezionalmente dal giudicante.

Indizi del ruolo ambivalente che si può assegnare alle clausole generali emergono anche nella storia recente, a proposito di previsioni incriminatrici in tema di immigrazione ritenute, per varie e più o meno condivisibili ragioni, "sgradevoli"[197], e che *non presentano* tra i loro elementi "negativi" formule – come "senza giustificato motivo" – che proprio per la loro vaghezza permettano di considerare

[193] Per riprendere i titoli di noti contributi di due illustri civilisti: CASTRONOVO 1986; RODOTÀ 1987.
[194] Cfr., da ultimo, le riflessioni di FIANDACA 2017, 3-44.
[195] Cfr. PALAZZO 1979, 109 ss. Per una bella ricostruzione sintetica, VOGLIOTTI 2013, 377-385.
[196] L'espressione, già più volte evocata, è nel bel saggio di IRTI 2016, *passim*. Ma figurava già anche nel contesto penalistico, per es. in Corte cost., sent. n. 322/2007, sull'*error aetatis*, là dove si affermava che il principio di colpevolezza, assieme a quello di legalità, è garanzia di «libere scelte d'azione sulla base di una valutazione anticipata ("calcolabilità") delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta» (2.3 del *Considerato in diritto*).
[197] Ragioni che possono poggiare su piani anche molto diversi: da quello delle convinzioni politiche e "umanistiche" a quello dell'efficienza della giustizia penale, "ingolfata" da procedimenti per un determinato tipo di reato bagatellare di nuovo conio.

situazioni di oggettiva o soggettiva non "rimproverabilità" o comunque che incidono sulla meritevolezza di pena della persona.

Per fare un esempio concreto, è storia recente una certa "resistenza" di alcuni giudici o uffici giudiziari rispetto all'introduzione, avvenuta nel 2009, del c.d. reato di "immigrazione clandestina" – art. 10-*bis* d.lgs. n. 286 del 1998 (t.u. immigrazione) – che sanziona l'ingresso e il soggiorno illegali nel territorio dello Stato. Un tale atteggiamento pare desumibile dalla lamentata illegittimità della fattispecie, sollevata in relazione ai princìpi di colpevolezza, proporzione e ragionevolezza, sotto forma di *mancata previsione*, per la condotta dell'illegale trattenimento, della clausola "senza giustificato motivo", presente invece nella norma incriminatrice "finitima" di cui all'art. 14, comma 5-*ter*, del medesimo testo unico, che sanziona l'inosservanza dell'ordine di lasciare il territorio nazionale[198].

[198] Cfr. Corte cost., sent. n. 250/2010, che ha dichiarato non fondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 10-*bis* del t.u. immigrazione, sollevata tra l'altro con riferimento ai princìpi di colpevolezza, proporzione e ragionevolezza. Come riporta la sentenza, «il rimettente reputa che la norma impugnata sia costituzionalmente illegittima anzitutto nella parte in cui non annovera, tra gli elementi costitutivi del reato da essa delineato, l'assenza di un "giustificato motivo", così da evitare la punizione di soggetti la cui irregolare permanenza in Italia, anche se non coperta da una vera e propria causa di giustificazione, risulti comunque non "rimproverabile" per valide ragioni oggettive o soggettive. Alla luce di quanto affermato dalla Corte costituzionale in rapporto al reato di cui all'art. 14, comma 5-ter, del d.lgs. n. 286 del 1998 (sono citate le sentenze n. 5/2004 e n. 22/2007), si tratterebbe, infatti, di una previsione indispensabile al fine di rendere la fattispecie criminosa conforme ai principi di colpevolezza e di proporzionalità (art. 27 Cost.) [...]. Ne deriverebbe anche la violazione dell'art. 3 Cost., stante l'irrazionale disparità di trattamento rispetto all'ipotesi criminosa di cui al citato art. 14, comma 5-ter, che contempla, di contro, il predetto elemento negativo. Le due figure di reato risulterebbero, infatti, pienamente assimilabili, colpendo entrambe la permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato: in un caso (art. 10-bis), per generica violazione delle norme del d.lgs. n. 286 del 1998; nell'altro (art. 14, comma 5-ter), per inosservanza specifica dell'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale entro cinque giorni. La differente natura dell'obbligo violato potrebbe giustificare, bensì, il diverso trattamento sanzionatorio delle due ipotesi, ma non l'adozione di difformi criteri di valutazione della rimproverabilità della condotta». Così la Corte ha motivato la non fondatezza della questione: «[q]uesta Corte ha avuto modo di pronunciarsi sulla valenza della formula "senza giustificato motivo", che compare nella norma evocata come *tertium comparationis*, in rapporto a questioni di legittimità costituzionale volte segnatamente a denunciare il difetto di determinatezza di detta clausola e, di riflesso, della fattispecie penale in cui essa si colloca. Nel disattendere la censura, si è rilevato che il significato della locuzione è, in realtà, ricostruibile – mediante una operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito ermeneutico affidato al giudice – alla luce della specifica finalità dell'incriminazione [...] e del quadro normativo su cui l'incriminazione stessa si innesta [...]. In simile prospettiva, "la clausola in questione, se pure non può essere ritenuta evocativa delle sole cause di giustificazione in senso tecnico – lettura che la renderebbe pleonastica, posto che le scriminanti opererebbero comunque, in quanto istituti di ordine generale – ha tuttavia riguardo a situazioni ostative di particolare pregnanza, che incidano sulla stessa possibilità, soggettiva od oggettiva, di adempiere all'intimazione, escludendola ovvero rendendola difficoltosa o pericolosa [...]" (sentenza n. 5 del 2004; ordinanze n. 386 del 2006, n. 302 e n. 80 del 2004). [...]. Dalle affermazioni di questa Corte ora ricordate non è lecito peraltro desumere – come mostra invece di ritenere il Giudice di pace di Lecco – che l'inserimento nella formula descrittiva dell'illecito della clausola "senza giustificato motivo" sia indispensabile al fine di assicurare la conformità al principio di colpevolezza di ogni reato in materia di immigrazione, e particolarmente di quello oggetto dell'odierno scrutinio. Se è vero, infatti, che, come già rimarcato, la portata di detta clausola va oltre il

In sostanza si invoca da parte dei giudici rimettenti la clausola "senza giustificato motivo", che in precedenza era stata tacciata di indeterminatezza in relazione a una fattispecie incriminatrice analoga (poi "salvata" dalla Corte). In questo caso, si finisce insomma per "rimpiangere" la formula vaga, consistente in una classica clausola fondata su parametri metagiuridici che dànno rilievo ai motivi: una formula di per sé idonea ad assecondare le contingenti finalità repressive del legislatore contemporaneo, spesso non estranee, in materie come la disciplina dell'immigrazione, alle improvvide suggestioni di un populismo penale più o meno becero; ma anche uno strumento elastico che, nelle mani del giudice, può rivelarsi capace di comprimere l'enfasi di quelle finalità, se non di frustrane in parte le meno commendevoli intenzioni politico-criminali, o forse schiettamente elettoralistiche.

III. In definitiva, benché gli effetti nefasti dell'incalcolabilità riguardino principalmente le persone destinatarie delle norme, la carica entropica delle clausole generali, una volta immesse nel sistema, può manifestarsi in forme impreviste, anche per gli stessi malcauti artefici.

E comunque, resta la sempre ricordata irrinunciabilità del ricorso a (sperabilmente: buone, adeguate) formule di sintesi che consentano un'integrazione normativa controllabile e prevedibile.

Dietro al lato cattivo delle clausole generali, può nascondersi eventualmente qualcosa di buono: di scongiurare un diritto (penale) ipertrofico e smisurato, dalle formule descrittive prolisse e inconoscibili, tutte le volte in cui sia inevitabile utilizzare tali formule di integrazione del testo.

Almeno se si vuole evitare che, come in un celebre e paradossale frammento di Jorge Luis Borges, la mappa dell'impero coincida... con l'impero. Il riferimento va, naturalmente, a: *Del rigor en la ciencia*[199]. L'eccentrica intuizione circa una paradossale carta del Paese con scala 1:1 ("un miglio a un miglio") è già presente in *Sylvie e Bruno*, il terzo e ultimo romanzo di Lewis Carroll, dove il personaggio chiamato Mein Herr conclude che, benché realizzata, tale mappa non è stata dispiegata per l'opposizione dei contadini, che temevano avrebbe coperto tutta la campagna e oscurato il sole: «[c]osì adesso usiamo la campagna vera e propria come mappa di se stessa e vi assicuro che funziona ottimamente»[200].

mero richiamo alle esimenti di carattere generale, è altrettanto certo, tuttavia, che la mancanza della clausola non impedisce che le esimenti generali trovino comunque applicazione: il che è sufficiente, in ogni caso, a garantire il rispetto del principio costituzionale invocato (diversamente opinando, la clausola stessa dovrebbe rinvenirsi in qualunque norma incriminatrice)».

[199] BORGES 1946, 181.

[200] CARROLL 1889 e CARROLL 1893 (si tratta, più esattamente, di *Sylvie and Bruno*, 1889, e *Sylvie and Bruno concluded*, 1893).

Un'opzione, quest'ultima, non praticabile nel mondo del diritto, dove non si può certo rinunciare al *medium* comunicativo linguistico, ma nemmeno, in diversi casi, alle formule sintetiche rappresentate dalle clausole generali.

La vera sfida, alla fine, consiste nell'individuare un *rapporto di scala* adeguato, che, senza eccedere in disposizioni smisurate, sappia condensare in segni ancora accessibili e decifrabili le – sperabilmente calcolabili – pretese del principe.

Riferimenti bibliografici

ALPA G. 2000. *I precedenti. La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, I, Torino, UTET, 2000.

ALPA G. 2000. *Le formule aperte*, in ID. *I precedenti. La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, I, Torino, UTET, 2000, 103 ss.

AMALFITANO C. (ed.) 2018. *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Milano, Giuffrè, 2018.

AMARELLI G. 2018. *Ulteriormente ridotta la tipicità del delitto di violazione degli obblighi inerenti alla misura di prevenzione*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 19 luglio 2018.

AUSTIN J.L. 1962. *How to Do Things with Words*, Oxford, Clarendon Press, 1962.

BARCELLONA M. 2006. *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2006.

BELFIORE E. 2005. *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, Giuffrè, 2005.

VON BELING E. 1906. *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1906.

BELVEDERE A. 1988. *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in «Politica del diritto», 4, 1988, 631 ss.

BERNARDI A. 2001. *Art. 7*, in BARTOLE S., CONFORTI B. e RAIMONDI G. (eds.), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, CEDAM 2001, 249 ss.

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

BERNARDI A., CUPELLI C. (eds.) 2017. *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, Napoli, Jovene, 2017.

BERNARDI S. 2017. *I "fratelli minori" di Bruno Contrada davanti alla Corte di cassazione*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 26 gennaio 2017.

BERNASCONI C. 2016. *Il modello della tipicità umbratile nella recente legislazione penale*, in «Criminalia 2015», 2016, 417 ss.

BIN L. 2017. *La risposta della Corte Costituzionale alla sentenza Taricco*. Disponibile in *http://www.dpei.it*, consultato il 6 dicembre 2017.

BIN R. 1981. *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, 2 ed., Milano, FrancoAngeli, 2013.

BIN R. 2013. *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, in «Roma e America. Diritto romano comune», 34, 2013, 215 ss.

BIONDI G. 2017. *Le Sezioni unite Paternò e le ricadute della sentenza Corte EDU de Tommaso c. Italia sul delitto ex art. 75, comma 2, d. lgs. n. 159/2011: luci ed ombre di una sentenza attesa*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 10, 2017, 163 ss.

BONINI S. 2015. *Riflettendo intorno al sistema penale come impresa collettiva*, in «Archivio penale» (web), 2, 2015.

BONINI S. 2016. *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, ESI, 2016.

BORGES J.L. 1946. *Del rigore della scienza*, in ID., *L'artefice*, Milano, Adelphi, 1999, 181 (ed. or. *Del rigor en la ciencia*, 1946).

BOSI M. 2016. *La rilevanza penale dell'abuso del diritto*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 2, 2016, 54 ss.

BRECCIA U. 2007. *Clausole generali e ruolo del giudice*, in «Lavoro e diritto», 3, 2007, 443 ss.

BRICOLA F. 1965. *La discrezionalità nel diritto penale*, I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1965.

CADOPPI A. 1999. *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, 2 ed., Torino, Giappichelli, 2014.

CARROLL L. 1889. *Sylvie and Bruno*, London, Macmillan Publishers, 1889.

CARROLL L. 1893. *Sylvie and Bruno concluded*, London, Macmillan Publishers, 1893.

CARUSO G. 2009. *La discrezionalità penale. Tra "tipicità classificatoria" e "tipologia ordinale"*, Padova, CEDAM, 2009.

CASTRONOVO C. 1986. *L'avventura delle clausole generali*, in «Rivista Critica del Diritto Privato», 1, 1986, 21 ss.

CASTRONUOVO D. 2009. *La colpa penale*, Milano, Giuffrè, 2009.

CASTRONUOVO D. 2010. *Fatti psichici e concorso di persone. Il problema dell'interazione psichica*, in «Ius/17@Diritto Penale», 1, 2010, 165 ss.

CASTRONUOVO D. 2011. *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 4, 2011, 1595 ss.

CASTRONUOVO D. 2012. *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, Aracne, 2012.

CASTRONUOVO D. 2013. *Clausole generali e diritto penale*, in AA.VV., *Scritti in onore di A.M. Stile*, Napoli, ESI, 2013, 477 ss.

CASTRONUOVO D. 2015a. *Generalklauseln und Strafrecht*, in VORMBAUM TH. (ed.), *Beiträge zur italienischen Strafrechts- und Kriminalpolitik*, Berlin, Lit Verlag, 2015, 109 ss.

CASTRONUOVO D. 2015b. *Il caso Eternit: omissione di cautele antinfortunistiche e disastro ambientale dolosi*, in FOFFANI L., CASTRONUOVO D. (eds.), *Casi di diritto penale dell'economia*, II, *Impresa e sicurezza (Porto Marghera, Eternit, Ilva, ThyssenKrupp)*, Bologna, il Mulino, 2015, 107 ss.

CHIASSONI P. 2011. *Le clausole generali tra teoria giuridica e dogmatica giuridica*, in RESCIGNO P. (ed.), *Le clausole generali nel diritto privato*, in «Giurisprudenza italiana», 7, 2011, 1694 ss.

CINGARI F. 2009. *Rapporto di causalità psichica e massime di esperienza: un modello differenziato di causalità?* in «Diritto penale e processo», 6, 2009, 767 ss.

CLASS W. 1961. *Generalklauseln im Strafrecht*, in *Festschrift für E. Schmidt* zum 70. *Geburtstag*, Göttingen,Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, 122 ss.

COGNETTI S. 2012. *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in «Giurisprudenza Italiana», 5, 2012, 1197 ss.

COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.) 1989. *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, Giappichelli, 1989.

COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.) 2000. *Analisi e diritto 1999*, Torino, Giappichelli, 2000.

CONTENTO G. 1995. *Clausole generali e regole di interpretazione come "principi di codificazione"*, in AA.VV., *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova, CEDAM, 1995, 109 ss.

COPI I. M., COHEN C. 1953. *Introduzione alla logica*, 3 ed., Bologna, il Mulino, 2008 (ed. or. *Introduction to the Logic*, London, Macmillan, 1953).

CORNACCHIA L. 2001. *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in CANESTRARI S., FORNASARI G. (eds.). *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, CLUEB, 2001, 187 ss.

CORNACCHIA L. 2004. *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2004.

COTTU E. 2017. *Ambigua fenomenologia e incerto statuto del principio di colpevolezza nel dialogo tra le Corti*, in «Indice Penale», 1, 2017, 355 ss.

CUPELLI C. 2017. *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 30 gennaio 2017.

D'AMICO G. 2007. *Clausole generali e ragionevolezza*, in AA.VV., *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, I, Napoli, ESI, 2007, 429 ss.

D'AMICO G. (ed.) 2017. *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 2017.

De Francesco G. 2016. *Brevi spunti sul caso Contrada*, in «Cassazione Penale», 1, 2016, 12 ss.

De Francesco G. 2017. *Il concorso esterno in bilico tra pretese garantistiche e ricerca di un percorso razionale*, in «La Legislazione Penale», 2017.

Denozza F. 2011. *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in «Rivista Critica del Diritto Privato», 1, 2011, 379 ss.

De Simone G. 2013. *Il delitto di atti persecutori*, Roma, Aracne, 2013.

De Vero G. 2004. *Corso di diritto penale*, I, Torino, Giappichelli, 2004.

Del Tufo M. 2014. *Delitti contro la famiglia*, in Pulitanò D., *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Tutela penale della persona*, Torino, Giappichelli, 2014, 446.

Diamanti F. 2016. *Il diritto incerto. La legittima difesa e il conflitto di beni giuridici*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 3, 2016, 1355 ss.

Di Giovine O. 2006. *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, Giuffrè, 2006.

Di Giovine O. 2013. *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in «Rivista Trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo», 1, 159 ss.

Di Giovine O. 2015. *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale (A proposito del caso Contrada, della confisca senza condanna e di poco altro)*, in «Rivista Trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo», 2, 2015, 11 ss.

Di Maio A. 2015. *La struttura del delitto di atti persecutori secondo un recente arresto della Cassazione*, in «Cassazione Penale», 6, 2015, 2250 ss.

Di Majo A. 1984. *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in «Rivista Critica del Diritto Privato», 3, 1984, 539 ss.

Di Vetta G. 2017. *La restaurazione apparente della legalità. I riflessi penali della nuova disciplina dell'elusione fiscale (art. 10-*bis*, legge 27 luglio 2000, n. 212)*, in «Indice Penale», 1, 2017, 131 ss.

Dolcini E. 1979. *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, CEDAM, 1979.

Dolcini E. 1985, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in Marinucci G., Dolcini E. (eds.), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1985, 61 ss.

Donini M. 2011. *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 80 ss.

DONINI M. 2016a. *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 1, 2016, 346 ss.

DONINI M. 2016b. *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in «Rivista Trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo» 3, 2016, 13 ss.

DONINI M. 2017. *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 13 gennaio 2017.

DONINI M. 2018. *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza* ante applicationem *e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 11 luglio 2018.

DONINI M., RAMPONI L. 2012. *Il principio di colpevolezza*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, Giappichelli, 2012, 294 ss.

ECO U. 2009. *Vertigine della lista*, Milano, Bompiani, 2009.

ENGISCH K. 1956. *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1970 (ed. or. *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, Kohlhammer, 1956).

ESER A. 2007, *§ 1*, in SCHÖNKE A., SCHRÖDER H., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl., München, De Gruyter, 2007, n.m., 18 ss.

ESPOSITO A. 2015. *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 2 ottobre 2015.

ESSER J. 1972. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, ESI, 2010 (ed. or. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1972).

FABIANI E. 2003. *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, UTET, 2003.

FABIANI E. 2012. *Clausola generale*, in «Enciclopedia del Diritto - Annali V», 2012, 183 ss.

FALZEA A. 1987. *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in «Rivista di Diritto Civile», 1, 1987, 1 ss.

FERRAJOLI L. 1989. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 3 ed., Bari, Laterza, 1996.

FIANDACA G. 2017. *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma, Laterza, 2017.

FIANDACA G., MUSCO E. 1988. *Diritto penale. Parte speciale*, I, 4 ed., rist. agg., Bologna, Zanichelli, 2008.

FIANDACA G., MUSCO E. 1985. *Diritto penale. Parte generale*, 7 ed., Bologna, Zanichelli, 2014.

FORCELLINI F., IULIANI A. 2013. *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in «Europa e Diritto Privato», 2, 2013, 395 ss.

FRANZONI M. 1999. *Buona fede ed equità tra le fonti di interpretazione del contratto*, in «Contratto e Impresa», 1, 1999, 83 ss.

GARCÌA SALGADO M.J. 2003. *Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean*, in «Anuario de Filosofía del Derecho», 20, 2003, 105 ss.

GARGANI A. 2008. *Reati contro l'incolumità pubblica*, I, *Reati di comune pericolo mediante violenza*, in GROSSO C.F., PADOVANI T., PAGLIARO A. (eds.), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, IX, Milano, Giuffrè, 2008, 179 ss.

GATTA G. 2014. *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e 'induzione indebita': minaccia di un danno ingiusto* vs. *prospettazione di un vantaggio indebito*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 17 marzo 2014.

GENTILI 2010, *Prefazione*, in VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, 2010, Milano, Giuffrè.

GIORDANO S.E. 2015. *Il concorso esterno al vaglio della Corte Edu: prime riflessioni sulla sentenza Contrada c. Italia*, in «Archivio penale» (web), 2, 2015.

GIUNTA F. 2008. *I contorni del «disastro innominato» e l'ombra del «disastro ambientale» alla luce del principio di determinatezza*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 4, 2008, 3539 ss.

GIUNTA F. 2014. *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 3, 2014, 2738 ss.

GRANDI C. 2010. *Riserva di legge e legalità europea*, Milano, Giuffrè, 2010.

GRECO E. 2016. *Eterointegrazione cautelare e successione di leggi nelle cadenze strutturali dell'illecito colposo. In particolare: il microsistema degli spettacoli musicali, cinematografici e teatrali delineato dal «decreto palchi»*, in «Rivista Trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo», 3, 2016, 126 ss.

GRUNDMANN S. e MAZEAUD D. (eds.) 2006. *General Clauses and Standards in European Contract Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2006.

GUARNERI A. 1988. *Clausole generali*, in «Digesto Discipline Privatistiche – Sezione Civile», II, 1988, 403 ss.

HART H.L.A. 1958. *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in ID., *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, Giuffrè, 1964, 129 ss. (ed. or. *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in «Harvard Law Review», 1, 1958, 593 ss.).

HART H.L.A. 1961. *Il concetto di diritto*, nuova ed., Torino, Einaudi, 2002, 146 ss. (ed. or. *The Concept of Law,* Oxford, Clarendon Press, 1961, trad. it. di M.A. Cattaneo).

HASSEMER, KARGL, 2005. *§ 1*, in *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., Baden-Baden, Nomos, n.m. 17 ss.

HEDEMANN J.W. 1933. *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1933.

IRTI N. 2016. *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016.

JESCHECK H.H., WEIGEND TH. 1972, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, 5 ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996.

KELSEN H. 1960. *La dottrina pura del diritto*, Torino, G. Einaudi, 1966 (ed. or. *Reine* Rechtslehre, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1960, trad. it. di M.G. Losano, 1960).

LEACCHE M.T. 2015. *La sentenza della Corte EDU nel caso Contrada e l'attuazione nell'ordinamento interno del principio di legalità convenzionale*, in «Cassazione Penale», 12, 2015, 4611 ss.

LENCKNER T. 1968. *Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz "nullum crimen sine lege"*, in «JuS», 1968, 249 ss.

LEO G. 2017. *Concorso esterno nei reati associativi. Voce per il Libro dell'anno Treccani 2017*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 9 gennaio 2017.

LIBERTINI M. 2010. *Recensione a: V. Velluzzi, Le clausole generali. Semantica e politica*, in «Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche», 1, 2010, 377 ss.

LIBERTINI M. 2011. *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in «Rivista Critica del Diritto Privato», 3, 345 ss.

LUZZATI C. 1990. *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990.

LUZZATI C. 1999. *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999.

LUZZATI C. 2000. *Le metafore della vaghezza*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 1999,* Torino, Giappichelli, 1999, 130 ss.

LUZZATI C. 2013. *La "normalizzazione" delle clausole generali. Dalla semantica alla pragmatica*, in «Rivista Critica del Diritto Privato», 2, 2013, 163 ss.

MAIELLO V. 2015. *Consulta e Corte Edu riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in «Diritto Penale e Processo», 6, 2015, 1019 ss.

MANES V. 2011. *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in MANES V., ZAGREBELSKY V. (eds.), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, 1 ss.

MANES V. 2012a. *Art. 7*, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (eds.), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 274 ss.

MANES V. 2012b. *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

MANNA A. 2016. *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio* vulnus *alla legalità penale?*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 4 ottobre 2016.

MARINO G. 2015. *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 Cedu: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 3 luglio 2015.

MARINUCCI G. 2007. *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 4, 2007, 1254 ss.

MARINUCCI G., DOLCINI E. 1995. *Corso di diritto penale*, 3 ed., Milano, Giuffrè, 2001.

MASERA L. 2015. *La sentenza della Cassazione sul caso Eternit: analisi critica e spunti di riflessione*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 3, 2015, 1565 ss.

MAUGERI A.M. 2010. *Lo* stalking *tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, Giappichelli, 2010.

MAUGERI A.M. 2017. *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera. Nota a Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia*, in «Diritto penale contemporaneo», 6 marzo 2017.

MAZZACUVA F. 2016. *Art. 7.* Nulla poena sine lege, in UBERTIS G., VIGANÒ F. (eds.), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2016, 236 ss.

MENGONI L. 1986. *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in «Rivista Critica del Diritto Privato», 1, 1986, 5 ss.

MENDITTO F. 2017. *La sentenza de Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 4, 2017, 127 ss.

MICHELETTI D. 2013. *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in «Criminalia 2012», 2013, 619 ss.

MILONE S. 2016. *La garanzia della legalità tra diritto penale e processo: come assicurare la prevedibilità di un diritto...imprevedibile? Alcuni* caveat *dal caso Contrada*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 7 gennaio 2016.

MOCCIA S. 2001. *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, ESI, 2001.

MONGILLO V. 2008. *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 4, 2008, 1758 ss.

MUCCIARELLI F. 2015. *Abuso del diritto e reati tributari: la Corte di cassazione fissa limiti e ambiti applicativi*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 9 ottobre 2015.

NATOLI U. 1982. *Clausole generali e principi fondamentali davanti alla Corte di cassazione*, in *Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, Giuffrè, 1982, 343 ss.

NAUCKE W. 1973. *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1973.

PALAZZO F. 1979. *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, CEDAM, 1979.

PALAZZO F. 2005. *Corso di diritto penale*, 5 ed., Torino, Giappichelli, 2013.

PALAZZO F. 2015. *La sentenza «Contrada» e i cortocircuiti della legalità*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 9, 2015, 1066 ss.

PALAZZO F. 2016a. *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in «La Legislazione Penale», 29 gennaio 2016.

PALAZZO F. 2016b. *Legalità fra* law in the books *e* law in action, in «Rivista Trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo», 3, 2016, 4 ss.

PALIERO C.E. 2014. *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 3, 2014, 1099 ss.

PALIERO C.E., MOCCIA S., DE FRANCESCO G., INSOLERA G., PELLISERO M. RAMPIONI R., RISICATO L. (eds.) 2016. *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, ESI, 2016.

PAONESSA C., ZILETTI L. (eds.) 2016. *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, Pisa, Pacini giuridica, 2016.

PATTI S. 2010. *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in «Rivista del Notariato», 2, 2010, 303 ss.

PATTI S. 2013. *Ragionevolezza e clausole generali*, 2 ed., Milano, Giuffrè, 2016.

PAVARINI M. 2012. *Lo scopo della pena*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, Giapicchelli, 2012, 436 ss.

PEDRINI F. 2012. *Clausole generali e Costituzione: osservazioni introduttive*, in «Quaderni Costituzionali», 2, 2012, 285 ss.

PEDRINI F. 2013. *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, BUP, 2013.

PEDRINI F. 2015. *Clausole generali e principi costituzionali*, in «Forum di Quaderni Costituzionali - Rassegna», 29 giugno 2015.

PELISSERO M. 2000. *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, Jovene, 2000.

PERELMAN CH., VANDER ELST R. (eds.) 1984. *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984.

PETRONE M. 2004. *La costruzione della fattispecie penale mediante rinvio*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, Giappichelli, 2004, 191 ss.

PINO G. 2006. *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in MANIACI G. (ed.) *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 2006, 115 ss.

PIRAINO F. 2015. *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, Giappichelli, 2015.

PIZZORUSSO A. 1988. *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, in «Politica del Diritto», 4, 1988, 655 ss.

POUND R. 1954. *Introduzione alla filosofia del diritto*, Firenze, Sansoni, 1963, 86 ss. (ed. or. *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale University, 1954).

PUGIOTTO A. 1994. *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, Milano, Giuffrè, 1994.

PULITANÒ D. 1976. *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, Giuffrè, 1976.

PULITANÒ D. 2012. *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 4, 2012, 1231 ss.

PULITANÒ D. 2015a. *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 1, 2015, 29 ss.

PULITANÒ D. 2015b. *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in «Rivista Trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo», 2, 2015, 52 ss.

PULITANÒ D. 2005. *Diritto penale*, 6 ed., Torino, Giappichelli, 2015.

RESCIGNO P. 1988. *Appunti sulle "clausole generali"*, in «Rivista del Diritto Commerciale», 1-2, 1988, 1 ss.

RESCIGNO P. (ed.) 2011. *Le clausole generali nel diritto privato*, in «Giurisprudenza Italiana», 7, 2011, 1689 ss.

RISICATO L. 2001. *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, Giuffrè, 2001.

RISICATO L. 2004. *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, Giuffrè, 2004.

RISICATO L. 2007. *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, Giappichelli, 2007.

RODOTÀ S. 1987. *Il tempo delle clausole generali*, in «Rivista Critica del Diritto Privato», 4, 1987, 709 ss.

RONCO M. 2004. *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in «Indice Penale», 3, 2004, 815 ss.

ROSELLI F. 1983. *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, Jovene, 1983.

ROXIN C. 1973. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 4 ed., München, C.H. Beck, 2006.

RUGA RIVA C. 2015. *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, Giappichelli, 2015.

SCAROINA E. 2015. *Ancora sul caso Eternit: la "giustizia" e il sacrifico dei diritti*, in «Archivio Penale», 3, 2015, 1 ss.

SCHMIDT M. 2009. *Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht*, Berlin, De Gruyter, 2009.

SCHMITT C. 1934. *I tre tipi di scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2002 (ed. or. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg. Hanseatische Verlagsanstalt, 1934).

SCHMITT C. 1967. *La tirannia dei valori*, Milano, Adelphi, 2008 (ed. or. *Die Tyrannei der Werte*, Kohlhammer, Stuttgart, 1967).

SCHÜNEMANN B. 1978. *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Berlin, New York, W. de Gruyter, 1978.

SEMINARA S. 2012. *Il delitto tentato*, Milano, Giuffrè, 2012.

SGUBBI F. 2001. *Il diritto penale incerto ed efficace*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 4, 2001, 1153 ss.

SOTIS C. 2012. *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, Aracne, 2012.

SPENA A. 2008. *Diritti e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 2008.

SPENA A. 2012. *Reati contro la famiglia*, in GROSSO C.F., PADOVANI T., PAGLIARO A. (eds.), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, XIII, Milano, Giuffrè, 2012, 317 ss.

STILE A.M. 1976-77. *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in «Studi Urbinati di Scienze Politiche, Giuridiche ed Economiche», 1976-1977, 275 ss.

TARUFFO M. 1989. *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in COMANDUCCI P. e GUASTINI R. (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, Giappichelli, 1989, 311 ss.

TEUBNER G. 1971. *Standards und Direktiven in Generalklauseln. Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht*, Frankfurt am Main, Athenaeum, 1971.

TIEDEMANN K. 2011. *Clausole generali nel diritto penale dell'economia – sull'esempio della slealtà nel diritto penale della concorrenza*, in «Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia», 1-2, 2011 1 ss.

TORRE V. 2016. *La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private*, in CASTRONUOVO D., CURI F., TORDINI CAGLI S., TORRE V., VALENTINI V., *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Bologna, Bononia University Press, 2016, 37 ss.

VALENTINI V. 2012. *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, Giuffrè, 2012.

VALENTINI V. 2016. *La ricombinazione genica della legalità penale:* bio-technological strengthening *o manipolazione autodistruttiva? Su Taricco, Varvara e altre mine vaganti*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 20 giugno 2016.

VELLUZZI V. 2006. *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, in «Etica & Politica/Ethics&Politics», 1, 2006, 2 ss.

VELLUZZI V. 2010. *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010.

VELLUZZI V. 2011. *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, in RESCIGNO P. (ed.), *Le clausole generali nel diritto privato*, in «Giurisprudenza Italiana», 7, 2011, 1720 ss.

VELLUZZI V. (ed.) 2012. *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, ETS, 2012.

VENTUROLI M. 2015. *Il caso Eternit: l'inadeguatezza del disastro innominato a reprimere i "disastri ambientali"*, in «Giurisprudenza Italiana», 5, 2015, 1219 ss.

VERGINE L.D. 2013. *Il c.d. disastro ambientale: l'involuzione interpretativa dell'art. 434 cod. pen.*, parte seconda, in «Ambiente & Sviluppo», 6, 2013, 647 ss.

VESPIGNANI L. 2014. *La ragionevolezza nelle clausole generali. Alcune note a margine di una recente monografia*, in «Lo Stato», 3, 2014, 275 ss.

VIGANÒ F. 2016a. *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 19 dicembre 2016.

VIGANÒ F. 2016b. *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte Edu*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 26 aprile 2016.

VIGANÒ F. 2017a. *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali. Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 3 marzo 2017.

VIGANÒ F. 2017b. *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 9, 2017, 146 ss.

VIGANÒ F. 2017c. *Ancora sull'indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la Seconda Sezione della Cassazione chiama in causa la Corte costituzionale*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 10, 2017, 272 ss.

VIGNUDELLI A. 2011. *Interpretazione e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2011.

VOGLIOTTI M. 2011. *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli.

VOGLIOTTI M. 2013. *Legalità*, in «Enciclopedia del Diritto - Annali VI», 2013, 410 ss.

VOGLIOTTI M. 2016. *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 2 novembre 2016.

VOGLIOTTI M., FERRAJOLI L., PULITANÒ D., BALDASSARE P., PALAZZO F., CARLIZZI G. 2016. *Ermeneutica e diritto penale*, numero monografico di «Ars Interpretandi», 2, 2016.VORMBAUM TH. 2011. *Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 123, 2011, 660 ss.

VORMBAUM TH. 2015. *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in «Rivista Trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo», 1, 2015, 51 ss.

WEBER M. 1922. *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1922.

WISSMANN H. 2008. *Generalklauseln. Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmässigkeit und offenen Normen*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2008.

ZAGREBELSKY V. 2011. *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in MANES V., ZAGREBELSKY V. (eds.), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, 69 ss.

CLAUSOLE GENERALI E ABUSO DELLA LIBERTÀ CONTRATTUALE: ESPERIENZE DEL PRIMO NOVECENTO

GIOVANNI **CHIODI**

&dq

Clausole generali e abuso della libertà contrattuale: esperienze del primo Novecento

General Clauses and the Abuse of Contractual Freedom: Experiences from the Early 20th Century

GIOVANNI CHIODI

Professore Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Milano.
E-mail: giovanni.chiodi@unimib.it

ABSTRACT

Tra XIX e XX secolo il controllo giudiziale della libertà di contratto venne fondato su un uso innovativo dell'equità e di clausole generali, come il buon costume e la buona fede. Il saggio si propone di evidenziare i tratti originali dell'esperienza italiana, analizzando alcuni casi relativi all'abuso dello stato di bisogno nei contratti di mutuo (usura), all'eccessiva onerosità sopravvenuta e alle clausole vessatorie dei contratti di adesione. In quella fase storica le clausole generali previste dal codice sono state uno strumento importante mediante il quale i giudici italiani hanno temperato il principio della forza obbligatoria del contratto e promosso un ripensamento della concezione liberale del contratto. Pur senza mettere in discussione i fondamenti del diritto dei contratti, tale approccio ha contribuito a renderlo più equo e prossimo a obiettivi di giustizia sociale.

Between the nineteenth and twentieth centuries, judicial control of freedom of contract was based on an innovative use of equity and general clauses, such as good morals and good faith. The essay aims to highlight the original features of Italian experience, analysing some cases related to the exploitation of financial need in money loans (usury), hardship and unfairness of standard terms. In that historical period, general clauses were an important legal tool by which Italian judges softened the rule of the binding force of contract and promoted a rethinking of liberal contract law. Even though its foundations were not questioned, nevertheless it was thus more fair and next to a goal of social justice.

KEYWORDS

clausole generali, libertà contrattuale, conrollo giudiziale, giustizia sociale

general clauses, contractual freedom, judicial control, social justice

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Clausole generali e abuso della libertà contrattuale: esperienze del primo Novecento

GIOVANNI CHIODI

1. *Introduzione* – 2. *In attesa del legislatore: il buon costume come rimedio contro l'abuso dello stato di bisogno* – 3. *La crisi del contratto: equità, buona fede ed eccessiva onerosità sopravvenuta* – 4. *Per concludere: quali rimedi contro le clausole vessatorie dei contratti di adesione?*

1. *Introduzione*

Nel 1933, in una riflessione tradotta anche in lingua italiana, uno dei più influenti civilisti francesi, Louis Josserand, volgendosi a considerare la parabola del dirigismo contrattuale della sua epoca, osservava che

> «non è più il tempo nel quale si poteva lasciare che i contraenti si affrontassero liberamente; oggi le loro armi non sono più uguali, la concentrazione dei capitali ha fatto sorgere delle imprese di tale potenza che l'individuo, allo stato isolato, sarebbe condannato fatalmente ad essere schiacciato qualora tentasse di misurarsi con esse [...] È necessario [continuava] che siano repressi gli abusi contrattuali e sia assicurato con ogni possibile mezzo l'equilibrio contrattuale, non solo in teoria e sulla carta ma praticamente e nella vita. Poco importa che si ricorra, per questo, a quello e quell'altro procedimento tecnico, ordine pubblico, buoni costumi, lesione, nullità relativa o nullità d'ordine pubblico; l'essenziale è di raggiungere lo scopo; e nella parte in cui sforza di raggiungerlo, il direttivismo fa opera di giustizia e di equità»[1].

Colpisce, in questo ed altri discorsi programmatici di vasto respiro del *doyen* di Lione, l'accento posto sulle sfide che i giuristi si trovavano ad affrontare in un periodo di costante "socializzazione" del diritto dei contratti.

Tra Ottocento e Novecento, in effetti, erano maturate tecniche di controllo della libertà contrattuale che prevedevano un uso nuovo e un tempo poco prevedibile – in ambito dottrinale e giudiziario – dell'equità e di clausole generali come il buon costume e la buona fede. Queste pagine si propongono di evidenziare alcuni itinerari di quella stagione di riscoperta delle clausole generali, illustrando alcuni casi giurisprudenziali che permettono di verificare la tenuta delle categorie

[1] JOSSERAND 1934, 15 s. Il testo originale è JOSSERAND 1933, 89-92, e fa parte di un gruppo di scritti importanti dedicati al tema. Per un recente stimolante approccio a questa produzione si può leggere CHAZAL 2014.

tradizionali nel *law in action*[2]. Sono materiali interessanti, che è opportuno far riemergere. Essi appartengono alla categoria dei casi difficili, perché la loro soluzione metteva in discussione l'ordine liberale dei contratti.

2. *In attesa del legislatore: il buon costume come rimedio contro l'abuso dello stato di bisogno*.

Il buon costume è una clausola generale che i giudici del primo Novecento applicano per risolvere il problema dell'abuso dello stato di bisogno o dello stato di pericolo determinante uno squilibrio economico delle prestazioni, specialmente nei contratti di mutuo e di lavoro. Nel prestito di denaro si ritiene contrario al buon costume l'abuso dello stato di bisogno che determina la fissazione di interessi usurari, con la conseguente nullità della relativa clausola. Un risultato del genere era per il tempo audace, poiché il codice civile consentiva di fissare liberamente ("a volontà dei contraenti") gli interessi convenzionali, purché in forma scritta, altrimenti non erano dovuti neanche gli interessi legali (art. 1831-3). Il rischio dell'usura sembrava sufficientemente arginato da questa previsione, come se l'esposizione pubblica dell'usuraio dovesse frenare o inibire le sue pretese, cosa che nella pratica non avvenne, anche per via di espedienti come l'incorporazione degli interessi usurari nel capitale o nelle clausole penali. Con queste premesse, la liberalizzazione degli interessi era stata accolta con toni positivi, a tratti trionfalistici, dai primi commentatori del codice.

Ciò che interessa di questa vicenda è il fatto che alcuni giudici (ispirati anche da alcuni giuristi), quando dalla fine dell'Ottocento la disuguaglianza di potere contrattuale diventa un problema, abbiano sostenuto la possibilità di usare, e abbiano effettivamente usato, la clausola generale del buon costume per reprimere l'abuso di uno stato contingente di debolezza della controparte contrattuale.

La configurazione del negozio usurario come "immorale" non era nuova: come tale esso era stato considerato dal § 138 del BGB. Ma in Italia non esisteva una disposizione analoga. Tutti i tentativi di emanare una legge speciale tra 1894 e 1910 in vario modo ispirata a questo precedente erano falliti. Si tratta perciò di un risultato a cui i giudici pervengono in via di interpretazione del codice. Più precisamente, è il caso forse più controverso di interpretazione "storico-evolutiva" del codice civile, poiché il richiamo al sentimento comune e alla coscienza della comunità, elementi essenziali della nozione di buon costume, serviva a relativizzare gli effetti di una disposizione legislativa espressa, che la maggioranza dei civilisti continuava a ritenere assoluta.

[2] Tutti i casi italiani citati nel presente contributo si possono consultare anche nel volume CHIODI 2009. Nelle note si farà riferimento alle riviste in cui essi sono stati originariamente pubblicati.

Le altre strade percorribili erano quelle, diverse nei presupposti, dell'azione di lesione e dell'impugnazione per vizi del consenso. Nel diritto italiano, tuttavia, come in quello francese, l'azione di lesione, basata sulla mera sproporzione economica delle prestazioni, era limitata nella sua applicazione ai contratti di vendita immobiliare mentre, per quanto concerne i vizi del consenso, il codice civile ne prevedeva solo tre (errore, costrizione determinata da minaccia, dolo), al quale il codice per la marina mercantile aveva aggiunto l'abuso dello stato di pericolo in mare. Anche in questa circostanza, perciò, in mancanza di un intervento del legislatore, si poteva solo proporre un'interpretazione estensiva delle disposizioni sulla violenza e sul salvataggio in mare, ispirata ai canoni dell'interpretazione "storico-evolutiva", che aveva incontrato il favore della civilistica italiana egemonica. Anche questa soluzione, alternativa all'azione di nullità per violazione del buon costume, fu applicata da una parte della dottrina e della giurisprudenza agli inizi del Novecento.

L'acme del fenomeno è raggiunto da tre sentenze del Tribunale di Napoli del 1907, 1908, 1910, e si chiude con una sentenza della Corte d'appello di Napoli del 1917. È in questo periodo che si consuma il tentativo più sofisticato e insistente di avviare un orientamento critico nei confronti dell'interpretazione tradizionale del principio di libertà degli interessi.

Queste decisioni hanno un nucleo argomentativo comune. Esse affermano che la libertà degli interessi stabilita dal codice civile non è da intendersi come assoluta, ma è soggetta ai limiti imposti dall'economia e dalla morale. In altri termini: la liberalizzazione degli interessi trova il suo fondamento, ma anche il suo limite, nella concreta utilità economica e nella moralità dello scambio. Quando il limite è superato, lo scambio cessa di creare un'utilità economica ed è per di più immorale. Il giudice allora deve intervenire e lo può fare mettendo in atto un'interpretazione dinamica e "sociale" delle leggi, e non rigida e rigorosamente "logica", conformandone il senso ai mutamenti della società e della coscienza pubblica, verificati e accertati dal magistrato.

Se la base comune è rappresentata dall'adesione a un metodo ermeneutico più dinamico, capace di riflettere le esigenze sociali e di non considerare la legge come un comando immutabile dalla superficie piatta e liscia, si registra invece una divergenza sui rimedi tecnici da utilizzare per tutelare il contraente debole che sia stato sfruttato dall'usuraio. A questo riguardo, i giudici napoletani non respingono l'intervento del legislatore, non invocano il diritto comune dei contratti come arma di difesa contro l'invadenza dello Stato. In attesa di una riforma legislativa, essi affermano però che il diritto comune offre già gli strumenti per intervenire, anche se poi non individuano concordemente nel codice civile il rimedio adatto.

Per alcuni di loro il patto usurario è immorale e quindi nullo per illiceità della causa, contraria alla legge e al buon costume: è la prospettiva difesa dal giudice

Antonio Jodice nel 1907[3] e confermata nel 1910 dal giudice Bonomo[4].

Per altri il patto usurario è invece il risultato di una volontà non libera, di una coazione esercitata non tanto attraverso la minaccia quanto mediante l'abuso di una situazione di debolezza (stato di bisogno), e quindi esso è annullabile per vizio del consenso: è l'impostazione fatta valere nel 1908 da Vincenzo Galante[5].

Nel piccolo microcosmo napoletano si incrociano in realtà idee e percorsi già sperimentati a livello europeo in altri contesti. Basti pensare alla lucida lettera di Saleilles indirizzata alla *Société d'études législatives* nel 1906, mentre era in corso la discussione sulla riforma del contratto di lavoro, che descrive nel modo più preciso e tecnicamente impeccabile i diversi effetti giuridici che potevano derivare dall'adozione dall'una o dall'altra prospettiva[6].

La Corte d'appello di Napoli nel 1917 giudicherà legittime entrambe le soluzioni, con una sentenza che mescola citazioni nascoste di Nicola Coviello e Francesco Degni, e si dichiara favorevole a limitare in via giurisprudenziale l'individualismo

[3] Trib. Napoli (VII Sez.), 21 giugno 1907, Pres. Del Monaco ff. – Est. Jodice A., con nota di DEGNI 1908: «La illiceità della causa, adunque, in ordine al patto 3° della su ricordata scrittura, si presume non solo per essere contraria alla legge, che, con la libertà del credito, non volle proteggere l'usura, ed invece si ispira alla maggiore benignità ed equità nel tutelare la posizione giuridica del debitore, ma anche al buon costume in cui si riflette il senso morale della coscienza nazionale sempre più ripugnante per quell'improba e losca industria. I precedenti legislativi, massime l'elaborazione legislativa tuttora persistente al riguardo dell'usura, stanno a far fede che oramai sien penetrati codesti fattori essenziali alla funzione sociale dell'interpretazione delle leggi nella coscienza giuridica nazionale in una materia così importante e delicata. La mancanza attuale d'una legge che reprima l'usura, determinata dalla difficoltà dei mezzi di accertarla e dal pericolo di intralciare la circolazione del credito, non equivale a permissione o tolleranza».

[4] Trib. Napoli, 9 settembre 1910, Pres. Urciuoli – Est. Bonomo, con nota di DEGNI 1911: «Il principio economico che è uno dei cardini fondamentali del contratto esige che le reciproche obbligazioni dei contraenti rappresentino uno scambio reale di utilità ed a tale principio contrasta il patto usurario che quindi non può godere della protezione della legge. E se il legislatore nell'art. 1831 detto codice regola la materia degl'interessi non ha certo inteso comprendere in questi l'usura scandalosa e lo strozzinaggio che secondo la pubblica opinione offendono la morale e sono contrarie al buon costume. È risaputo che tutto ciò che è immorale è antigiuridico; e nella interpretazione della legge devesi necessariamente tener conto del costume che ne costituisca il presupposto e della sua evoluzione in rapporto alle mutate condizioni dei tempi. Or, la cresciuta importanza del lavoro nell'ordine economico e l'immenso sviluppo del credito che negli ultimi tempi hanno fatto scendere il valore del denaro e il tasso degl'interessi rendono sempre più odioso il concetto dell'usura e ripugna alla coscienza pubblica il patto relativo».

[5] Trib. Napoli, 31 dicembre 1908, Pres. Faggella P. – Est. Galante, in «Monitore dei tribunali», LI, 1910, 14-16, con nota di BOERI 1909: «Del resto nella legge il freno c'è. La libertà di pattuire gli interessi ed il tasso anche elevato di questi sono tutt'altra cosa che l'usura, nell'odioso senso odierno della parola. Né la ripugnanza a dare libero ingresso a questa nel costume e nei codici è solo d'oggi. L'art. 1831 c.c. ha voluto porre un limite; ma non è solo, né il più efficace. La addotta ragione della illiceità peraltro non può coesistere col principio della libertà sanzionato espressamente: ammesso questo è esclusa l'altra, cioè la causa illecita. Ma la libertà implica spontaneità di consenso, ossia consenso non viziato: e l'usura è libera in quanto sia liberamente consentita. Si rientra dunque nel campo delle regole generali sul consenso». La tesi è difesa dall'estensore anche in GALANTE 1910. L'adesione più importante, in dottrina, è quella di BENSA 1897; FADDA, BENSA 1926. La stroncatura più rilevante porta la firma di COVIELLO 1915.

[6] SALEILLES 1906. Di queste pagine ha offerto di recente un'interessante lettura SABBIONETI 2011, 566-591.

del diritto dei contratti con spirito di socialità[7]. «Sans détruire le droit individuel», come avrebbe commentato Saleilles[8], la giurisprudenza si auto-rappresenta come organo in ascolto dell'evoluzione sociale.

Entrambe le strade si rivelano però controverse, discutibili agli occhi della civilistica più ortodossa e perciò irte di ostacoli: tant'è vero che, dopo le critiche provenienti da più parti, soprattutto sulle pagine di un periodico di recente istituzione come la *Rivista di diritto civile*[9], la parola finale sullo spinoso argomento sarà pronunciata con stile secco e risoluto dalla Cassazione del Regno in due severe sentenze del 1924 e del 1926 (quest'ultima a Sezioni Unite), che riportano la situazione al punto di partenza[10]. Solo l'intervento del legislatore poteva correggere l'ingiustizia contrattuale[11].

[7] App. Napoli, 15 giugno 1917, Pres. Lapponi – Est. De Pisis, Murolo (avv. Gubitosi) c. Sanniti (avv. Cima, Fadda), con nota di DEGNI 1917 e nota di GIURA 1917: «Il concetto di libertà non è assoluto, ma relativo e mutevole. Se è vero che nel nostro diritto privato prevale il principio individualista non si può negare che gli eccessi e le intemperanze di tal principio trovano temperamento nel principio di socialità [...] col quale deve armonizzarsi [...] in guisa che si considera eccedente la sfera della libertà tutto ciò che, pur avendo l'apparenza di essere il risultato di due volontà ugualmente libere, in realtà rappresenta il predominio dell'una sull'altra più debole, e si riconosce che sono contrari al diritto quei patti che, consentiti in condizioni di gravi disuguaglianze economiche, si risolverebbero anche in una disuguaglianza giuridica contraddicente agli stessi presupposti del principio individualista».

[8] SALEILLES 1904, 114.

[9] Le critiche più autorevoli provengono da ROTONDI 1911, 237-263 e da ASCOLI 1930 (92: «non si comprende davvero come un principio di diritto sicuro, come è quello che nel nostro codice civile è ammessa la stipulazione di qualunque interesse, purché fatta per iscritto, possa essere intaccato pel fluttuare *della coscienza*, *della moralità*») e da ASCOLI 1932, 401-404.

[10] Cass. Regno, 24 giugno 1924, Pres. Gallotti – Est. Pandolfo, Murolo c. Sanniti, con nota di DEGNI 1927: «Se la pressione del bisogno potesse invalidare il consenso, quasi tutte le obbligazioni si potrebbero annullare, perché chi si obbliga suole essere spinto da un bisogno più o meno pressante. [...] Non si vide inoltre che, se nell'art. 1831 cod. civ. la misura dell'interesse convenzionale è stabilita a volontà delle parti contraenti, l'interesse usurario non può essere ritenuto contrario al buon costume, perché è permesso dalla legge». Cass. Regno S.U. 3 luglio 1926, Pres. D'Amelio P.P. – Est. Palmera, Murolo (avv. Severo) c. Sanniti (avv. Gigliotti), con nota di DEGNI 1927, 766 s.: «Sotto niun aspetto è possibile ammettere che la sproporzione tra la prestazione e la controprestazione che caratterizza il patto usurario si risolva in un difetto di causa. È l'assunto di per sé stesso che contraddice alla legge in quanto questa se, per ragioni d'ordine generale, permette la libera pattuizione degli interessi, necessariamente preclude l'indagine sulla proporzione che si lamenta violata con quel patto». Cf. anche Cass. Regno, 5 febbraio 1934, Pres. Piola Caselli P. – Est. COCO, Speziale (avv. Degni) c. Figliomeni (avv. Morabito, Tedeschi), «Monitore dei tribunali», LXXV, 1934, 365-366; «Il foro italiano», 1934, I, 471-476: «Che nel diritto tradizionale patrio, quale è consacrato nei citati articoli del codice civile, non sia a parlare di illiceità della convenzione, e quindi (ciò che specialmente interessa nella presente fattispecie) del pagamento d'interessi superiori al tasso legale, è da ritenersi pacifico, dato il principio della libera contrattazione degli interessi, che è alla base del patrio diritto tradizionale, quale ci deriva dalla unificazione legislativa della nazione del 1864. Occorrerebbe, perciò, che le nuove correnti legislative, sopravvenute in questi ultimi anni, avessero abrogato o, quanto meno, derogato all'anzidetto principio, in guisa d'aver sancito il concetto della illiceità, che si afferma nel ricorso».

[11] La tesi dell'immoralità del patto, nel frattempo, era stata difesa con ulteriori argomenti da Ludovico Barassi. La sua posizione è interna al diritto privato liberale, che ai suoi occhi si presenta munito di sufficienti risorse per tutelare l'abuso della libertà contrattuale senza precipitare nella galassia del diritto

La vicenda appena sintetizzata appare significativa per l'uso delle clausole generali in funzione di rottura di un ordine, nella fattispecie l'ordine liberale del codice civile. Seguendo la sequenza acutamente proposta da Stefano Rodotà, si potrebbe pertanto osservare, prendendo in prestito le sue parole, che le clausole generali, in questo esempio, sono «non più soltanto finestre aperte sulla società, tramiti di valore che non possono essere direttamente affermati nelle norme» (l'uso tradizionalmente ammesso del buon costume), ma «strumenti di riduzione del conflitto tra norme che invecchiano ed una realtà in continuo cambiamento»[12], «espedienti per evitare l'irrigidirsi di un complesso legislativo di fronte ad una realtà mutata»[13]. Una funzione certo diversa da quella assunta in altri fasi storiche, ma non meno rilevante e altrettanto dirompente, all'epoca, come dimostrano le reazioni all'episodio napoletano ora rievocato.

3. *La crisi del contratto: equità, buona fede ed eccessiva onerosità sopravvenuta*

Un altro rilevante problema di abuso della libertà contrattuale per il quale si prospettò l'impiego in forma inedita di clausole generali è quello dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. Ad entrare in gioco, in questo caso, non fu tanto il buon costume, quanto la buona fede oggettiva; e siccome la buona fede, nelle riflessioni dottrinali coeve, non era nettamente distinta dall'equità, per comprendere nei suoi giusti termini la questione dovremo parlare anche dell'impiego di quest'ultimo strumento.

L'equità, nel codice civile sia francese (art. 1134) sia italiano (art. 1124), era considerata un criterio di integrazione del contratto, al di là del voluto e delle previsioni espresse delle parti. Poteva essere quindi fonte di obblighi e diritti ulteriori (modifiche della prestazione, obblighi accessori), non previsti espressamente dalle parti nel contratto. Questa funzione era già stata riconosciuta dai primi commentatori francesi. Problematico da accettare, invece, e anzi respinto per le ragioni che vedremo, era il ricorso all'equità in funzione correttiva, per sottrarsi all'adempimento di obbligazioni liberamente accettate.

La buona fede, il cui rapporto con l'equità in dottrina era molto sfumato, dato che gli interpreti non definirono con precisione il confine tra le due nozioni, era menzionata dal codice francese (art. 1134-3) e da quello italiano (art. 1124) come criterio rilevante nella fase di esecuzione del contratto. La sua funzione principale,

privato sociale o delle leggi speciali. La sua adesione, quindi, deve essere letta con cautela: non si tratta affatto di un'apertura al solidarismo contrattuale, ma di una risposta liberale all'interventismo sociale e statuale. Tra i vari scritti del civilista milanese il più importante è contenuto in BARASSI 1901, 360-419, riprodotto anche in BARASSI 1917. Lo spirito con cui Barassi detta questa pagine è colto con acutezza da CAZZETTA 1999, ora in CAZZETTA 2018, 203-205.

[12] RODOTÀ 1987, 718.

[13] Così già nella prolusione maceratese del 1966: RODOTÀ 1966, 46.

per gli interpreti, era comunque quella di rafforzare la forza obbligatoria del contratto (*pacta sunt servanda*). Nel tempo tuttavia se ne fece uso anche come criterio di valutazione del comportamento delle parti nell'adempimento del contratto, per impedire abusi o scorrettezze dei contraenti. Anche la buona fede, al pari dell'equità, poteva inoltre valere come parametro in base al quale colmare in via interpretativa punti non regolati del contratto.

Proprio l'impostazione dottrinale francese aveva inaugurato un paradigma fortunato: la buona fede serviva per garantire il rispetto della comune volontà delle parti, mentre l'equità era un criterio di integrazione del contratto, accanto alla legge e agli usi. In ogni caso essa non aveva rilevanza allo scopo di modificare le obbligazioni stabilite o di ridurre il corrispettivo economico di una prestazione, poiché sarebbe stato in contrasto con il principio della forza di legge del contratto. La "chiarezza" del testo contrattuale inibiva l'intervento del giudice, obbligato ad arrestarsi sulla soglia dell'autonomia privata, rispettando l'accordo liberamente voluto dalle parti, cioè non affetto dai tre vizi del consenso previsti (errore, violenza morale, dolo), e il cui contenuto fosse lecito, cioè non contrario a norme imperative, all'ordine pubblico, al buon costume.

Vediamo i passaggi logici di questa interpretazione del codice. I contratti non si basano solo sulla volontà delle parti, ma anche sull'equità, la legge, gli usi. Il richiamo all'equità, quindi, da una parte serve a rafforzare il principio secondo cui il giudice deve sempre ricercare la comune intenzione delle parti[14], e dall'altra autorizza l'integrazione del contratto, in caso di lacuna. Il diritto francese, infatti, generalizza un principio che, nel diritto romano, valeva solo per i contratti di buona fede: tutti i contratti diventano di buona fede e vi sono obbligazioni che discendono direttamente dall'equità[15].

Questo discorso può essere esposto anche in forma soggettiva. Le obbligazioni che hanno la loro fonte immediata nell'equità vengono fatte derivare, indirettamente, dalla volontà (tacita) delle parti[16]. In virtù di questo teorema, il ruolo dell'equità, una delle istanze oggettive del Codice, viene tuttavia a essere ridimensionato. Perché, così ragionando, l'equità può assumere rilevanza solo in caso di lacuna e non quando le parti hanno espressamente (e chiaramente) regolato il punto in questione. L'equità non può modificare la volontà delle parti, se questa è

[14] Questo artificio è evidente in MARCADÉ 1856, art. 1134, n. 466, 396; LAURENT 1875, n. 182, 244.

[15] TOULLIER 1814, n. 195; n. 336 (come nei contratti romani di buona fede, si può chiedere ora per tutti i contratti non solo ciò che è espressamente convenuto, ma anche ciò che non si trova espresso, se l'equità e la buona fede lo esigono); DEMOLOMBE 1869, n. 33, 34 s.: «*La bonne foi! l'équité!* voilà, en effet, les guides les meilleurs de l'interprétation, ceux qui la dirigeront toujours, le plus sûrement, dans le choix à faire entre nos differentes règles, pour atteindre le but marqué à ses efforts: l'honnête et loyale exécution du contrat!».

[16] MARCADÉ 1856, art. 1135, n. 467, 396.

"chiara", insegna Toullier in un celebre passo[17]. L'equità di conseguenza può essere fonte di ulteriori obbligazioni, ma non può essere richiamata per ridurre o modificare le obbligazioni stabilite e volute dalle parti. La massima consacra una delle più importanti convinzioni borghesi: il contratto, purché liberamente voluto e lecito, deve essere eseguito, anche se iniquo[18]. La teoria trova ampia conferma anche nei civilisti francesi del primo Novecento. Eugène Gaudemet, ad esempio, dichiara lapidariamente: «le contrat s'impose au juge. Il ne peut le modifier; il peut seulement l'interpréter»[19].

I civilisti italiani, impegnati nella nazionalizzazione del codice, mostrano di ragionare nello stesso modo. La chiave di volta del sistema è l'art. 1123, che contiene un assioma non soltanto legale, ma anche di ragione[20], opponibile al legislatore e ai giudici. Ricci scrive che «obbligando i contratti al pari della legge, non possono combattersi, come non può combattersi la legge, con ragioni desunte dall'equità». Si propone dunque una lettura riduttiva del codice: il ricorso all'equità è autorizzato dall'art. 1124 non per modificare ma per integrare ciò che le parti hanno stabilito: si presume infatti che i contraenti abbiano voluto riferirsi all'equità[21]. L'equità può avere quindi solo funzione integrativa, come fonte di ulteriori obblighi contrattuali[22]. Non si può invece violare un contratto con il pretesto che

[17] TOULLIER 1814, n. 338, 413: «L'équité est donc toujours le supplément des contrats. Mais il faut se souvenir de cette règle première, qu'on ne doit pas violer les conventions en cherchant une équité purement imaginaire. Il en est des conventions comme des lois, quand elles sont claires il ne faut pas en éluder la lettre, sous prétexte d'en revenir à l'équité et à la bonne foi».

[18] LAROMBIERE 1885, 384: «Quelles que soient les sollicitations de l'équité, où il y a un text précis, il n'y a pas moyen d'aller contre ni de passer outre»; LAURENT 1875, nn.178-179, 238-241; BAUDRY-LACANTINERIE, BARDE 1897, n. 333, 311 ss.

[19] GAUDEMET et al. 1937, 201. A questo proposito, i riferimenti sono molteplici. Mi permetto di rinviare a CHIODI (mns.), di imminente pubblicazione negli Atti del Convegno *L'interpretazione tra legge e contratto*. Per ulteriori importanti riflessioni sull'interpretazione dell'art. 1134 del *Code civil*: JAMIN, 1998, 46-57; HALPÉRIN 1999, 323-347; JAMIN 2002, n. 11, 901-907; DEROUSSIN 2007, 431-438.

[20] GIORGI 1885, 157: «Il principio sommo di ragione posto a governo della materia contrattuale è la piena libertà dei contraenti così nel determinare il valore delle cose commutabili, come in tutto ciò che attiene al loro interesse privato»; RICCI 1880, n. 46, 66.

[21] RICCI 1880, n. 47, 67: «presumendosi che ciascuno dei contraenti abbia voluto che l'equità regnasse sovrana nella formata convenzione».

[22] BORSARI 1877, sub artt. 1123-1124, § 3007, 41: «Intanto alla inviolabilità del contratto si associa in principio generale l'obbligo della esecuzione onesta, e si direbbe da galantuomo [...]. Il nostro art. 1124 non solo ci ha ammoniti – siate esecutori fedeli delle vostre convenzioni – ma ha ben anco aggiunto, che la nostra fedeltà non deve essere il puro omaggio alla lettera, come d'uomini materiali che vorrebbero vedere ogni cosa scritta (il che presso a poco era il significato dello *strictum jus*), ma prestare anche quanto si deve onestamente aver voluto nella fraterna comunanza di persone che negoziano insieme; la equità che non si dice, ma si sottintende, e quello che la legge o la usanza annettono come accessorii alle convenzioni»; GIORGI 1885, n. 192, 194: «Non meno della legge civile, anche la morale deve regolare l'interpretazione del contratto, perché il rispetto ai doveri morali è parte necessaria, quantunque tacita, delle convenzioni. Ogni contratto deve presumersi conformato a questi doveri, i quali, mentre ne regolano necessariamente la efficacia, esigono quell'uso retto dell'intelligenza e della volontà, che costituisce

sia iniquo. L'equità non può avere funzione correttiva di quanto voluto dalle parti[23]. Presso i paleo-civilisti trova pertanto ampio credito un modello contrattuale di tipo schiettamente individualistico. Anche i pandettisti italiani non si scosteranno da questa prospettiva: valgano per tutti le chiarissime pagine in cui Nicola Coviello ammonisce che il giudice non può «rifare il contratto secondo il suo ideale di giustizia e di equità, contro ciò che le parti hanno realmente voluto» ne costituiscono la più lampante dimostrazione[24].

La giurisprudenza è sulla stessa linea. Si possono prendere ad esempio alcune decisioni che rifiutano di modificare clausole penali sproporzionate ed escludono che di fronte a clausole contrattuali "chiare" sia possibile invocare istanze come l'equità, il buon costume o l'ordine pubblico[25].

Si registrano invece significative aperture quanto all'uso della buona fede oggettiva allo scopo di valutare il comportamento delle parti nell'esecuzione del contratto: nel 1921, infatti, la Cassazione di Roma ritiene che il creditore non possa invocare la clausola risolutiva espressa per un ritardo di pochi giorni[26].

la buona fede dei contraenti. E fu evidentemente in questo concetto, che il nostro legislatore detta l'articolo 1124».

[23] Il più restrittivo è RICCI 1880, n. 47, 67: «per istabilire quale sia il vincolo derivante dalla contrattazione e quale la giuridica efficacia del medesimo, non deve aversi riguardo all'equità, bensì alla legge del contratto; laddove, per determinare il modo pratico con cui eseguire il contratto, è da procedere con criterio informato ad equità». Cf. anche n. 190, 246 (clausola penale).

[24] COVIELLO 1915, § 129, 412.

[25] App. Firenze, 10 ottobre 1876, Pres. ed Est. Del Punta ff. Pelat-Derieux (avv. De Witt, Proc. Pierazzoli) c. Deputazione Provinciale di Grosseto (avv. Galeotti, Brunetti, Arrighetti), in «Annali della giurisprudenza italiana», X, 1876, 488-495; App. Napoli, 19 dicembre 1877, Pres. Mirabelli P.P. – Est. De Tilla, Malena c. Remia, in «Annali della giurisprudenza italiana» XII, 1878, 480-481; «Il foro italiano», 1878, I, 301 ss.: «Ammettere che il giudice possa variare le condizioni del contratto è surrogare la sua volontà al consenso dei contraenti in violazione del principio annunziato nell'art. 1123, pel quale i contratti legalmente formati han forza di legge tra coloro che li han fatti, e non possono essere rivocati che per mutuo consenso e per cause autorizzate dalla legge. Somiglianti disposizioni poggiano sul principio della libertà lasciata ai contraenti di regolare le loro obbligazioni nel modo che meglio si avvisano, senza dar facoltà al giudice di modificarle a sua volta sotto l'aspetto di equità...Ciò posto, mal si è avvisato il tribunale a dirla contro la morale e il buon costume, e per somigliante aspetto ridurla, invocando l'art. 1122. In esso è detto che la causa è illecita quando è contraria alla legge ed al buon costume o all'ordine pubblico; ma la legge per le osservazioni innanzi dette permette di stabilire una penale pel ritardo a titolo di danni senza limitazioni di sorta, e fino a vietare al giudice di ridurla, pur parendo soverchia; e tutto ciò che la legge consente non può dirsi contro il buon costume e l'ordine pubblico: laonde non può plaudirsi ai principii dal tribunale invocati per usare una facoltà che non gli è punto consentita».

[26] Cass. Roma, 14 aprile 1921, Pres. Appiani P. – Est. D'Ancona, Paglia (avv. Sraffa, Orlando) c. Casalini (avv. Bensa, Valeriani), in «Monitore dei tribunali,» LXIII, 1922, 81-82; «Il foro italiano», 1921, I, 531-534: «Ma questo rigido concetto dell'automatico inesorabile funzionamento del patto commissorio in un contratto di locazione, pari allo scatto della molla di un orologio al preciso minuto stabilito per il pagamento, è esagerazione e deformazione del principio che la condizione risolutiva espressa opera la risoluzione *ipso iure* al solo verificarsi dell'evento previsto, indipendentemente dal concorso del dolo o della colpa del debitore. [...] E tutte queste indagini tanto più s'impongono in una specie nella quale l'equità e la buona fede, compagne inseparabili d'ogni civile negozio, assistono gli affittuari [...]». Contra Cass. Napoli, 1° marzo 1921, Pres. ed Est. De Gregorio ff. di P. Romano (avv. Marino) c. Cosmo, in «Monitore dei

La contraria opinione, secondo cui il giudice, per considerazioni equitative, può derogare al principio della forza obbligatoria del contratto fino al limite dell'impossibilità oggettiva e assoluta della prestazione, matura in relazione ai contratti di *durata*. Per questa categoria di accordi la rigidità del dogma dell'intangibilità del contratto viene messa in discussione quando i rapporti contrattuali sono sconvolti da eventi sopravvenuti di carattere naturale o umano, come mutamenti di governo, guerre o crisi economiche. I riflessi catastrofici della prima guerra mondiale, ad esempio, rendono sempre più frequente e diffusa la domanda di risoluzione e/o di revisione[27] dei contratti di durata: del prezzo di vendita di beni e merci, del canone di locazione immobiliare (appartamenti, alberghi, teatri), del corrispettivo di appalti.

In dottrina e in giurisprudenza si reagisce in vario modo al fenomeno della sopravvenienza o dell'*imprévision*. A parte le posizioni negative, che riaffermano con decisione il dogma della forza obbligatoria del contratto e il ruolo esclusivamente suppletivo e non correttivo dell'equità anche nei contratti ad esecuzione successiva e continuata[28], dalla fine dell'Ottocento in poi, durante la *belle époque* giolittiana, per fondare la risoluzione o la revisione del contratto si fa ricorso all'equità oppure alle presunzioni di volontà (supponendo esistente nel contratto la condizione risolutiva per mutamento imprevedibile e inevitabile delle circostanze, clausola *rebus sic stantibus*), a volte coniugando entrambe le argomentazioni.

tribunali», LXII, 1921, 397-399; «Il foro italiano», 1921, I, 296-299: «L'art. 1124 c.c., soggiunse esso collegio prescrive che i contratti debbono essere eseguiti di buona fede ed obbligano, non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze, che secondo l'equità, l'uso e la legge ne derivano. In omaggio alla buona fede contrattuale, secondo esso tribunale, dovevasi escludere che le parti avessero davvero inteso di stipulare la clausola risolutiva pel ritardo di pochissimi giorni, il quale nessun danno aveva apportato al locatore».

[27] Si deve infatti notare che l'eccessiva sproporzione economica (onerosità) sopravvenuta della prestazione contrattuale poteva dare luogo non solo alla risoluzione, ma anche alla revisione del contratto.

[28] Un precedente importante è Cass. Torino 24 febbraio 1888, Pres. Eula P.P. — Est. Giusto, Banca di Torino (avv. Caccia, Mongini) c. Ditta Truninger & C. (avv. Spanna, Pietro Turati), in «Monitore dei tribunali», XXIX, 1888, 261-263: «il potere del giudice non è sconfinato; ei deve scrupolosamente osservare il disposto dell'art. 1123; la volontà delle parti, in ciò che è espressa, è sacra anche per lui; egli non può mutare le clausole precise di un contratto sotto pretesto che la sua decisione possa sembrare più equa; non può ad un'obbligazione chiaramente definita un'altra sostituirne; non può di un'obbligazione incondizionata farne una condizionale perché, avuto riguardo alle circostanze varie di tempo e di accidentalità non prevedute, possa parergli che l'equità così suggerisca. Imperocché l'equità, di cui nell'art. 1124, quando per tal modo venisse intesa, si risolverebbe nella negazione dell'equità stessa, convertendosi in un privilegio a beneficio esclusivo di una delle parti con tutto il danno esclusivamente per l'altra. [...] In sostanza l'equità è dalla legge indicata quale norma per regolare le modalità dell'esecuzione delle convenzioni, non per determinare la sussistenza giuridica delle stesse, le quali, quando sieno legalmente formate dalla volontà delle parti, unica norma prendono dalla legge del contratto, che anche pel giudice è intangibile». Cf. anche App. Venezia, 10 aprile 1895, Pres. Valsecchi – Est. Setti, Comune di Treviso c. Società Lionese per l'illuminazione a gas – Rosada, «Giurisprudenza italiana», XLVIII, 1895, I, 305-331: «Ciò che dicesi "onesta e leale esecuzione di un contratto" è prima di tutto rispettarne i patti scritti, la buona fede e l'equità non servendo che a supplire il contratto nei casi ove l'intenzione comune è offuscata od è monca, non dove la si evince chiara dal letterale disposto».

Quando si usa l'argomento equitativo, con rinvio all'art. 1124 del codice civile[29], il giudice viene rappresentato, dagli stessi magistrati che fanno uso di tale tecnica, come un ministro di equità. E l'equità, come si legge nel più importante *leading case* di fine Ottocento, la sentenza della Cassazione torinese del 1898 che segue di dieci anni una pronuncia che aveva sbarrato la strada a ogni valutazione equitativa in questo campo,

> «esige che l'intervenuto accordo contrattuale possa essere modificato, quando l'esecuzione, pel mutare degli eventi, ne diventi impossibile, o soverchiamente pregiudicevole; e vieta che l'una delle parti possa profittare di certa contingenza non prevedibile, la quale sia sopravvenuta, per imporre all'altra un modo di esecuzione che questa non avrebbe accettato»[30].

Questa visione, tuttavia, convive e anzi spesso si unisce all'altra, più tradizionale, che vede nel giudice il tutore del consenso, cioè della comune intenzione delle parti, chiaramente manifestata nel testo contrattuale[31].

[29] Si noti che alcune sentenze più risalenti motivano la risoluzione del contratto con espresso richiamo non all'art. 1124, ma al diritto romano. Cf. ad es. App. Parma, 8 maggio 1885, Pres. ed Est. Massari P.P., Comune di Genova (proc. avv. Lusignani) c. Palchisti del Teatro Carlo Felice (proc. avv. Borra), in «La giurisprudenza», XXI, 1885, 577-584, con nota di SALUCCI 1885.

[30] Cass. Torino, 19 novembre 1898, Pres. Cuneo ff. – Est. Serra, Testore c. Comune di Casale Monferrato, «Giurisprudenza italiana», LI, 1899, I, 22-23. Cf. già App. Venezia, 10 aprile 1895, Pres. Valsecchi – Est. Setti, Comune di Treviso c. Società Lionese per l'illuminazione a gas – Rosada, in «Giurisprudenza italiana», XLVIII, 1895, I, 305-331: «Nella regola che i contratti oltre al dover essere eseguiti di buona fede, obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità ne derivano – è evidentemente contenuta quest'altra, che nei contratti a lunga scadenza e permanenti nel tempo la mutazione che avviene di necessità nelle condizioni di fatto può, per ragioni di equità, essere tenuta a calcolo dal giusdicente. L'antica dottrina italiana (Bartolo, Fierli, Mantica, Poggi, ecc.) distingueva i contratti che *nullam habent dependentiam de futuro*, e perciò si consumano unico momento, da quelli che *tempus habent successivum*, e questi ultimi si intendevano stipulati *rebus eodem statu manentibus*. L'equità dunque – se non il diritto – può volere che si tenga conto delle modificazioni che il tempo nei suoi moti evolutivi apporta ai contratti, e questi, proiettati nel tempo, insegnano cosa debbasi intendere per buona fede e per "esecuzione onesta e leale"».

[31] Cf. infatti Cass. Torino, 19 novembre 1898, cit., 22 s.: «Ma allora ben si vede che è pur sempre questione d'apprezzamento della volontà dei contraenti, dato in via di ipotesi, che si abbia da tener conto di ragioni qualsiansi d'equità; e la corte del merito ben si è apposta coll'ammettere la mentovata perizia, affine di essere in grado d'interpretarla»; Cass. Torino, 16 agosto 1900, Pres. Pagano P.P. – Est. Prato, Comune di Modena (avv. Bellucci, Bruno, Triani, Ferrarini) c. Abbati e altri palchettisti del teatro comunale (avv. Albinelli, Panini, Benucci, Levi), in «Il foro italiano», XXVI, 1901, I, 736-742, con nota di BARSANTI 1901: «Né può dirsi che tale articolo sia stato falsamente applicato, perché, per quanto da alcuno si sostenga che la disposizione in esso contenuta riguardi solo il caso di temperare, moderare, ridurre il modo divenuto troppo rigoroso di dare esecuzione al contratto e lasci intatta l'obbligazione, certo è che la legge ha pure parlato delle conseguenze che derivano dal contratto, ed a queste conseguenze, qualunque esse siano, diviene applicabile la regola dell'equità. [...] Del resto, ogni censura cade quando si ponga mente a che la Corte modenese, dopo avere con esattezza giuridica osservato che "nei contratti a lunga pendenza e che hanno *dependentiam de futuro* è sempre sottintesa la clausola *rebus sic stantibus*, perché evidentemente il motivo determinante il vincolo giuridico fu la permanenza di quelle condizioni di fatto sotto l'impero delle quali e per le quali poté aver luogo l'accordo e il consenso

Come esempio di questo orientamento volto a convertire un problema di giustizia contrattuale in ricerca della comune intenzione delle parti, evitando di fare ricorso a clausole generali o ad altre istanze oggettive, si può considerare, in dottrina, la posizione di Biagio Brugi. Il grande civilista-romanista afferma infatti che l'intangibilità del contratto ha i suoi limiti: solo «un esagerato rispetto al vincolo contrattuale» può impedire di riconoscere la clausola *rebus sic stantibus* anche nel sistema vigente. Brugi non rinuncia però alle finzioni di volontà. Egli ammette che si potrebbe anche ragionare, come la giurisprudenza, in base all'art. 1124. Tutto ciò sembra preludere a una giustificazione oggettiva dello scioglimento del contratto. Ma nel ragionamento rispunta l'elemento soggettivo:

> «Infatti se ogni contratto deve essere eseguito di buona fede (art. 1124 cod. civ.) in guisa che obbliga anche a ciò che l'equità, l'uso, la legge impone, se ne può trarre la conseguenza che non è equo far che una parte profitti di mutate circostanze per imporre all'altra un modo di esecuzione del suo obbligo che non avrebbe accettato se avesse potuto prevederlo»[32].

Il perno del discorso rimane quindi il consenso.

L'equità, in questa sua applicazione, tempera sia il dogma dell'intangibilità del contratto sia il dogma della responsabilità del debitore fino al limite dell'impossibilità oggettiva assoluta della prestazione[33]. Da questo punto di vista, quindi,

reciproco delle parti contraenti", si fece ad indagare, in omaggio alle combinate disposizioni degli art. 1123 e 1131, quale fosse l'intenzione delle parti allorché si formarono gli accordi fra il proprietario del teatro ed i proprietari dei palchi. [...] Più che un principio di equità temperativa, fu quello di equità interpretativa di un contratto avente tratto successivo, che determinò la decisione della Corte modenese, la quale pel mutamento impreveduto di ciò che formava oggetto essenziale del contratto giudicò essere venuto meno, colla causa dell'obbligazione, il consenso dei contraenti, e mancare di conseguenza quel vincolo giuridico che ha forza di legge fra le parti».

[32] BRUGI 1907, 479.

[33] In giurisprudenza una rivalutazione in tal senso dell'art. 1124 si legge nell'elaborata sentenza Trib. Milano, 27 maggio 1916, Pres. Ghizzoni – Est. Pestalozza, Société commerciale d'affrèttements et de commission (avv. Donati) c. Società miniere di Montecatini (avv. Belotti), in «Il foro italiano», XLI, 1916, I, 1127-1152, con nota di PESTALOZZA 1916, 833-836: «Giunti a questo punto, però, bisogna ancora ricordare che non solo la dichiarata volontà delle parti e le disposizioni della legge entrano a far parte del contenuto contrattuale: vi concorrono pure le conseguenze volute dall'equità. Ed è specialmente in questo campo, dal sopravvenire di avvenimenti impensati (il vero campo caratteristico della clausola *rebus sic stantibus*, la quale s'informa così a concetti più ampi della presupposizione), che può trovare applicazione il principio di equità. Se invero l'equità potrà raramente avere occasione d'interessarsi a motivi effettivamente sentiti dalle parti, e che queste non abbiano creduto di far entrare nella volontà dichiarata, più frequente sorgerà invece il bisogno di temperare le conseguenze rigide di legge quando la sopravvenienza sorga in un campo che non fu neppure avvistato dalle parti, e sia così completamente estranea al lavorio psicologico che ha formato la loro volontà. In questi casi le parti si sono affidate al precetto generale di legge regolante il fortuito, senza pensare che pel sopravvenire di eventi impreveduti quel precetto avrebbe potuto trasformarsi in una iniquità per una di esse. È giusto, quindi, ed è portato dal principio della buona fede imperante sull'esecuzione di tutti i contratti, che l'iniquità venga in tali casi

l'esperienza giurisprudenziale italiana del primo Novecento, anche se la situazione si mantiene fluida e non mancano numerose sentenze di segno assolutamente contrario[34], risulta più aperta rispetto agli orientamenti francesi dello stesso periodo[35].

In entrambe le situazioni indicate, i giudici impiegano, nel campo del diritto comune dei contratti, strumenti previsti dal codice, ma fino a quel momento non applicati allo scopo di sindacare l'equilibrio delle prestazioni e la libertà contrattuale, mostrando di relativizzare il principio fondamentale dell'economia liberista[36].

impedita, o coll'apportare opportuni temperamenti al vincolo, o, in casi estremi, col decretare lo scioglimento del vincolo stesso divenuto iniquo».

[34] App. Milano, 22 gennaio 1925, Pres. Raimondi P.P. – Est. Ticchioni, Società anon. ital. di assicurazione contro gli infortuni c. Massa, in «Monitore dei tribunali», LXVI, 1925, 420 s.: «Ma si deve obbiettare che l'irrevocabilità dei contratti costituisce uno dei canoni fondamentali in materia di obbligazione, inviolabile se non per mutuo consenso, o per impossibilità vera e propria di esecuzione (art. 1226 c. c.). Inoltre manca un criterio sicuro, uniforme ed obbiettivo per determinare i casi nei quali si debba e quelli in cui non si possa far ricorso all'applicazione della clausola; e si verrebbe a dare efficacia giuridica ai motivi interni che spinsero la volontà alla formazione del negozio giuridico, in virtù di elementi non risultanti nel contratto e non rientranti nel contenuto della stipulazione»; App. Milano, 19 novembre 1925, Pres. Raimondi P.P. – Est. Gaetani, Donzelli (avv. Pedroni) c. Società Saville di Sheffield (avv. Baisini), in «Monitore dei tribunali», LXVII, 1926, 304 s.: «Si tentò di estendere per ragioni di equità il significato così manifestamente restrittivo della legge ricorrendo ad altri articoli quali il 1124 ed il 1224 c. c. che sembrano attenuare la rigidezza romana delle disposizioni sopra menzionate. Ma mentre il 1124 ha niente a che fare con la fattispecie, in cui si tratta di compra vendita ed al compratore non si richiede nessuna diligenza ma solo l'adempimento all'obbligo di pagare il prezzo, nell'art. 1224 invece basta dire che se i contratti devono essere eseguiti di buona fede, la logica conseguenza che si deve trarre da questi principi è quella di condannare la Ditta da Donzelli a compiere il proprio obbligo contrattuale». Questa tendenza viene successivamente consacrata da Cass. Regno, 30 aprile 1926, Pres. Tempestini P. – Est. Butera, Alessandri (avv. Baudana-Vaccolini) c. Bernardini (avv. Pasanesi), in «Monitore dei tribunali», LXVII, 1926, 533 s. Contra App. Milano, 14 giugno 1932, Pres. Fabani P. – Est. Azzolina, Galdi (avv. Galdi) c. Soc. Petroli d'Italia (avv. Bisetti, Cadeo), in «Monitore dei tribunali», LXXIV, 1933, 70 s., che richiama a favore anche la Carta del lavoro fascista.

[35] Di questa differenza rispetto all'esperienza transalpina mostrano di essere consapevoli anche molti giudici. Cf. ad es. App. Milano, 20 febbraio 1917, Pres. ed Est. Raimondi P., Soc. an. Miniere di Montecatini (avv. Belotti, Rolandi-Ricci, Vaturi) c. Société Commerciale d'affrétements et de commissions (avv. Bensa, Sraffa), Ditta Calame e Matthy (avv. Donati, Medina) e Fabbrica lombarda prodotti chimici (avv. Pennati), in «Monitore dei tribunali», LVIII, 1917, 355-358; «Il foro italiano», 1917, I, 350-358: «Se in Francia per amore della tradizione o forse anche per una nobile ostentazione di legittimo orgoglio, il legislatore non credette dover derogare al principio classico della forza maggiore, né la giurisprudenza di sforzarsi a temperarne il rigore, neppure di fronte alla gravissima crisi che quel mirabile popolo per altrui colpa attraversa e che con tanto spirito di sacrificio sopporta, in Italia invece il legislatore volle venire in aiuto al debitore posto, in causa della guerra e durante la guerra, in condizione troppo difficile ed iniqua, poiché credette necessario, nell'interesse dello Stato, impedire che dalla guerra derivi una soverchia depressione in talune delle energie economiche della nazione, in un momento in cui occorre che tutte efficacemente cooperino a far superare all'economia nazionale le enormi difficoltà dell'ora che volge; ed in questa sua opera egli deve essere anche dai giudici assecondato».

[36] Il punto di contatto tra le due tipologie di casi difficili descritti in queste pagine è costituito da una sentenza la cui motivazione è stesa dal giudice Antonio Jodice, che indirizza un fervido elogio alla legislazione di guerra che, com'è noto, diede per la prima volta rilevanza all'eccessiva onerosità sopravvenuta nel diritto positivo italiano. Cf. App. Napoli, 2 luglio 1917, Pres. Lappone P. – Est. Jodice, Monsurrò c. Ditta Guetta, in «Monitore dei tribunali», LVIII, 1917, 835-837; «Il foro italiano», 1917, I, 874-879: «Quel decreto deve interpretarsi, nei limiti delle esigenze e dell'utilità sociale da cui ebbe

Attuano cioè forme di controllo dell'equilibrio economico del contratto all'interno della concezione liberale del mercato e non fuori da essa, restando pur sempre all'interno della logica individualista, "correggendo delicatamente" il contratto[37]. Questo fenomeno non costituisce dunque un superamento, ma solo una revisione del principio liberista puro e semplice. Anche nei giuristi che riflettono su questi fenomeni, l'intento è comunque di restare ancorati a un'economia basata sul libero scambio e di porre in essere soltanto correttivi etici, idonei a reprimere comportamenti individuali contrari a equità o a buona fede. L'oscillazione tra argomentazioni soggettive e oggettive si spiega con le opzioni interpretative dei singoli interpreti. I giuristi si sforzano di trovare una nuova armonia tra codice e società, facendo uso degli strumenti del diritto comune dei contratti, opportunamente rivitalizzati.

4. *Per concludere: quali rimedi contro le clausole vessatorie dei contratti di adesione?*

Un campo ancor più aperto di confronto-scontro si apriva sul terreno del controllo dei contratti di adesione, altra categoria che si era affiancata all'astratto contratto individuale, nei confronti della quale si rivelavano insufficienti le tecniche di controllo previste dai codici civili ottocenteschi, utilizzate, come abbiamo visto, per la soluzione dei due precedenti problemi.

Si trattava qui di adattare il diritto comune dei contratti, fondato su un'astratta simmetria di potere contrattuale, oppure di progettare forme nuove di tutela dei consumatori nell'ambito del diritto commerciale e di protezione dei prestatori d'opera del nascente diritto del lavoro. I consumatori erano i nuovi soggetti deboli da difendere, come gli operai nel campo delle relazioni industriali.

Tra le tecniche di tutela ipotizzabili, anche in questo campo vi era quella dell'aumento dei poteri discrezionali del giudice. Se sopra si è visto l'uso che i giudici, supportati o meno dalla dottrina, fecero dell'equità e del buon costume,

origine, come mezzo efficace di difesa del diritto codificato delle obbligazioni imperniato sui principí della libertà contrattuale e dell'eguaglianza delle parti contraenti contro ogni attentato di sfruttamento di una di esse in danno dell'altra. Il consenso è la base di ogni contratto, la cui esecuzione deve necessariamente contenersi nei limiti di quello che le parti intesero e vollero nel vincolarsi; in esso è riposta la forza obbligatoria del contratto in quanto sia regolato dalle norme del giusto e dell'equo, cui non deroga mai la legge positiva, che anzi vi fa esplicitamente ricorso nell'art. 1124 c.c. In modo speciale, nei contratti a titolo oneroso, che mirano ad uno scambio di prestazioni fra i contraenti, si afferma la legge di eguaglianza fra il dare e l'avere come il presupposto fondamentale dell'obbligazione reciproca e la conseguenza necessaria di quella giustizia commutativa, che è ad essi naturalmente inerente, e a cui i contraenti non possono derogare senza mutare la natura del contratto, cangiandolo da oneroso in parzialmente gratuito; ed ove venga derogato ad essa eguaglianza, per ragione di qualche accidente, indipendentemente dagli atti dei contraenti, deve ricorrere l'equità a rimetterla in essere a ripristinare il perduto equilibrio, facendo rientrare il contratto medesimo nella sfera del giusto e dell'onesto civile».

[37] Come afferma CARONI 2015, 153-163.

strumenti usati per adeguare il diritto dei contratti alla nuova realtà economica, nel caso dei contratti di adesione il discorso si fa più complicato.

La giurisprudenza italiana, contro la dottrina, adotta forme di tutela, e questo è già un punto da sottolineare, ricorrendo esclusivamente alle norme sui vizi del consenso. Non si riesce, in queste vicende, a immaginare un giudice che possa intervenire annullando le clausole vessatorie facendo ricorso all'equità o ad altri criteri come la buona fede oggettiva, ma si ammette che il magistrato annulli determinate clausole per il dolo dell'impresa o dichiari in casi estremi la nullità del contratto per errore ostativo. Il giudice così facendo, più che trasformarsi in ministro di equità, esercita fino in fondo i suoi poteri di tutore della libera volontà delle parti, contro il parere della dottrina maggioritaria, proteggendo in particolare la buona fede dell'aderente, intesa come affidamento.

Una tutela più intensa, basata non tanto sugli strumenti dell'equità e del buon costume, quanto sulla buona fede oggettiva, è preconizzata solo, con decisione, da una parte della dottrina francese, dalla civilistica germanica e in Italia da Lorenzo Mossa, estroso precursore di idee realizzate poi in un periodo più tardo. È lui che invoca il principio di buona fede oggettiva, sostenendo che si possa anche arrivare, con questo richiamo, ad annullare singole clausole vessatorie[38]. È una proposta *de iure condendo* quasi profetica. Ma allora essa fu considerata eretica, anti-sistemica, espressione di giusliberismo, pericolosa e non preferibile rispetto ad altre tecniche di controllo, come quella basata sull'aumento di norme imperative nei codici (soprattutto il codice di commercio) o sulle norme corporative. Il pioniere della tutela giudiziale basata non sulle ragioni della volontà, ma su quelle della lealtà e della correttezza tra impresa e consumatore, rimarrà inascoltato.

[38] Ho ricostruito la vicenda in CHIODI, 2016, 249-293.

Riferimenti bibliografici

ASCOLI A. 1930. *Note di giurisprudenza*, 1, App. Milano 28 novembre 1930, 89-94.

ASCOLI A. 1932. *Note di giurisprudenza*, 16, App. Milano 26 aprile 1932, 401-404.

BARASSI L. 1901. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II, 2 ed., Milano, Società editrice libraria, 1917.

BARASSI L. 1917. *Giusto salario e salari anormali. Contributo il concetto di equivalenza nei contratti onerosi di scambio*, in «Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni», XV, I, 1917, 1 ss.

BARSANTI E. 1901. Nota a*: Cass. Torino, 16 agosto 1900, Pres. Pagano P.P. – Est. Prato, Comune di Modena c. Abbati e altri palchettisti del teatro comunale*, in «Il foro italiano», XXVI, I, 1901, 736 ss.

BAUDRY-LACANTINERIE G., BARDE L. 1897. *Traité thèorique et pratique de droit civil, Des obligations*, I, Paris, 1897.

BENSA P.E 1897. *Compendio d'introduzione allo studio delle scienze giuridiche e d'istituzioni di diritto civile italiano, Introduzione e parte generale*, Torino, Utet,1897.

BOERI G.B. 1909. Nota a*: Trib. Napoli, 31 dicembre 1908, Pres. Faggella P. – Est. Galante*, in «Rivista critica di diritto e giurisprudenza», VII, II, 1909, 55 ss.

BORSARI L. 1877. *Commentario del codice civile italiano*, III, Torino, Utet, 1877.

BRUGI B. 1907. *Istituzioni di diritto civile italiano con speciale riguardo a tutto il diritto privato*, 3 ed., Milano, Società editrice libraria, 1914.

CARONI P. 2015. *Privatrecht im 19. Jahrhundert. Eine Spurensuche, Schweizerisches Privatrecht* (I/1), Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015.

CAZZETTA G. 1999. *L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e Repubblica*, in ID., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, 179 ss.

CAZZETTA G. 2018. *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, Giappichelli, 2018.

CHAZAL J.-P. 2014. *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis republicain.* Disponibile in: https://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr.ecole-de-droit/files/chazal_protection_josserand.pdf (consultato il 18/11/2018).

CHIODI G. 2009. *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2009.

CHIODI G. 2016. *Un pioniere della giustizia contrattuale: Lorenzo Mossa e i contratti di adesione*, in «Quaderni fiorentini», 45, 2016, 249 ss.

CHIODI G. (mns.) *Interpretazione dei contratti e poteri del giudice. Riletture del codice civile in Francia e in Italia tra Otto e Novecento*, in corso di pubblicazione.

COVIELLO N. 1915. *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, 2 ed., Milano, Società editrice libraria, 1915.

DEGNI F. 1908. *I limiti della libertà contrattuale e l'usura nel diritto privato.* Nota a: *Trib. Napoli (VII Sez.), 21 giugno 1907, Pres. Del Monaco – Est. Jodice*, in «Rivista critica di diritto e giurisprudenza», VI, II, 1908, 1 ss.

DEGNI F. 1911. *Ancora sulla repressione dell'usura.* Nota a: *Trib. Napoli, 9 settembre 1910, Pres. Urciuoli – Est. Bonomo*, in «Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni», IX, II, 1911, 79 ss.

DEGNI F. 1917. *Ancora sulla repressione dell'usura nel sistema del diritto civile vigente;* Nota a: *App. Napoli, 15 giugno 1917, Pres. Lapponi – Est. De Pisis, Murolo c. Sanniti*, in «Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni», XVI, II, 1917, II, 634 ss.

DEGNI F. 1927. *Ancora della repressione dell'usura nel diritto privato.* Nota a *Cass. Regno, 24 giugno 1924, Pres. Gallotti – Est. Pandolfo, Murolo c. Sanniti* e a: *Cass. Regno S.U., 3 luglio 1926, Pres. D'Amelio P. – Est. Palmera, Murolo c. Sanniti*, in «Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni», XXV, II, 1926, 342 ss.

DEMOLOMBE C. 1869. *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, II, Paris, 1869

DEROUSSIN D. 2007. *Histoire du droit des obligations*, 2 ed., Economica, Paris, 2012.

FADDA C., BENSA P. E. 1926. *Note e riferimenti al diritto civile italiano*, in WINDSCHEID B., *Diritto delle Pandette*, IV, Torino, Utet, 1926, 449 ss..

GALANTE V. 1910. *Le nuove correnti della giurisprudenza per la repressione dell'usura*, in «Rivista critica di diritto e giurisprudenza», VIII, 1910.

GAUDEMET E, DESBOIS H., GAUDEMET J. 1937. *Théorie générale des obligations*, Paris, Dalloz, 2004.

GIORGI G. 1885. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano,* IV, 4 ed., Firenze 1895.

GIURA D. 1917. Nota a: *App. Napoli, 15 giugno 1917, Pres. Lapponi – Est. De Pisis, Murolo c. Sanniti* in «Il foro italiano», I, 1917, 923 ss.,

HALPÉRIN J.L. 1999. *Le fondement de l'obligation contractuelle chez les civilistes francais du XIXe siècle*, in KERVÉGAN J.F., MONHAUPT H. (eds.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie,* Frankfurt am Main, 1999, 323 ss.

JAMIN C. 1998. *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, in «Droit & patrimoine», 58,1998, 46 ss.

JAMIN C. 2002. *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil*, in «Dalloz, Chroniques», 2002, 11, 901 ss.

JOSSERAND L. 1933. *Le contrat dirigé*, in «Dalloz, Recueil hebdomadaire de jurisprudence», 1933, 89 ss.

JOSSERAND L. 1934. *Considerazioni sul contratto "regolato"*, in «Archivio giuridico "Filippo Serafini"», XXVIII 1934, 3 ss.

LAROMBIERE L. 1885. *Théorie et pratique des obligations*, Nouvelle éd., Paris, 1885.

LAURENT F. 1875. *Principes de droit civil*, XVI, Bruxelles-Paris, 1875.

MARCADÉ V. 1856. *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, IV, 6 ed., Paris 1866

PESTALOZZA F. 1916. *Onerosità eccessiva della prestazione sopravveniente per fortuito.* Nota a*: Trib. Milano, 27 maggio 1916, Pres. Ghizzoni – Est. Pestalozza, Société commerciale d'affrèttements et de commission c. Società miniere di Montecatini*, in «Il foro italiano», XLI, I, 1916, 1127 ss.

RICCI F. 1880. *Corso teorico-pratico di diritto civile*, *Delle obbligazioni*, VI, Torino, Utet, 1880.

RODOTÀ S. 1966. *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

RODOTÀ S. 1987. *Il tempo delle clausole generali*, in «Rivista critica del diritto privato», IV, 1987, 709 ss.

ROTONDI G. 1911. *Vecchie e nuove tendenze per la repressione dell'usura*, in «Rivista di diritto civile», III, 1911, 237 ss.

SABBIONETI M. 2011. *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Milano, Giuffrè, 2011.

SALEILLES R. 1904. *Le Code civil et la Méthode historique*, in HALPERIN J.L, *Le Code civil 1804-1904. Livre du Centenaire,* I, Paris, Dalloz, 1904, 95 ss.

SALEILLES R. 1906. (*Lettre* in) *Bulletin de la Société d'études législatives*, *Études et documents. Question du contrat de travail (question n° 9)*, 1906.

SALUCCI E. 1885. Nota a: *App. Parma, 8 maggio 1885, Pres. ed Est. Massari, Comune di Genova c. Palchisti del Teatro Carlo Felice*, in «La giurisprudenza», XXI, 1885, 577 ss.

TOULLIER C.B.M. 1814. *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, VI, Rennes, 1814.

ANCORA SULLE "CLAUSOLE GENERALI"

TEORIA, META-TEORIA E METODOLOGIA DI UNA CATEGORIA DOTTRINALE PROBLEMATICA

FEDERICO **PEDRINI**

&dq

Ancora sulle "clausole generali".
Teoria, meta-teoria e metodologia di una categoria dottrinale problematica

Again on "General Clauses".
Theory, Meta-Theory and Methodology of a Problematic Jurisprudential Category

FEDERICO PEDRINI

Professore Associato di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.
E-mail: federico.pedrini@unimore.it

ABSTRACT

L'elaborato affronta il tema delle clausole generali da un punto di vista metodologico. Enucleati i principali problemi della categorizzazione delle clausole generali e riconosciuta la relazione che queste pongono in essere verso altri sistemi normativi, si procede con un approccio "terapeutico", volto ad analizzare i diversi rapporti che possono sussistere tra il concetto in parola e il "meta-giuridico", distinguendo in particolare tra rinvii interni, *i.e.* ad altri luoghi dell'ordinamento positivo, ed esterni, *i.e.* a mondi istituzionali *extra iuris ordinem*. In conclusione, si prospetta la possibilità di un incontro tra l'osservazione teorica delle clausole generali e l'indagine sul loro uso da parte (segnatamente) degli interpreti qualificati.

The paper surveys the concept of general clauses from a methodological point of view. After pointing out the main issues of the general clauses' categorization and acknowledging the relationship that they have with different normative systems, the inquiry moves on with a "therapeutic" approach in order to analyze the several relations that may exist between a certain concept of general clauses and the meta-theoretical world, especially by distinguishing between internal references, *i.e.* other parts of the legal system, and external references, *i.e.* institutional dimensions that are set *extra iuris ordinem*. At the end, it is claimed that an exchange between the strict theoretical inquiry of the general clauses and the observation of their use in the legal context may be mutually beneficial.

KEYWORDS

Clausole generali, teoria generale, interpretazione, metodologia, dottrina

General clauses, legal theory, legal interpretation, methodology, jurisprudence

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Ancora sulle "clausole generali". Teoria, meta-teoria e metodologia di una categoria dottrinale problematica

FEDERICO PEDRINI

1. Repetita iuvant? – 2. *Gli "statuti logici" delle clausole generali* – 3. *Genesi e teratogenesi del concetto di "clausole generali"* – 4. *L'attuale stato dell'arte* – 5. *Una classificazione "per differenza specifica" delle clausole generali? Prime linee d'indagine* – 5.1. *Rinvio "esterno" o "interno" all'ordinamento giuridico*? – 5.2. Quale *meta-giuridico*? – 5.3. *Effettività sociale* vs. *argomentazione meta-giuridica* – 6. *"Oltre il diritto civile": le clausole generali tra pragmatica e metodologia interpretativa.*

1. Repetita iuvant?

Riprendere dopo un breve torno di tempo un tema – come quello delle clausole generali – al quale nel corso degli anni si sono già dedicati una monografia e alcuni altri studi[1] può rivelarsi una pratica poco accorta per almeno due ordini di ragioni.

La prima ragione di rischio – rischio forse lieve, e tuttavia fastidioso – è quello di risultare semplicemente ripetitivo, tornando a propinare come la proverbiale "minestra riscaldata" quanto già scritto in passato, senza proporre nulla di particolarmente rilevante per la (feconda) prosecuzione o almeno per un (utile) aggiornamento del dibattito scientifico sull'argomento.

La seconda ragione di rischio – rischio decisamente più insidioso e in cui talora si cade proprio per sfuggire al primo incomodo – è viceversa quella dell'originalità "a tutti i costi". Di voler cioè dire *per forza* qualcosa di nuovo anche se, in realtà, non si avrebbe granché da aggiungere a quanto già esposto in precedenza[2].

La prima linea d'intervento mi pare assimilabile alla reiterata somministrazione d'un rimedio che, all'evidenza, sinora *non* ha funzionato particolarmente bene; la seconda a una forma di sperimentazione terapeutica con velleità alla "*Dr. House*", ma a tutto danno d'un paziente già esangue.

[1] Nell'ordine di pubblicazione, v. PEDRINI 2009; PEDRINI 2012; PEDRINI 2013a; PEDRINI 2015a (di prossima pubblicazione anche in portoghese e inglese in due volumi internazionali di studi dedicati al pensiero di Robert Alexy in TOLEDO 2019a e TOLEDO 2019b); PEDRINI 2017.

[2] È il celebre «novitismo», stigmatizzato da SARTORI 1987, 6. Sulle incongruenze della nozione di "progresso", tutto sommato assimilabile a quella di "nuovo", ritorna SARTORI 1997, 19: «Di per sé, progredire è solo un "andare avanti" che comporta un aumento. E non è detto che questo aumento debba essere positivo. Anche di un tumore si può dire che è in progresso; e in questo caso quel che aumenta è un male, una malattia. In molti contesti, allora, la nozione di progresso è neutra?».

Reputandole ambedue una forma tutto sommato evitabile di "accanimento terapeutico", vorrei qui almeno parzialmente esercitare il mio diritto di "obiezione di coscienza", discostandomi un po' non tanto dal contenuto, quanto piuttosto dal "taglio" dei consueti interventi (*ivi* inclusi i miei) in argomento di clausole generali.

La tesi che vorrei sostenere, infatti, non riguarderà primariamente le caratteristiche (strutturali, funzionali e contenutistiche) della (macro-)categoria "clausole generali", ma rivestirà invece un carattere più che altro meta-teorico e metodologico, segnatamente argomentando la relativa (in-)utilità di proseguire nell'utilizzo di tale categoria laddove essa continui a *non* essere maggiormente e più adeguatamente specificata.

Strizzando l'occhio alla tradizione libellistica, potremmo condensare il tutto in uno *slogan*: "contro le clausole generali". Non però contro *questa*, o *quella*, o magari *tutte* le clausole generali intese come determinate *disposizioni* (o parti di disposizioni) e/o *norme* (o parti di norme) dell'ordinamento giuridico, che il legislatore (o altro soggetto "nomotetico" dell'ordinamento) "conî" con determinate caratteristiche. Contro "le clausole generali", bensì, intese come *categoria dottrinale indifferenziata* e che proprio *in quanto* indifferenziata rischia (nel migliore dei casi) di divenire "vuota" o (nel peggiore) latrice di ambiguità, equivoci e – di conseguenza – anche produttiva d'una certa "emorragia d'inchiostro" che sarebbe verosimilmente saggio contenere entro un perimetro più ristretto.

2. *Gli "statuti logici" delle clausole generali*

Prima però d'approfondire il perché, a mio avviso, bisognerebbe esser cauti nel parlare *genericamente* e *al plurale* di clausole generali, sarà opportuno spendere qualche passaggio ulteriore per approfondire quello che potremmo chiamare lo "statuto logico" – a sua volta, come vedremo, non unitario – delle clausole generali.

Tale affermazione, intanto, già sembrerebbe presupporre come dato pacifico (in quanto implicito) l'*esistenza* di un *quid*, all'interno dell'esperienza giuridica, coincidente appunto con le clausole generali. Una volta concesso che sia ragionevole, quanto meno ai fini della sensata instaurazione di un discorso al riguardo, concedere l'esistenza di un qualcosa che passa sotto il nome di "clausole generali", non è però affatto ozioso domandarsi, *in che senso* (o, meglio, *in quali sensi*) possono "esistere" tali clausole[3].

A tal proposito, una prima importante distinzione è stata introdotta poche righe più sopra, in conclusione del paragrafo introduttivo.

[3] Si proverà a mostrare come tale premessa non costituisca una semplice divagazione. È convinzione di chi scrive, infatti, che proprio la peculiare "dimensione di esistenza" delle clausole generali offra una prima spiegazione dello "stato dell'arte" assai confuso cui si è accennato poche righe più sopra.

Da una parte abbiamo tutta una serie di (norme riconducibili ad) articoli legislativi o costituzionali contenenti espressioni linguistiche come "comune sentimento del pudore", "buona fede", "motivi abietti e futili", "motivi di particolare valore morale o sociale", "particolare pregio storico artistico", "giusta causa", "danno ingiusto", "buon costume", "utilità sociale" e via discorrendo. Ebbene, in un primo senso potremmo dire (e spesso, in effetti, si sente dire) che tali formule linguistiche – o, se si preferisce, le corrispondenti (parti di) norme da esse (formule) espresse – "sono" clausole generali.

Per le finalità ordinarie della comunicazione tra i giuristi, un simile modo d'esprimersi è relativamente inoffensivo, limitandosi a indicare un insieme abbastanza ampio di disposizioni e/o di norme che si pretendono simili in qualcosa (al momento, non importa approfondire in cosa). Per chi voglia articolare un'analisi più tecnica e precisa sulla relativa tematica, tuttavia, il medesimo atteggiamento si rivela decisamente meno felice.

Mai come in questo caso, infatti, un approccio anche solo indirettamente o metaforicamente "ontologico" alle varie figure che popolano il variegato universo del diritto s'è rivelato altrettanto fuorviante per la riflessione scientifica. La ragione è che tale approccio finisce (anche soltanto implicitamente) per suggerire che esista una "natura" oggettiva e/o intrinseca delle clausole generali (delle disposizioni o delle norme che appunto "sono" clausole generali), magari addirittura auto-evidente o comunque riconoscibile "di per sé" da parte dell'osservatore.

Purtroppo la situazione non è così semplice. Quella che potrebbe apparire come una questione "reale", riferita a *cose* con autonome caratteristiche, le quali andrebbero semplicemente scoperte e/o riscontrate – invero –, è qui molto più che altrove strettamente e inscindibilmente intrecciata con la problematica "terminologica", attinente cioè alle *parole* che si scelgono per denotare certi fenomeni piuttosto che altri.

Detto altrimenti, in materia di clausole generali molto più che in altre, la questione dell'*essere* parrebbe logicamente subordinata a quella del *denominare*, rinviando necessariamente al preliminare quesito linguistico e, se vogliamo, "definitorio" relativo al significato del sintagma "clausola generale". Dunque, per amor d'analiticità: non (tanto) *cosa siano* le clausole generali, ma (soprattutto e preliminarmente) *di cosa stiamo parlando* quando usiamo la formula "clausole generali".

Ciò sposta l'attenzione sulla seconda sopraccennata "dimensione di esistenza" – il secondo statuto logico – delle clausole generali, vale a dire sulle "clausole generali" intese come *categoria* (conoscitiva). Qui non si tratta più, insomma, di una fenomenologia *normativa*, ma di una classificazione *teorica*: del *concetto astratto* che consente di riconoscere la concreta realtà giuridica di riferimento, differenziandola dal resto di quella giuridicamente rilevante. Si comprende così anche il nesso tra i due livelli (*normativo* e *teorico*) del possibile discorso sulle clausole generali: certe (parti di) disposizioni e/o norme "esistono" (oppure no) *come* clausole generali *a seconda della definizione* di "clausole generali" adottata.

Si potrebbe forse obiettare che quanto osservato non faccia nulla più che riproporre la comune (e generale) tematica linguistica della relazione tra i nomi e le cose. La problematicità del rapporto tra "clausole generali" come categoria teorica e clausole generali come insieme di (parti di) disposizioni e/o norme, tuttavia, parrebbe andare oltre il nesso "consueto" tra gli oggetti e le etichette linguistiche scelte per denotarli. Ciò dipende in larga misura dalla *particolarità* del linguaggio in cui la rubrica "clausola generale" è stata coniata, alla quale (particolarità) ora si proverà per sommi capi ad accennare.

In questa chiave, a titolo d'introduzione, partirei da un rilievo alquanto elementare.

Più o meno *tutti* (giuristi *e* non giuristi) sanno, o per lo meno hanno una qualche (più o meno vaga) idea, della "cosa" cui si riferiscono quando parlano di "norme", "leggi" oppure della "Costituzione". Al contrario, *solo i giuristi* parlano e scrivono di "clausole generali", mostrando così di saper qualcosa, o per lo meno di avere una (più o meno vaga) idea, dell'entità denotata dalla relativa rubrica linguistica. Chiediamoci ora: cosa suggerisce tale "asimmetria" di lessico?

La spiegazione, a prima vista, parrebbe semplice. Il sintagma "clausola generale", infatti, fa parte d'un vocabolario *esclusivamente* settoriale, per soli addetti ai lavori. Un significato comune di "clausola generale", banalmente, *non esiste punto* all'interno del linguaggio ordinario.

Peraltro, il sintagma "clausola generale" si differenzia in modo rilevante da un'altra serie di vocaboli o locuzioni, pure specificamente giuridici e ampiamente estranei alla comunicazione ordinaria, come – ad esempio – "enfiteusi", "anatocismo", "cautela sociniana" e così avanti. Questi ultimi, infatti, seppur probabilmente poco conosciuti alla più gran parte dei parlanti la lingua italiana, sono termini appartenenti al *diritto positivo*, che li definisce espressamente (e autoritativamente) nel loro significato tecnico. La formula "clausole generali", al contrario, non appartiene (primariamente) al vocabolario tecnico-giuridico *del legislatore*[4], bensì prevalentemente a quello *della dottrina*, vale a dire della letteratura giuridica specialistica e teorico-generale, e in misura minore e derivata a quello *della giurisprudenza*.

Tale rilievo segnala qualcosa di rilevante rispetto alle indagini che qui si prospettano. A differenza, ad esempio, della tematica generale dell'interpretazione dei documenti normativi, dove si può sensatamente discutere circa l'ampiezza

[4] Il diritto positivo scritto raramente contempla nei suoi enunciati il sintagma "clausola generale" (rimane un'eccezione isolata quella della legge 4 novembre 2010, n. 183, il cui art. 30, è rubricato «clausole generali e certificazione del contratto di lavoro») e, ad oggi, mai lo definisce nei suoi elementi costitutivi. Con specifico riferimento al suddetto articolo della legge 183/2010 (c.d. collegato lavoro) cfr. peraltro MAMMONE 2017, 347, il quale evidenzia come «la definizione di *clausole generali* desumibile dalla formulazione della norma non corrisponde a quella propriamente adottata dalla dottrina».

della relativa "comunità epistemica"[5], quando si riflette intorno alla *categoria* delle "clausole generali" gli usi linguistici rilevanti sono *per definitione* quelli dei soli giuristi: studiosi teorici in prima battuta e applicatori istituzionali (giudici soprattutto) in via subordinata.

L'assenza per un verso d'un significato comune "pregresso" e per altro verso d'una definizione "autoritativa" da parte del diritto positivo, dal canto suo, ha finito per lasciare a questi ultimi (giuristi) un fin troppo ampio "margine di gioco". Liberi dai suaccennati condizionamenti semantici, invero, gli studiosi del diritto e gli organi dell'applicazione si sono progressivamente sbizzarriti chiamando "clausole generali" una massa alquanto imponente e spesso anche piuttosto eterogenea di disposizioni e/o di norme.

Più di quarant'anni or sono Luigi Ferrajoli[6], in una più ampia prospettiva, osservava come «si ha l'impressione, occupandosi di diritto, di muoversi in una torre di Babele: ogni giurista ha un suo vocabolario personale, e dedica la maggior parte della sua opera a individuarne le differenze con quello degli altri». Ebbene, l'attuale "stato dell'arte" in tema di clausole generali parrebbe offrire un'eloquente conferma di come la situazione non sia nel frattempo apprezzabilmente migliorata.

Per riprendere le parole iniziali della bella monografia di Vito Velluzzi, infatti, «uno sguardo d'insieme alla letteratura e alla giurisprudenza in tema di clausole generali evidenzia, nella cultura giuridica italiana, una situazione articolata, ma soprattutto confusa»[7]. E questo segnatamente poiché – come si ha modo di lèggere poco più oltre –

> «dottrina e giurisprudenza hanno dato vita [...] a una vera e propria babele lessicale, a una congerie di stipulazioni non proprio perspicue foriera di confusione e di sovrapposizioni concettuali, dove la terminologia ha assunto una diversificazione opaca e per lo più ingestibile, nella quale entra tutto e il contrario di tutto»[8].

Insomma, pure se riguardate come *categoria* astratta le clausole generali "esistono" in modo strutturalmente incerto quanto ai rispettivi confini e caratteristiche costitutive. Il che, naturalmente, finisce poi per ripercuotersi, accrescendola in maniera

[5] La questione relativa a quali usi linguistici (dei soli giudici? anche dei giuristi? di tutti i consociati?) possano e/o debbano essere tenuti in considerazione per una "buona" teoria dell'interpretazione del linguaggio legislativo è intensamente dibattuta in dottrina e sarà parzialmente ripresa "in coda" a questo studio.
Per utili riferimenti cfr. VIGNUDELLI 2011; BARBERIS, VIGNUDELLI 2013; PINO G. 2013, VIGNUDELLI 2013; PINO G. 2014; VIGNUDELLI 2014a; VIGNUDELLI 2014b. Più di recente sempre sul tema v. anche JORI 2016, nonché LUZZATI 2016a.

[6] FERRAJOLI 1970, 2.

[7] VELLUZZI 2010, 1.

[8] VELLUZZI 2010, 38.

circolare ed esponenziale, anche sulla difficoltà d'identificare concretamente le clausole generali come *fenomenologia normativa*.

3. *Genesi e teratogenesi del concetto di "clausola generale"*

S'è finora inteso mostrare che un discorso sulle clausole generali possa essere articolato (almeno) su due piani: quello delle clausole generali come concreta fenomenologia normativa e quello delle "clausole generali" come categoria astratta. S'è inoltre sottolineato come questi due piani costituiscano delle variabili fortemente interdipendenti, poiché la definizione adottata di "clausola generale" si ripercuote in modo decisivo sullo "spicchio" di realtà giuridica studiata *in quanto* clausola generale. Infine, si è venuto a evidenziare come i margini d'incertezza della categoria "clausole generali" siano ancor oggi assai ampi, con tutto quello che ne consegue in ordine alla difficoltà di svolgere riflessioni scientifiche realmente stringenti e perspicue sul tema.

Indicare tale situazione e le connesse complicazioni, d'altro canto, non pare di per sé sufficiente.

Si potrà anche sostenere, insomma, che il concetto "clausole generali", considerato l'attuale *status quo*, si configura come uno strumento d'indagine molto indeterminato e che proprio per questo costituirebbe una prospettiva più feconda accedere a un livello di maggior specificazione del discorso. La consapevolezza circa la mera presenza d'un problema, tuttavia, ancora non dice granché sulla direzione da seguire o sulle strategie da adottare per risolverlo. Tutto ciò, infatti, richiede necessariamente e preliminarmente una più approfondita riflessione sulle *cause* dello *status quo*.

Cioè a dire: proprio perché in questa sede si auspica, se non un superamento, quantomeno una maggiore (e migliore) precisazione in più analitiche partizioni della macro-categoria "clausole generali", quest'ultima andrà da un lato previamente identificata nel suo attuale perimetro e, dall'altro, adeguatamente indagata in ordine alle specifiche determinanti della sua perdurante vaghezza e/o genericità.

S'è già detto, in proposito, dell'appartenenza della categoria "clausole generali" al linguaggio della dottrina (oltre che, in misura minore, a quello della giurisprudenza), alludendo insieme al fatto che esso (linguaggio) venga talora a configurarsi più come un *cháos* che come un *kósmos* a livello terminologico e definitorio.

Si tratta ora di riflettere con maggiore puntualità sul *perché* questo sia avvenuto, su *cosa* questo abbia implicato circa la ricostruzione della macro-categoria "clausole generali" e sul *come*, in prospettiva, elaborare qualche possibile rimedio per i relativi problemi con un diverso approccio metodologico.

Il punto di partenza di questa riflessione credo non possa che essere il seguente. Se indentifichiamo il *significato* di un'espressione col suo *uso* da parte degli utenti della relativa comunità linguistica, dobbiamo anzitutto riconoscere che la formula

"clausola generale" viene utilizzata dai giuristi per riferirsi (in modo espresso o inespresso) a una casistica particolarmente ampia di (parti di) disposizioni/norme.

Tale considerazione vale a maggior ragione se ci atteniamo *sic et simpliciter* all'uso *medio* di questa espressione da parte dei giuristi, (uso) che dal canto suo non sarebbe affatto limitato ai casi in cui questi ultimi espressamente *definiscano* (in qualche modo) la categoria delle "clausole generali", ma si estenderebbe pure a quelle ipotesi (numericamente assai più folte) in cui i giuristi semplicemente *utilizzino la formula* linguistica "clausola generale"[9].

Seguendo questa linea d'analisi, verosimilmente l'unico tratto comune alla categoria degli oggetti denotati risulterebbe quello di rappresentare una occasionale deviazione al modello di norma "tipico" del positivismo ottocentesco (pretesamente) "impermeabile" rispetto ai contributi di altri sistemi normativi e agli apporti costruttivi dell'interprete (in particolare, del giudice)[10].

Un risultato alquanto inappagante, e che giustifica pienamente, per lo meno agli occhi di chi scrive, l'opinione espressa da Vito Velluzzi in ordine a un approccio "onninclusivo" delle istanze linguistiche dei giuristi inclusive della formula "clausole generali", secondo cui

> «Inseguirne i mille rivoli vorrebbe dire, con buona probabilità, perdere di vista gli aspetti più rilevanti, o attribuire a incisi sporadici o a esemplificazioni poco persuasive un peso eccessivo

[9] Fin qui, come si vede, l'insieme dei comportamenti dei giuristi rilevanti per la ricostruzione della categoria "clausole generali" è sempre quello in cui ricorre esplicitamente l'espressione "clausole generali", vuoi perché essa sia semplicemente utilizzata (sul piano *linguistico*), vuoi perché essa sia espressamente definita (su un piano *meta*-linguistico).

Nutro viceversa maggiori perplessità, per lo meno a questo livello dell'analisi, in ordine alla proposta formulata da CHIASSONI 2011, 1693, di estendere ulteriormente la classe dei comportamenti linguistici rilevanti dei giuristi anche là dove la formula "clausole generali" *non* ricorra espressamente.
Più in particolare, Chiassoni contesta «un'indagine limitata [...] a ciò che gli operatori giuridici qui e ora *dicono* che le clausole generali siano (o non siano), piuttosto che rivolta anche a ciò che costoro *fanno*, di fatto, quando utilizzano disposizioni contenenti clausole generali in operazioni di accreditamento di soluzioni giuridiche» (CHIASSONI 2011, 1693). E questo sulla base del rilievo che: «Il prezzo di permanere al livello delle dichiarazioni definitorie e di principio degli operatori giuridici, infatti, può essere quello di elaborare un concetto che si riveli poi superficiale rispetto all'esperienza giuridica: tale, di conseguenza, da costituire un punto di vista poco utile, se non addirittura fuorviante, in misura proporzionale al divario tra la nozione *on the books* e la nozione (o le nozioni) *in action*» (CHIASSONI 2011, 1693).

La mia impressione, tuttavia, è che questo discorso contenga una petizione di principio. Per poter effettuare un'analisi pragmatica di come gli operatori giuridici utilizzino «disposizioni contenenti clausole generali», infatti, bisogna *prima* aver individuato la categoria astratta "clausole generali" (pena il non poter conoscere quali disposizioni concretamente le contengano). E per individuare tale categoria, appartenente al linguaggio della dottrina, non vedo altra strada se non quella di considerare, appunto, (esclusivamente) ciò che i giuristi (in modo diretto o indiretto) *dicono* essere tali clausole generali, vale a dire quale significato assume il sintagma "clausola generale" nei loro discorsi.

[10] Cfr. sul punto, *ex multis*, PEDRINI 2013a, 56-57; LUZZATI 2017a, 15 ss. Per dirla con Paolo Grossi, insomma, le clausole generali si caratterizzerebbero per il loro «carattere di maledette eccezioni all'interno di un tessuto potenzialmente completo e percorso da una formidabile coerenza interiore» GROSSI 2017, X.

o un senso fuorviante rispetto agli intendimenti di chi le ha formulate e sproporzionato rispetto al dibattito in corso»[11].

Bene (anzi: male). Ma ora domandiamoci anche: come mai?

Pur senza pretesa di esaustività, mi sentirei d'indicare qui una serie di "motivi notevoli", corrispondenti ad altrettante violazioni di quelle che Giovanni Sartori, in un suo istruttivo e benemerito volume sul metodo nelle scienze sociali[12], indica (e argomenta) come le "regole per la (corretta) analisi dei concetti".

1) Primo motivo: l'*assenza di definizioni*.

Come già anticipato, per lo più i giuristi e i giudici non danno delle *definizioni espresse* della categoria "clausole generali", ma semplicemente si limitano a *utilizzare* tale espressione riferendosi esplicitamente/puntualmente (es.: "la clausola generale della "utilità sociale" di cui all'art. 41, secondo comma, Cost.") o indirettamente/riassuntivamente (es.: "le clausole generali della c.d. Costituzione economica") a certe disposizioni o norme. Sicché, in tutti questi casi, la ricostruzione delle caratteristiche della categoria deve avvenire in modo congetturale e induttivo, con la non lieve difficoltà di cogliere i tratti (implicitamente riconosciuti dal locutore come) essenziali delle (disposizioni e/o norme qualificate) come clausole generali[13].

In presenza di termini o sintagmi, come nel caso di "clausola generale", tutt'altro che univoci, è persino banale rilevare come l'assenza di definizioni implichi l'inosservanza d'una regola fondamentale della corretta comunicazione scientifica, vale a dire quella della "non equivocità informativa".

Usare una parola senza definirla comporta, infatti, l'attribuzione *implicita* a essa di un significato. Nessuna tragedia allorché la parola sia di per sé monosemica nel linguaggio in uso o comunque adeguatamente specificata dal contesto: il significato qui è sì implicito, ma ben definito *a priori* e comune sia all'emittente, sia ai destinatari della comunicazione. Tutt'altro discorso allorché la parola o la formula *non* abbiano una semantica sufficientemente determinata. In tal caso, invero, il significato resta implicito e ben definito *a priori* (nella misura in cui effettivamente lo

[11] VELLUZZI 2010, 38.

[12] SARTORI 2011 (il riferimento è in particolare al capitolo V, intitolato appunto *Regole per l'analisi dei concetti*).

[13] Mi limito a segnalare e trascuro qui consapevolmente di approfondire nel dettaglio, come forse meriterebbe, la differenza tra le due situazioni di "uso senza previa definizione" del sintagma "clausola generale" esemplificate nel testo. Basti qui dire che la prima ("la clausola generale della "utilità sociale" di cui all'art. 41, secondo comma, Cost.") "ostensivamente" esibisce l'oggetto cui corrisponde la nozione denotata dalla parola, mentre la seconda ("le clausole generali della c.d. Costituzione economica") tralascia tale individuazione, dandola sostanzialmente per implicita. Le due ipotesi, pertanto, parrebbero mostrare un tasso di indeterminatezza crescente. *Entrambe*, tuttavia, ed è questo il tratto che giustifica la loro trattazione comune ai fini che qui ci occupano, sembrerebbero sollevare delicati problemi nella ricostruzione della categoria astratta, rendendo incerto il relativo procedimento.

sia) solo per l'emittente, ma non necessariamente risulta tale *a posteriori* per (e quindi automaticamente e correttamente condiviso da)i destinatari e in generale i fruitori del messaggio linguistico.

Segnatamente in queste ipotesi,

> «lo sfavore delle definizioni è davvero difficile da giustificare. Quando un autore evita di definire i suoi termini chiave, la probabilità è che la sua discussione verta sulla *parola*, non sul *concetto*. E in tal caso egli si espone, *inter alia*, al rischio di modificare i suoi significati nel corso della sua argomentazione. Questo non è un rischio da poco, a giudicare dal fatto che l'"incoerenza di significato" – l'errore di usare la stessa parola con significati diversi (fallacia dell'equivocazione) – è la più denunciata di tutte le fallacie»[14].

2) Secondo motivo: il *guazzabuglio terminologico*.

Qui la confusione raggiunge vertici davvero notevoli, in entrambe le sue possibili linee di sviluppo.

Da un lato, infatti, si trovano spesso in letteratura e nella produzione giurisprudenziale tutta una serie di vocaboli e locuzioni che apparentemente parrebbero utilizzati come semplici sinonimi del sintagma "clausole generali": *più nomi* (diversi) per *un* (medesimo) *concetto*.

Non solo "clausole generali", dunque, ma anche – senza pretesa d'esaustività – "concetti valvola"[15], "valvole di sicurezza"[16], "organi respiratori"[17] o "di adeguazione"[18], norme o disposizioni "in bianco"[19], "nozioni a contenuto variabile"[20], "standard"[21], "standard valutativi"[22], "formule aperte"[23], "norme a contenuto indeterminato"[24], "disposizioni di legge elastiche"[25], "formulazioni elastiche"[26], "concetti giuridici indeterminati"[27] e così avanti[28].

[14] SARTORI 2011, 133. Peraltro, il "definire", in sé considerato, non fungerebbe da panacea per ogni patologia della comprensione linguistica (e scientifica): infatti, se avulsa dal contesto, la definizione potrebbe farsi *stipulazione arbitraria*, fallace e foriera di ulteriori e maggiori confusioni, come il classico rimedio peggiore di ogni male. Fondamentale allora distinguere tra «*ridefinizioni*» e «*stipulazioni pure*» (corsivi nel testo), come indica VIGNUDELLI 2016, 22: se le prime «si limitano a eliminare le ambiguità o a ridurre la vaghezza della cornice di significati già riscontrabili», le seconde «assegnano a una parola *non nuova* un significato *del tutto nuovo*» (corsivi miei), finendo per costituire «un'operazione metodologicamente opinabile e scientificamente pure un tantino sospetta» (VIGNUDELLI 2016, 22).

[15] (*Ventilbegriffe*). V. WURZEL 1924, 86.

[16] (*Sicherheitsventile*). V. WENDT 1906, 106 ss.

[17] POLACCO 1908, 60.

[18] DONATI 1910, 210.

[19] (*Blankettvorschriften*). ZITELMANN 1879, 19 ss.

[20] PERELMAN, VANDER ELST 1984.

[21] TARUFFO 1989, 311-344.

[22] FALZEA 1987, 1-20.

[23] ALPA 2000, 103 ss.

[24] LIBERTINI 2011, 345-378.

[25] ROSELLI 1983, 1 ss.; FABIANI 1999, 3558-3569.

Già se si considerassero queste parole come veicoli di un *identico* significato non ci sarebbe molto di cui rallegrarsi. Secondo la (qui violata) "regola di nominare (solo) l'innominato", infatti, «non c'è nessuna ragione per creare nuove parole [...] finché non individuiamo nuovi fenomeni o cose ancora non denominate»[29], laddove per la (qui ancor più intensamente disattesa) "regola della prova contraria", «l'onere della prova ricade sul proponente di ciò che, altrimenti, si potrebbe rivelare un "superfluo denominare"»[30].

La situazione del resto certamente non migliora quando, dall'altro lato, ci troviamo di fronte pure all'uso della medesima formula ("clausole generali", ma anche le altre appena incontrate) per indicare fenomeni (in tutto o, come più frequentemente accade) in parte differenti: *un* (medesimo) *nome* per *più concetti* (diversi)[31].

In questo caso non si danno denominazioni semplicemente "ridondanti", in quanto "cloni" superflui di ciò che già esiste. Piuttosto, e soprattutto, si entra in rotta di collisione con le più basilari cautele metodologico/linguistiche[32], fatalmente accrescendo il rischio d'incorrere in autentiche equivocazioni lessicali[33]: quando

[26] RODOTÀ 1991, 392.

[27] ENGISCH 1968, 170 ss.

[28] Così avanti da far giustamente osservare a DENOZZA 2011, 380: «Se il dibattito anglosassone sembra soffrire di una certa semplicità e ripetitività degli argomenti, altrettanto non si può dire per quello continentale, che soffre del vizio opposto. Qui i poli del discorso non sono due o tre, ma una quantità pressoché illimitata. [...] Tanti nomi per dire la stessa cosa o tante cose diverse?».

[29] SARTORI 2011, 139.

[30] SARTORI 2011, 140.

[31] Giova comunque precisare che la situazione più frequente legata all'uso semanticamente fluttuante della medesima locuzione "clausole generali" non è quella di trovarsi di fronte a concetti fra loro *disconnessi* e tuttavia (incomprensibilmente) rubricati alla stessa maniera. La molteplicità di concetti di "clausole generali", insomma, non implica solitamente casi di *omonimia* della relativa rubrica, tali per cui alla locuzione "clausole generali" corrisponderebbero più significati fra loro *totalmente irrelati*. Più spesso, per non dire quasi sempre, nei casi in cui la locuzione "clausole generali" è stata spesa con significati diversi all'interno del linguaggio giuridico, la dottrina viceversa ha finito per chiamare con lo stesso nome ("clausole generali") categorie di (parti di) norme o di disposizioni con caratteristiche *simili* e per lo meno *parzialmente coincidenti*.

[32] Opportunamente ricordate da PINO A. 1996, 216-217, dove si parla dei rischi connessi all'«inosservanza di due regole fondamentali: la regola metodologica della denominazione e la regola linguistica della significazione», che giova qui richiamare almeno per stralci. Secondo la *regola della denominazione* (PINO A. 1996, 217) «lo studioso che vuole svolgere le indagini richieste dalla ricerca che si propone, non si può arrestare alla espressione linguistica, con la quale si usa designarle, ma deve dapprima individuare quali esse siano, verificarle e infine stabilirne la denominazione. [...] Alla denominazione si giunge successivamente, mediante una scelta del segno linguistico, effettuata liberamente con regole d'uso o con regole genericamente o specificamente convenzionali, ma sempre in modo che la medesima denominazione non si riferisca ad altre indagini, relative alla stessa area disciplinare o predisposte per finalità e oggetto diversi. [...] Non vi sarebbe alcuna utilità e non si guadagnerebbe neppure in chiarezza, dal momento che a significati diversi rigore richiede parole diverse e non si possono designare simultaneamente e con la medesima espressione linguistica indagini ricognitive che appartengono alle ricerche scientifiche e riflessioni speculative che appartengono alle discipline filosofiche, senza con ciò ingenerare equivoci e confusioni».

[33] Sul danno comunque cagionato da tale "superfluità", cfr. peraltro ancora SARTORI 2011, 139, dove si esplicita la c.d. clausola anti-sinonimia: «Salvo prova contraria, nessuna parola deve essere usata come

si usano *le stesse parole*, invero, è decisamente più facile illudersi di parlare pure *della stessa cosa*.

Si può per il momento sorvolare sulla questione squisitamente "tecnica" relativa al fatto che questa pratica abbia reso il sintagma "clausole generali" *ambiguo* (in un senso stretto, non inclusivo dell'omonimia)[34] o solo combinatoriamente *vago*[35]. Quale che sia l'esatta qualificazione linguistica della situazione così creatasi, invero, resta che, quando ci si trovi di fronte all'uso della medesima formula ("clausole generali"), disgraziatamente non si potrà presumere che i relativi locutori abbraccino la medesima nozione e dunque si riferiscano al medesimo oggetto.

Non solo. La presenza di più parole diverse per indicare lo stesso "frammento" di realtà giuridica, e insieme, contemporaneamente, l'uso di parole uguali per denotare fenomeni tra loro diversi produce – disgraziatamente – anche un altro e più insidioso *collateral damage*. Infatti, «troppo ribattezzare a proprio piacimento, comporta non soltanto una imprecisa identificazione degli oggetti, ma anche uno scompiglio dell'intero campo al quale l'oggetto appartiene»[36].

La qual cosa, com'è ovvio, non manca puntualmente di ripercuotersi sulla fecondità, sull'esattezza e talvolta sulla possibilità stessa dell'opera di sistematizzazione concettuale in tema di "clausole generali".

3) Terzo motivo: la *pseudo-classificazione*.

I problemi segnalati in precedenza sono infatti il preludio alla successiva "Fatamorgana" nella costruzione del concetto: la mancata classificazione o – il che,

sinonimo di un'altra parola. Considerata la nostra penuria terminologica, *questa pratica rappresenta un intollerabile spreco nell'economia del linguaggio e nuoce all'articolazione del pensiero*» (corsivo mio).

[34] In questo senso espressamente LUZZATI 1990, 305; nonché VELLUZZI 2010, 1.

[35] Per la nozione di *vaghezza combinatoria* cfr. ALSTON 1964, 139-143. Essa sarebbe la caratteristica, propria di un medesimo termine (qui, della locuzione "clausole generali"), di riferirsi contemporaneamente alla categoria α con le caratteristiche *x* e *y*, alla categoria β con le caratteristiche *x* e *z*, alla categoria γ con le caratteristiche *y* e *z*. Come si potrà notare da questa rappresentazione (necessariamente "stilizzata"), ciascuna categoria qui ha *una caratteristica in comune* con una delle altre categorie, ma non c'è *nessuna* caratteristica comune a *tutte* le categorie. In àmbito giuridico cfr. in proposito BARBERIS 2003, 93.

[36] SARTORI 2011, 103, dove così efficacemente si esemplifica: «Se definiamo "mammifero" come "avere notevoli mammelle" o se rimpiazziamo il termine "mammifero" con la parola "mammellato", allora le balene potrebbero essere considerate pesci e la zoologia si dovrebbe riorganizzare».
Ne sintetizza bene gli effetti nel caso di specie FABIANI 2012, 213, là dove, con specifico riferimento alla presenza di più formule alternative rispetto alla locuzione "clausole generali", rileva come «dette nozioni non vengono [...] assolutamente utilizzate in modo uniforme, né vi è uniformità di vedute in ordine alle eventuali peculiarità proprie del fenomeno giuridico sotteso alle suddette nozioni, con la conseguenza che le stesse, se talvolta sono indifferentemente utilizzate per designare, nella sostanza, un medesimo fenomeno giuridico, più spesso, invece, nella ritenuta sussistenza di un suo atteggiarsi in modo peculiare a seconda dei casi, sono utilizzate in una differente accezione, proprio al fine di rimarcare dette peculiarità/differenze. Ma anche qualora ci si muova in quest'ultima prospettiva, indubbiamente prevalente, non vi è comunque uniformità di vedute né sulle peculiarità che contraddistinguerebbero il fenomeno giuridico in esame nelle sue differenti possibili forme, né sulla terminologia più appropriata per designare queste differenti possibili forme e le peculiarità proprie di ciascuna di esse».

spesso, *est error pejor priore* – una classificazione soltanto apparente da parte della più diffusa dottrina.

Giova a tal riguardo ricordare come

> «un trattamento classificatorio richiede, e conduce a, classi *mutualmente esclusive* di oggetti o eventi che cadono in una classe *o* in un'altra. L'altra condizione è che una classificazione dovrebbe essere esauriente: una condizione che si può facilmente rispettare aggiungendo la classe residuale "altro". Ciò che più conta è che l'analisi classificatoria presuppone almeno *un criterio*. Quando due o più criteri vengono combinati assieme, allora si parla, o si dovrebbe parlare, di "tassonomia". Le classificazioni e le tassonomie dovrebbero essere attentamente distinte dalle mere enumerazioni di oggetti o dalle *checklists*, cioè di liste di oggetti da spuntare. Queste liste, sebbene siano pratiche, ostacolano l'accumulazione della conoscenza»[37].

In altre parole, la *classificazione* di un certo insieme di dati, che costituiscono gli elementi di un insieme A, presuppone la creazione di due o più sottoinsiemi A_1, A_2... A_n tali, nel loro complesso, da ricomprendere *tutti* gli elementi dell'insieme principale A (solo a questa condizione la classificazione è esauriente), nonché *privi di intersezioni reciproche*, ovvero di elementi comuni a due o più sottoinsiemi (solo a tale condizione le classi sono mutualmente esclusive).

Ebbene, se questo è vero, bisogna allora malauguratamente riconoscere che non un rigoroso approccio insiemistico/classificatorio, bensì proprio e solo la creazione di semplici *checklists* parrebbe contraddistinguere la più diffusa letteratura in tema di clausole generali. Sicché ad aver interessato la categoria delle "clausole generali" parrebbe soltanto una *pseudo*-classificazione. Nella sua opera di sistematizzazione, infatti, la dottrina "classica" sembrerebbe aver fallito (oltre che, quasi sicuramente, nella creazione di categorie nel loro complesso esaustive, sicuramente) nell'impresa di individuare classi mutualmente esclusive.

Ciò vale, con tutta evidenza, per l'inquadramento delle clausole generali rispetto alle categorie limitrofe (concetti giuridici indeterminati, concetti normativi, potere discrezionale) accomunate, secondo l'insegnamento tradizionale, dal loro essere tutte una particolare «metodologia della legislazione» prevista per il caso di un «allentamento del vincolo dei tribunali e degli organi amministrativi alla legge»[38].

Basti leggere, a tal riguardo, l'osservazione per molti versi stupefacente d'un autentico testo di riferimento in materia qual è la notissima *Introduzione al pensiero giuridico* di Karl Engisch:

> «in realtà le clausole generali, da un punto di vista metodologico, *non posseggono una struttura propria*. Esse non rendono necessario alcun particolare procedimento logico accanto a quelli

[37] SARTORI 2011, 105.
[38] Le citazioni sono tratte da ENGISCH 1968, 170.

richiesti dai concetti indeterminati, normativi e discrezionali. In ogni caso le clausole generali aumentano il distacco presentato da quegli altri concetti nei confronti dei loro concetti correlativi, quali i concetti determinati, e così via. *Questa è però una differenza di grado, non di specie*»[39].

È un vero peccato però che, così facendo, *per definizione* ci si sottragga alla "logica disgiuntiva" (*aut aut*) propria della (autentica) operazione classificatoria. Quest'ultima, infatti, esige la creazione di più classi *qualitativamente* distinte (da cui la mutua esclusività), mentre, nel momento stesso in cui s'inizia a discorrere di differenze "quantitative" e/o "di grado", *per necessità logica* si deve dare per acquisito che ci si muove all'interno della *medesima* classe[40].

Ancor più inquietante, del resto, è osservare come la medesima (cattiva) logica pseudo-classificatoria venga talora utilizzata dalla dottrina non soltanto per differenziare la categoria "clausole generali" da altre (concetti giuridici indeterminati, concetti normativi, potere discrezionale) potenzialmente *affini*, come nelle ipotesi evocate pocanzi, ma anche per caratterizzarla attraverso l'identificazione di categorie ipoteticamente *opposte*.

A destare più che giustificate perplessità, qui non è, *in sé e per sé*, la frequente qualificazione soltanto "in negativo" della categoria "clausole generali", valevole cioè a distinguerla in rapporto all'*assenza* nelle relative norme di caratteristiche (determinatezza, "chiusura" della fattispecie, rigidità, giuridicità in senso stretto e via dicendo) viceversa riscontrabili nelle norme per così dire "ordinarie"[41].

Anche una qualificazione in negativo, infatti, può valere come una classificazione. A patto però di rispettare la

[39] ENGISCH 1968, 197 (corsivi miei). E cfr. anche ENGISCH 1968, 194 («Indubbiamente la diversità fra il metodo casistico e quello delle clausole generali è soltanto relativa») e 196 («Dobbiamo ora chiederci come si comportano le "clausole generali" nei confronti dei concetti indeterminati, dei concetti normativi e di quelli discrezionali. Hanno un significato particolare? Dovremo ammettere di sì, ma solo in modo relativo»), laddove l'insistenza sulla "relatività" del tratto differenziale delle clausole generali rispetto a categorie affini è nuovamente da intendersi come sinonimo di differenza soltanto "parziale" (ammettendosi dunque aree di sovrapposizione) e/o "quantitativa" (non qualitativa).

[40] Cfr. ottimamente SARTORI 2011, 21: «La logica disgiuntiva (o questo o quello) è la logica della classificazione. Le classi devono essere mutualmente esclusive, nel senso che i concetti di classe rappresentano caratteristiche che una fattispecie deve avere *oppure non* avere. Pertanto, quando confrontiamo due oggetti, occorre innanzitutto stabilire se appartengono o non appartengono alla stessa classe, se possiedono o non possiedono uno stesso attributo. Se lo possiedono, e soltanto in questo caso, li possiamo confrontare in termini di *più* o *meno*. Dal che si ricava che la logica della gradazione appartiene alla logica della classificazione. Passando da una classificazione a una gradazione, passiamo da segni *uguale-diverso* ai segni *uguale-maggiore-minore*, e cioè introduciamo una differenziazione quantitativa all'interno di una similarità qualitativa (di attributi). Perciò il segno *uguale-diverso* stabilito dalla logica di classificazione è la condizione di applicabilità dei segni *più-meno*».

[41] Su questo profilo insiste particolarmente DI MAJO 1984, 539: «Non esiste [...] convergenza di opinioni sulla loro precisa struttura, sul rapporto con le altre norme dell'ordinamento. Una definizione della "clausola generale" può essere data più in negativo che in positivo»; cfr. anche DI MAJO 1988, 305 ss.

> «distinzione capitale tra: *a*) concetti qualificati *ex adverso*, cioè dichiarando cosa *non* sono; *b*) concetti *senza contrario*. Questa distinzione risale al noto principio per cui *omnis determinatio est negatio*. Principio dal quale discende che un universale provvisto di contrario è sempre un concetto *determinato*, laddove un universale senza negazione diventa un concetto *indeterminato*»[42].

Disgraziatamente, proprio un concetto *radicalmente indeterminato* di "clausole generali" è quello che il più delle volte emerge quando si pretende di configurare tale categoria per opposizione, come ad esempio nella classica definizione di "clausola generale" quale «concetto contrapposto ad una costruzione "casistica" della fattispecie»[43].

Pure in questi casi, invero, si arriva sovente a concludere che «l'opposizione tra regola casistica e clausola generale è [...] distinzione *di ordine quantitativo*, non di essenza, poiché l'apporto dell'interprete alla costruzione della norma individuale non è sostanzialmente diverso secondo che la norma stessa contenga o meno una clausola generale»[44].

Solo che così, come già si osservava poco più sopra, è segnatamente la (qualifica della categoria per mezzo della) negazione che viene a mancare. E con l'assenza d'un autentico contrario concettuale si sgretola – daccapo – pure la possibilità stessa di classificare nel senso proprio del termine, cioè di distinguere in classi tra loro qualitativamente diverse e *pertanto* mutualmente esclusive.

4) Quarto motivo: la *pseudo-quantificazione*.

A ciò s'aggiunga, a titolo d'appendice, che neppure la ricorrente qualificazione "quantitativa" delle clausole generali (all'interno di una categoria omogenea di norme) parrebbe essere stata condotta col dovuto scrupolo metodologico.

Sostenere che la categoria delle "clausole generali" denoterebbe (parti di) disposizioni o di norme "maggiori in qualcosa" (ad esempio: *più* indeterminate, *più* vaghe, *più* valutative, *più* generiche, *più* ambigue e avanti in questo modo) rispetto ad altre finisce infatti per esaurirsi in una semplice valutazione "a spanne" qualora poi non si fornisca alcuno *strumento* o *criterio di misurazione* di questa maggior quantità.

Altrimenti detto, in assenza dell'indicazione di tali strumenti o criteri da parte del "quantitativista", «l'uso incessante dell'espressione "è solo una questione di grado", così come il frequente ricorso all'immagine del continuum, ci lascia esattamente dove eravamo, e cioè a un discorso qualitativo affidato a stime impressionistiche che non ci avvicina di un solo millimetro alla quantificazione»[45].

[42] SARTORI 2011, 30.
[43] ENGISCH 1968,192.
[44] Così GUARNERI 1999, 152.
[45] SARTORI 2011, 18.

Una volta sposato l'approccio quantitativo, e dunque assumendo che la classe "clausole generali" sia contraddistinta da una maggiore presenza d'un certo attributo comune a una più ampia classe di norme omogenee, le domande che fatalmente incalzano sono: *quanto* maggiori? Misurate secondo *quale indicatore*? In rapporto *a quale scala*?

Il "quantitativista-tipo" su tali quesiti tace, forse perché nemmeno se li pone. Eppure dovrebbe. Anche perché, per dirla sempre con Giovanni Sartori,

> «a forza di civettare (se non barare) con un verbalismo quantitativo, abbiamo anche finito per offuscare il significato vero della stessa quantificazione. Il confine tra l'abuso e l'uso corretto del termine "quantificazione" è netto: la quantificazione comincia con i numeri, e quando i numeri sono usati *per* e *con* le loro proprietà aritmetiche»[46].

Purtroppo, è appena il caso di dirlo, *assolutamente nulla* di numerico[47] parrebbe preso in carico da chi propone una caratterizzazione quantitativa delle clausole generali. Anzi, l'impressione è che spesso (per non dire quasi sempre) proprio la "via quantitativa", invece di risultare l'*esito finale* d'un esame rigoroso, verificato al termine d'un percorso di ricerca che mano a mano abbia escluso ogni altra e più proficua ipotesi classificatoria, costituisca viceversa il più comodo dei *presupposti* per seppellire l'indagine qualitativa senza averla neppure seriamente cominciata.

Cui prodest?

Si attende puntuale riscontro da chi di competenza. Nel frattempo – però – e fino a prova contraria, non c'è motivo per non ritenere tuttora risolutive in proposito le parole di Vezio Crisafulli, quando causticamente osservava come «non è baloccandosi con simili pseudo-distinzioni quantitative, che si può sperare di raggiungere altro risultato se non una poca piacevole confusione di idee, in fin dei conti, peggio che inutile, dannosa nella pratica»[48].

5) Quinto motivo: il *malinteso struttural-funzionalista*.

Last but not least. È un filo conduttore della riflessione dottrinaria intorno alle clausole generali, il tentativo di caratterizzare la relativa categoria non soltanto per le caratteristiche *strutturali* delle relative (parti di) disposizioni o di norme, bensì

[46] SARTORI 2011, 18.

[47] Ma neppure di "scalare" inteso in un senso rigoroso del termine. Cfr. sul punto, in ordine alla possibile alternativa "intermedia" tra un ragionamento quantitativo impostato sui numeri e un ingovernabile approccio quantitativo "impressionistico" LUZZATI 2012, 168-169 (e nt. 95), dove si esemplifica la possibilità di trattare in modo seriamente comparativo per il tramite di una scala, come quella di durezza di Mohs, «la quale mette in ordine dieci minerali di riferimento [...] basandosi sul fatto che il minerale che segue è relativamente più duro di quello che lo precede nell'elenco, essendo in grado di scalfirlo, ma non venendone a sua volta scalfito». Va da sé che nulla di simile avviene nell'approccio gradualistico pseudo-quantitativo talora adottato in tema di clausole generali.

[48] CRISAFULLI 1952, 106.

anche – e sovente soprattutto – per i loro connotati *funzionali*. In tal modo l'attenzione si sposta dal *cosa sono* (strutturalmente) al *cosa servono* (funzionalmente) le clausole generali, a quale sia il loro "ruolo" (ideale o effettivo) all'interno della più ampia architettura giuridica nella quale esse s'inseriscono[49].

L'elenco degli autori che si sono accostati in tal modo alla trattazione della "nostra" categoria è affollato da nomi autorevoli. Basti pensare alle note definizioni di Karl Georg Wurzel e di Otto Wendt in termini, rispettivamente, di «concetti valvola» (*Ventilbegriffe*)[50] e di «valvole di sicurezza» (*Sicherheitsventile*)[51] – cui su sponda italiana facevano eco Donato Donati e Vittorio Polacco scrivendo il primo di «organi di adeguazione»[52] e il secondo di «organi [...] respiratori»[53] – e di lì fino a giungere alla celeberrima (e già citata) proposta classificatoria di Karl Engisch d'intendere le clausole generali come una particolare "tecnica legislativa" adottata al fine d'ottenere un «allentamento del vincolo dei tribunali e degli organi amministrativi alla legge»[54].

Come si può notare, un simile tipo d'analisi parrebbe inquadrare la classe delle "clausole generali" come *mezzo* per realizzare un certo *fine* all'interno dell'ordinamento, solitamente identificato in quello di renderlo maggiormente "flessibile" e "aperto" a determinate esigenze "evolutive" manifestatesi in seno alla società e/o allo stesso diritto.

Niente di male, s'intende, se quest'ultimo (fine) aiutasse a comprendere meglio le caratteristiche dello strumento prescelto per realizzarlo (nel nostro caso: le clausole generali) o se – detto altrimenti e più in generale – lo studio funzionale di un fenomeno andasse *effettivamente* a integrare la sua analisi strutturale, essendo a sua volta da essa *proficuamente* completato.

[49] Cfr. SARTORI 2011, 40: «Quando diciamo che la struttura "ha funzioni", in realtà siamo interessati alla sua *ratio essendi* e quindi a strutture che esistono perché hanno un fine, un obiettivo o un compito. Perciò, a dispetto di ogni camuffamento terminologico, la sostanza è che "funzione" è un concetto teleologico, che investe una relazione tra *mezzi* e *fini*. Più esattamente, funzione è l'attività di una struttura – il mezzo – a fronte dei suoi fini. Questi fini possono essere intesi descrittivamente, e cioè risultare dalla dinamica endogena della struttura considerata e investire soltanto le mansioni effettivamente espletate; ovvero possono essere intesi prescrittivamente, alla luce dei cosiddetti "fini istituzionali", o comunque dei fini che una struttura *dovrebbe* perseguire».

[50] WURZEL 1924, 86: «Concetti la cui funzione principale consiste nell'approntare una categorizzazione per l'imprevisto, nel prestare al diritto una certa flessibilità, una capacità di adattamento [...] Io li definisco concetti valvola (*Ventilbegriffe*), perché essi sono paragonabili a delle valvole di sicurezza».

[51] WENDT 1906, 106 ss.

[52] DONATI 1910, 210.

[53] POLACCO 1908, 60: «Sono poi nel corpo delle patrie leggi degli organi che vorrei dire respiratori perché gli consentono di alimentarsi di sempre nuovo ossigeno, sì che si adatti con sufficiente elasticità e rapidità di ricambio al variare dell'atmosfera che lo circonda». La metafora delle clausole generali come "organi respiratori" sarà in séguito ripresa anche da CALAMANDREI 1920, II, 82, il quale parlerà di strumenti «che consentono al diritto codificato di alimentarsi di sempre nuovo ossigeno, sì che si adatti con sufficiente elasticità e rapidità il ricambio al variare dell'atmosfera che lo circonda».

[54] ENGISCH 1968, 170.

L'approccio struttural-funzionalista, tuttavia, sta e cade proprio con la condizione da ultimo indicata. Più specificamente, esso (approccio) funziona malissimo nel momento in cui la riflessione funzionale diviene di fatto una scusa per *non* approfondire le caratteristiche strutturali del fenomeno. E non funziona punto allorché la genericità della riflessione funzionale si trasmette – a mo' di contagio – a quella strutturale, dimodoché, più che chiarirsi a vicenda, i due percorsi confluiscono inevitabilmente nella bancarotta del pensiero logico: *obscurum per obscurius*, *ignotum per ignotius*.

In tale ipotesi, purtroppo tutt'altro che infrequente,

> «lo studioso struttural-funzionalista è uno studioso zoppo. Lo struttural-funzionalista non cammina su due gambe, ma su una gamba sola. Fuor di metafora, egli non lavora su due termini che sono davvero *due* – la struttura per come riopera sulla funzione – ma piuttosto su strutture che restano inestricabilmente impigliate nelle loro attribuzioni funzionali. Donde un giro vizioso»[55].

Segnatamente questo – manco a dirlo – è fin troppo spesso accaduto nella riflessione sulle clausole generali, la quale il più delle volte si è limitata a segnalare una *generica* capacità d'adattamento garantita dalle clausole generali all'ordinamento giuridico attraverso una *altrettanto generica* apertura al meta-giuridico operata da queste ultime, senza tuttavia indagare realmente la specifica struttura interna delle relative (parti di) disposizioni e/o norme.

Per dirla con Ernesto Fabiani, insomma,

> «la dottrina, se è abbastanza compatta nell'indicare quella che è la funzione svolta dalle clausole generali nell'ambito di un determinato ordinamento giuridico, è invece profondamente divisa nel delineare gli elementi identificativi delle clausole generali sul piano strutturale; non è per nulla affatto pacifico, in altri termini, a mezzo di quale struttura le clausole generali svolgano detta funzione»[56].

Peccato che, procedendo in tal maniera, il concretissimo rischio è di (pensare di) sapere *cosa* fanno (o cosa dovrebbero fare) le clausole generali prim'ancora di (e forse senza) capire *come* lo fanno (o come lo dovrebbero fare). E allora è proprio vero che, pure qui, «abbiamo incominciato a correre senza ancora avere imparato a camminare»[57].

[55] SARTORI 2011, 41.
[56] FABIANI 2012, 213.
[57] SARTORI 2011, 23.

4. *L'attuale stato dell'arte*

Se si è seguito il ragionamento finora articolato, due risultati possono ritenersi acquisiti. Da una parte si può meglio comprendere *perché* la locuzione "clausola generale" abbia potuto essere utilizzata da giudici e giuristi con riferimento a un insieme sproporzionatamente vasto ed eterogeneo di (parti di) disposizioni e/o norme. Dall'altra parte credo si possa non solo facilmente ma anche *legittimamente* concludere che, sotto il profilo metodologico della (corretta) formazione dei concetti, "così non può andare".

Eppure, sotto il profilo fattuale della registrazione dell'esperienza, così è (lungamente) andata e (in buona parte) ancora continua ad andare, al punto da non far ritenere *tanto* invecchiato, pur a trent'anni di distanza, il celebre commento di Luigi Mengoni secondo cui «la materia delle clausole generali attende ancora una sistemazione teorica definitiva sia sul piano dell'elaborazione di appropriati modelli argomentativi, sia sul piano dogmatico»[58].

Di tale situazione, allo studioso del fenomeno animato da finalità esclusivamente descrittive, non resta che prendere atto e dare conto. Margini di manovra un poco più ampi, tuttavia, si offrono al teorico che non si limiti a una semplice ricognizione degli usi linguistici e delle definizioni di giuristi e giudici, bensì operi anche con finalità ulteriori, di stampo prudentemente terapeutico rispetto alla "baraonda" riscontrabile nell'utilizzo medio della locuzione "clausole generali" e/o alla tradizionale riflessione teorica sul relativo concetto.

In tal senso, la via seguita dalla dottrina più sensibile è stata quella di coniugare, tramite una metodologia cautamente selettiva, l'approccio "contenutistico-concettuale" con quello "denotativo" in ordine al significato del sintagma "clausole generali". Per ricostruire al meglio la sua *intensione*, vale a dire il *contenuto cognitivo*, si è pertanto partiti dalla sua *estensione*, cioè dal suo *àmbito di riferimento*, procedendo però all'analisi e alla sistemazione delle caratteristiche proprie non (tanto) *di tutte* e neppure *della maggiore parte* delle disposizioni o delle norme concretamente chiamate "clausole generali" da parte dei giuristi o dei teorici del diritto[59], bensì (soltanto) *dei casi paradigmatici* di tale categoria.

[58] MENGONI 1986, 8.

[59] Mi trovo del resto in perfetta consonanza con la (già citata) osservazione di VELLUZZI 2010, 38, quando fa notare come «dottrina e giurisprudenza hanno dato vita [...] a una vera e propria babele lessicale, a una congerie di stipulazioni non proprio perspicue foriera di confusione e di sovrapposizioni concettuali, dove la terminologia ha assunto una diversificazione opaca e per lo più ingestibile, nella quale entra tutto e il contrario di tutto. Inseguirne i mille rivoli vorrebbe dire, con buona probabilità, perdere di vista gli aspetti più rilevanti, o attribuire a incisi sporadici o a esemplificazioni poco persuasive un peso eccessivo o un senso fuorviante rispetto agli intendimenti di chi le ha formulate e sproporzionato rispetto al dibattito in corso».

Si sono così riviste e "affinate", dal punto di vista contenutistico e strutturale, le tradizionali definizioni di "clausole generali" sulla base di quel sottoinsieme di disposizioni/norme che, in linea di massima, pressoché *tutti* i giuristi sarebbero "istintivamente" disposti a riconoscere come appartenenti alla categoria ("clausole generali")[60].

Render conto in modo esaustivo dei singoli autori cimentatisi in quest'opera di progressiva sistematizzazione esula le ambizioni di questo scritto[61]. Mi limito dunque ad annotare come, se in proposito la riflessione della dottrina privatistica è sufficientemente nota[62], su sponda giusfilosofica italiana vanno ricordati soprattutto i significativi contributi di Claudio Luzzati, che per primo ha indagato la natura semiotica del rinvio "esterno" delle clausole generali alla dimensione delle norme sociali[63], e più recentemente di Vito Velluzzi, il quale ha ulteriormente approfondito la questione, evidenziando (tra le altre cose) il possibile rinvio anche "interno" alla dimensione giuridica proprio di alcune clausole generali[64].

Ho a mia volta tentato di riassumere – con piccolissime modifiche e minime precisazioni – le risultanze di questi importanti studi in un mio precedente lavoro, definendo le clausole generali come

> «quelle parti di norma, e più precisamente quegli elementi della fattispecie, espressi dai termini o sintagmi valutativi presenti nella disposizione, allorché questi ultimi siano interpretati o comunque interpretabili come concetti il cui significato non sia determinabile se non per il tramite di parametri di giudizio – di solito, ma non necessariamente, desunti dall'insieme delle norme sociali o del costume – diacronicamente mutevoli e in potenziale competizione fra loro»[65].

[60] Laddove poi essi (giuristi) potrebbero dissentire su una serie di casi marginali, collocabili nella "zona di penombra" (o "frangia di vaghezza") denotativa dell'espressione linguistica "clausole generali".

[61] Per più precise indicazioni bibliografiche rinvio a PEDRINI 2013a.

[62] Basti pensare ai contributi ormai divenuti dei "classici" come i numerosi saggi di Stefano Rodotà, Angelo Falzea e Lugi Mengoni, ai quali si sono aggiunti gli ottimi approfondimenti monografici di Federico Roselli (ROSELLI 1983), Ernesto Fabiani (FABIANI 2003) e più recentemente di Salvatore Patti (PATTI 2016).

[63] La "nozione chiave", all'interno dell'inquadramento dedicato da Claudio Luzzati alle clausole generali, è quella della *vaghezza da rinvio*: «si ha vaghezza *socialmente tipica* (o *da rinvio*) di un termine quando questo, secondo una certa interpretazione, esprime un concetto valutativo i cui criteri applicativi non sono *neppure parzialmente* determinabili se non attraverso il riferimento ai variabili parametri di giudizio e alle mutevoli tipologie della morale sociale e del costume». Così LUZZATI 1990, 302-303.

Cfr. anche LUZZATI 1990, 303: «mentre nell'ipotesi della vaghezza comune il legislatore fissa, sebbene in modo incompleto, i criteri per applicare una certa qualifica ai fatti, nell'ipotesi della vaghezza socialmente tipica il legislatore rinuncia a determinare direttamente tali criteri e fa implicito o esplicito rinvio a parametri variabili nel tempo e nello spazio desumibili da regole morali, sociali e del costume».

[64] Secondo VELLUZZI 2010, 71, infatti, una clausola generale verrebbe a essere costituita da «*un termine o sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile (o detto altrimenti le condizioni di applicazione del termine o sintagma non sono individuabili) se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti*» (corsivo nell'originale).

[65] PEDRINI 2013a, 176.

Una simile definizione punta, evidentemente, a offrire una ri-costruzione[66] concettuale della categoria, che circoscriva sì l'àmbito del discorso rispetto alla più generica "vulgata" in tema di clausole generali, ma in modo il più possibile argomentato e ragionevole, senza arbitrî stipulativi o modalità smaccatamente prescrittive.

Nondimeno, ancorché riesca nel suo intento, essa non va esente (quantomeno) da due inconvenienti non del tutto marginali, entrambi inevitabili e tra loro inversamente correlati.

Il primo "guaio" è che neppure in questo modo si potrà confidare in definizioni pienamente neutrali e del tutto aliene da un certo margine di convenzionalità[67]. In altre parole, come ben scrive Claudio Luzzati,

> «chi assume una prospettiva teorica non sta puntando un potente telescopio in cielo nella speranza di scorgere, prima o poi, l'astro splendente del vero concetto di clausola generale. Sta invece compiendo scelte ridefinitorie non neutrali che vanno argomentate con ragioni di opportunità pratica e di fecondità della ricerca»[68].

Il secondo contrattempo è che, quanto più lo stipulante voglia evitare definizioni *eccessivamente* discrezionali o addirittura "personali" – col connesso (e non trascurabile) rischio di auto-escludersi *a priori*, per ragioni soltanto "nominalistiche", dal dialogo scientifico con altri studiosi del medesimo fenomeno – tanto più fatalmente egli tenderà a dirigersi verso una definizione molto "lata" della relativa categoria.

Da un lato, tutto questo consente, a mio avviso, d'inquadrare nei giusti termini la definizione di "clausola generale" sopra riportata. Essa non va considerata come un *assioma*, ma solo come uno *strumento di lavoro*, certamente non definitivo e perfettibile, e nondimeno valido fino a quando non se ne trovi uno migliore. Del resto, com'è stato esattamente osservato, «le definizioni diventano [...] un problema solo quando ci inducono a risolvere i nostri problemi empirici, o le nostre questioni di fatto, *per definizione*. Ma l'errore di "risolvere" i problemi empirici per definizione non deve essere rettificato dal contro-errore di sbarazzarsi di qualsiasi definizione»[69].

[66] Uso qui "ricostruzione" nel senso "perfezionistico-migliorativo" dell'espressione tedesca "*Fortbildung*".

[67] Non foss'altro perché, nell'atto di individuare un caso (di disposizione o norma che valga come "clausola generale") come "paradigmatico", si riaffacciano a un (meta-)livello superiore gli stessi problemi di obiettiva indecidibilità che la vaghezza pone già a livello della espressione linguistica "base". Cfr. LUZZATI 1990, 4, nota 4.

[68] LUZZATI 2013, 164.

[69] SARTORI 2011, 133, dove pure si osserva come «quando ci viene consigliato di evitare di impantanarci nelle definizioni, in realtà si vuole mettere in guardia contro la *chiusura prematura* e, in particolare, la chiusura prematura causata dalla "*riduzione* di significato derivante dalla definizione in senso stretto". Tuttavia, se per la scienza (o progresso scientifico) *nel suo insieme* la "chiusura prematura" è dannosa, per il singolo studioso giocare con l'"indefinitezza" è un errore che ha peggiorato, non migliorato, lo stato di salute delle scienze sociali».

Dall'altro lato, quanto esposto non soltanto *spiega* (empiricamente), ma *giustifica* (razionalmente) pure la natura ampia e inclusiva della stipulazione qui proposta di "clausola generale", che ne fa un buon candidato come *macro*-concetto, poiché appunto evita di effettuare già a livello definitorio una troppo severa restrizione del dominio.

A patto però – aggiungo – di non accontentarsi del livello di approfondimento così raggiunto, il quale è sì utile per una prima *actio finium regundorum* tra le clausole generali (così definite) e altre tipologie di norme, ma risulta ancora inappagante per molti degli scopi che giuristi, applicatori e consociati si prefiggono nelle rispettive attività teoriche e pratiche.

5. *Una classificazione "per differenza specifica" delle clausole generali? Prime linee d'indagine*

Vengo così, infine, alla tesi centrale di questo scritto. Tesi, premetto sùbito, che mi limiterò sostanzialmente a enunciare molto brevemente nelle sue direttrici, senza tuttavia approfondirle o svilupparle nel dettaglio, come pure meriterebbero.

Ebbene, come già si anticipava, dal punto di vista ricognitivo la definizione esposta nel precedente paragrafo presenta senz'altro una sua fecondità sistematica. Essa (definizione), tuttavia, parrebbe (almeno a me) valere come denotativa più che altro di un *genere* di (parti di norme rubricabili come) clausole generali, da precisare progressivamente in più analitiche *specie*.

Beninteso, anche lo studio del genere – del *macro*-concetto di "clausole generali" – risulta assai *utile*, giacché consente di individuare e analizzare una volta per sempre le caratteristiche comuni a *tutte* le specie, evitando così una moltiplicazione della ricerca che spesso è anche *dispersione* e semplice *ripetizione* della medesima. Non solo. Segnatamente una seria ricostruzione concettuale del *genus* costituisce infatti anche la premessa logicamente *necessaria* per un proficuo approfondimento sulle diverse *species*, che individuino le differenti sottostrutture del ceppo comune[70].

Ma siccome ciò che è *necessario* spesso non risulta poi *sufficiente*, la *micro*-analisi concettuale delle clausole generali parrebbe ancora agli inizi della sua avventura scientifica. La letteratura giuridica, infatti, per lo più ha finito alternativamente per dedicare le proprie attenzioni o a inquadramenti amplissimi della categoria (spesso però senza averla opportunamente precisata) o a singole disposizioni/norme (quali-

[70] V. sul punto, esattamente, SARTORI 2011, 184-185: «La ricostruzione concettuale è una terapia necessaria considerato lo stato di caos in cui versano le scienze sociali. In più, aiuta lo studioso a decidere cosa fare e come muoversi autonomamente. Senza una ricostruzione che preceda la costruzione, egli non soltanto rischia di perdere tempo ed energie nello scoprire qualcosa di già scoperto, ma anche di aggiungere un "cinquantunesimo significato" ad altri cinquanta significati preesistenti, aggiungendo, nel migliore dei casi, profusione a confusione».

ficate o qualificabili come "clausole generali"). È viceversa mancata proprio la qui auspicata "tipizzazione intermedia"[71], idonea a suddividere la generica categoria "clausole generali" in più sottoclassi (esaustive e mutualmente esclusive) e a vantaggio della quale si proverà ora a indicare alcune delle sue possibili linee guida.

5.1. *Rinvio "esterno" o "interno" all'ordinamento giuridico?*

Si è detto, come si ricorderà, che secondo il macro-concetto qui stipulato le clausole generali sono quelle parti di norma espresse dai termini o sintagmi valutativi presenti nella disposizione, allorché questi ultimi siano interpretati o comunque interpretabili come concetti il cui significato non sia determinabile se non per il tramite di parametri di giudizio – di solito, ma non necessariamente, desunti dall'insieme delle norme sociali o del costume – diacronicamente mutevoli e in potenziale competizione fra loro.

I termini valutativi esprimenti una clausola generale sono dunque quelle formule linguistiche ("comune sentimento del pudore", "buon costume", "utilità sociale" e così avanti) dalle quali l'interprete non riceve un'indicazione *diretta* del criterio da applicare per qualificare una condotta come conforme al (o difforme dal) contenuto della clausola generale. Egli riceve, viceversa, solo un'indicazione *indiretta*, che consta in una sorta di "rinvio" a parametri di giudizio *ulteriori* rispetto a quelli espressamente ricavabili dalla disposizione normativa in cui compare il termine valutativo.

Esemplificando, per capire se la disposizione il cui testo recita "vietato l'accesso ai veicoli nel parco" esprima una norma che nella circostanza *x* è stata (o meno) violata all'interprete basterà considerare, senza ulteriori intermediazioni, da un lato l'enunciato giuridico scritto (ovviamente da interpretare) e dall'altro l'esperienza (ponendosi dei tipici problemi di *vaghezza comune* per stabilire se tricicli e *skateboard* sarebbero in tale contesto da considerare "veicoli"). Diversamente, nel caso d'una disposizione che recitasse "è vietato ogni atto contrario al comune sentimento del pudore"[72] l'interprete, dopo aver ascritto senso all'enunciato, e prima di rivolgere la sua attenzione ai fatti, dovrà *ulteriormente* e *preliminarmente* prendere in considerazione l'insieme dei criteri di valutazione, o se si preferisce l'insieme delle regole, richiamato dal concetto di "comune sentimento del pudore" (problema caratteristico della *vaghezza da rinvio*)[73].

L'indeterminatezza (o vaghezza) da rinvio caratterizzante le clausole generali, tuttavia, sempre secondo la ricordata definizione, non sarebbe *necessariamente* da

[71] Uso qui il concetto di "tipo" e di "tipizzazione" in modo alquanto generico. Per un penetrante approfondimento v. PASSERINI GLAZEL 2005.

[72] Cfr. l'art. 529, codice penale: «agli effetti della legge penale, si considerano "osceni" gli atti e gli oggetti, che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore».

[73] Circa la necessaria intermediazione di *regole* come criteri di applicazione dei termini valutativi v. SCARPELLI 1962, 57.

risolvere tramite il diretto ricorso a una qualche dimensione normativa meta-giuridica (ad esempio, la c.d. morale sociale) evocata dalle singole clausole generali. Queste ultime, infatti, talvolta potrebbero richiamare, *in concorrenza* con la dimensione meta-giuridica, potenzialmente *pure* la dimensione giuridica, dovendosi in quest'ultimo caso rinvenire il criterio di applicazione in altre norme dell'ordinamento giuridico.

Per citare sul punto Vito Velluzzi,

> «dalla formulazione delle clausole generali non è dato di riscontrare sempre e necessariamente la natura esterna al diritto del criterio, dello standard [...]. Per essere più puntuali si danno, almeno, due situazioni. Si hanno casi in cui la clausola generale indica il "tipo" di criterio utile a individuarne il significato, lasciando all'interprete la scelta del criterio nell'ambito del tipo indicato. La clausola generale indica, cioè, la necessità di ricorrere a un tipo di criterio (per esempio di natura morale) escludendone altri. Tuttavia, vi sono casi in cui la clausola generale, in ragione della sua formulazione, lascia irrisolta la questione del criterio cui rinvia, nel senso che rinvia indifferentemente a criteri esterni o interni al diritto»[74].

Si darebbero dunque delle ipotesi in cui lo *standard* richiamato dalla clausola generale sembrerebbe poter essere tanto *esterno* quanto *interno* alla dimensione del diritto positivo. Si pensi alla formula del «danno ingiusto» dell'art. 2043 del Codice Civile, in cui l'aggettivo "ingiusto" parrebbe interpretabile sia in senso etico (ingiusto = moralmente ingiusto), sia – come è avvenuto in Italia in coerenza "etimologica" con la tradizione romanistica del *damnum iniuria datum* – in senso giuridico (ingiusto = *contra jus* e *non jure*), sicché la relativa clausola generale sembrerebbe di per sé idonea a rinviare *sia* a (altre) norme giuridiche, *sia* a valutazioni/valori morali[75].

Caratteristica strettamente *necessaria* delle clausole generali sarebbe pertanto un rinvio *potenziale* alla dimensione (normativa) meta-giuridica, non potendosi dunque dare casi di clausole generali che mancassero di rinviare a qualche dimensione normativa meta-giuridica *quanto meno in astratto*. Si potrebbero tuttavia avere delle ipotesi – come quella del "danno ingiusto" – in cui il potenziale rinvio al meta-giuridico *in concreto* non verrebbe "valorizzato" dall'interprete al momento di applicare (o attuare) la norma inclusiva della clausola generale.

Tanto precisato, (almeno) tre ritengo siano i principali problemi/quesiti che attendono risposta da chi volesse valorizzare questa prima classificazione delle clausole generali in due sub-categorie, a seconda che esse (clausole) esprimano un rinvio solo esterno (al meta-giuridico) o anche interno (alla dimensione giuridica).

[74] VELLUZZI 2010, 65-66.

[75] Sulla problematicità di inquadrare l'art. 2043 in termini di "clausola generale" cfr. ora anche MIANI CANEVARI 2017, 305 ss., part. 317.

Primo problema: come individuare *esattamente* i casi in cui i termini valutativi possano risolversi *anche* in un rinvio "interno" al diritto?

Nella ricostruzione di Velluzzi – significativa perché, a quanto mi consta, è uno dei pochissimi ad aver approfondito questo aspetto – a risultare decisiva parrebbe la *formulazione linguistica* della disposizione. Questo quanto meno nel senso che, in assenza di un *chiaro* richiamo di qualche precisa dimensione normativa meta-giuridica, il rinvio sarebbe effettuato «indifferentemente a criteri esterni o interni al diritto».

In prospettiva, sarebbe forse auspicabile che l'analisi semiotica dei termini valutativi possa essere sotto questo aspetto ulteriormente approfondita. La mia impressione – infatti – è che, se applicassimo con rigore questo criterio di classificazione, il sottoinsieme delle clausole generali rinvianti al solo meta-giuridico diverrebbe estremamente circoscritto rispetto a quello delle clausole generali potenzialmente rinvianti anche alla dimensione giuridica, in netto contrasto con la comune opinione dei giuristi[76] (peraltro sul punto trasfusa pure nella stipulazione qui adottata)[77].

Secondo problema: come scegliere *correttamente in concreto* – una volta appurato di essere al cospetto d'una clausola generale potenzialmente rinviante anche alla dimensione giuridica – tra la possibilità di un rinvio interno e di uno esterno al diritto? Che una "comune" attività interpretativa della disposizione non possa bastare è qui vero per definizione, giacché davanti a questa tipologia di clausole si arriva solo quando l'enunciato giuridico non risulta di per sé sufficientemente univoco. Quale tipo di argomentazione (giuridica o meno) sarà dunque in grado di supportare *razionalmente* la scelta?

Terzo problema: assumendo che si sia optato per un rinvio interno al diritto, *come selezionare* lo specifico insieme di norme giuridiche richiamato dalla clausola generale? Evidentemente, anche qui, la risposta non potrà essere fornita dalla disposizione stessa, e dubito che possa essere davvero "ritrovata" all'interno dell'ordinamento giuridico nel suo complesso. Sospetto pertanto che, anche nelle ipotesi di clausole generali risolte come rinvii interni al diritto, criteri di valutazione meta-giuridici possano comunque rivestire un rilievo decisivo, seppure soltanto (parziale e) *indiretto*.

Infatti, quand'anche lo *standard* richiamato dalla clausola generale s'intendesse di tipo giuridico, il rinvio non parrebbe mai effettuato a *specifiche* (classi di) disposizioni e/o norme giuridiche, individuabili formalmente a partire dalla formula espressiva della clausola generale. La concreta selezione dello *specifico* materiale *giuridico* che alla fine andrà (direttamente) a integrare la clausola generale, dunque, parrebbe pur sempre (indirettamente) effettuata secondo criteri sostanziali almeno in parte extra-giuridici (o, quanto meno, extra-*positivi*).

[76] Recentemente riassunta e ribadita, ad esempio, da CURCURUTO 2017, 361 e da SCODITTI 2017, 169.

[77] Nella quale i parametri di giudizio evocati dal termine valutativo presente nella disposizione, sono «*di solito* [...] *desunti dall'insieme delle norme sociali o del costume*» (vedi *retro*, nt. 65).

Si potrà anche dire, insomma, che la clausola generale del "danno ingiusto" rinvii non a criteri di valutazione (o regole) morali o sociali, ma a particolari categorie di norme giuridiche, indicandole magari come quelle che qualifichino un interesse come "degno di protezione secondo l'ordinamento giuridico". Il rilievo di parametri normativi extra-giuridici parrebbe qui comunque sussistere, sia pure solo su un *meta*-livello (un *critto*-livello?), giacché per selezionare *quali* (categorie di) norme giuridiche segnalino l'interesse da queste protetto come *degno* di tutela giuridica anche nella sua proiezione risarcitoria parrebbero pur sempre necessari dei criteri di valutazione non esplicitati dal diritto positivo, né da esso soltanto desumibili[78].

Anche ammettendo che la mia intuizione sul punto sia esatta – del resto – quanto osservato sul rilievo di criteri meta-giuridici pure nel caso di clausole generali che effettuino rinvii interni al diritto può costituire una prima, e molto approssimativa, *chiave di indagine*. Essa sarebbe tuttavia ben lungi dall'offrire una *risposta appagante* al quesito relativo al modo in cui individuare lo specifico insieme di norme giuridiche richiamato dalla clausola generale. Concediamo pure che il suo contenuto sia condizionato da criteri meta-giuridici: ma da *quali* criteri meta-giuridici, *come* e *da dove* ricavati?

5.2. Quale *meta-giuridico?*

Come si sottolineava, secondo la definizione qui accolta *tutte* le clausole generali rinviano, per lo meno potenzialmente, alla dimensione meta-giuridica (differenziandosi semmai perché *alcune* di esse possono rinviare *anche* alla dimensione giuridica). Ma *a quali* e *a quante* dimensioni meta-giuridiche? La risposta a tale interrogativo costituisce la premessa per un'ulteriore possibile linea di classificazione delle clausole generali, che punti a indagare se e come cambino le caratteristiche strutturali e funzionali delle sottocategorie a seconda del diverso àmbito materiale (meta-giuridico) di riferimento.

Circa la tipologia dei criteri di giudizio che verrebbero a costituire lo *standard* meta-giuridico cui i termini o sintagmi valutativi effettuano rinvio, detti parametri sembrerebbero per lo più di tipo *etico-morale*[79], relativi cioè alla (corretta) disciplina della condotta umana (virtuosa), come nel caso della "buona fede", della "correttezza", del(la conformità o difformità al) "buon costume"[80].

[78] La necessaria congiunzione di standard giuridici ed extragiuridici per l'applicazione della clausola generale di cui all'art. 2043 è attestata, ad esempio, da Corte costituzionale 10 maggio 1999, n. 156.

[79] Non a caso, *secundum definitionem*, *solitamente* desunti dall'insieme delle norme sociali o del costume.

[80] Vedi FALZEA 1987, 2-3: «uno spunto, ad un tempo delimitativo e orientativo, è quello del fondamento etico degli standards. [...] La selezione porta prima di tutto a isolare gli standards in quanto modelli giuridici di comportamento che il diritto trae dall'etica sociale con un rapporto di permanente recezione. [...] Il rapporto tra lo standard e la regola etica è un rapporto di ricezione sostanziale, nel senso che il diritto considera operanti nel suo territorio, con la validità e l'efficacia delle prescrizioni del sistema

Compatibili con la nozione di "clausole generali" qui adottata, tuttavia, sembrerebbero anche criteri di giudizio che al "buon" comportamento dei consociati si riferiscano – come accade, ad esempio, con la "utilità sociale" – in modo più indiretto (o, comunque, in un senso disgiunto dal parametro del "giusto")[81].

In questo senso è stato infatti osservato come «il campo al quale attinge il diritto per integrare il contenuto delle sue norme non è costituito soltanto dall'etica, ma dall'intero sistema culturale della società, del quale l'etica fa parte unitamente a tutti gli altri sistemi culturali: dell'arte, della scienza, della tecnica, e di altri ancora», di modo che si potrebbero rinvenire «nel diritto, oltre agli *standards* etici, gli *standards* estetici, scientifici, tecnologici, e così via»[82].

L'assunto parrebbe senz'altro da condividere, se non altro nella misura in cui sottolinea l'ampiezza del potenziale àmbito materiale di rinvio delle clausole generali e contestualmente si oppone al riflesso condizionato per cui non appena si vede scritto "meta-giuridico" si pensa e si legge automaticamente (ed esclusivamente) "etico-morale"[83]. Nondimeno, c'è da chiedersi se proprio *tutti* i possibili rinvii al meta-giuridico effettuati dal diritto positivo potrebbero rientrare nella definizione di "clausola generale" qui stipulata.

La risposta pare di segno negativo. È opportuno ricordare, infatti, come "clausole generali" nel senso accolto in questa sede non siano concetti *valutativi* soltanto

giuridico positivo, prescrizioni del sistema etico. [...] La ricezione permanente dei valori etico-sociali e dei relativi modelli di comportamento da parte dell'ordinamento giuridico attraverso un canale normativo costantemente aperto – laddove nelle comuni norme giuridiche il rapporto tra valori etico-sociali e valori giuridici è soltanto genetico e si esaurisce nel momento in cui è posta la regola giuridica».

[81] La questione relativa al carattere (più o meno esclusivamente) etico-morale dei valori (o delle valutazioni) cui farebbero rinvio le clausole generali sembrerebbe ovviamente dipendere anche dalla concezione più o meno lata cui s'aderisce (altrimenti detto: dalla definizione più o meno ampia che s'adotta) con riferimento all' "etica" o alla "morale". Qualora con "valore etico" (o con "valore morale") ci si riferisca a un parametro che possa servire (in prima battuta) per la guida per l'azione e (in seconda battuta) per la valutazione della relativa condotta umana, allora anche la "diligenza", la "utilità sociale" e l'"interesse generale" potranno essere considerati "valori etico-morali". Se, al contrario, questi ultimi ("valori etico-morali") fossero circoscritti a quelle specifiche guide per l'azione che ne garantiscano (o valutazioni che, *ex post*, ne attestino) la *giustizia* (o la *bontà*), allora il discorso potrebbe condurre a esiti differenti, giacché, anche nella considerazione comune, non necessariamente l'azione diligente, socialmente utile o nell'interesse generale risulta per ciò solo giusta, e anzi potrebbero darsi casi in cui un'azione ingiusta si renda addirittura *necessaria* per poter perseguire un obiettivo socialmente utile o conforme all'interesse generale.

[82] Così FALZEA 1999, 408-409, dove pure (FALZEA 1999, 409) si precisa come «questi *standards* non specificamente etici *lo sono genericamente*»); vedi inoltre ROSELLI 1988, 669, dove accanto ai richiami alle «regole della morale o del costume», cui si riferirebbe il rinvio effettuato dalle clausole generali, si parla anche di quelle «proprie di determinate cerchie sociali, o discipline o arti o professioni». Tale linea di pensiero mi pare ora ripresa anche da DI MARZIO 2017, 125 ss.
Più in generale, sul rapporto fra standard ed etica, vedi PATTARO 2000. Sugli standard tecnologici vedi BREUER 1976; PLANGEMANN, TIETZSCH 1980; APPEL 2006. Specificamente alle clausole generali "estetiche" è dedicato l'approfondimento monografico di ZUMSTEIN 2001.

[83] Non a caso, infatti, v'è chi ha in proposito parlato di «imperialismo della morale». Cfr. BARBERIS 2000, 147-162.

in quanto *normativi*[84] – qui nel senso di applicabili soltanto attraverso un insieme di criteri o regole ulteriori il cui contenuto non è direttamente esplicitato –, ma anche in quanto concetti essenzialmente *controversi*, sui quali insistono quei «disaccordi interpretativi profondi» di cui oggi parla Vittorio Villa[85].

Che un "costume" sia *buono* (quale sia l'insieme delle regole del buon costume), che un danno sia *ingiusto* (quale sia l'insieme delle regole giuste), che un comportamento sia *indecente* (quale sia l'insieme delle regole della decenza) – ad esempio – non parrebbe un "dato" desumibile *more geometrico* dall'applicazione d'un insieme di parametri normativi (= regole) pienamente *oggettivi*, accertabili tramite un *giudizio di fatto*. Al contrario, gli esiti di tale operazione di accertamento parrebbero dipendere in senso forte, in detto contesto, da valutazioni *soggettive*, frutto almeno in parte di un *giudizio di valore*[86]. Operando dunque in àmbiti dove a contare non sarebbe soltanto la *conoscenza*, ma anche la *volontà*, le clausole generali finirebbero cioè tipicamente per richiamare *non un singolo* e ben individuato insieme di regole (*standard*), bensì una *molteplicità* d'insiemi di regole, all'interno della quale (molteplicità) l'interprete potrebbe dunque rinvenire una *pluralità* di parametri di giudizio[87].

A rimanere esclusi dalla nozione di clausole generali qui adottata parrebbero allora, necessariamente, per lo meno tutti quei rinvii al meta-giuridico il cui contenuto sia tendenzialmente univoco, tale cioè da offrire all'interprete un unico possibile criterio di giudizio. Si pensi, per quest'ultima ipotesi, all'ipotetico rinvio al meta-giuridico che lo stesso diritto potrebbe effettuare (immettendo i relativi concetti nella fattispecie di una norma) alla farmacologia per definire una sostanza come "stupefacente o psicotropa" o alla fisica per definire la "massa" di un grave (o i criteri per la sua misurazione).

[84] Sulla differenza tra concetti *descrittivi* e concetti *normativi*, così come sulle categorie affini, v. ora RÜTHERS et al. 2015, 121 ss.

[85] VILLA 2016.

[86] Per riprendere il già citato esempio della disposizione "è vietato ogni comportamento contrario a buon costume" per l'interprete non solo sarà imprescindibile rivolgere preliminarmente le sue attenzioni alla dimensione della morale o del costume (o comunque alla dimensione richiamata dalla clausola generale), ma da queste ultime non parrebbe emergere automaticamente un *unico* paradigma normativo, cui corrisponderebbe un *univoco* criterio d'applicazione del buon costume nel caso concreto. Detto altrimenti, dietro la sintetica formula secondo cui le clausole generali rinvierebbero alla morale, starebbe una realtà necessariamente più complessa, legata alla contemporanea presenza di *più* possibili morali (di *più* insiemi di regole di costume) all'interno della medesima società (uno spunto in tal senso in BARBERIS 2003, 42), o comunque di molteplici criteri disponibili per accertare il contenuto della morale sociale. Il rinvio allo standard effettuato dalle clausole generali, se non ulteriormente precisato, diverrebbe così un rinvio alla *molteplicità* delle (eterogenee) morali vigenti e/o argomentabili in una data società, con l'ovvio problema della *scelta* fra una di esse nel momento applicativo.

[87] Cfr. in proposito DICIOTTI 1999, 377: «Mentre la vaghezza è dovuta all'indeterminatezza dei criteri di applicazione di un termine, l'indeterminatezza di un termine valutativo è dovuta al carattere effettivamente o potenzialmente controverso dei suoi criteri di applicazione».

È ben vero che anche in tali casi per l'interprete sarebbe imprescindibile prendere in considerazione un insieme di dati meta-giuridici, non bastandogli considerare la disposizione da una parte e l'esperienza dall'altra ed essendo sempre necessario un previo esame dei contenuti dello specifico "sistema culturale" richiamato (costituito nei nostri esempi dal macrosistema scientifico-tecnologico in alcune sue sotto-partizioni). Anche a livello intuitivo, tuttavia, parrebbe esistere un importante elemento differenziale rispetto agli *standard* etici, estetici o anche economici sopra riportati. Il contenuto di questi ultimi, infatti, è costituito (o comunque desunto) da valutazioni, effettuate all'interno dei relativi àmbiti, qualificabili almeno in parte come *giudizi di valore* (qui intesi, se non come preferenze arbitrarie, quanto meno come opzioni dall'alto tasso di *soggettività*)[88]. Per gli *standard* scientifico-tecnologici sopra citati, invece, il loro contenuto parrebbe sostanziarsi in (o comunque dipendere da) una serie di *giudizi di fatto* (tendenzialmente *oggettivi*)[89].

Non è tuttavia da escludere *a priori* che *taluni standard* di carattere scientifico-tecnologico presentino a loro volta natura controversa. E questo non soltanto nel caso (per certo non così frequente) in cui la relativa scienza stia attraversando un periodo di «mutamento di paradigma»[90], ma anche e soprattutto quando, pur in seno ad una disciplina scientifica relativamente "tranquilla" e "normale" nel suo complesso, si verifichi la concorrenza di due o più modelli di spiegazione o inquadramento del medesimo fenomeno.

Parrebbero attestarlo in modo sufficientemente chiaro, ad esempio, proprio i già citati rinvii all'economia[91], se solo si pensa alle diverse e contrapposte "letture" che all'interno di quest'ultima sono state proposte di concetti economici come, oltre alla già citata "utilità sociale"[92], "equilibrio di bilancio", "ciclo di bilancio" o "*output gap*"[93].

[88] Cfr. in tal senso anche Corte costituzionale 25 marzo 1982, n. 57, dove si osserva come «quando il giudizio verta sull'applicazione di disposizioni di legge formulate per clausole generali (quali "urgenza", "pericolosità", "grave inadempimento", "operazione speculativa") [...] *il giudizio sul fatto si intreccia con giudizi di valore*» (corsivo mio).

[89] Che un oggetto sia "di particolare pregio artistico", insomma, può essere comunemente considerato (almeno in parte) oggetto di un'opinione; molto meno facilmente, tuttavia, sarà considerato oggetto d'opinione cosa sia la "massa" di un grave o cosa renda una sostanza "stupefacente o psicotropa".

[90] È questa la nota formula da KUHN 1962, *passim*, ma part. 139 ss.

[91] Sempre ovviamente che la si voglia considerare "scienza" in un senso forte del termine.

[92] Sulla quale già Luigi Einaudi, il 9 maggio 1947, ebbe a dire in Assemblea Costituente: «La difficoltà intorno a cui invano si sono finora travagliate generazioni intere di studiosi è costituita da quello che, in linguaggio abbreviato, si dice essere il ponte fra l'utilità di un individuo e quella di ogni altro individuo. Ebbene, questo ponte non si è ancora trovato. Noi possiamo apprezzare quale sia l'utilità che ogni singolo individuo conferisce al fine che vuole conseguire, ad ogni cosa di cui si vuole appropriare, ma nessuno di noi è riuscito a sapere quale sia il significato che una collettività, anche di sole due persone, può dare all'utilità non dei singoli, ma dell'insieme dei due. Non è possibile fare la somma, né aritmetica, né algebrica, né organica, né di qualsiasi altra maniera, delle utilità di due individui realmente diversi. È questa una difficoltà intorno alla quale si sono travagliate generazioni di studiosi, di uomini di prim'ordine. Ma ancora essa persiste. È una delle tante difficoltà che esistono nello studio della scienza dell'economia

Ma si pensi anche ai problemi di applicazione non certo pacifica di concetti (per lo meno *prima facie*) scientifico-tecnologici sollevati da molte delle c.d. "norme tecniche" presenti nell'ordinamento (come quelle che rinviano genericamente alla "migliore tecnica disponibile" o allo "stato dell'arte e della tecnica")[94].

In conclusione, mentre l'afferenza al modello qui accolto di "clausole generali" degli *standard* etici (o estetici) parrebbe in linea di massima pacifica, per gli *standard* scientifico-tecnologici essa andrebbe verificata caso per caso, a seconda dello specifico rinvio. La qual cosa – come ognun vede – ancora nulla dice in ordine alle peculiarità strutturali e funzionali di ciascun singolo rinvio al metagiuridico, (peculiarità) che dovrebbero costituire l'obiettivo principale d'una classificazione delle clausole generali secondo l'àmbito materiale della dimensione meta-giuridica richiamata. Ma consente per lo meno di orientare preliminarmente la selezione dei settori (meta-giuridici) da indagare in quanto possibili *standard* richiamati dalle clausole generali. E, come avrebbe detto Winston Churchill, «ora questa non è la fine. Non è nemmeno l'inizio della fine. Ma è, forse, la fine dell'inizio».

5.3. *Effettività sociale* vs. *argomentazione meta-giuridica*

Un ultimo, importante "primo passo" in avanti per il processo di specificazione strutturale dell'ampio concetto di "clausola generale" parrebbe infine quello di suddividere le sotto-classi di clausole generali a seconda del fatto che esse esprimano (o meno) un collegamento con una qualche forma di "effettività" a livello sociale.

Il collegamento tra clausole generali e ciò che è effettivamente diffuso o "sentito" a livello sociale costituisce – com'è noto – un elemento ricorrente della riflessione sulla categoria che qui ci occupa, al punto che non sono mancate proposte stipulative volte a restringere la definizione di "clausole generali" esclusivamente a questo sottotipo (del concetto qui accolto)[95].

Tale sottoclasse, basata sul nucleo più ristretto di formule tradizionalmente riconosciute come archetipi di clausole generali – nelle cui disposizioni scritte non a caso ricorrono spesso aggettivi come "*comune*" (sentimento del pudore o della morale)[96], "*ordinaria*" (diligenza)[97], "*normale*" (tollerabilità)[98] – verrebbe a valoriz-

politica. Tale difficoltà esistendo, io non riesco a comprendere quale possa essere il significato di un piano il quale sia indirizzato a dare il massimo di utilità sociale» (A.C., 3778).

[93] Si è da poco soffermato in senso critico su questo aspetto Alberto Quadrio Curzio in PEDRINI 2016, 160.

[94] In argomento cfr. in generale SALMONI 2001. Più recentemente, il tema è stato ripreso con spunti interessanti da MORVILLO 2016.

[95] Da ultimo cfr. LUZZATI 2013; nonché LUZZATI 2017a.

[96] Cfr. *supra*, nt. 71.

[97] Art. 1227, comma 2, codice civile: «Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza».

zare il compito "classico" delle clausole generali quali sistemi di collegamento con la sola "normalità" sociale.

Le clausole generali appartenenti a questo sottoinsieme rinvierebbero così a uno *standard* metagiuridico identificato *necessariamente* con l'insieme delle regole (dei criteri di giudizio) sociali o del costume, realmente vigenti ed empiricamente verificabili[99]. La funzione di tali clausole generali sarebbe pertanto quella «*di assicurare il contatto sociale con le ragionevoli aspettative della vita sociale*», in una visione "conformistica" che «risponde ad ovvie esigenze di *relativa prevedibilità del comportamento altrui*»[100], con l'esclusione di «qualsiasi morale supererogatoria, eroica, esigente, o anche solo molto rigida»[101].

Diviene allora una questione classificatoria di cruciale importanza distinguere i casi come questi (1), dove il collegamento con una "effettività media" a livello sociale può suggerire indagini di carattere empirico, sociologico o demoscopico[102], da altri in cui viceversa tale collegamento è escluso (2) o incerto (3).

Non sempre la formulazione della disposizione è da sola in grado di risolvere il problema. Mentre (1) in connessione con termini o sintagmi valutativi come "comune senso del pudore", infatti, parrebbe esplicito il rinvio a un insieme di regole sociali *mediamente diffuse* ed *empiricamente verificabili*, e (2) sintagmi come "equilibrio economico" o "stato dell'arte e della tecnica" parrebbero viceversa escludere *a priori* ogni ragionevole legame con le opinioni diffuse a livello sociale, formule (3) come "dignità" (umana o sociale) o anche "buon costume" – in dati contesti – potrebbero risultare interpretabili non soltanto come richiamo a una morale sociale *effettivamente vigente* (o magari a una sua partizione)[103], bensì anche come rinvio a una morale "critica" *astrattamente argomentabile*.

[98] Art. 844, comma 1, codice civile: «Il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo o di calore, [...] e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità».

[99] Secondo una procedura che presenterebbe non trascurabili analogie con quella di accertamento delle consuetudini.

[100] LUZZATI 2013, 181 ss.

[101] LUZZATI 2013, 185, dove pure si precisa come «le clausole generali non possono richiedere comportamenti più gravosi di quelli praticati nell'ambiente circostante». Cfr. anche LUZZATI 2013, 187: «Le regole sociali servono a stabilire qual è *il minimo* che si può pretendere in una data situazione [...]. Questo fa sì che le norme che contengono clausole generali abbiano spesso una funzione limitativa della responsabilità, o dicano fino a che punto si può "ragionevolmente" esercitare una facoltà o un diritto senza far torto agli altri».

[102] Le quali peraltro, a loro volta, pongono problemi non marginali. Per maggiori approfondimenti cfr. PEDRINI 2013a, 127 ss., 355 ss. e relativa bibliografia.

[103] Cfr. LUZZATI 1990, 314-315: «La vaghezza della metanorma di rinvio spesso rende problematica l'identificazione delle regole morali o socio-ambientali a cui il diritto rimanda: si tratterà delle norme deontologiche di una data professione? del credo di una particolare fede religiosa? di ideali politico-civili? delle regole di etichetta e di buona educazione? dei canoni del buon senso? dell'etica di un gruppo ristretto oppure di un insieme di opinioni morali condivise dalla maggioranza dei cittadini?».

A tal proposito – con particolare riferimento alle clausole generali della Costituzione, ma con valenza più ampia – è stato osservato come

> «è questione affatto contingente se una disposizione formulata in termini valutativi contenga o meno un rinvio alle valutazioni diffuse nel corpo sociale: cosa che talvolta effettivamente accade, specialmente nella legislazione ordinaria, mentre in altri casi l'uso di queste formule sembra demandare al giudice una valutazione di tipo direttamente morale. E proprio quest'ultimo sembra il caso delle espressioni valutative contenute nelle disposizioni costituzionali: queste non sembrano fare rinvio a valutazioni "sociali", ma piuttosto a valutazioni morali»[104].

La differenza fra l'una e l'altra interpretazione del termine valutativo contenuto nella disposizione sarebbe oltremodo significativa, giacché

> «certo, in un senso è ovvio che le valutazioni morali dipendono dalla società di riferimento, ma tuttavia una cosa è impegnarsi in un'*argomentazione morale* (influenzata, come è ovvio, da condizionamenti sociali di qualche tipo) per ricostruire il significato di un termine valutativo, e altra cosa è ricostruire tale significato sulla base di una *rilevazione statistica e sociologica delle convinzioni diffuse nella società*»[105].

Il rilievo testé riportato d'un attento studioso di queste tematiche qual è Giorgio Pino mi parrebbe da condividere, con le precisazioni qui di séguito.

Anzitutto, come già accadeva per il problema dei possibili rinvii delle clausole generali alla dimensione giuridica *in concorrenza* con quelli alla dimensione metagiuridica, l'approfondimento della *semantica* dei sintagmi valutativi parrebbe ancora a un livello alquanto "embrionale" per molti di quei casi in cui *prima facie* si rilevano genericamente dei "dubbi" circa il collegamento con una "effettività media" a livello sociale o viceversa il rinvio a una qualche forma di argomentazione.

Inoltre, anche ammettendo che la questione non sia risolvibile sul piano *semantico* (ancorché ulteriormente sviluppato), pure sul piano *pragmatico-argomentativo* bisognerà comunque risolvere in modo convincente, caso per caso, il problema della scelta razionale tra le due alternative (semanticamente equivalenti) costituite dal rinvio all'effettività sociale e dal rinvio a qualche forma di modello argomentativo effettuati dalla singola clausola generale.

Infine, in questa chiave, parrebbe decisamente limitativo, in rapporto alla già ricordata molteplicità degli àmbiti materiali verso i quali può essere effettuato il rinvio da parte delle clausole generali, circoscrivere il novero delle possibili argomentazioni soltanto a quella *morale*. Tutto lascerebbe pensare – infatti – che laddove i termini o sintagmi valutativi siano di carattere *estetico*, *economico*, *scientifico-*

[104] PINO G., 2010, 136.
[105] PINO G., 2010, 136-137 (corsivi miei).

tecnologico e così via, possano (e forse debbano) essere implementati *altrettanti* specifici filoni della teoria argomentativa, idonei a risolvere in modo convincente il problema della selezione (razionale) tra una pluralità di criteri di giudizio in reciproca competizione all'interno di ciascuno *standard* meta-giuridico (attesa la loro connotazione, come si ricorderà, intrinsecamente controversa).

Anche qui, com'è evidente, le indicazioni offerte in questa sede non possono che limitarsi a suggerimenti di massima, con la speranza che chi ben cominci sia davvero a metà dell'opera.

6. *"Oltre il diritto civile": le clausole generali tra pragmatica e metodologia interpretativa*

Come suggeriva il titolo del Seminario di studi milanese[106] da cui questo lavoro ha preso origine, manca tuttora una sistematica approfondita delle clausole generali "oltre il diritto civile".

È convinzione dello scrivente, ciò non deve *necessariamente* implicare che nei settori dell'ordinamento differenti da quello privatistico si debba per forza di cose andare alla ricerca di (o magari sforzarsi di creare *ex novo*) ulteriori e diverse "nozioni" di "clausole generali". Al contrario, forse proprio la possibilità di articolare riflessioni sulla categoria suddetta in territori disciplinari meno compromessi, giacché relativamente "sgombri" da precedenti dottrinali impegnativi, potrebbe essere l'occasione per un serio e rinnovato lavoro di pulizia terminologica e concettuale e – perché no? – anche per l'avvio della opera di specificazione del macro-concetto di "clausola generale" che qui per più ragioni s'è auspicata.

Nulla esclude, del resto, che proprio i percorsi di micro-analisi delle varie sub-categorie possano valere, in prospettiva, per risolvere in modo *espresso* e *argomentato* – dopo averle messe alla prova "sul campo" – alcune problematicità residue del concetto generale. Come già si accennava, non c'è niente che vieti di migliorare (o, se è per questo, anche di "reinventare") la stipulazione di "clausola generale" qui accolta. Solo, daccapo, «le *nuove stipulazioni* devono essere non solo dichiarate, ma anche *giustificate*, e questo implica che colui che stipula deve mostrare che la sua proposta è sostenuta non dalla sua ignoranza (un caso molto frequente), ma dalla sua conoscenza»[107].

Non credo sia né prudente, né utile da parte mia azzardare pronostici sull'apporto delle singole, molteplici discipline di studio giuridico alla futura riflessione sulle clausole generali. Limitandomi alla sola scienza giuspubblicistica, se dovessi oggi suggerire lo snodo dal quale attendersi i più significativi contributi all'ulteriore

[106] Tenutosi il 28 maggio 2015 presso l'Università Statale, con interventi di Giovanni Chiodi, Donato Castronuovo e mio (moderatori Vito Velluzzi e Claudio Luzzati).
[107] SARTORI 2011, 97.

elaborazione del concetto di "clausola generale", credo tornerei nuovamente a indicare quello dell'interpretazione giuridica[108] e costituzionale in ispecie.

Due ragioni complementari confortano questa ipotesi. Da una parte il fatto che le riflessioni della dottrina costituzionalistica sono per tradizione tra le più sensibili alle esigenze di collegamento tra sistema (ordinamento?) costituzionale e società, anche in assenza di espliciti rinvii testuali dall'una all'altra dimensione[109]. Dall'altra parte il rilievo (speculare) secondo cui la sistematica delle clausole generali – pur con tutti i suoi limiti e difetti – potrebbe a sua volta costituire un importante banco di prova per vagliare la reale "tecnicità" di molti ragionamenti interpretativi che, sul piano costituzionale, ancora oggi parrebbero svolti "a schema libero"[110].

La problematica interpretativa – beninteso – permea da sempre la discussione intorno alle clausole generali. È vero però che, solitamente, la riflessione sul punto verte sulle specifiche "*matters of interpretation*" che sono poste dalla *presenza* di clausole generali, dando dunque per acquisito che dette clausole *pre-esistano* all'interpretazione e ne condizionino le modalità[111]. Il rapporto di condizionamento tra interpretazione e clausole generali, dal canto suo, si presta a essere letto anche in un senso diverso, e per certi versi pure opposto. Le clausole generali, infatti, ben potrebbero – al limite – anche essere direttamente *generate* dall'interpretazione, divenendone così non più (e non tanto) il *presupposto*, bensì anche (e forse soprattutto) il *risultato*.

Si ricordi nuovamente la definizione di "clausole generali" come quegli elementi della norma espressi dai termini o sintagmi valutativi presenti nella disposizione, allorché questi ultimi siano *interpretati o comunque interpretabili* come concetti il cui significato non sia determinabile se non per il tramite di parametri di giudizio [...] diacronicamente mutevoli e in potenziale competizione fra loro.

Chiediamoci ora: cosa vuol dire, esattamente, «interpretati o comunque interpretabili»? La formulazione rischia di essere latrice di ambiguità, allorché non precisa se «interpretati e/o interpretabili» va inteso in un senso *empirico* (*di fatto* interpretati o interpretabili) oppure *normativo* (interpretati o interpretabili *in modo sostenibile*). Il che equivale a domandarsi: *quanto incide* nel concetto di "clausola generale" la formulazione linguistica, con la sua "proiezione semantica", e quanto conta invece l'eventuale aspetto "costruttivo" dell'interprete (e *di quale* interprete)? E ancora: si può ipotizzare un discorso sulle clausole generali e sulla relativa

[108] Già oggetto della "postilla" (§ 6) del mio precedente PEDRINI 2015a, 34-36 nonché in PEDRINI 2017, 32 ss.

[109] Cfr. recentemente BARBERA 2016, specialmente nelle sezioni I, IV e V. La connessione – non soltanto odierna e *contingente*, ma addirittura concettualmente *necessaria* – tra diritto (inteso come "ordinamento") e società è peraltro da tempo al centro di acute riflessioni elaborate in seno alle discipline storiche del diritto: cfr. GROSSI 2003; GROSSI 2006, nonché da ultimo GROSSI 2016, 237-240.

[110] Su questo aspetto ho svolto alcune osservazioni in PEDRINI, 2013a, 225 ss.

[111] A tutt'oggi, lo studio più poderoso su questo tipo di rapporto tra interpretazione e clausole generali è verosimilmente ancora il fondamentale RÜTHERS 2012, dove si indaga la trasformazione dell'ordinamento privatistico nazionalsocialista per il tramite appunto delle relative clausole generali.

classificazione/tassonomia improntato prevalentemente (o addirittura esclusivamente) sui comportamenti assunti e sui fini perseguiti dagli applicatori, se del caso anche sorvolando sulle specifiche caratteristiche degli enunciati legislativi (o addirittura prescindendo completamente da questi ultimi)?

Certo, a tal proposito per l'odierno giurista potrebbe suonare persino banale l'affermazione secondo cui tutto ciò che va al di là del piano delle semplici "stringhe di parole" – delle *disposizioni*, per usare un termine divenuto comune tanto ai giuristi che ai filosofi del diritto –, s'individua necessariamente per il tramite dell'interpretazione. La questione però diviene decisamente meno banale una volta che si consideri come rispetto a essa (interpretazione) si continuano a dare in letteratura giuridica letture non solo diverse, ma talora addirittura contrapposte.

Spesso considerati con sufficienza poiché ritenuti "leziosità" teoriche tutto sommato innocue e irrelate con l'analisi del dato giuridico positivo, in realtà questi contrasti, nella misura in cui portano con sé una differente concezione tanto del diritto quanto della scienza giuridica, finiscono spesso per condizionarne in misura alquanto significativa il relativo perimetro, i postulati analitici e le regole inferenziali[112]. Non è un caso, dunque, se di recente c'è chi autorevolmente ha parlato di una «rivoluzione clandestina» per riferirsi a quel processo che, sotto le mentite spoglie della "interpretazione", rischierebbe di trasformare lo Stato costituzionale democratico di diritto in un surrettizio *Richterstaat*[113]. Il tema – va da sé – è troppo vasto per poterlo qui anche solo sfiorare[114]. Basterà allora, come spesso in queste pagine, una annotazione generalissima quale possibile chiave di lettura delle future ricerche sul tema.

Una cosa è parlare di clausole generali come (parti di) norme dotate di determinate caratteristiche, *accertabili* – con esiti variabili di sicurezza ed esattezza – potenzialmente *da chiunque* per il tramite della *corretta* interpretazione delle relative disposizioni. *Tutt'altra cosa* è riferirsi alle medesime entità (clausole generali) come a quelle (parti di) norme coincidenti con l'*uso* che *i soli giuristi* (e in particolare i giudici) concretamente fanno delle relative disposizioni, alle quali "conferirebbero" significato per il tramite della loro interpretazione applicativa.

Nella seconda concezione – che qui deliberatamente "stilizzo", opacizzando tutta una serie di importanti sfumature[115] – il diritto, pur avendo spesso come destinatari tutti i consociati, è essenzialmente affare dei giudici e dei giuristi che con questi comunicano e insieme a essi "amministrano" il relativo linguaggio[116]. La

[112] Credo che, assai significativamente, proprio questo sia l'assunto principale su cui convergono – pur nella diversità dell'impostazione – tre importanti studi costituzionalistici pubblicati in Italia negli ultimi anni: VIGNUDELLI 2011; CHESSA 2014; nonché LUCIANI 2016, 391-439.

[113] Cfr. RÜTHERS 2014.

[114] Ho tentato di evidenziare qualche motivo saliente della problematica in PEDRINI 2015b.

[115] Si considerino solo, nella più recente produzione in tema di teoria del diritto e dell'interpretazione, gravide di importanti ricadute sul tema qui discusso, le posizioni espresse in CELANO 2017 e LUZZATI 2017b.

[116] Cfr. JORI 2010, 65: «La strumentalità del linguaggio giuridico vuol dire che esso va considerato uno

teoria del diritto, pertanto, sarebbe *descrittiva* se (e *solo* se) si limitasse a censire avalutativamente quelle ascrizioni (pubbliche) di senso agli enunciati legislativi effettuate nella motivazione delle sentenze (e, mediatamente, nelle opere dei giuristi che su di esse possono influire)[117]. Partendo dal presupposto dell'inesistenza di un (unico) significato normativo precostituito all'interpretazione[118] e insieme ponendo l'accento sulle conseguenze anche semantiche della componente "istituzionale" e "autoritativa" del fenomeno giuridico[119], sarebbe lo stesso atteggiamento *wertfrei* a indirizzare lo scetticismo (moderato) in teoria dell'interpretazione verso approdi giusrealistici in teoria del diritto, valorizzando così l'analisi della (*rectius*: di una ben specifica) *pragmatica* giuridica: di ciò che i giuristi *effettivamente* fanno (*decidono* di fare) quando *dicono* di fare "interpretazione"[120].

Secondo la prima impostazione – viceversa – il diritto è considerato primariamente come una forma di comunicazione linguistica tra un emittente, il legislatore, e *tutti* i potenziali fruitori del suo messaggio prescrittivo: *inclusi* gli operatori giuridici professionali, ma *non escludendo* i comuni consociati. Le norme giuridiche, in linea di massima, coinciderebbero col significato dei documenti normativi scritti per come esso *oggettivamente* si genera secondo le regole convenzionali dell'ampia comunità linguistica sopra descritta[121]. All'interno di quest'ultima, i giudici non

strumento linguistico per esercitare la funzione normativa in un quadro di autorità di coazione. Per dirla in breve è fatto in modo da poter eventualmente essere usato in tribunale e da poter offrire una guida alla soluzione delle questioni in situazioni di acuto conflitto». V. più ampiamente, con ulteriori precisazioni, JORI 2016, *passim*.
Sulla pragmatica di Mario Jori e sulla sua complessità – che non consente di ridurre appieno l'amministrazione del linguaggio giuridico a quella dei soli giudici – cfr. ora anche LUZZATI 2016b, 83-112, nonché VELLUZZI 2016.

[117] Esemplare in tal senso è la posizione di GUASTINI 2014, 166: «Il realismo giuridico [...] pretende di descrivere (o, meglio, ricostruire teoricamente) le pratiche interpretative dei giudici e dei giuristi: ciò che giudici e giuristi effettivamente fanno»; nonché GUASTINI 2014, 167: «Se la giurisprudenza risolve in modo (più o meno) costante e (più o meno) uniforme una certa classe di controversie applicando la norma N – cioè usando n come *ratio decidendi* – allora la norma N è diritto vigente».

[118] Cfr. GUASTINI 2004, 49: «Se tutti i testi normativi sono, di fatto, interpretati in modi diversi, allora tutti i testi normativi sono suscettibili di interpretazioni diverse. [...] Pertanto, ogni testo normativo esprime, potenzialmente, non già un solo, univoco, significato, ma una pluralità di significati in competizione».

[119] Cfr. PINO G. 2013, 367: «È del tutto evidente che, essendo il diritto un fenomeno istituzionalizzato, all'interno di esso vi saranno certamente interpreti privilegiati delle direttive giuridiche, e che questi interpreti privilegiati sono gli organi dell'applicazione (tipicamente i giudici)». In argomento, con maggiore ampiezza di sfumature, v. ora anche PINO G. 2016, 45-49.

[120] ...ma che "interpretazione" in senso proprio non è: cfr. sempre GUASTINI 2014, 167: «Gran parte del diritto vigente è frutto non di interpretazione strettamente intesa (attribuzione di significato ad un testo normativo), ma di "costruzione giuridica": è, cioè, diritto creato, "costruito", dagli interpreti stessi».

[121] Cfr. VIGNUDELLI 2014b, 1039-1040: «In linguistica e in semiotica, invero, è proprio col concreto atto linguistico (enunciazione) attraverso il quale egli si rivolge a uno o più destinatarî (enunciatarî) che il parlante o lo scrivente (enunciatore) conferisce significato alle parole della lingua, utilizzando gli elementi del linguaggio in vista d'un risultato. Significato il quale, a scanso d'equivoci, non coincide (necessariamente) con quello che l'emittente (enunciatore) soggettivamente si figura di trasmettere per il tramite degli enunciati che egli utilizza, bensì con quello che tali enunciati oggettivamente assumono in

costituirebbero autorità epistemiche privilegiate, che plasmano il contenuto di senso degli enunciati legislativi nel momento in cui decidono autoritativamente casi concreti sulla base formale del diritto scritto[122]. Essi (giudici) sarebbero invece, semplicemente, organi che applicano proposizioni prescrittive più o meno *esattamente* ricostruite. Il riferimento alla "correttezza" delle operazioni interpretative e applicative[123], dal canto suo, essendo il riflesso dell'esistenza all'interno del linguaggio giuridico di quelle regole (sintattiche, semantiche ed eventualmente anche giuridiche) senza le quali esso non potrebbe neppure sperare di funzionare, non varrebbe come atteggiamento *ideologico*, ma costituirebbe piuttosto il concetto centrale di una autentica *metodologia* interpretativa[124].

Non serve andare oltre per riconoscere come si tratti di due chiavi di lettura molto diverse del fenomeno giuridico – distanti come il *calcolabile* dall'*incalcolabile*, per riprendere il titolo del recente studio di un illustre Autore[125] – ma entrambe utili per mettere in luce questioni e àmbiti essenziali di qualsiasi esperienza giuridica contemporanea. Proprio per questo la "scelta di campo" può risultare – e di fatto sovente si fa – assai difficoltosa, talora anche da un punto di vista "esistenziale". Per dirla sempre con Natalino Irti, infatti, «nessuno può sostituirci nella

rapporto alle specifiche circostanze d'enunciazione (tempo, spazio eccetera), alla luce delle regole convenzionali che rendono possibile e regolano la comunicazione nella comunità linguistica cui appartengono enunciatore ed enunciatario».

[122] Cfr. espressamente VIGNUDELLI 2011, 1202, dove (con riferimento alla Corte costituzionale, ma con argomento valido per qualsiasi organo giusdicente) si parla della «(falsa) credenza secondo cui quest'ultima godrebbe nel nostro ordinamento di chissà quali privilegî epistemici – scambiando l'autorità riconosciutale di risolvere in via esclusiva determinate tipologie di controversie sulla base del testo costituzionale con quella di "decidere" in via altrettanto esclusiva il significato delle relative disposizioni».

[123] Correttezza sulla quale insiste ora ampiamente VIGNUDELLI 2016; nonché VIGNUDELLI 2017.
Sempre sulla correttezza, sia pure in sensi non sempre del tutto coincidenti con quello indicato nel testo, è significativa anche la riflessione di Robert Alexy quando tratta dello "*Anspruch auf Richtigkeit*" connesso a ogni decisione giuridica. Circa il rilievo per cui tale pretesa di correttezza nel pensiero di Alexy non receda di fronte al diverso orientamento degli organi giusdicenti v. PEDRINI 2014, 161-162., nonché ALEXY 1994, 89, quando con riferimento alle norme che potrebbero essere ascritte alle disposizioni sui diritti fondamentali, si viene a precisare come «da un lato, entra in gioco un criterio empirico, dall'altro un criterio normativo. Chi afferma che le norme derivate dei diritti fondamentali sono norme di fatto ascritte dalla giurisprudenza e dalla scienza giuridica alle norme dei diritti fondamentali direttamente statuite sceglie un criterio empirico, che, tuttavia, non è appropriato alla prospettiva di una teoria giuridica dei diritti fondamentali. Per essa, è costitutiva la domanda quali ascrizioni possano essere *correttamente* compiute» (il che rinvia alla necessità di una argomentazione razionale, su cui cfr. ALEXY 1978, *passim* e più di recente ancora ALEXY 2003, 442, sulla necessità di una nozione non retorica di "correttezza").

[124] PINO A. 1996, 8: «La posizione ideologica ha la sua radice nel volere, in un mondo irrimediabilmente irrazionale e persegue determinate finalità; la regola metodologica si fonda sulla esigenza di stabilire il modo, con il quale trattare le asserzioni scientifiche. La ideologia nasconde e non descrive la realtà, che viene apprezzata con il fine di conservarla, o disprezzata con il fine di trasformarla, distruggerla o sostituirla. La metodologia attiene agli strumenti e alle tecniche elaborate per un corretto svolgimento del processo ricognitivo della realtà empirica e non ha nulla a che vedere neppure con il giudizio sulla maggiore o minore idoneità dei dati alla percezione e alla capacità esplicativa, né sulla selezione degli stessi».

[125] Cfr. IRTI 2016.

scelta della "*Grundnorm*", cioè di quel "Dio" weberiano, che assumiamo come dominatore del nostro cammino terreno»[126].

Si potrebbe essere tentati di proporre una "sintesi" che riconduca a "unità" una scienza giuridica oggi apparentemente divisa in "blocchi contrapposti"[127], se non fosse che troppo spesso in questo campo le sintesi si sono rivelate (e continuano a essere) soltanto l'anticamera di una maggior confusione. Tanto più che, almeno per alcuni aspetti, le due impostazioni paiono *logicamente incompatibili* dal punto di vista sia dei presupposti teorici, sia di quelli epistemologici. Almeno per ora, dunque, forse la soluzione migliore parrebbe quella di approfondire *entrambe* le direttrici di analisi *in parallelo*, evidenziando *espressamente*, problema per problema, la diversa qualificazione del materiale giuridico che esse offrono ed effettuando un confronto rigoroso circa la rispettiva utilità descrittiva ed euristica.

La prospettiva di un confronto critico, esplicito e razionalmente valutabile nei percorsi e negli esiti, dal canto suo, potrebbe quanto meno facilitare un temperamento di quell'approccio "dogmatico" – tanto più pericoloso poiché inconscio – che porta tuttora molti giuristi a considerare i propri presupposti d'analisi come le "uniche" vie possibili e "naturali" di studio del fenomeno giuridico. La pluralità metodologica interna, del resto, non è certo un'esclusiva delle discipline di studio giuridiche. Come ci ricorda Emanuele Severino, invero, «accade lo stesso per la scienza (non c'è "la" scienza, ma "le" scienze), per la religione, per l'arte, la politica; e non c'è nemmeno "la" matematica o "la" fisica. (Ma, poi, c'è "la" vita di uno o di un altro?)»[128].

Anche così, acquisire consapevolezza della "relatività" del proprio accostarsi al diritto ed essere disposti a discutere delle alternative forse non sarà comunque *facile*. Potrebbe però, se non altro, divenire più *semplice* laddove la scelta tra l'una e l'altra opzione non venga più percepita e prospettata come un semplice "salto nella fede", bensì come il frutto consapevole di un ragionamento stringente.

Dovesse mai realizzarsi tale augurio, anche la futura riflessione sulle clausole generali non mancherebbe di trarne ampio profitto.

[126] Cito da PEDRINI 2015c, 167.

[127] Su questa tematica v., da ultimo, i contributi raccolti in MANNELLA 2016. Sul valore della "sintesi" in teoria generale del diritto – seppure con parzialmente diversa afferenza materiale – già, sulle pagine di questa Rivista, VIGNUDELLI 2005, 113-114: «Nonostante le divergenze segnalate, esiste un certo grado di complementarità fra le diverse impostazioni (formalistiche ed antiformalistiche). Da una parte, l'indirizzo normativistico non è in grado di risolvere ogni questione relativa al fenomeno giuridico. [...] Dall'altra parte, l'indirizzo istituzionistico, se in qualche misura completa quello normativistico, non riesce a sostituirlo. Esso antepone alla regola il potere, ma, a meno di non volersi fermare alla considerazione del potere di fatto, deve porsi il problema della sua legittimazione. E come tracciare un solco definitivo fra potere di fatto e potere legittimo, se non all'insegna della regola, del dover essere?».

[128] Cfr. PEDRINI 2013b, 159.

Riferimenti bibliografici

ALEXY R. 1978. *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998 (ed. or. *Theorie der juristischen Argumentation,* Frankfurt, Suhrkamp, 1978, trad. it. di M. La Torre).

ALEXY R. 1994. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, il Mulino, 2012 (ed. or. *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, trad. it. di L. Di Carlo).

ALEXY R. 2003. *On balancing and subsumption. A structural comparison*, in «Ratio Iuris», 16, 4, 2003, 433 ss.

ALPA G. 2000. *Le formule aperte*, in ID. (ed.), *I precedenti. La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, 1, Torino, Utet, 2000, 103 ss.

ALSTON W.P. 1964. *Filosofia del linguaggio*, Bologna, il Mulino, 1971 (ed. or. *Philosophy of Language,* New Jersey, Prentice-Hall, 1964, trad. it. di G. Sandri e R. Simili).

APPEL I. 2006. *Konkretisierung rechtlicher Anforderungen durch technische Regeln*, in HENDLER R., MARBURGER P., REINHARDT M., SCHRÖDER M. (eds.), *Technische Regeln im Umwelt- und Technikrecht*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2006, 67 ss.

BARBERA A. 2016. *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano, Giuffrè, 2016.

BARBERIS M. 2000. *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, in «Ragion pratica», 14, 2000, 147 ss.

BARBERIS M. 2003. *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, Giappichelli, 2003.

BARBERIS M., VIGNUDELLI A. 2013. *"Nuovi" dialoghi sull'interpretazione*, Modena, Mucchi, 2013.

BREUER R. 1976. *Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch die Rechtsordnung*, in «Archiv des Öffentlichen Rechts», vol. 101, 1976, 46 ss.

CALAMANDREI P. 1920. *La Cassazione civile*, Torino, Fratelli Bocca, 1920.

CELANO B. 2017. *Due problemi aperti della teoria dell'interpretazione giuridica*, Modena, Mucchi, 2017.

CHESSA O. 2014. *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2014.

CHIASSONI P. 2011. *Le clausole generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica*, in «Giurisprudenza italiana», n. 7, (luglio) 2011, 1693 ss.

CRISAFULLI V. 1952. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952.

CURCURUTO F. 2017. *Le clausole generali davanti al giudice di legittimità*, in G. BRONZINI, R. COSIO (eds.), *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Milano, Giuffrè, 2017, 357 ss.

DENOZZA F. 2011. *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in «Rivista critica di diritto privato», 3, 2011, 379 ss.

DICIOTTI E. 1999. *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999.

DI MAJO A. 1984. *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in «Rivista critica del diritto privato», 1984, 539 ss.

DI MAJO A. 1988. *Delle obbligazioni in generale*, in GALGANO F. (ed.), *Commentario del Codice Civile Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del Foro Italiano, 1988, 1 ss.

DI MARZIO F. 2017. *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in D'AMICO G. (ed.), *Principi costituzionali e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 2017, 117 ss.

DONATI D. 1910. *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, Società editrice libraria, 1910.

ENGISCH K. 1968. *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1970 (ed. or. *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1968, trad. it. di A. Baratta e F. Giuffrida Répaci).

FABIANI E. 1999. *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, «standards» valutativi e principî generali dell'ordinamento*, in «Foro Italiano», 1, 1999, 3558 ss.

FABIANI E. 2003. *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, Utet, 2003.

FABIANI E. 2012. (voce) *Clausola generale*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, 5, Milano, Giuffrè, 2012, 183 ss.

FALZEA A. 1987. *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in «Rivista di diritto civile», 1, 1987, 1 ss.

FALZEA A. 1999. *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, 1, Milano, Giuffrè, 1999.

FERRAJOLI L. 1970. *Teoria assiomatizzata del diritto. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1970.

GROSSI P. 2003. *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

GROSSI P. 2006. *Società, diritto, Stato – Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006.

GROSSI P. 2016. *L'*invenzione *dell'ordine costituzionale: a proposito del ruolo della Corte*, in «Giustizia civile», 2, 2016, 237 ss.

GROSSI P. 2017. *Presentazione*, in D'AMICO G. (ed.), *Principi costituzionali e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 2017, IX ss.

GUARNERI A. 1999. *Le clausole generali*, in SACCO R. (ed.), *Trattato di diritto civile*, 2, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, Utet, 1999, 152 ss.

GUASTINI R. 2004. *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004.

GUASTINI R. 2014. *Brevi riflessioni post-congressuali sul realismo giuridico e i suoi critici*, in «Analisi e Diritto», 2014, 165 ss.

IRTI N. 2016. *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016.

JORI M. 2010. *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa, ETS, 2010.

JORI M. 2016. *Pragmatica giuridica*, Modena, Mucchi, 2016.

KUHN T.S. 1962. *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, Einaudi, 1999 (ed. or. *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, The University of Chicago Press, 1962, trad. it. di A. Carugo).

LIBERTINI M. 2011. *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in «Rivista critica del diritto privato», 3, 2011, 345 ss.

LUCIANI M. 2016. (voce) *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, IX, Milano, Giuffrè, 2016, 391 ss.

LUZZATI C. 1990. *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990.

LUZZATI C. 2012. *Prìncipi e princìpi. La genericità nel diritto,* Torino, Giappichelli, 2012.

LUZZATI C. 2013. *La "normalizzazione" delle clausole generali. Dalla semantica alla pragmatica*, in «Rivista critica del diritto privato», 31, 2, 2013, 163 ss.

LUZZATI C. 2016a. *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, Torino, Giappichelli, 2016.

LUZZATI C. 2016b. *La pragmatica di Mario*, in PINTORE A., ZORZETTO S. (eds.), *Studi di filosofia analitica del diritto per Mario Jori*, Napoli, ESI, 2016, 83 ss.

LUZZATI C. 2017a. *Clausole generali e princìpi. Oltre la prospettiva civilistica*, in D'AMICO G. (ed.), *Principi costituzionali e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 2017, 15 ss.

LUZZATI C. 2017b. *La teoria del diritto attraverso lo specchio*, Modena, Mucchi, 2017.

MAMMONE G. 2017. *Le clausole generali e il controllo giudiziale dei poteri datoriali*, in BRONZINI G., R. COSIO R. (eds.), *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Milano, Giuffrè, 2017, 333 ss.

MANNELLA F. (ed.). 2016. *Unità della scienza giuridica. Problemi e prospettive, Giornata di studi in onore di Margherita Raveraira*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

MENGONI L. 1986. *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in «Rivista critica di diritto privato», 1986, 5 ss.

MIANI CANEVARI F. 2017. *Interpretazione delle clausole generali*, in BRONZINI G., COSIO R. (eds.), *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Milano, Giuffrè, 2017, 305 ss.

MORVILLO M. 2016. *Incorporation of delegation? How technical "facts" shape legislative structures and processes*, *paper* presentato al ACELG PhD Workshop "The rule of law in the technological age", tenutosi ad Amsterdam il 3 novembre 2016.

PASSERINI GLAZEL L. 2005. *Pragmatica dell'atto giuridico e teoria della categorizzazione*, Macerata, Quodlibet, 2005.

PATTARO E. 2000. *Aspetti etici del concetto di standard giuridico*, in MODUGNO F. (ed.), *Esperienze giuridiche del '900*, Milano, Giuffrè, 2000, 115 ss.

PATTI S. 2016. *Ragionevolezza e clausole generali*, 2 ed., Milano, Giuffrè, 2016.

PEDRINI F. 2009. *Clausole generali e Costituzione. Una (prima) mappa concettuale*, in «Forum di Quaderni costituzionali», 2009, 1 ss.

PEDRINI F. 2012. *Clausole generali e Costituzione: considerazioni introduttive*, in «Quaderni costituzionali», 2, 2012, 285 ss.

PEDRINI F. 2013a. *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, Bononia University Press, 2013.

PEDRINI F. 2013b. *Colloquio su Filosofia e (Scienza del) Diritto. Intervista al Prof. Emanuele Severino*, in «Lo Stato», 1, 2013, 151 ss.

PEDRINI F. 2014. *Colloquio su Princìpi, Diritto e Giustizia. Intervista al Prof. Robert Alexy (Kiel, 27 febbraio 2014)*, in «Lo Stato», 2, 2014, 125 ss.

PEDRINI F. 2015a. *Clausole generali e principi costituzionali*, in «Forum di Quaderni costituzionali Rassegna», 2015, 1 ss.

PEDRINI F. 2015b. *Colloquio su Metodo, Interpretazione e* Richterstaat. *Intervista al Prof. Bernd Rüthers (Konstanz, 14 novembre 2015)*, in «Lo Stato», 5, 2015, 189 ss.

PEDRINI F. 2015c. *Colloquio su Diritto, Natura e Volontà. Intervista al Prof. Natalino Irti (Roma, 14 maggio 2015)*, in «Lo Stato», 4, 2015, 161 ss.

PEDRINI F. 2016. *Colloquio su Economia e (Scienza del) Diritto. Intervista al Prof. Alberto Quadrio Curzio (Roma, 25 maggio 2016)*, in «Lo Stato», 6, 2016, 137 ss.

PEDRINI F. 2017. *Contro "le clausole generali"* (sans phrase). *Precauzioni per l'uso d'una categoria dottrinale ancora troppo vaga*, in «Rivista AIC», 3, 2017, 1 ss.

PERELMAN C., VANDER ELST R. (eds.). 1984. *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1984.

PINO A. 1996. *La ricerca giuridica. Finalità, oggetto, metodo*, Padova, Cedam, 1996.

PINO G. 2010. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2010.

PINO G. 2013. *Di interpretazione e interpreti della Costituzione. Note a margine a "Interpretazione e Costituzione" di Aljs Vignudelli*, in «Diritto e Società», 2, 2013, 353 ss.

PINO G. 2014. *Nobile sogno o pia illusione? Teoria e politica dell'interpretazione giuridica, ovvero: altre glosse ad Aljs Vignudelli*, in «Lo Stato», 2, 2014, 197 ss.

PINO G. 2016. *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, ETS, 2016.

PLANGEMANN H., TIETZSCH R. (eds.). 1980. *"Stand der Wissenschaft" und "Stand der Technik" als unbestimmte Rechtsbegriffe*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1980.

POLACCO V. 1908. *Le cabale del mondo legale*, in *Atti del Regio Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti*, Venezia, 1908, 60 ss.

RODOTÀ S. 1991. *Le clausole generali*, in ALPA G., BESSONE M. (eds.), *I contratti in generale*, I, Torino, Utet, 1991, 406 ss.

ROSELLI F. 1983. *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, Jovene, 1983.

ROSELLI F. 1988. *Clausole generali: l'uso giudiziario*, in «Politica del diritto», 1988, 667 ss.

RÜTHERS B. 2012. *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 7 ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.

RÜTHERS B. 2014. *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden – Ein Essay*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.

RÜTHERS B., FISCHER C., BIRK A. 2015. *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 8 ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.

SALMONI F. 2001. *Le norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2001.

SARTORI G. 1987. *Elementi di teoria politica*, Bologna, il Mulino, 1987.

SARTORI G. 1997. Homo videns. *Televisione e post-pensiero*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

SARTORI G. 2011. *Logica, metodo e linguaggio nelle scienze sociali*, Bologna, il Mulino, 2011.

SCARPELLI U. 1962. *Filosofia analitica, norme e valori*, Milano, Edizioni di Comunità, 1962.

SCODITTI E. 2017. *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di Cassazione e* stare decisis, in D'AMICO G. (ed.), *Principi costituzionali e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 2017, 167 ss.

TARUFFO M. 1989. *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, Giappichelli, 1989, 311 ss.

TOLEDO C. (ed.) 2019a. *Direito, Razão e Institucionalização*, Rio de Janeiro, Editora Forense 2019.

TOLEDO C. (ed.) 2019b. *Reason and Institutionalization – Theory of Legal Argumentation, Theory of Fundamental Rights, Concept and Nature of Law*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2019.

VELLUZZI V. 2010. *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010.

VELLUZZI V. 2016. *Pragmatica del linguaggio giuridico e interpretazione*, in PINTORE A., ZORZETTO S. (eds.), *Studi di filosofia analitica del diritto per Mario Jori*, Napoli, ESI, 2016, 321 ss.

VIGNUDELLI A. 2005. *Enigmistica interpretativa o interpretazione chiromantica? (ovvero: norma positiva tra Machiavelli, ninfa Egeria e* damnatio memoriæ*)*, in «Diritto e Questioni Pubbliche», 5, 2005, 111 ss.

VIGNUDELLI A. 2011. *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011.

VIGNUDELLI A. 2013. *"Non lo fo' per piacer mio...". Brevi osservazioni (e qualche ulteriore quesito) sull' "insostenibile" avalutatività dell'interpretazione giuridica*, in «Diritto e Società», 3, 2013, 559 ss.

VIGNUDELLI A. 2014a. *"Rigore è quando arbitro fischia"? Ovvero: (anche) con Pino monologo spesso*, in «Lo Stato», 2, 2014, 211 ss.

VIGNUDELLI A. 2014b. *Come un* post scriptum. *"Interpretazione e Costituzione" tra* Prequel *e* Sequel, in «Diritto e Questioni Pubbliche», 14, 2014, 1013 ss.

VIGNUDELLI A. 2016. *"Quant'è bella correttezza, che si fugge tuttavia...". Parte prima. Presupposti teorici e metodologici*, in «Diritto e Questioni Pubbliche», 16, 1, 2016, 233 ss.

VIGNUDELLI A. 2017. *"Quant'è bella correttezza, che si fugge tuttavia...". Parte seconda. Dinamica giuridica*, in «Diritto e Questioni Pubbliche», 17, 1, 2017, 351 ss.

VILLA V. 2016. *Disaccordi interpretativi profondi*, Modena, Mucchi, 2016.

ZITELMANN E. 1879. *Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1879.

ZUMSTEIN B. 2001. *Die Anwendung der ästhetischen Generalklauseln des kantonalen Baurechts*, St. Gallen, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, 2001.

WENDT O. 1906. *Die exceptio doli generalis im heutigen Recht*, in «Archiv für die civilistische Praxis», 1906, 1 ss.

WURZEL K.G. 1924. *Das juristische Denken*, 2 ed., Wien-Leipzig, Moritz Perles, 1924.

STUDI

SULLA DISMISURA.

UNA LETTURA DELL'*ANTIGONE* DI SOFOCLE

ALBERTO **ANDRONICO**

&dq

Sulla dismisura.
Una lettura dell'*Antigone* di Sofocle

Out of Measure.
A Reading of Sophocles' *Antigone*

ALBERTO ANDRONICO

Professore Ordinario di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Catania.
E-mail: andronico@lex.unict.it

ABSTRACT

Sono in tanti ad aver visto nell'*Antigone* di Sofocle l'esposizione, in forma archetipica, dell'eterno conflitto fra l'universale valore delle leggi di natura e la contingente validità del diritto posto da chi si trova a detenere il potere. Questo saggio intende mettere in discussione questa lettura, ancora piuttosto diffusa, sottolineando come il senso tragico dello scontro tra Antigone e Creonte risieda, piuttosto, nella radicale incommensurabilità dei loro discorsi, irriducibili a una sfera comune, sia essa quella del diritto, dell'etica o della politica.

Sophocles' *Antigone* has been understood by many as the archetypal account of the eternal conflict between the universal value of natural laws and the contingency of law enacted by those in power. This article challenges this rather widespread reading. Rather, it emphasizes that the tragic nature of the conflict between Antigone and Creon resides in the radical incommensurability of their discourses, which are irreducible to a common sphere – be it that of law, ethics or politics.

KEYWORDS

ordine, legge, potere, giustizia, saggezza, conflitto

order, law, power, justice, wisdom, conflict

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Sulla dismisura
Una lettura dell'*Antigone* di Sofocle

ALBERTO ANDRONICO

1. *Ancora (e sempre)* – 2. *Una città che si fa teatro* – 3. *Una donna e una sorella* – 4. *Un re* – 5. *La famiglia e la città* – 6. *Un padre e un figlio* – 7. *La cecità del potere* – 8. *Una lezione di morale* – 9. *Una contraddizione immanente* – 10. *Le costanti del conflitto* – 11. *Un desiderio atroce* – 12. *Lo spettro di Antigone*.

> «L'opera d'arte non è per sé così naturale: è invece essenzialmente una domanda, un'apostrofe rivolta a un cuore che vi risponde, un appello indirizzato all'animo e allo spirito»
> G.W.F. HEGEL, *Estetica*

1. *Ancora (e sempre)*

Se l'ha detto Hegel, forse c'è da fidarsi: «Di tutti i capolavori del mondo antico e moderno – li conosco più o meno tutti ed ognuno dovrebbe e potrebbe conoscerli – l'*Antigone* mi pare per quest'aspetto come l'opera d'arte più eccellente e più soddisfacente»[1]. Quale sia questo aspetto cercheremo di capirlo più avanti. Ma intanto questo passo di Hegel è sufficiente a giustificare il motivo per cui ha ancora (e sempre) senso chinarsi sull'*Antigone*. Perché è un capolavoro. Forse persino il più grande capolavoro che lo spirito umano abbia mai prodotto. È un testo in cui c'è tutto, infatti. O meglio, per dirla con George Steiner, un altro di cui ci si può fidare: «tutte le costanti principali del conflitto presente nella condizione umana»[2]. E anche su questo avremo modo di ritornare. Ma c'è (almeno) anche un'altra ragione che rende pressoché inevitabile il passaggio attraverso questo testo in un momento in cui gli studi di diritto e letteratura sembrano finalmente godere di una certa fortuna. Una ragione che ha a che fare con la congiunzione – diritto *e* letteratura, appunto – fra queste due forme del discorso. Questa congiunzione, infatti, per noi è prima di tutto una disgiunzione. È una congiunzione che sconta, come necessario presupposto, la costituzione di questi due differenti oggetti del sapere nella loro specifica differenza. Da un lato il diritto, appunto. Dall'altro, la letteratura. E poi, soltanto dopo, una riflessione sulla loro relazione[3].

[1] HEGEL 1955, 1361.
[2] STEINER 1984, 260.
[3] Riprendo qui il rilievo critico rispetto ai «modi prevalenti di concepire il movimento *diritto e letteratura*» efficacemente articolato da Paolo Heritier (HERITIER 2014, 56 ss.).

Bene, una prima cosa da tenere presente quando si prende in mano un testo come quello di Sofocle – e in generale quando ci si confronta con il pensiero greco – è che questa differenza fra diritto e letteratura è tutt'altro che originaria. È il caso di sottolinearlo, prima ancora di cominciare, nel modo più chiaro possibile: Sofocle – così come Eschilo ed Euripide, del resto, e lo stesso varrà ancora per Platone o Aristotele, tanto per fare altri due nomi – non conosceva il diritto così come lo intendiamo noi e il suo lavoro non appartiene a quello che per noi è il campo della pura e semplice letteratura. Quando noi parliamo di diritto, parliamo la lingua dei Romani, e non dei Greci[4]. E la stessa cosa vale per la letteratura: quando parliamo di letteratura, tendiamo a usare le categorie del romanzo moderno e parliamo semmai la lingua di Cervantes o di Defoe, e non quella di Omero. Particolare importante. Se non altro perché ci consente di evitare, fin da subito, un paio di equivoci. Il primo, piuttosto diffuso, è quello di ritenere che nello scontro tra Creonte e Antigone sia in gioco l'annosa questione dei rapporti tra diritto positivo e diritto naturale, o peggio tra diritto e morale. Il secondo, ormai decisamente meno diffuso, è quello di pensare che andare a teatro per un greco del V secolo a.C. fosse (soltanto) un modo di divertirsi e che i testi di Eschilo, Sofocle o Euripide fossero scritti per essere "letti" così come li leggiamo noi, oggi, nel contesto di un'aula universitaria o magari, in solitudine, nel silenzio di una stanza.

In questa sede, evidentemente, a noi interessa smontare in particolare il primo di questi due equivoci. Ma è dal secondo che è bene prendere le mosse, anche a costo di risultare didascalici, giusto per cominciare a capire – nei limiti del possibile – di cosa stiamo parlando.

2. *Una città che si fa teatro*

Nei limiti del possibile, ho detto. E in effetti una cosa di cui tenere conto, per quanto ovvia, è questa: per molti versi noi siamo ancora Greci – le nostre radici sono lì, non c'è dubbio: ad Atene (e a Gerusalemme, potremmo aggiungere con Leo Strauss) – ma per molti altri non lo siamo più, e non solo perché ci dividono duemilacinquecento anni di storia. Insomma, nonostante le apparenze, capire i Greci è tutt'altro che facile. Anzi, per certi versi, è persino impossibile. C'è qualcosa del loro mondo che è andato irrimediabilmente perduto. E una delle cose più difficili da capire è proprio il significato da loro attribuito alle rappresentazioni tragiche e il ruolo delle feste all'interno delle quali venivano messe in scena. Beninteso, sappiamo molto. Sappiamo quando, come e dove si svolgevano i concorsi tragici, perché tali erano, sappiamo che la scelta dei poeti spettava all'Arconte

[4] Per tutti, cfr. SCHIAVONE 2017 e BRETONE, TALAMANCA 2015.

supremo, peraltro sorteggiato (almeno a partire dal 481), a cui spettava anche la designazione dei coreghi (i conduttori del coro) che si occupavano della formazione della compagnia, conosciamo le complesse modalità di composizione della giuria e sappiamo anche come veniva scelto il vincitore. Ci sfugge, però, la loro esperienza. Quel che si suole definire come "aura tragica".

Una cosa, comunque, è certa: sembra proprio che nel V secolo a.C. Atene avesse bisogno della tragedia, nella stessa misura in cui per essa erano necessarie tutte le altre istituzioni della sua nascente democrazia, come l'Assemblea Popolare e il Consiglio dei Cinquecento, giusto per fare un paio di esempi. E questo "bisogno" lo si può spiegare così. Il V secolo a.C. in Grecia si apre con le Guerre Persiane e si chiude con la Guerra del Peloponneso. Questa è la grande (e tutto sommato breve) stagione dei poeti tragici. Ed è in questa stagione che Atene diventa l'Atene che conosciamo: non più una città relativamente insignificante, quale era nel periodo arcaico, ma appunto una città «affascinante, temuta, ammirata; per molti un fenomeno sicuramente difficile da comprendere»[5]. Per molti e innanzitutto, è il caso di sottolinearlo, per i suoi stessi cittadini. È un intero orizzonte di senso, infatti, a essere messo in discussione dalla rapida – per non dire improvvisa – esplosione della potenza di Atene. Si aprono nuovi spazi e inaudite possibilità d'azione e di pensiero, che non trovano più nel passato la loro misura. Per la prima volta nella storia dell'umanità, una città è nelle mani dei suoi cittadini. E non una città qualunque, ma la più potente del mondo greco. E il potere, si sa, seduce. E disorienta, anche (se non soprattutto) coloro che lo esercitano. Da qui l'esigenza di costruire un nuovo "sapere nomologico", per dirla con Max Weber, attraverso le lenti di un tempo, quello dell'universo mitico, certo sempre più lontano, ma non ancora puramente e semplicemente passato.

Del resto, è vero che la tragedia nasce quando si comincia a guardare il mito con gli occhi del cittadino, per usare una efficace espressione di Walter Nestle, ripresa da Jean-Pierre Vernant[6]. Ma è anche vero che si comincia a guardare il mito con gli occhi del cittadino quando nasce la tragedia. È proprio questo sguardo, infatti, che la tragedia contribuisce a mettere in forma. Nella cornice delle feste è la città stessa che si fa teatro, diventando pubblicamente oggetto di rappresentazione negli stessi spazi e secondo le stesse norme delle assemblee e dei tribunali popolari e affrontando così i suoi fantasmi. Primo fra tutti, quello relativo al posto dell'uomo nel cosmo: alla sua natura, alle sue possibilità, ai suoi doveri e ai limiti delle sue azioni. «Molte potenze sono tremende (*deinà*) ma nessuna lo è più dell'uomo», dice il Coro in apertura del primo stasimo dell'*Antigone*[7]. Ed è difficile immaginare un modo migliore per introdurre questo fantasma. L'uomo è la cosa più tremenda: *deinoteron*.

[5] MEIER 1998, 11.
[6] Cfr. VERNANT 1972, 12.
[7] SOFOCLE 2007, 13.

Suscita stupore, meraviglia, ammirazione, ma anche paura e sgomento. Il *deinos* dei Greci, termine emblematicamente polisemico, contiene tutti questi sentimenti[8]. Proprio come l'uomo, la cui potenza provoca tutto ciò: meraviglia, certo, ma anche spavento. E il fatto che Sofocle lo faccia dire al Coro è tutt'altro che casuale. Qui è la città che parla e che si interroga. Alla ricerca, appunto, di un nuovo sapere capace di inquadrare questa ambigua potenza e di dare senso alle sue azioni.

3. *Una donna e una sorella*

«Una città senza misura che dà la misura», insomma, questa è l'Atene del V secolo a.C.[9]. Ed è proprio la questione della "misura" che costituisce una delle chiavi d'accesso privilegiate per entrare nella lettura dell'*Antigone*, come risulta evidente fin dal prologo. Antigone ha appena comunicato a sua sorella l'intenzione di dare sepoltura al cadavere di Polinice, violando l'editto di Creonte, ed ecco la risposta di Ismene:

> «Siamo nate donne e contro gli uomini non possiamo combattere; siamo dominate da chi ci è più forte. È necessario obbedirgli a costo di dolori anche più grandi. Io dunque pregherò quelli di sotterra di perdonarmi, perché costretta obbedisco a chi ha raggiunto il potere. Nessun senno è nel compiere gesti oltremisura»[10].

È la risposta di una donna pavida, certo. Ma si farebbe torto alla figura di Ismene se la si riducesse a questo carattere. Prima ancora di essere una donna pavida, infatti, Ismene è una donna. È una donna che esorta la sorella ad agire da donna. È innanzitutto la voce di una misura, Ismene. O meglio: di una delle misure introdotte e messe in questione sulla scena. Una donna deve agire da donna. E non da uomo, sfidando altri uomini. Questa è la misura di Ismene. Una misura alla luce della quale il proposito di Antigone non può che apparire folle: oltremisura, appunto. Antigone vuole l'impossibile, secondo Ismene: vuole agire da uomo, questo è il suo errore e questa è la sua colpa.

> «ISMENE: Impossibili imprese tu ami.
> ANTIGONE: Ebbene, quando non reggerò più, lì mi fermerò.

[8] Indimenticabile la lettura del primo coro dell'*Antigone* offerta da Martin Heidegger (HEIDEGGER 1953, 154 ss.). Si veda anche quanto scritto da Francesco Cavalla: «L'inquietante per eccellenza sorpassa ogni confine e in questo suo agire si espone per il bene o per il male. E per il bene della civiltà agirà se saprà tenere insieme le leggi umane con la giustizia degli dei. Dove (secondo noi) leggi terrene sono tanto quelle positive quanto quelle consuetudinarie mentre la giustizia divina superiore [...] non ha un contenuto determinato e astorico, ma è quella che impone comunque di accordare gli opposti» (CAVALLA 2017, 201).

[9] MEIER 1998, 12.

[10] SOFOCLE 2007, 6.

ISMENE: È fin dall'inizio che non conviene andare a caccia dell'impossibile»[11].

L'impossibile, dunque. Ecco cosa vuole Antigone agli occhi della sorella[12]. Qui risiede la sua *hybris*: nel volere l'impossibile, violando una misura, quella della differenza di genere. Già nel prologo si intravede, così, una delle poste in gioco dell'intera tragedia: si tratta di capire quale sia la giusta misura. Alla misura di Ismene, infatti, Antigone ne contrappone un'altra, quella del *ghenos*, i cui contorni risulteranno ancora più chiari nel suo celebre scontro con Creonte, rivelandosi peraltro – ma questo lo vedremo più avanti – come una misura strutturalmente smisurata. Così, intanto, Antigone si rivolge alla sorella nei versi che aprono la tragedia:

> «O volto di Ismene, sorella, sangue mio, sai se vi è un male tra quelli della stirpe di Edipo che Zeus debba ancora infliggerci in vita?»[13].

Si rivolge alla sorella, Antigone: al sangue del suo sangue. Ed è a questa misura che fa appello: a quella del sangue e del legame familiare. Prima ancora di essere donne, loro sono le sorelle di Polinice. È questa la ragione per cui devono dare al suo corpo una giusta sepoltura. Non importa se per far questo dovranno agire da uomini, violando l'editto di un uomo. Fin dall'inizio, insomma, sono due misure a contendersi il campo. E si capisce subito quanto sia difficile sceglierne una. Soprattutto se riusciamo a mettere tra parentesi la nostra attuale sensibilità, che altro non è se non un'ulteriore misura, che ci porta a prendere istintivamente le parti dell'eroica Antigone a spese della pavida Ismene. A ben vedere, infatti, qui non è in gioco (semplicemente) lo scontro tra una donna vile e una donna coraggiosa. Ma quello tra una donna che rivendica innanzitutto il suo essere donna e una donna che si presenta innanzitutto come sorella, prima ancora che come donna.

4. *Un re*

Una donna e una sorella, dunque. E un re, Creonte, che entra in scena con queste parole:

[11] SOFOCLE 2007, 7.

[12] Da ricordare quanto scritto da Umberto Curi nella prima parte del suo bellissimo *Endiadi*, significativamente intitolata *La sapienza di Ismene*: «Il contrasto tra le due donne non si colloca [...] sul piano della condotta pratica, né su quello della visione morale, ma su quello assai più importante (anche perché preliminare e imprescindibile, rispetto alle scelte pratiche) della comprensione di ciò che è davvero "possibile" fare per coloro che siano in qualche modo collegati con i *kaka* "provenienti da Edipo", e più ancora del riconoscimento della propria *moira*» (CURI 2015, 16).

[13] SOFOCLE 2007, 5.

> «Uomini, dopo averla scossa a grandi ondate, di nuovo gli dèi hanno posto su saldo piede la città, e io a voi ordinai di venire per parlare faccia a faccia, sapendo che sempre avete onorato il potere regale della stirpe di Laio, e anche quando Edipo, salvatore della città, crollò a terra distrutto, voi siete rimasti intorno ai suoi figli con pensieri costanti. Ora, poiché quelli in un sol giorno per duplice sorte morirono, colpiti, battuti da reciproca mano, per il miasma che è della stirpe, mio è ora il comando, io assumo tutti i poteri, per parentela stretta agli uccisi»[14].

Così Creonte si presenta alla città. Si è compiuta la maledizione di Edipo: Eteocle e Polinice sono morti, l'uno per mano dell'altro. E ora è a lui, fratello di Giocasta, che spetta il comando. Legittimamente: «per parentela stretta agli uccisi». Attenzione: non sono le parole di un tiranno cattivo, meno che mai di un usurpatore. Al contrario, qui è un re che parla. E che, per prima cosa, giustifica il suo potere. Spiega alla città perché è lui che ora *deve* comandare. Spiega, insomma, per dirla con Anouilh, perché è a lui che spetta ora il compito di giocare al «gioco difficile di guidare gli uomini»:

> «Quell'uomo robusto, coi capelli bianchi, che medita là accanto al suo paggio, è Creonte. È il re. Ha delle rughe, è stanco. Gioca al gioco difficile di guidare gli uomini. Prima, al tempo di Edipo, quando non era che la prima personalità della corte, amava la musica, le belle legature, le lunghe passeggiate oziose dai piccoli antiquari di Tebe. Ma Edipo e i suoi figli sono morti. Ha lasciato i suoi libri, i suoi oggetti, si è rimboccato le maniche e ha preso il loro posto. Qualche volta, la sera, è stanco, e si domanda se non sia vano guidare gli uomini. Se quello non è un compito sordido da lasciare ad altri, più rudi... E poi, al mattino, si presentano dei problemi precisi, che bisogna risolvere, e si alza, tranquillo, come un operaio sulla soglia della sua giornata»[15].

Piccola parentesi. Jean Anouilh scrive la sua *Antigone* nel 1942, in Francia, durante l'occupazione tedesca, riuscendo a portarla in scena soltanto un paio d'anni dopo. È una versione ampiamente discussa. E indubbiamente discutibile: anche per l'ambientazione, palesemente modernizzata, oltre che per le tante altre libertà che Anouilh si concede rispetto al testo sofocleo, soprattutto sul piano della ricostruzione dei vari caratteri[16]. Eppure, nonostante queste licenze, o forse proprio grazie a queste, in questa versione risuona qualcosa di arcaico. In particolare, Anouilh riesce come pochi altri a rendere ragione all'originaria complessità della figura di Creonte. Ripetiamolo: non siamo in presenza di un tiranno cattivo, ma di un

[14] SOFOCLE 2007, 9.
[15] ANOUILH 2000, 64.
[16] Oltre all'introduzione di Maria Grazia Ciani al volume appena citato (CIANI 2000, in particolare 12-15), cfr. PUPPO 2004, 125-148. Imprescindibile, inoltre, il rinvio all'ampia e dettagliata ricostruzione delle varie riletture della figura di Antigone offerte nel corso della storia effettuata da MOLINARI 1977 (su Anouilh, cfr. in particolare 152-159).

uomo che si trova a occupare un posto, quello del re, e che cerca di svolgere nel modo migliore possibile l'ingrato compito che gli è stato concesso in sorte: guidare la propria città. Almeno all'inizio, potremmo aggiungere. Perché, in effetti, arriverà un momento in cui Creonte diventerà davvero quel tiranno cattivo consegnatoci dalla tradizione, smarrendo la misura delle sue azioni. Ma ancora è presto per parlarne. Per ora, accontentiamoci di notare questo: quella di Creonte, a differenza delle altre, è una figura in movimento[17]. Tutte le altre, Antigone compresa, usciranno dalla scena nello stesso modo in cui sono entrate. Quella di Creonte, no. Chiusa parentesi.

Ritornando al testo originale, ecco come continua il primo discorso del re alla città:

> «Impossibile conoscere in un uomo l'anima, il pensiero, il sapere, prima che si manifesti nell'esercizio del potere, nel promulgare le leggi. A me perciò chiunque non si conforma alle risoluzioni migliori, non voglia far fiorire grande la città, ma per qualche paura tenga chiusa la bocca, pessimo appare ora come prima. E chiunque ritenga un suo caro valere più della patria, costui dico essere nulla»[18].

C'è tutta *la fragilità del potere* in gioco in queste parole, per usare un'espressione di Bruno Montanari[19]. A essere messo a nudo dal potere è, innanzitutto, chi lo esercita. È in queste occasioni che un uomo si manifesta pienamente per quello che è, esponendosi al giudizio della città. Si tratta, dunque, di assumere e di conformarsi alle «risoluzioni migliori». E per capire quali siano c'è bisogno di una misura. Quella di Creonte è: la città. Non quella di una donna, né quella di una sorella (o di un fratello o di uno zio), ma quella di un re.

> «Perciò io, lo sappia Zeus onniveggente sempre, non tacerò l'accecamento che incombe sui cittadini contro la loro salvezza, né potrà mai essermi amico chi disfa la patria, questo sapendo: che essa sola ci salva. Su questa dritta rotta navigando noi ci facciamo gli amici, e io sul fondamento di tali leggi farò grande la città»[20].

[17] Come magistralmente sottolineato da Eugenio Ripepe, infatti: «Alla luce della sensibilità moderna [...] il vituperato, e per più d'un aspetto (ma non sotto ogni aspetto) vituperevole Creonte è personaggio ben più complesso e, dal punto di vista drammaturgico, interessante, dell'eroina eponima dell'Antigone, il cui stesso attaccamento incrollabile alle proprie convinzioni rischierebbe di tradursi nell'unidimensionalità di un carattere irrimediabilmente monocorde, se non soccorresse la maestria di Sofocle a darle spessore umano attribuendole, se non qualche ripensamento, almeno qualche angoscioso smarrimento» (RIPEPE 2001, 677 s.). Tanto che si potrebbe persino ritenere, aggiunge Ripepe in questo raffinatissimo testo, «con una minima forzatura dovuta più a necessità di sintesi che ad amor di tesi, che *Antigone* è in realtà la tragedia di Creonte» (RIPEPE 2001, 678).

[18] SOFOCLE 2007, 9.

[19] Cfr. MONTANARI 2013. Approfitto di questa nota per ricordare anche un lavoro che Bruno Montanari ha dedicato qualche anno fa proprio alla lettura dell'*Antigone*, costante riferimento delle pagine che seguono: MONTANARI 1993, 27-54.

[20] SOFOCLE 2007, 9.

Dopo avere giustificato il suo potere, Creonte espone così – potremmo dire – il suo programma di governo: fare grande la città. Entra in scena, in tal modo, una terza misura. Una misura immediatamente *politica*, stavolta, che proprio la tragedia comincia a mettere in forma, nel momento stesso in cui la sottopone a una radicale interrogazione. Sarà Aristotele a illustrarne, a distanza di un centinaio di anni, l'importanza:

> «Nell'ordine naturale la città precede la famiglia e ciascuno di noi. Infatti *il tutto precede necessariamente la parte*, perché, tolto il tutto, non ci sarà più né piede né mano, se non per omonimia, che si ha, per esempio, quando si parla di una mano di pietra; ma questa in realtà è una mano morta. Infatti tutte le cose sono definite dalla funzione che compiono e dalla loro potenza, sicché non possedendo più né l'una né l'altra, non potranno più essere dette le stesse di prima se non per omonimia. È dunque chiaro che *la città è per natura* e che è *anteriore all'individuo* perché, se l'individuo preso da sé, non è autosufficiente, sarà rispetto al tutto nella stessa relazione in cui lo sono le altre parti. Perciò chi non può entrare a far parte di una comunità o chi non ha bisogno di nulla, bastando a se stesso, non è parte di una città, ma o una belva o un dio. Per natura dunque c'è in tutti lo stimolo a costituire una siffatta comunità: chi per primo l'ha fondata è stato la causa dei maggiori beni»[21].

Due punti vanno sottolineati. Primo: la città è un'istituzione naturale, perché naturali sono le comunità che la compongono e di cui costituisce il fine, vale a dire la famiglia e i villaggi. Secondo: la città precede i cittadini, perché il tutto precede necessariamente la parte. A proposito della difficoltà di entrare nel mondo dei Greci di cui ho parlato all'inizio, eccone qui una prova. Per noi, infatti, figli di Thomas Hobbes (e di René Descartes), è vero il contrario: non è il tutto a precedere le parti, ma le parti a precedere il tutto. Prima viene l'uomo, insomma, poi lo Stato, fatto peraltro a immagine e somiglianza dei suoi artefici. L'ordine politico è un prodotto puramente artificiale. Questo insegna la scienza politica moderna, che trova appunto in Hobbes uno dei suoi principali inventori. Bene, nulla di più lontano dalla *Politica* aristotelica. In questa cornice, lo ripeto, la città è un'istituzione naturale che precede – assiologicamente, se non cronologicamente – i cittadini perché solo all'interno di una *polis* bene organizzata è possibile vivere bene ed essere felici. Solo all'interno di una *polis* bene organizzata, infatti, un uomo può davvero sviluppare la propria potenza: quella di essere per natura uno *zoon politikon* in quanto *logon echon*[22]. Ed è all'interno di questa architettura concettuale – dove

[21] ARISTOTELE 2002, 79 (corsivi miei).

[22] Per una ricostruzione complessiva del pensiero aristotelico è sufficiente, in questa sede, rinviare all'esemplare lavoro introduttivo di Enrico Berti (BERTI 2012). Un puntuale approfondimento della concezione aristotelica della giustizia, quale virtù eminentemente sociale, è offerto da ZANETTI 1993a. Sempre di Gianfrancesco Zanetti è da segnalare, inoltre, con specifico riferimento all'*Antigone* di Sofocle: ZANETTI 1993b, 99-151.

peraltro la natura è da intendersi alla stregua di un *fine* e non di un *dato*, come insegna sempre Aristotele[23] – che si comprende la misura di Creonte. Bisogna proteggere innanzitutto la città perché la città è più importante dei singoli cittadini, fratelli o sorelle che siano poco importa.

La città è come una nave, dice Creonte, sulla quale i cittadini sono imbarcati. E il compito di un buon re è quella di governarla bene, per non farla affondare. Da qui la sua decisione. Sia data giusta sepoltura a Eteocle, che ha difeso la città. E sia lasciato insepolto Polinice, che l'ha messa in pericolo. La misura, appunto, è la salvezza della *polis*. E il coro, almeno in un primo momento, asseconda il re. Non Antigone, però, che ha già scelto un'altra misura: agirà da sorella, seguendo l'ordine dell'*oikos*, e non quello della *polis*.

5. *La famiglia e la città*

Oikos e *polis*. Ecco le due misure che si fronteggiano nello scontro tra Antigone e Creonte, che per molti versi costituisce il fulcro della tragedia. Almeno se si vuole ancora dare ascolto alla grande lezione hegeliana. Scontro, ho detto, non dialogo. A ben vedere, infatti, il grande assente in tutta l'*Antigone* è proprio il dialogo, se non altro se lo intendiamo nei termini di un agire orientato all'intesa[24]. Non è un dialogo quello tra Antigone e Creonte, così come non è stato un dialogo quello tra le due sorelle che ha aperto la tragedia e così come – lo vedremo – non sarà un dialogo quello tra Creonte e suo figlio Emone che ne preparerà la chiusura. Ciò che manca è la reciproca disponibilità a intendere le ragioni dell'altro. E, ben più radicalmente, una comune misura. Una misura terza rispetto a quelle che di volta in volta si contendono l'intero campo. Detto altrimenti: non c'è un unico *logos* attraverso il quale (*dia*–) si sviluppano le differenti posizioni, quanto piuttosto differenti interpretazioni di ciò che il *logos* è. E soprattutto di quale sia il "vero" *nomos*: la giusta misura, appunto[25]. Qui risiede, peraltro, sia detto per inciso, il carattere autenticamente

[23] «Ogni città è un'istituzione naturale, se lo sono anche i tipi di comunità che la precedono, in quanto essa è il loro fine e *la natura di una cosa è il suo fine* (*télos*); cioè diciamo che la natura di ciascuna cosa è quello che essa è quando si è conclusa la sua generazione, come avviene per l'uomo, il cavallo, la casa» (ARISTOTELE 2002, 77, corsivi miei). Sul tema, cfr. RIEDEL 1975 e BIEN 1985.

[24] Ovvio il riferimento a HABERMAS 1981 e HABERMAS 1983.

[25] Lo spiega bene, con un registro efficacemente didattico, Giovanni Magrì: «Tragedia vuol dire anzitutto che il problema è realmente tale, che non ha una soluzione precostituita: che l'uomo, pur sapendo che una misura oggettiva della giustizia c'è, non *sa* quale sia la cosa giusta da fare *qui* e *ora*, e tuttavia si trova costretto ad *agire*, davanti all'imperiosa necessità di una situazione in cui anche il rifiuto di decidere varrebbe propriamente *scelta* (di non agire) e lo chiamerebbe a responsabilità, perché anch'esso non resterebbe privo di conseguenze. Ancora più a fondo, l'elemento tragico sta tutto qui: che io non so *quale* sia l'ordine, ma so *che* l'ordine c'è, e lo so perché le conseguenze dell'atto che scelgo di compiere, quale che sia, verranno, inesorabili» (MAGRÌ 2012, 71 s.).

tragico della vicenda: proprio nell'assenza di ogni possibile mediazione. Del resto, si sa, non c'è *logos* senza *polemos*. E nessuno lo spiega meglio di Sofocle.

Antigone viola quindi il decreto di Creonte, rendendo gli onori funebri al cadavere di Polinice. Lo fa apertamente, alla luce del mezzogiorno. Viene condotta al cospetto del re. Ed ecco come la accoglie Creonte, dopo avere ascoltato il racconto della guardia che l'ha colta sul fatto, sulla quale peraltro gravavano i primi sospetti:

> «CREONTE: E tu, tu che pieghi il volto a terra, parla: confessi il fatto o lo neghi?
> ANTIGONE: Sì, lo affermo, io l'ho fatto e non lo negherò certo.
> CREONTE: Ora vattene, servo, dove vuoi; sei libero dalle pesanti accuse.
> E tu dimmi, senza giri, in breve: sapevi che era stato proibito per mio decreto di farlo?
> ANTIGONE: Lo sapevo. Come potevo non saperlo? Era bando pubblico.
> CREONTE: E hai osato ugualmente trasgredire la mia legge (*nomous*)?»[26].

Fermiamoci un attimo. Creonte è un re che ha appena emanato un editto dicendo che chiunque oserà violarlo sarà spietatamente punito con la morte. Ed ecco che al suo cospetto gli viene presentata Antigone, sua nipote, la figlia di sua sorella. Complicazione non da poco. Uno zio si trova a dover giudicare una nipote. Ed è proprio come zio, piuttosto che come re, che Creonte sembra in un primo momento accogliere Antigone. Dopo la prima confessione di Antigone, Creonte infatti allontana la guardia, quasi a voler cercare una soluzione lontano da occhi indiscreti. È uno zio che tende una mano alla nipote, forse persino augurandosi che faccia un passo indietro. Ma Antigone la rifiuta sdegnosamente, rivendicando con caustico orgoglio il proprio gesto. L'opposizione (*anti–*) è inscritta nel suo stesso nome. E lei ha già deciso di restare fedele al suo destino sino alla fine. Ecco, infatti, la sua celebre risposta:

> «ANTIGONE: Non veniva da Zeus la tua legge; né la Giustizia che convive con gli dèi di sotterra l'aveva stabilita per i mortali. Né credevo che i tuoi decreti potessero avere tanta forza da abrogare quella delle leggi non scritte degli dèi, quelle leggi che non solo oggi o ieri, ma sempre vivono e nessuno sa quando apparvero. Io non potevo per volontà di nessun uomo pagare la colpa della loro trasgressione. So bene di esser mortale, anche senza il tuo decreto. E se morirò prima del tempo, questo lo chiamo un guadagno. Chiunque infatti viva tra le sciagure come me considera un guadagno il morire. Subire questa sorte è per me un dolore da nulla. Ma se per mia colpa avessi lasciato insepolto quel morto, nato da mia madre, allora sì soffrirei. Non dei tuoi castighi. E se pensi che abbia commesso questo per follia, forse è a un folle che lo devo»[27].

[26] SOFOCLE 2007, 15.
[27] SOFOCLE 2007, 15.

Al decreto dello zio, la nipote oppone le leggi non scritte degli dei. Sono versi sui quali da allora in poi il pensiero occidentale non ha smesso di chinarsi. E non è certo questa la sede per ripercorrere nel dettaglio le innumerevoli interpretazioni che ne sono state offerte[28]. Qui l'intenzione è ben più modesta. Come ho detto all'inizio, si tratta soltanto di evitare un equivoco, peraltro piuttosto diffuso. In tanti, infatti, hanno visto (e continuano a vedere) in questo scontro nient'altro che l'esposizione, in forma archetipica, dell'eterno conflitto fra l'universale valore delle leggi di natura e la contingente validità del diritto posto da chi si trova a detenere il potere. Da un lato la morale, insomma, dall'altro il diritto. Detto altrimenti: da un lato il diritto naturale, dall'altro il diritto positivo. Da un lato una giovane donna che ha il coraggio di ribellarsi al potere costituito, dall'altro un anziano re che intende far valere soltanto le ragioni della sua forza, se non addirittura il proprio bruto arbitrio. Così hanno letto questo scontro, giusto per fare due autorevoli esempi tra i molti possibili, un maestro del diritto commerciale quale Tullio Ascarelli e un maestro della filosofia del diritto quale Guido Fassò, autore tra l'altro di una *Storia della filosofia del diritto* che ha costituito un imprescindibile testo di riferimento per almeno un paio di generazioni di studiosi della disciplina (e non solo).

Queste le parole di Ascarelli:

> «Ecco il dialogo eterno di Antigone e Creonte, dialogo e tragedia eterna e predeterminata, appunto perché nasce dalla contrapposizione di due posizioni sempre ugualmente presenti e che nella tragedia sofoclea ci vengono presentate nella loro purezza. Da un lato la norma storicamente dettata e giustificata, dall'altro la coscienza individuale che si richiama all'assoluto che sente come suo comando: diritto positivo e diritto naturale si contrappongono allora come momenti contrastanti»[29].

Ed ecco quelle di Fassò:

> «È un poeta, uno dei grandi tragici greci, Sofocle (circa 497-405 a.C.), colui che per primo ha rappresentato il contrasto tra una legislazione superiore – divina, eterna e immutabile – e quella umana, che può essere frutto del contingente capriccio e arbitrio di un despota. È questo infatti il motivo centrale della tragedia *Antigone*, in cui tale contrasto è espresso in celebri versi, che saranno citati per secoli dagli assertori di un diritto assolutamente valido, superiore e anteriore alle leggi umane. Nella figura della fanciulla Antigone, che accetta la morte per non disobbedire alle leggi "non scritte" divine, Sofocle ha impersonato in effetti un dramma eterno, il dramma di chi è combattuto tra il comando della coscienza morale e quello

[28] Un'efficace bussola per orientarsi in questa selva è offerta da ZAGREBELSKY 2006, 31 ss.

[29] ASCARELLI 1959, 6. Sul rapporto tra l'*Antigone* e *Il mercante di Venezia* sviluppato da Ascarelli, sono da segnalare le puntuali osservazioni di MAGRÌ 2012, 73-76.

dell'autorità politica: dramma la cui intensità si avverte soprattutto in tempi di dispotismo e di tirannia, ma che in realtà il diritto dello Stato potenzialmente comporta sempre»[30].

Ora, quando ci si confronta con autori di questo calibro è d'obbligo tanto il rispetto quanto la prudenza. Eppure, un paio di precisazioni sembrano essere necessarie. La prima è questa: la figura di Creonte non rappresenta lo Stato, pura e semplice costruzione artificiale che trova il suo fondamento nella volontà degli uomini che lo costituiscono attraverso il contratto sociale, ma la *polis*, che come abbiamo visto per un Greco del V secolo a.C. è in tutto e per tutto un'istituzione naturale che precede assiologicamente i singoli uomini che la compongono. Il che vuol dire che il fondamento del decreto di Creonte, che assume quale propria misura la salvezza della *polis*, non risiede nella pura e semplice volontà, se non addirittura nel capriccio, di un despota, quanto piuttosto nella natura della *polis*, risultando così tanto naturale quanto naturali sono le leggi non scritte degli dei invocate da Antigone.

Ciò che è in gioco in questo scontro, dunque, non è la contrapposizione tra il diritto positivo di Creonte e il diritto naturale di Antigone, ma semmai la contrapposizione tra due modi di interpretare il diritto naturale. O meglio: tra due misure – quella della *polis*, appunto, e quella dell'*oikos* – altrettanto naturali e oggettive[31]. Ed è proprio questo, peraltro, a rendere il conflitto autenticamente tragico, in quanto letteralmente indecidibile. Del resto, come insegnato da Karl Jaspers: «Tragico è quel conflitto in cui le forze che si combattono tra loro hanno tutte ragione, ognuna dal suo punto di vista. La molteplicità del vero, la sua non-unità, è la scoperta fondamentale della coscienza tragica»[32].

La seconda è la seguente: le leggi non scritte degli dei invocate da Antigone non sono quelle proprie di una coscienza morale individuale, ma quelle tradizionali della stirpe, dei legami familiari o del *ghenos* che dir si voglia. Non c'è traccia di autonomia, in queste leggi non scritte, quanto piuttosto la traccia di un passato non ancora puramente e semplicemente tale in un momento in cui una città sta scoprendo quanto possa essere meravigliosa e tremenda l'ambizione di un agire politico che da questo passato intende prendere le distanze.

Insomma, per queste e per altre ragioni sulle quali dovremo ritornare, non possiamo leggere lo scontro tra Antigone e Creonte né con gli occhiali di Hobbes, né

[30] FASSÒ 1966, 29 ss.

[31] Lo sottolinea efficacemente Gustavo Zagrebelsky, proprio dopo aver preso le distanze dalle letture di Fassò e di Ascarelli: «In Sofocle e in *Antigone* particolarmente, ma anche altrove, il contrasto che si vuol effettivamente rappresentare è tra due leggi oggettive, che hanno entrambe la loro ragione d'essere: la legge del tempo e la legge senza tempo, l'una disposta nella sfera del potere, l'altra superiore a qualunque umana volontà» (ZAGREBELSKY 2008, 67). In merito alla critica di Zagrebelsky ad Ascarelli sono da segnalare le puntuali osservazioni offerte da Antonio Punzi nella cornice dell'attenta lettura dell'*Antigone* presente nel suo *Dialogica del diritto* (PUNZI 2009, 157-171).

[32] JASPERS 1952, 39. Per un approfondimento, cfr. CURI 1991.

con quelli di Kant. Come dicevo all'inizio, il mondo della tragedia greca è il nostro mondo perché veniamo da lì, non c'è dubbio, ma allo stesso tempo è anche un mondo molto distante dal nostro. È bene non dimenticarlo mai. E la risposta di Creonte ne è un'ulteriore prova:

> «CORO: Com'è manifesta la volontà cruda della fanciulla, uguale a quella del padre, incapace di cedere ai mali.
> CREONTE: Ma sappi che proprio l'indole più dura è la prima a cedere, come il ferro troppo temprato dal fuoco facilmente lo vedi spezzarsi in frantumi. Io so che con un piccolo morso si domano i cavalli più impetuosi. Non conviene l'orgoglio a chi è servo di altri. Costei sapeva bene di trasgredire superba le leggi che avevo imposto. E anche dopo questo delitto, di nuovo fa mostra di orgoglio, se ne rallegra e vanta. Non sarei io l'uomo, ma lei, se tale prepotenza rimanesse impunita. Ma anche se è sangue di mia sorella, anche se mi fosse più prossima di Zeus protettore della casa, questa e l'altra, sua sorella, non sfuggiranno alla sorte più atroce. Accuso infatti anche Ismene di aver voluto questa sepoltura. Chiamatela ora; l'ho vista in casa poco fa, sconvolta, fuori di sé; così si rivela l'animo ladro di chi trama malvagità nell'ombra. Ma ancor più detesto coloro che, colti sul fatto, cercan poi anche di abbellire il loro delitto»[33].

Ismene sfuggirà all'accusa, ne sarà assolta. Il suo destino, come quello di Creonte, è quello di vivere, o meglio di sopravvivere, e non di morire. Ma non è questo il punto ora. È interessante notare, piuttosto, come in questi versi lo zio ceda definitivamente il passo al re. L'orgoglio di Antigone suscita quello di Creonte. L'opposizione prende forma. Nessuna mediazione è più possibile. Un re non può cedere la propria posizione. Meno che mai a una donna. Risuona qui l'eco di Ismene. Antigone è una donna, per di più giovane, e come tale avrebbe dovuto agire. Creonte è un uomo e non può che agire da uomo. Questo è il suo ruolo, oltre che quello di re. E di padre.

6. *Un padre e un figlio*

Oltre a essere il re di Tebe e lo zio dei figli di Edipo, Creonte è anche il padre del promesso sposo di Antigone. E quello tra il padre e il figlio è forse lo scontro più sottile e articolato dell'intera tragedia. Lo introduce, come sempre, il Coro:

> «CORO: Ma ecco Emone, dei tuoi figli l'ultimo nato. Così angosciato giunge per la sorte di Antigone, così smisuratamente soffre per le nozze mancate?

[33] SOFOCLE 2007, 16.

> CREONTE: Lo sapremo presto, meglio che da oracoli. Ragazzo, sei adirato con tuo padre perché hai udito l'irrevocabile sentenza contro la tua promessa sposa, oppure ancora ti sono caro, qualunque cosa io faccia?
> EMONE: Padre, io ti appartengo. E tu mi conduci con rette opinioni, che certo seguirò. Mai un matrimonio avrà per me più valore della tua buona guida»[34].

Un padre e un figlio, dunque. L'uno di fronte all'altro. Proprio come un padre e un figlio. Almeno all'inizio, infatti, è a suo figlio che Creonte si rivolge ed è a suo padre che Emone risponde. Del resto, è con queste parole che il figlio entra in scena: «Padre, io ti appartengo». Come un figlio, appunto. Devoto. Anche se forse è soltanto una mossa strategica. Tanto più che l'obiettivo di Emone è chiaro: è lì per salvare Antigone. Ed è come se sapesse che per riuscirci sarebbe vano opporsi frontalmente alla volontà del padre. Bisogna sedurlo. Inutile presentarsi come un ribelle. Solo un buon figlio può avere qualche speranza di far cambiare idea a un buon padre. Ed è a un buon padre che Emone si rivolge, dichiarandosi pronto a seguirne le «rette opinioni» e la «buona guida». E Creonte, ovviamente, apprezza:

> «CREONTE: E così infatti, ragazzo, devi disporre il tuo animo: seguire in tutto ciò che il padre ti dice. Per questo gli uomini si augurano di generare figli nelle loro case, perché essi siano sciagura ai nemici e onore all'amico al pari del padre. Ma di chi ha generato figli inutili che cosa diresti se non che ha allevato pene a se stesso e motivo di riso per i suoi nemici? E così, ragazzo, non gettar via la tua intelligenza per il piacere di una donna. Sappi che diventa un gelido abbraccio quello di una donna malvagia che convive nella tua casa. Quale piaga è peggiore di un cattivo parente? Sputale addosso come a un nemico e lascia che questa ragazza vada all'Ade a sposarsi»[35].

Sono ancora le parole di un padre. Difficile dire se siano anche le parole di un buon padre. Certamente sono (o almeno sembrano) le parole di un padre che si preoccupa innanzitutto per il figlio, pregandolo di «non gettar via l'intelligenza per il piacere di una donna malvagia». Ma qui il padre è anche un re. E un re deve rendere ragione non solo a suo figlio, ma anche alla città. E infatti, ecco come continua questo passo:

> «Poiché l'ho colta a disobbedire manifestamente, lei sola in tutta Tebe, non sbugiarderò me stesso di fronte alla città, ma la ucciderò. Invochi pure Zeus protettore dei congiunti. Se allevo senza ordine i miei consanguinei, ancor più ciò accadrà con gli estranei. Chi è uomo capace negli affari domestici, si mostrerà giusto anche in quelli della città. Ma chi tracotante viola le leggi o pensa di dar ordine ai sovrani, mai otterrà lode da me. Quello che la città ha

[34] SOFOCLE 2007, 19 s.
[35] SOFOCLE 2007, 20.

> innalzato, lui è necessario ascoltare, in ogni cosa sia grande che piccola, sia giusta che ingiusta. Sono certo che un simile uomo bene saprebbe comandare come essere comandato, e tenere il posto nella tempesta della battaglia fianco a fianco ai compagni, giusto e valoroso. Non c'è male più grande dell'assenza di comando (*anarchías*). Questa distrugge le città, questa sconvolge le case, questa in guerra spezza e mette in fuga la schiera. È l'obbedienza al comando invece a salvare la vita di chi rettamente agisce. Così si deve difendere l'ordine stabilito (*kosmouménois*) e mai, in nessun modo, quest'ordine va sottoposto a una donna. Meglio, se proprio bisogna, cedere a un altro uomo, ma mai essere chiamati inferiori alle donne»[36].

Ora è nuovamente il re a parlare, e non solo il padre. Un re che cerca ancora di essere un buon re, o almeno di apparire come tale. La misura è sempre la *polis*. È per garantire l'ordine della *polis* che un re non può smentirsi. Ed è per garantire quest'ordine che si deve obbedire a chi detiene il potere. Sempre e comunque, precisa Creonte: «in ogni cosa sia grande che piccola, sia giusta che ingiusta». E qui si intravede, però, una prima traccia di quella che a breve diventerà la sua follia. Un primo sintomo di un potere che tra poco rivendicherà la propria assolutezza, smarrendo la sua misura. Del resto, a ben vedere, questo tra Creonte ed Emone è l'unico confronto autenticamente politico di tutta la tragedia. O meglio, è l'unico confronto che verte direttamente sul senso dell'agire politico, sulle sue condizioni e sui suoi limiti, e su ciò che vuol dire governare (bene) una città. Così, infatti, replica il figlio al padre, il cui discorso in un primo momento guadagna il plauso del coro:

> «CORO: A noi pare, se l'età non ci inganna, che in ciò che dici tu dica parole assennate.
> EMONE: Padre, gli dèi hanno fatto nascere negli uomini la ragione, che di tutti i beni è il supremo. Che tu non abbia parlato rettamente, non potrei né sapere né dire. Potrebbe tuttavia accadere anche a un altro di essere nel giusto. È impossibile che tu possa scrutare tutto quanto uno dice o fa o biasima. Tremendo è il tuo occhio per l'uomo comune ed egli così a te tace quei pensieri che non gradiresti sentire. Ma io posso ascoltarli, nascosto nell'ombra. La città compiange questa fanciulla, immeritevole tra tutte le donne di morire orrendamente per un'azione degna di lode – lei, che non lasciò insepolto il capo del fratello, caduto nella strage, né che lo sbranassero i cani o lo distruggessero gli uccelli. Non dovrebbe costei ricevere, anzi, gli onori? Questa è la voce che avanza, segreta»[37].

Straordinaria raffinatezza retorica. Dopo essersi presentato come un figlio devoto, pronto a seguire sempre e comunque la buona guida di un buon padre, Emone fa un altro passo. Pur continuando a non opporsi al padre, comincia prudentemente a prenderne le distanze, insinuando intanto un dubbio: «Che tu non abbia parlato rettamente, non potrei né sapere né dire. Potrebbe tuttavia accadere anche a un

[36] SOFOCLE 2007, 20 s.
[37] SOFOCLE 2007, 21.

altro di essere nel giusto». Poi lo mette in guardia: attenzione, la città ti teme. E già questo non è un buon segnale per chi vuol essere un buon re, che non può certo limitarsi a governare attraverso la paura. E infine si presenta come qualcuno che può aiutarlo: solo io che sono tuo figlio posso dirti quel che la città pensa davvero, non il Coro, che della città rappresenta soltanto la voce ufficiale, per di più degli anziani. Se il Coro ti ha appena dato ragione, bene, io ti dico che la città in realtà pensa che tu abbia torto: «Questa è la voce che avanza, segreta». Detto questo, quasi temendo di essersi spinto troppo in là, il buon figlio riprende la sua sottile opera di seduzione:

> «Che la fortuna ti arrida, padre, questo per me è il bene più grande. Quale trofeo vale più per i figli di un padre fiorente di gloria, e per un padre della gloria dei figli?»[38].

Segue un meraviglioso inno alla virtù della flessibilità:

> «Chi crede di essere il solo a capire, il solo a poter parlare, il solo a possedere un'anima retta, appena lo apri scopri che è vuoto. Ma che un uomo, anche se già è saggio, impari molto e non pretenda troppo, ciò non è vergognoso per nulla. Tu vedi come gli alberi che si piegano contro le rigonfie correnti salvano i rami, ma quelli che vi resistono vengono divelti dalle radici. E così la nave che stenda sempre le vele e mai ceda al vento continuerà il viaggio a banchi rovesciati, chiglia all'aria. Su, lascia l'ira, cambia mente. Se infatti anche in me, pur così giovane, vi è un qualche senno, dico che nulla è venerabile come un uomo che in sé possieda innata tutta la sapienza, ma poiché, come pare, le cose non stanno così, allora è bene imparare anche da altri quando parlano rettamente»[39].

Un re non può smentirsi di fronte alla città, aveva detto Creonte. E la città deve, sempre e comunque, obbedire a chi la governa. Ed ecco la risposta di Emone: non c'è nulla di *vergognoso* nel cambiare idea. Al contrario, proprio in quanto è la salvezza della *polis* a costituire la misura del buon governo, un buon re deve sapere ascoltare chi parla *rettamente*. Proprio perché la misura dell'agire politico è la città. Non la volontà o peggio l'arbitrio di chi la governa. Non vi è nessun uomo, infatti, per quanto saggio, «che in sé possiede innata tutta la sapienza». Neanche un re. A meno di essere folle. E folle, a questo punto, Creonte lo diventa davvero.

> «CORO: Signore, se ha detto qualcosa di opportuno, è naturale che tu lo ascolti. E anche tu, ragazzo, ascolta il padre. Entrambi avete parlato bene.
> CREONTE: E giunti a questa età noi dovremmo imparare a ragionare da uno nato ieri?

[38] SOFOCLE 2007, 21.
[39] SOFOCLE 2007, 21.

EMONE: Niente che non sia giusto. E se io sono giovane, devi guardare non agli anni ma alle mie azioni.
CREONTE: E il tuo agire consiste nell'onorare i ribelli?
EMONE: Mai ti chiederei di essere benevolo con i malvagi.
CREONTE: E malvagia non sarebbe costei?
EMONE: Non lo afferma concorde il popolo di Tebe.
CREONTE: Sarà la città a ordinarmi ciò che devo fare?
EMONE: Sei tu ora che parli come uno troppo giovane.
CREONTE: Sono io o un altro che deve comandare su questa terra?
EMONE: Non vi è città che appartenga a uno solo.
CREONTE: Ma chi ha il potere ne decreta le leggi.
EMONE: Quale potere se tu regnassi da solo sopra un deserto!
CREONTE: Costui, a quanto pare, si è alleato alla donna.
EMONE: Sei tu ora la donna, poiché di te ho cura»[40].

Il cambio di passo è evidente. Il buon padre e il buon re hanno ceduto il passo al tiranno. Solo un tiranno, infatti, e non certo un buon padre, può pensare che il proprio figlio non meriti ascolto, in quanto «nato ieri». Solo un tiranno, e non certo un buon re, può pensare che la città non meriti ascolto, in quanto di sua proprietà. E solo un tiranno, e non certo un buon padre né un buon re, può pensare di essere solo e agire come se lo fosse: «in un deserto», appunto. Questa è la follia del potere assoluto. Quella follia, sia detto per inciso, che la modernità tenderà a rimuovere, individuando proprio nell'assolutezza uno dei tratti costitutivi del potere sovrano. Ma qui siamo ancora nella Grecia del V secolo a.C. e una delle grandi lezioni dei Greci è proprio questa: nella cornice della *polis* non si dà potere (legittimo) senza misura. Un re è parte di quello stesso ordine che deve custodire. Ed è quando se lo dimentica, smarrendo il senso del proprio essere parte, che diventa un tiranno[41]. Folle. Come Creonte. Un anziano che ragiona come un ragazzo: «Sei ora tu che parli come uno troppo giovane». Un uomo che si trova nel posto di una donna: «Sei tu ora la donna, poiché di te ho cura». Ogni misura è saltata. Questa, appunto, è la follia:

«EMONE: Direi che sei pazzo, se tu non mi fossi padre.
CREONTE: Ma non blandirmi con questo nome. Parli come schiavo di donna.
EMONE: E tu come uno che parla senza ascoltare»[42].

[40] SOFOCLE 2007, 22.
[41] Come precisato da Bruno Montanari, infatti: «Non v'è dubbio che Creonte non rappresenti *il* tiranno, ma *un* tiranno. Non nel senso, tuttavia, che egli incarni la "psicologia" del tiranno ebbro del proprio potere, *fou de pouvoir*; nel senso, invece, *simbolico* e dunque *obiettivo* del darsi della tirannia nel momento in cui il potente perde la sapienza (che è qualità teoretica, e non la saggezza, che è qualità morale), perde cioè la consapevolezza della misura costitutiva del suo stesso potere» (MONTANARI 1993, 54).
[42] SOFOCLE 2007, 22 s.

Lo aveva già detto Ismene alla sorella in apertura della tragedia: agire oltre misura è follia. E questo dice ora il figlio al padre. Un padre folle. Come Antigone. E, come lei, solo. Ma la misura di Emone, più che una misura, è un metodo. E una disposizione dell'animo. Il metodo è il dialogo. E la disposizione è l'ascolto.

7. *La cecità del potere*

Il re, dunque, non ascolta la città. E il padre non ascolta il figlio, che infatti non riuscirà a fargli cambiare idea. Ci riuscirà un altro, però, pur se troppo tardi: Tiresia, l'indovino cieco. Anche lui, come Emone, giocherà sullo stesso terreno di Creonte: quello della *polis*. E anche lui, come Emone, in un primo momento cercherà di farlo ragionare, per il suo bene e per quello della *polis*. Così:

> «La città è malata. Ed è la tua mente la causa. I nostri altari, i focolari tutti sono contaminati perché il corpo caduto del disgraziato figlio di Edipo è pasto di cani e di uccelli. Perciò gli dei non accolgono più sacrifici e preghiere, né fiamma di cosce, né uccello fa risuonare voci beneauguranti, avendo divorato la carne sanguinante di un uomo ucciso. Medita su questi portenti, figlio. È comune a tutti gli uomini errare. Ma, dopo che ha errato, non sarà stolto né infelice colui che vi rimedia e non resta irremovibile. L'ostinazione condanna alla stoltezza. Cedi dunque al morto, non infierire su chi è caduto. Quale coraggio vi è nell'uccidere un morto? Pensando al tuo bene ti parlo. Dolce è imparare da chi bene consiglia, e porta vantaggio»[43].

Ora è Creonte a essere trattato come un figlio. Come un figlio che ha sbagliato, ma che può ancora porre rimedio al suo errore. Così Tiresia gli si rivolge: «Medita su questi portenti, figlio». Politica e saggezza, questo è ancora una volta il campo da gioco. «La polis è malata», dice Tiresia. E poi: «l'ostinazione condanna alla stoltezza». Sono gli stessi argomenti di Emone, pur se esposti con un diverso tono: un tono autorevole e non più familiare. Ma Creonte è ormai accecato dal potere. È lui il cieco. E non Tiresia. E infatti non cede, così come non ha ceduto al figlio, accusando l'indovino di essersi venduto, così come aveva precedentemente accusato il figlio di essere diventato schiavo di una donna. Ma Tiresia, a questo punto, gioca un'altra carta. Quella di un tremendo vaticinio:

> «E guarda se parlo corrotto dal denaro: non passerà molto tempo e sarà lamento di uomini e donne nella tua casa. Sono sconvolte dall'odio tutte le città dove cani e fiere e alati uccelli compiono i riti funebri sulle membra lacerate, portando l'empio fetore fin dentro ai focolari.

[43] SOFOCLE 2007, 28 s.

> Sì, proprio come un arciere, poiché tu mi hai offeso, queste infallibili frecce scaglio sdegnato contro il tuo cuore e non sfuggirai alla loro fiamma»[44].

La minaccia, dunque. Ecco la carta di Tiresia. Una carta decisiva. Sordo al potere della ragione, Creonte ha fatto della ragione del potere il principio del suo governo. Ed è a questa ragione senza ragione che Tiresia fa infine appello. Con successo. Ora è il re – anzi: il tiranno – ad avere paura. Ed è la paura a farlo cedere. Anche il Coro, a questo punto, gli consiglia di rimettere le cose a posto. Bisogna dare sepoltura al cadavere di Polinice e correre a liberare Antigone, prima che sia troppo tardi. Ma ormai è davvero troppo tardi. Quel che succede quando Creonte arriva alla caverna dove aveva fatto rinchiudere Antigone, condannata ad essere sepolta viva, lo racconta un Messaggero a sua moglie, Euridice:

> «MESSAGGERO: Nell'ultimo recesso di quella tomba lei [Antigone] vediamo, appesa per il collo, penzolante da un cappio ritorto di lino, e lui [Emone] caduto in ginocchio che le abbraccia la vita, piangendo la rovina della sposa e i misfatti del padre e il suo disgraziato letto. Appena Creonte lo vede, con sinistro ululato corre verso di lui e lo chiama gemendo: "o infelice! Che hai fatto figlio? Quale pensiero ti ha preso? In quali sventure ti perdi? Vieni via, figlio, da supplice ti scongiuro". Ma quello lo guarda fisso con sguardo selvaggio e senza nulla rispondergli gli sputa in faccia, estrae la spada dall'elsa, ma fallisce il padre che s'era ritratto. Allora lo sventurato, folle d'ira contro se stesso, si protende sulla spada, se la ficca nel mezzo del fianco e ancora cosciente stringe a sé la ragazza in un tenero abbraccio, versando ansimante un crudo fiotto di sangue che ne arrossa le candide guance. Giace così morto avvinghiato alla morta. Questo il tuo rito nuziale, sventurato, presso le dimore di Ade, prova di quali sventure la mancanza di senno sia causa ai mortali»[45].

Tremendo racconto, udito il quale Euridice, senza aggiungere parole, si ritira e si uccide. Si compie così la profezia di Tiresia. Antigone è morta, così come l'ultimo figlio di Creonte e la sua sposa. Ma Creonte no. Lui non morirà, così come non morirà Ismene. Entrambi saranno condannati a sopravvivere a questa tremenda sciagura. Ismene per sempre suddita. E Creonte come un folle, annientato dal dolore, privato ormai dei suoi affetti, del suo potere e della sua ragione. Come un re che non è più nulla. Null'altro che un folle, appunto[46]. Consapevole, finalmente, di essere tale. Ma, appunto, troppo tardi.

Alla fine resta solo la città sulla scena. È al Coro, infatti, che sono affidati gli ultimi versi:

[44] SOFOCLE 2007, 30.
[45] SOFOCLE 2007, 34.
[46] Queste, infatti, sono le sue ultime invocazioni: «Servi, portatemi via, presto, cacciate via me che non sono che nulla» e ancora: «Via, portatelo via questo folle» (SOFOCLE 2007, 36).

> «CORO: Aver senno (*to phronein*) è di molto il primo fondamento di una vita felice. È necessario non macchiarsi mai di empietà nei riguardi degli dei. Le superbe parole, che grandi mali procurano ai superbi, insegnano con gli anni umana saggezza (*to phronein*)»[47].

Saggezza. Ecco l'ultima parola del Coro. E di quella città di cui il Coro costituisce la voce ufficiale. Una parola che sembra davvero custodire una lezione. Probabilmente, proprio quella che Sofocle intendeva impartire alla sua Atene.

8. *Una lezione di morale*

Se l'*Antigone* fosse una favola, questa ne sarebbe dunque la morale. È la saggezza, e non il potere, né la fortuna o la ricchezza, il più grande dei beni e la condizione prima di ogni vita felice. E la saggezza risiede innanzitutto nell'apertura al dialogo, nel riconoscimento dei propri limiti e della strutturale fallibilità di ogni sapere pratico, senza la quale la catastrofe risulta inevitabile. Lo aveva già detto Emone al padre, del resto, e lo aveva ripetuto Tiresia al re: nelle faccende umane non c'è uomo che possieda innata la perfetta sapienza ed è per questo che bisogna sempre essere pronti ad ascoltare le ragioni degli altri, imparando da chi dice cose giuste. Creonte ha parlato (e agito) senza ascoltare. Questo è stato il suo errore. Lo stesso di Antigone, peraltro. Entrambi sordi alle ragioni dell'altro. Ed entrambi soli. Chiusi nei loro caratteri. E prigionieri della loro stessa ragione intesa alla stregua di un'unica vera misura delle azioni umane. Come spiegherà ancora una volta Aristotele un centinaio di anni dopo Sofocle, infatti: sul piano della *praxis*, che è quello dell'etica e della politica, e più in generale della storia, non vige la necessità propria delle scienze matematiche o fisiche. Non si dà un'*ethica more geometrico demonstrata*, come sarà per Hobbes o per Spinoza. Né una storia determinabile scientificamente, come pretenderanno Hegel o Marx, giusto per fare due nomi. E non si danno neanche modelli da applicare a una realtà sociale intesa alla stregua di una sorta di costruzione architettonica, come pensava Platone, la cui riduzione della *praxis* alla *poiesis* non a caso andava di pari passo con la celebre condanna della tragedia quale pura e semplice imitazione delle azioni umane[48].

Nelle faccende umane, insomma, non si tratta di chiedersi quale sia la vera misura delle azioni, quanto piuttosto come vadano gestiti gli inevitabili conflitti tra le diverse ragioni. Ed è qui che entra in gioco la *phronesis*, intesa appunto quale virtù specificamente pratica, e non teoretica. Come magistralmente sottolineato da Jacques Taminiaux, infatti:

[47] SOFOCLE 2007, 36 s.
[48] Cfr. BERTI 2012, 243.

> «L'intrigue tragique est porteuse d'enseignement parce qu'elle atteste l'impossibilité de réduire l'action, qui est toujours interaction en même temps qu'interlocution, à l'application technique d'un savoir acquis ou à la mise-en-œuvre de modèles évidents»[49].

Quando ci si confronta con la contingenza della *praxis*, detto in altri termini, non esiste una misura "vera": una misura data una volta per tutte, che sarebbe sufficiente conoscere e successivamente applicare secondo i canoni di una logica puramente e semplicemente deduttiva. Una misura è necessaria, certo. Ma si tratta di ritagliarla caso per caso, disponendosi pazientemente all'ascolto e al confronto dialettico tra le diverse ragioni in campo. Un confronto che dovrà sempre fare i conti, peraltro, con la possibilità del conflitto. E in fondo, a pensarci bene, è proprio questa la sfida di quella forma di governo che in quegli anni i Greci stavano inventando e che si chiama ancora oggi: democrazia.
Del resto, a distanza di pochi anni dalla prima rappresentazione dell'*Antigone* e appena un anno dopo l'inizio della guerra del Peloponneso, nel 430 a.C., Pericle pronuncerà un'orazione funebre destinata a diventare un vero e proprio manifesto della democrazia ateniese. La conosciamo grazie a Tucidide e contiene questo passo che sarebbe un peccato non ricordare:

> «Noi Ateniesi o giudichiamo o, almeno, ponderiamo convenientemente le varie questioni, senza pensare che il discutere sia un danno per l'agire, ma che lo sia piuttosto il non essere informati dalle discussioni prima di entrare in azione»[50].

Ecco una delle cose che rendono grandi, secondo Pericle, la sua Atene: la convinzione che la discussione non danneggi l'azione, ma che anzi solo attraverso la discussione sia possibile prendere le decisioni migliori. Sofocle *docet*, appunto. Nel V secolo a.C. Atene è una città che si trova a prendere nelle proprie mani il suo destino. Una città senza misura che, per riprendere la già ricordata espressione di Christian Meier, si trova a dover dare una misura e a doversela dare, più o meno improvvisamente, ragionando su un passato non ancora del tutto passato, in vista di un futuro per molti versi già presente. L'uomo è la cosa più tremenda che ci sia: *deinoteron*, dice il Coro. È una parte che tende a dimenticare di essere tale, pensando di essere tutto. In ciò consiste la sua *hybris*. E in ciò consiste l'errore tanto di Antigone quanto di Creonte. Non tanto nella violazione di chissà quale misura già data, quanto piuttosto nella pretesa di possederla una volta per tutte e di potere fare a meno del confronto con le altre parti. L'autonomia, questo è il problema: la capacità di darsi una giusta misura. L'uomo può fare qualunque cosa, è vero, ma è altrettanto vero che non deve fare qualunque cosa. Non c'è autonomia, infatti,

[49] TAMINIAUX 1995, 55.
[50] TUCIDIDE 1976, 329.

senza autolimitazione. E non c'è autolimitazione senza dialogo. E senza *phronesis*. Questa, in definitiva, è la grande lezione di pedagogia politica che Sofocle regala alla sua città (e alle nostre).

9. *Una contraddizione immanente*

L'*Antigone*, però, non è soltanto questo. Non è soltanto una favola con una morale, come ogni favola che si rispetti, un dramma che mette in scena un percorso di apprendimento o ancora meglio, per riprendere Martha Nussbaum, «un dramma sulla ragione pratica e sul modo in cui la ragione pratica ordina e vede il mondo»[51]. È anche (e sarei tentato di aggiungere: innanzitutto) un dramma *tragico*. E per spiegare che cosa questo voglia dire può essere il caso di ricordare brevemente le linee essenziali della lettura che dell'*Antigone* offre Hegel e in particolare, come promesso in apertura, di ritornare su quell'"aspetto" che a suo giudizio fa sì che questo testo costituisca l'opera d'arte più eccellente tra tutti i capolavori del mondo antico e moderno.

Non è facile, se non altro perché il confronto di Hegel con i tragici greci e in particolare proprio con Sofocle accompagna l'intero sviluppo del suo pensiero. Il che vuol dire che per parlare della sua lettura dell'*Antigone* sarebbe necessario ripercorrere tutto il suo edificio concettuale, nelle varie fasi della sua costruzione, soffermandosi in particolare sul ruolo assolutamente centrale svolto da questo testo all'interno della *Fenomenologia dello spirito*[52]. Ma la mia intenzione, qui, è ben più modesta. Desidero soltanto ricordare un paio di passi dell'*Estetica*, cominciando da questo:

> «In tutti questi conflitti tragici noi dobbiamo [...] soprattutto scartare la falsa rappresentazione di *colpa* o *innocenza*; gli eroi tragici sono sia colpevoli che innocenti. Se vale l'idea che l'uomo sia colpevole solo in *quel* determinato caso che gli si offra una scelta ed egli si decida con libero arbitrio a fare ciò che fa, le antiche figure plastiche sono innocenti; esse agiscono in base a questo carattere, a questo pathos, proprio perché sono questo carattere, questo pathos, e non esiste alcuna indecisione e alcuna scelta. La forza dei grandi caratteri sta proprio in ciò che essi non scelgono, ma interamente e per la loro natura *sono* ciò che vogliono e compiono. Essi sono ciò che sono e per sempre, e questa è la loro grandezza»[53].

[51] NUSSBAUM 1986, 134.

[52] Si veda HEGEL 1980, 277-299 e 449-455. Per un quadro d'insieme rinvio alle preziose pagine dedicate alla lettura hegeliana dell'*Antigone* da Fabio Ciaramelli in un recentissimo testo di cui sono ampiamente debitore, non solo relativamente a questa parte (CIARAMELLI 2017, in particolare 121 ss.). Da segnalare, inoltre, VINCI 2001.

[53] HEGEL 1955, 1357.

Prezioso suggerimento: nello scontro tra Antigone e Creonte il primo errore da evitare è quello di chiedersi chi abbia ragione e chi torto. Sia Antigone che Creonte sono individui perfettamente morali, perché non fanno altro che restare fedeli fino all'ultimo al proprio carattere o al proprio *ethos* che dir si voglia. Entrambi sono innocenti perché *sono* ciò che naturalmente *devono essere*. Antigone, in quanto donna, difende giustamente gli interessi familiari e altrettanto giustamente Creonte, in quanto uomo, ha a cuore la salvezza della comunità politica. Entrambi recitano bene la propria parte. Ma in modo parziale, appunto. E questa è la loro colpa. Una colpa *necessaria*, però. Una colpa *oggettiva*, e non *soggettiva*, che li porta a esibire una rottura all'interno della pretesa armonia della totalità etica dei Greci, che risulta così essere attraversata da una scissione ontologica tra la legge privata dell'*oikos* e quella pubblica della *polis* destinata peraltro, come ricorda Fabio Ciaramelli, a «cedere il passo all'incombente avvento dell'impero romano e del cristianesimo»[54].

Beninteso, Hegel legge l'*Antigone* con gli occhi di Platone, e non con quelli di Aristotele. Assegnare priorità ai caratteri significa, infatti, ricondurre il campo delle azioni umane a quello proprio dei comportamenti conformi a regole, trascurando la specificità della ragione pratica, irriducibile tanto alla conoscenza di leggi universali propria della ragione teoretica quanto alla messa in atto di modelli già dati propria della *poiesis*. Quella hegeliana, insomma, è una lettura propriamente ontologica dell'*Antigone*, e non prasseologica. Una lettura, peraltro, che chiama direttamente in causa la tenuta di quella sua filosofia della storia oggetto nel Novecento (e non solo) di innumerevoli critiche. E su questo tanto ci sarebbe da dire (e tanto, del resto, è stato detto). Ma questa strada ci porterebbe troppo lontano. Tanto più che, secondo Hegel, l'aspetto che rende l'*Antigone* l'opera d'arte più eccellente mai prodotta dallo spirito umano è in realtà un altro. E riguarda, piuttosto, l'esemplare messa in scena di qualcosa a cui l'azione umana non può mai sottrarsi. Ecco, infatti, cosa scrive Hegel qualche pagina dopo:

> «Antigone vive sotto il potere statale di Creonte; ella stessa è figlia di re e promessa di Emone, cosicché dovrebbe ubbidienza al comando del principe. Ma anche Creonte, che è dal canto suo padre e sposo, dovrebbe rispettare la santità del sangue e non comandare ciò che è contrario a questa pietà. Così in entrambi è immanente ciò contro cui si ergono rispettivamente, ed essi vengono presi ed infranti da ciò che appartiene alla cerchia stessa della loro esistenza. Antigone subisce la morte prima di avere gioito della danza nuziale, ma anche Creonte viene punito nel figlio e nella moglie, che si dànno la morte, il primo per quella di Antigone, l'altra per quella di Emone»[55].

[54] CIARAMELLI 2017, 130.
[55] HEGEL 1955, 1360 s.

Questo è il punto che più mi interessa sottolineare. Ciò che l'*Antigone* mostra in modo sublime è un tratto strutturale di ogni azione: l'immanenza della contraddizione. Nel conflitto tra Antigone e Creonte non è in gioco, infatti, soltanto un contrasto tra due parti distinte e separate, ma anche (e soprattutto) un contrasto che attraversa entrambe le parti prese nella loro individualità, mettendo così in questione la forma stessa della coscienza umana. Antigone non è soltanto la sorella di Polinice, ma è anche la figlia di Edipo e la sposa promessa di Emone e, in quanto tale, è parte di quello stesso ordine della *polis* che infrange invocando la misura del *ghenos*. E Creonte non è soltanto un re, ma è anche un padre e uno sposo (e uno zio), risultando così parte di quello stesso ordine del *ghenos* che infrange invocando la misura della *polis*. Entrambi risultano essere, così, «in potere di ciò che combattono»[56]. Ed entrambi finiscono con il violare «ciò che, conformemente alla loro esistenza, dovrebbero onorare»[57]. Antigone, agendo da sorella, viola la sua appartenenza alla stirpe reale e alla *polis*. E Creonte, agendo da re, infrange i suoi legami familiari e conduce alla morte tutti i suoi affetti più cari. Questo è ciò che rende autenticamente tragiche le loro azioni. Entrambi fanno ciò che devono fare. Entrambi sono ciò che devono essere. Non hanno scelta. Ma, così facendo, finiscono inevitabilmente con il sacrificare quell'"altro" che costitutivamente abita i loro caratteri: quell'"altro" che loro stessi sono. In modo esemplare, appunto.

10. *Le costanti del conflitto*

Oltre che al nome di Hegel, in apertura mi ero anche appoggiato a quello di George Steiner. Del resto, se c'è un testo che rischia di rendere vano qualsiasi ulteriore tentativo di aggiungere anche solo una virgola alla (peraltro comunque sterminata) letteratura critica dedicata all'*Antigone*, questo è proprio *Le Antigoni* di Steiner. Ed è proprio qui che, come ho già ricordato, Steiner sottolinea come nell'*Antigone* (e soltanto nell'*Antigone*) sia possibile trovare «tutte le costanti principali del conflitto presente nella condizione umana»[58]. Quali siano queste costanti è presto detto: uomini e donne, vecchi e giovani, società e individuo, vivi e morti, uomini e divinità. Cinque opposizioni, dunque. Dove ogni polo si definisce in relazione all'altro. E che, con buona pace di ogni saggezza pratica, danno luogo a conflitti non negoziabili e per questo propriamente tragici. Nello scontro tra Antigone e Creonte li troviamo davvero tutti, è proprio vero: da un lato, infatti, troviamo una donna giovane che, da sola, fa appello alle leggi universali degli dei inferi, dall'altro un uomo anziano che, in nome della salvezza della *polis*, si appella al

[56] HEGEL 1955, 1360.
[57] HEGEL 1955, 1360.
[58] STEINER 1984, 260.

rispetto dovuto alle umane leggi dei vivi. *Voilà*, verrebbe da aggiungere. Ma la cosa forse più interessante Steiner la dice subito dopo:

> «Uomini e donne, vecchi e giovani, individuo e comunità o stato, vivi e morti, mortali e immortali si definiscono nel processo conflittuale della definizione reciproca. La definizione della propria persona e il riconoscimento polemico dell'"altro" (*l'autre*) al di là dei confini minacciati dell'io, sono due azioni indissolubili. Le polarità del maschile e del femminile, della vecchiaia e della giovinezza, dell'autonomia privata e della collettività sociale, dell'esistenza e della mortalità, dell'umano e del divino si possono cristallizzare solo in termini di opposizione (nonostante le numerose possibilità di compromesso tra di loro). Arrivare a noi stessi – viaggio primordiale – significa scontrarci polemicamente con "l'altro". Le condizioni che delimitano la persona umana vengono poste dal sesso, dall'età, dalla comunità, dalla spaccatura tra vita e morte e dal potenziale di incontri, accettati o rifiutati, tra l'esistenziale e il trascendente»[59].

Grande lezione: ci si definisce sempre "polemicamente", non c'è niente da fare. E anche in questo senso il conflitto tra Antigone e Creonte assume valore esemplare. Entrambi si definiscono in opposizione all'altro (o all'altra). Antigone è Antigone *perché non è Creonte*, insomma, e Creonte è Creonte *perché non è Antigone*. Del resto, se è vero, come nota ancora Steiner, che il germe di tutta la tragedia risiede nell'incontro tra un uomo e una donna e che «quando uomo e donna si incontrano, la loro vicinanza è anche opposizione»[60], è anche vero che questo incontro si traduce sempre, per ogni essere umano, anche in «una guerra civile all'interno del proprio io ibrido»[61]. E lo stesso si potrebbe dire per tutte le altre polarità appena ricordate. Si è sempre in presenza, appunto, di una tensione dialettica tra vicinanza e opposizione. Il che vuol dire: necessità della relazione e, allo stesso tempo, inevitabile conflitto. Anche, e forse persino soprattutto, come ha insegnato Hegel, con quell'"altro" che ciascuno di noi, inevitabilmente, è.

Si comprende così la centralità, nell'economia del testo di Sofocle, dello scontro tra Antigone e Creonte. Solo Antigone e Creonte sono, infatti, come lucidamente sottolineato da Massimo Cacciari, «assolutamente necessari l'uno all'altro»[62]. Soltanto il loro dialogo incarna l'essenza del dialogo tragico e «diviene *polemos* purissimo»[63]. Non è necessario, ma puramente contingente, il rapporto di Antigone con Emone o con la sorella Ismene. E altrettanto contingente è il rapporto di Creonte con il figlio o con Tiresia. Assolutamente inseparabili risultano essere soltanto le figure di Antigone e di Creonte. L'una si definisce in opposizione all'altra. La loro

[59] STEINER 1984, 260.
[60] STEINER 1984, 260.
[61] STEINER 1984, 263.
[62] CACCIARI 2007, VI.
[63] CACCIARI 2007, VI.

relazione è l'unica a risultare *necessaria*, appunto, e allo stesso tempo *impossibile*, essendo entrambi «destinalmente impotenti all'ascolto»[64]. Punto sul quale è il caso di spendere ancora qualche altra parola.

11. *Un desiderio atroce*

Con tutte le cautele del caso, infatti, considerando le tante interpretazioni che dell'*Antigone* possono essere (e di fatto sono state) proposte, è possibile affermare che se c'è un errore che va accuratamente evitato è quello di ricondurre la disputa fra Antigone e Creonte a un unico ordine del discorso. Certo, ricondurla all'interno di una disciplina e alle sue procedure di verità sarebbe un modo di comprenderla. O, perlomeno, di ritagliare uno spazio comune di discussione che permetterebbe di dare ragione all'uno o all'altro, di capire se debbano prevalere le leggi della famiglia o quelle della *polis*, le leggi dei morti o quelle dei vivi, e via dicendo. Ma a ben vedere il suo senso risiede altrove. E precisamente nell'assenza di un campo comune: nell'incommensurabilità dei loro discorsi, appunto.

Lo sottolinea sempre Cacciari nella sua preziosa introduzione:

> «Antigone non si oppone affatto al logos di Creonte per quanto esso le appaia "irragionevole". Potremmo anche senza fatica pensare che ne abbia perfino inteso la "ragione". Ma questa "ragione" sarebbe comunque ai suoi occhi del tutto estranea e impotente. Se si interpreta il conflitto tra i Due come interno alla sfera del diritto o dell'etica o della politica, si manca completamente il bersaglio. Sofocle lo intuisce "con timore e tremore": Antigone non mira a "riformare" il potere di Creonte, a renderlo più ossequioso delle tradizioni, non cerca compromessi più o meno "alti" tra il diritto positivo dello Stato e la pietas domestica. Non rivendica un nuovo diritto, né un nuovo ordine politico. La parola di Antigone manifesta un'alterità radicale rispetto a tutte queste dimensioni del logos. In ciò la sua "dismisura", che il Coro prontamente rileva»[65].

La *dismisura*, dunque. Ecco la cifra della paradossale misura di Antigone. A differenza delle altre chiamate in causa nel corso del dramma, siano esse quelle della differenza di genere invocata da Ismene o della *polis* a cui si richiama almeno in un primo momento Creonte, la misura di Antigone è *una misura strutturalmente smisurata*. Non siamo lontani, in fondo, dalla splendida lettura dell'*Antigone* offerta da Lacan nel corso del suo seminario del 1959-60, dedicato all'etica della psicoanalisi. Secondo Lacan, infatti, l'intero dramma ruota intorno a un termine ripetuto venti

[64] Cacciari 2007, VI.
[65] Cacciari 2007, VIII-IX.

volte nel testo, «ma che fa rumore come quaranta»[66]. Questo termine è *áte*: una parola "insostituibile" che «designa il limite che la vita umana non può troppo a lungo oltrepassare»[67]. Ed è proprio verso il superamento di questo limite che mira il desiderio di quell'"essere inumano" che è Antigone, posto "a fine corsa" come tutti gli eroi di Sofocle (salvo forse Edipo), situato insomma tra la vita e la morte. Antigone incarna, così, un desiderio letteralmente "atroce": al di là dell'*áte*, appunto. E Lacan lo scrive a chiare lettere: «Antigone porta fino al limite il compimento di ciò che si può chiamare il desiderio puro, il puro e semplice desiderio di morte come tale. Questo desiderio, lei lo incarna»[68].

12. *Lo spettro di Antigone*

Lacan, insomma, ha cercato (e trovato) nell'*Antigone* «qualcos'altro da una lezione di morale»[69]. E questo qualcos'altro è proprio la messa in scena di un desiderio che rinvia a quella pulsione di morte che costituisce la scoperta forse più scandalosa di Sigmund Freud[70]. Si tratta di una lettura che meriterebbe ovviamente ben altro approfondimento[71]. Come ben altro approfondimento, peraltro, avrebbero meritato anche tutte le altre letture che mi è capitato di citare nel corso del testo. Per non parlare delle tantissime altre che non ho avuto neanche la possibilità di ricordare. Il guaio è che un testo sull'*Antigone* di Sofocle non è soltanto difficile da cominciare, ma soprattutto è pressoché impossibile da concludere, se non decidendo (più o meno arbitrariamente) di mettere un punto. Ed è proprio per mettere un punto che, in chiusura, voglio appoggiarmi (spero in modo non eccessivamente arbitrario) a un ultimo nome: quello di Jacques Derrida.

All'*Antigone* – o meglio: alla lettura dell'*Antigone* offerta da Hegel e alla sua "legge della famiglia" – Derrida ha dedicato una delle due colonne (senza inizio e senza fine, a proposito della difficoltà di chiudere un testo...) che compongono uno dei suoi lavori più belli. Si intitola *Glas* ed è un testo pubblicato nel 1974 che ne contiene (almeno) due, essendo composto proprio da due colonne parallele «troncate in alto e in basso e tagliate nei fianchi»[72]: uno dedicato a Hegel, appunto, l'altro a Jean Genet. E qui può essere sufficiente riflettere su questa curiosa struttura, che dice già

[66] LACAN 1986, 332.
[67] LACAN 1986, 332.
[68] LACAN 1986, 356.
[69] LACAN 1986, 317.
[70] Necessario il rinvio a FREUD 1940.
[71] Per un primo approfondimento, si vedano CIARAMELLI 2017, 165-213 e LUCHETTI 2001. Cfr. anche le penetranti critiche articolate da ROMANO 2009, 21-34.
[72] DERRIDA 1974, 39. Un'ottima introduzione a questo testo doppio, svolta peraltro in contrappunto con l'analisi di un'altra magistrale lettura dell'*Antigone* quale quella di Paul Ricoeur in *Sé come un altro* (RICOEUR 1990), è offerta da FERRARIO 2001.

molto a proposito del rapporto tra poesia e filosofia o per meglio dire tra *mythos* e *logos*. Come precisa subito Derrida, infatti, una prima lettura di *Glas* «può essere fatta come se due testi, drizzati uno contro l'altro o uno senza l'altro, non comunicassero tra di loro»[73]. Eppure, proprio nella loro "eterogeneità", le due parti dell'opera risultano «indiscernibili nei loro effetti»[74].

Tra le due parti di *Glas* prende forma, così, un rapporto di eterogeneità senza opposizione. Una eterogeneità senza opposizione che contraddistingue, peraltro, la stessa relazione tra la logica della rappresentazione tragica e la logica del discorso filosofico e che in tanti (o meglio tantissimi) altri testi Derrida ha mostrato all'opera anche in tutte le altre dicotomie concettuali che hanno fatto la storia del pensiero occidentale. Come non c'è *logos* senza *mythos*, infatti, così non c'è parola senza scrittura, anima senza corpo, significato senza significante, presentazione senza rappresentazione e la lista potrebbe e dovrebbe continuare. In queste dicotomie ciascun termine risulta attraversato dal suo "altro", prendendo in tal modo forma una co-implicazione reciproca che dà luogo, appunto, a un rapporto di "eterogeneità senza opposizione". Sono tutte relazioni necessarie e allo stesso tempo impossibili, insomma. Proprio come quella tra Antigone e Creonte, potremmo aggiungere a questo punto. Oppure come quella tra l'avvenire della giustizia e il presente del diritto alla cui paziente opera di decostruzione Derrida ha dedicato alcuni dei suoi ultimi testi[75].

Del resto, per chiudere parlando del rapporto tra diritto e giustizia, c'è almeno una lezione di Derrida che un giurista farebbe bene a non dimenticare mai. Ed è questa: che il diritto non è mai puramente e semplicemente diritto. Nel diritto, infatti, c'è un luogo dove il sistema non si chiude. Un luogo che è, appunto, quello della giustizia, intesa nei termini dell'avvenire dell'altro nel cuore del medesimo. Proprio come uno "spettro", infatti, la giustizia di cui parla Derrida non è presente, né presentabile, non è né un valore, né un'idea né un concetto, essendo piuttosto la promessa di una "presentazione impresentabile", che presuppone una sorta di anacronia nel cuore stesso del presente[76]. La giustizia è *altro dal diritto*, certo. Ma è anche *altro nel diritto*. È quel "resto" che ne contamina, già da sempre, la presunta purezza. E che fa sì, appunto, che il diritto non sia mai puramente e semplicemente "presente".

[73] DERRIDA 1974, 39.

[74] DERRIDA 1974, 39.

[75] Basti pensare, tra i tanti, a DERRIDA 1994 e DERRIDA, DUFORMANTELLE 1997. Per ulteriori riferimenti bibliografici, mi permetto di rinviare a ANDRONICO 2006.

[76] «La giustizia come rapporto all'altro, al di là del diritto, e ancor più del giuridicismo, al di là della morale, e ancor più del moralismo, non suppone l'irriducibile eccesso di una disgiuntura o di una anacronia, una qualche *Un-Fuge*, una dislocazione "*out of joint*" nell'essere e nel tempo stesso, una disgiuntura che, per rischiare sempre e comunque il male, l'espropriazione e l'ingiustizia (*adikía*), contro cui non c'è assicurazione calcolabile, potrebbe solo *fare giustizia* o *rendere giustizia* all'altro in quanto altro? Un *fare* che non si consumerebbe nell'azione e un *rendere* che non tornerebbe a restituire?» (DERRIDA 1993, 39).

Come il tempo di cui parla Amleto, il presente del diritto (e della *polis*) è strutturalmente *out of joint*. Lo spettro della giustizia lo attraversa sempre, inevitabilmente, nel suo presentarsi come "dato". E forse è proprio questo spettro che si potrebbe chiamare, ancora e sempre, Antigone. A patto di intenderlo e di custodirlo come tale. Come uno "spettro", appunto[77]. E non come un'altra presenza, puramente e semplicemente opposta a quella di Creonte. Come una domanda, insomma, per riprendere – a tacer di qualsivoglia *Aufhebung* – quanto ricordato dall'Hegel citato in epigrafe. E non come una (seppur altra) risposta.

[77] Come scrive Davide Susanetti, infatti: «Benché superstite alla sventura famigliare, Antigone non appartiene più alla vita. È il profilo stesso della morte e, come tale, la sua presenza è portatrice di una contaminazione ben più grave di quella rappresentata dal corpo insepolto intorno cui ella si muove. È una sorta di *revenant*, un fantasma inquieto che impedisce una nuova configurazione della memoria e della identità politica. È il ritorno di un rimosso che non riesce a essere neutralizzato né contenuto» (SUSANETTI 2011, 153).

Riferimenti bibliografici

ANDRONICO A. 2006. *La disfunzione del sistema. Giustizia, alterità e giudizio in Jacques Derrida*, Torino, Giappichelli, 2006.

ANOUILH J. 2000. *Antigone*, in CIANI M.G. (ed.), *Sofocle, Anouilh, Brecht. Antigone. Variazioni sul mito*, Venezia, Marsilio, 2000, 61 ss.

ARISTOTELE 2002. *Politica*, ed. it. a cura di C.A. Viano, Milano, Rizzoli, 2002.

ASCARELLI T. 1959. *Antigone e Porzia*, in ID., *Problemi giuridici*, tomo I, Milano, Giuffrè, 1959, 3 ss.

BERTI E. 2012. *Profilo di Aristotele*, Roma, Studium, 2012.

BIEN G. 1985. *La filosofia politica di Aristotele*, Bologna, Il Mulino, 1985.

BRETONE M., TALAMANCA M. 2015. *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

CACCIARI M. 2007. *La parola che uccide*, in SOFOCLE 2007, *Antigone*, a cura di M. Cacciari, nota di regia di W. Le Moli, Torino, Einaudi, 2007, V ss.

CAVALLA F. 2017. *L'origine e il diritto*, Milano, Franco Angeli, 2017.

CIANI M.G. (ed.) 2000. *Sofocle, Anouilh, Brecht. Antigone. Variazioni sul mito*, Venezia, Marsilio, 2000.

CIARAMELLI F. 2017. *Il dilemma di Antigone*, Torino, Giappichelli, 2017.

CURI U. (ed.) 1991. *Metamorfosi del tragico tra classico e moderno*, Roma-Bari, Laterza, 1991.

CURI U. 2015. *Endiadi. Figure della duplicità*, Milano, Raffaello Cortina, 2015.

DERRIDA J. 1974. *Glas*, Milano, Bompiani, 2006 (ed. or. *Glas*, Galilée, Paris, 1974, tr. it. di S. Facioni).

DERRIDA J. 1993. *Spettri di Marx*, Milano, Raffaello Cortina, 1994 (ed. or. *Spectres de Marx*, Paris, Galilée, 1993, tr. it. di G. Chiurazzi).

DERRIDA J. 1994. *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003 (ed. or. *Force de loi. Le «Fondement mystique de l'autorité»*, Paris, Galilée, 1994, tr. it. di A. Di Natale).

DERRIDA J., DUFOURMANTELLE A. 1997. *Sull'ospitalità*, Milano, Baldini & Castoldi, 2000 (ed. or. *De l'hospitalité*, Paris, Calmann-Lévy, 1997, tr. it. di I. Landolfi).

FASSÒ G. 1966. *Storia della filosofia del diritto. I: Antichità e Medioevo*, Bologna, il Mulino, 1966.

FERRARIO E. 2001. *La filosofia e il tragico. Le «Antigoni» di Paul Ricoeur e Jacques Derrida*, in MONTANI P. (ed.), *Antigone e la filosofia*, Roma, Donzelli, 2001, 297 ss.

FREUD S. 1940. *Al di là del principio di piacere*, in ID., *Opere. Vol. IX*, Torino, Bollati Boringhieri, 1986 (ed. or. *Jenseits des Lustprinzips* (1920), in *Gesammelte Werke*, bd. XIII, Frankfurt am Main, Fischer, 1940, ed. it. a cura di C.L. Musatti, tr. it. di A.M. Marietti e R. Colorni).

HABERMAS J. 1981. *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, Il Mulino, 2009 (ed. or. *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, tr. it. di P. Rinaudo).

HABERMAS J. 1983. *Etica del discorso*, Roma-Bari, Laterza, 2009 (ed. or. *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983, tr. it. di E. Agazzi).

HEGEL G.W.F. 1955. *Estetica*, Torino, Einaudi, 1967 (ed. or. *Ästhetik* (1836-1838), Berlin, Aufbau, 1955, tr. it. di N. Merker e N. Vaccaro).

HEGEL G.W.F. 1980. *Fenomenologia dello spirito*, Firenze, La Nuova Italia, 1996 (ed. or. *Phänomenologie des Geistes*, in *Gesammelte Werke*, Bd. 9, Hamburg, Meiner, 1980, tr. it. di E. De Negri).

HEIDEGGER M. 1953. *Introduzione alla metafisica*, Milano, Mursia, 1968 (ed. or. *Einführung in die Metaphysik*, Tübingen, Niemeyer, 1953, tr. it. di G. Masi).

HERITIER P. 2014. *Estetica giuridica inclusiva vs. positivismo esclusivo. L'immagine nel sistema delle fonti e i nomogrammi*, in FARALLI C., GIGLIOTTI V., HERITIER P., MITTICA M.P. (eds.), *Il diritto tra testo e immagine. Rappresentazione ed evoluzione delle fonti*, Milano-Udine, Mimesis, 2014, 55 ss.

JASPERS K. 1952. *Del tragico*, Milano, SE, 2008 (ed or. *Über das Tragische*, München, Piper, 1952, tr. it. di I.A. Chiusano).

LACAN J. 1986. *Il seminario. Libro VII. L'etica della psicoanalisi (1959-1960)*, Torino, Einaudi, 1994 (ed. or. *Séminaire. Livre VII. L'éthique de la psychanalyse (1959-1960)*, Paris, Le Seuil, 1986, tr. it. di G.B. Contri).

LUCHETTI A. 2001. *L'Antigone di Lacan: il limite del desiderio*, in MONTANI P. (ed.), *Antigone e la filosofia*, Roma, Donzelli, 2001, 245 ss.

MAGRÌ G. 2012. *Giustizia*, in MONTANARI B. (ed.), *Luoghi della filosofia del diritto. Idee strutture mutamenti*, Torino, Giappichelli, 2012, 53 ss.

MEIER C. 1998. *L'arte politica della tragedia greca*, Torino, Einaudi, 2000 (ed or. *Die politische Kunst der griechischen Tragödie*, München, Beck, 1998, tr. it. di D. Zuffellato).

MOLINARI C. 1977. *Storia di Antigone. Da Sofocle al Living Theatre*, Bari, De Donato, 1977.

MONTANARI B. 1993. *Ordine e sapienza: la solitudine di Creonte*, in ID. (ed.), *La norma subita*, Torino, Giappichelli, 1993, 27 ss.

MONTANARI B. 2013. *La fragilità del potere. L'uomo, la vita, la morte*, Milano-Udine, Mimesis, 2013.

NUSSBAUM M. 1986. *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*, Bologna, il Mulino, 2004 (ed. or. *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, ed. it. a cura di G. Zanetti, tr. it. di M. Scattola e R. Scognamiglio).

PUNZI A. 2009. *Dialogica del diritto. Studi per una filosofia della giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2009.

PUPPO F. 2004. Giustizia, potere e ordine nell'Antigone di Anouilh, in BOMBELLI G., MAZZEI A. (ed.), Dike polypoinos. Archetipi di giustizia fra tragedia greca e dramma moderno, Padova, CLEUP, 2004, 125 ss.

RICOEUR P. 1990. *Sé come un altro*, Milano, Jaca Book, 1993 (ed. or. *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990, tr. it. di D. Iannotta).

RIEDEL M. 1975. *Metafisica e metapolitica. Studi su Aristotele e sul linguaggio politico della filosofia moderna*, Bologna, il Mulino, 1990 (ed. or. *Metaphysik und Metapolitik. Studien zu Aristoteles und zur politischen Sprache der neuzeitlichen Philosophie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1975, tr. it. di F. Longato).

RIPEPE E. 2001. *Ricominciare da Antigone o ricominciare dall'Antigone? Ancora una volta sulla più antica lezione di filosofia del diritto*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, Giappichelli, 2001, 677 ss.

ROMANO B. 2009. *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, Torino, Giappichelli, 2009.

SCHIAVONE A. 2017. *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2017.

SOFOCLE 2007. *Antigone*, a cura di M. Cacciari, nota di regia di W. Le Moli, Torino, Einaudi, 2007.

STEINER G. 1984. *Le Antigoni*, Milano, Garzanti, 2003 (ed. or. *Antigones*, Cambridge, Clarendon, 1984, tr. it. di N. Marini).

SUSANETTI D. 2011. *Catastrofi politiche. Sofocle e la tragedia di vivere insieme*, Roma, Carocci, 2011.

TAMINIAUX J. 1995. *Le théâtre des philosophes. La tragédie, l'être, l'action*, Paris, Krisis, 1995.

TUCIDIDE 1976. *La guerra del Peloponneso*, trad. it. di L. Annibaletto, vol. I, Milano, Mondadori, 1976.

VERNANT J.-P. 1972. *Tensioni e ambiguità nella tragedia greca*, in VERNANT J.-P., VIDAL-NAQUET P., *Mito e tragedia nell'Antica Grecia*, Torino, Einaudi, 1976, 8 ss. (ed. or. VERNANT J.-P., *Tensions et ambiguïtés dans la tragédie grecque*, in VERNANT

J.-P., VIDAL-NAQUET P., *Mythe et tragédie en Grèce ancienne*, Paris, Maspero, 1972, tr. it. di M. Rettori, 19-40).

VINCI P. 2001. *L'Antigone di Hegel. Alle origini tragiche della soggettività*, in MONTANI P. (ed.), *Antigone e la filosofia*, Roma, Donzelli, 2001, 31 ss.

ZAGREBELSKY G. 2006. *Il diritto di Antigone e la legge di Creonte*, in DIONIGI I. (ed.), *La legge sovrana*, Milano, BUR, 2006, 19 ss.

ZAGREBELSKY G. 2008. *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2008.

ZANETTI G. 1993a. *La nozione di giustizia in Aristotele*, Bologna, il Mulino, 1993.

ZANETTI G. 1993b. *Giustizia e amicizia come categorie ordinanti a partire da Aristotele*, in CUBEDDU R. (ed.), *L'ordine eccentrico. Ricerche sul concetto di ordine politico*, Napoli, ESI, 1993, 99 ss.

LA DIFFICILE RICERCA DELL'IDENTITÀ PER I NATI DA MATERNITÀ SURROGATA.

BREVI RIFLESSIONI SULLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE DEL 18 DICEMBRE 2017 N. 272

LAURA **CUCINOTTA**

&dq

La difficile ricerca dell'identità per i nati da maternità surrogata.
Brevi riflessioni sulla sentenza della Corte Costituzionale del 18 dicembre 2017 n. 272

The Difficult Research of Identity for Children Born by Surrogacy.
Short Reflections on the Italian Constitutional Court Judgment n° 272, 18th December 2017

LAURA CUCINOTTA

Dottoranda di ricerca in Scienze economiche, aziendali e giuridiche, Università degli Studi Kore di Enna.
E-mail: laura.cucinotta@unikore.it

ABSTRACT

Il lavoro affronta il tema dello *status filiationis* del minore nato da maternità surrogata. La disamina che segue muove da una recente pronuncia della Consulta sul bilanciamento tra verità biologica e interesse concreto del minore. Dall'analisi critica della sentenza, muoverà la riflessione sulla maternità surrogata e sulla genitorialità sociale. L'obiettivo sarà duplice: la tutela dell'identità dei nati da maternità surrogata e l'indagine sul futuro della *surrogacy* nel nostro ordinamento. Potrà l'approccio empirico del *best interest of the child* arginare il problema del disvalore etico della maternità surrogata? Quali sono i criteri per valorizzare il contesto familiare surrogato, ai fini dell'affidamento del minore ai genitori surrogati?

This paper debates the issue of the child's *status* protection for those born by surrogacy. The following discussion arises from a recent ruling by the Italian Constitutional Court on the balance between the biological truth and the best interest of the child. Moving from critical analysis of the judgment, the reflection on surrogate motherhood and social parenting follows. The aim shall be twofold: the protection of the identity of children born by surrogacy and the future perspectives of the surrogacy in our legal system. May the empirical approach of the best interest limit the negative value of surrogacy? What are the criteria to value the surrogate family context, in order to give surrogate parents custody of the child?

KEYWORDS

maternità surrogata, best interest of the child, genitorialità sociale, verità di parto, disconoscimento del figlio minore

surrogacy, best interest of the child, social parenting, childbirth truth, disownment of the minor

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

La difficile ricerca dell'identità per i nati da maternità surrogata.
Brevi riflessioni sulla sentenza della Corte Costituzionale del 18 dicembre 2017 n. 272

LAURA CUCINOTTA

1. *Introduzione: la vicenda processuale e il dubbio di costituzionalità dell'art. 263 c.c.* – 2. *Status filiationis e genitorialità alla luce dei principi fondamentali e della giurisprudenza nazionale ed europea* – 3. *Il giudizio comparativo tra verità dello status e best interest del minore* – 4. *Rilievi critici, prospettive future e questioni irrisolte: mater semper certa est?*

1. *Introduzione: la vicenda processuale e il dubbio di costituzionalità dell'art. 263 c.c.*

Il dibattito sulla maternità surrogata negli ultimi anni ha più volte chiamato la giurisprudenza a pronunciarsi sulla risoluzione delle complesse questioni giuridiche connesse alla metodica riproduttiva.

Non di rado, le acquisizioni di un diritto vivente piuttosto "creativo" hanno tentato di trovare un raccordo tra la rigidità della legge – divieto di maternità surrogata di cui all'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 – e la eterogeneità degli interessi in gioco nella concreta casistica riguardante i nati mediante surrogazione.

Tra le questioni di maggior rilievo va senza dubbio segnalata quella della tutela dell'identità del minore e della ricerca del suo interesse concreto al mantenimento di una vita familiare e relazionale.

A tal proposito, non può trascurarsi la recente pronuncia della Corte Costituzionale, la quale, con sentenza interpretativa di rigetto del 18 dicembre 2017, n. 272, ha affrontato la questione della illegittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31, 117 della Costituzione e all'art. 8 della CEDU, nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse del medesimo.

L'analisi che si propone in questa sede origina proprio dalla lettura critica della motivazione della sentenza e si estende, nel prosieguo, alle prospettive *de iure condendo* che è dato formulare alla luce della decisione giurisprudenziale.

Volendo, dunque, procedere con una lettura valutativa della sentenza, onde comprendere l'eventuale contributo innovativo della stessa nell'ambito del dibattito sulla maternità surrogata, si ritiene opportuno partire dall'analisi della vicenda processuale e del principio di diritto espresso nella pronuncia.

Nell'indicare quale sia il giusto rilievo da attribuire alle due esigenze contrapposte – interesse pubblico alla certezza dello *status filiationis* rispondente alla verità biologica e interesse concreto del minore al mantenimento di una già acquisita identità relazionale – la Consulta ha sancito il seguente principio di diritto:

> «Se dunque non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro. Tale bilanciamento comporta, viceversa, un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello status e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore»[1].

La questione di legittimità costituzionale si è instaurata nell'ambito di un procedimento di impugnazione, avviato su istanza del curatore speciale, avverso il riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità.

A rendere particolarmente complessa la vicenda è stato il fatto che il figlio di cui trattasi era nato all'estero (India) mediante ricorso alla maternità surrogata realizzata con ovodonazione, così come ammesso dagli stessi genitori nel corso delle indagini effettuate dalla Procura della Repubblica. Quest'ultima, una volta emersa la circostanza della surrogazione di maternità, aveva tempestivamente avviato il procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità del bambino, stante il divieto di maternità surrogata nel nostro ordinamento (art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004) e data la contrarietà della legge straniera all'ordine pubblico *ex* art. 16 della l. n. 218/1995.

Nondimeno, i genitori chiedevano e ottenevano dall'Ufficio dello Stato civile di Milano la trascrizione dell'atto di nascita del minore, il quale conseguentemente veniva dichiarato non adottabile per due ordini di ragioni: i genitori avevano contratto regolarmente matrimonio, vieppiù colui che aveva effettuato il riconoscimento risultava essere, dal test del DNA, il vero padre biologico.

Il curatore speciale nominato dal Tribunale per i minorenni, vista l'assenza di legame biologico tra il minore e la madre surrogata, ricorreva innanzi al Tribunale ordinario di Milano ed otteneva il disconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti della medesima.

Avverso tale decisione, la donna ricorreva innanzi alla Corte di Appello di Milano, la quale sollevava la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c.

Ed invero, il giudice dell'impugnazione si è trovato a dover risolvere un problema di non poco conto: nel silenzio della legge, quale tutela offrire ai figli nati da maternità surrogata?

[1] Cfr. Corte Cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in «Rivista di Diritto Internazionale», 2, 2018, 632.

Quale rilevanza attribuire all'interesse concreto del minore al mantenimento di una vita relazionale e di uno *status filiationis* ormai acquisito e allo stesso tempo in che modo dare rilevanza ad un principio altrettanto importante – quello della verità di parto – che fonda nel nostro ordinamento il rapporto madre-figlio?

Il *thema decidendum* che fa da sfondo alla pronuncia della Corte Costituzionale è dunque molto più profondo di quello che potrebbe essere un mero giudizio di valore o di "liceità" di una pratica di fecondazione medicalizzata.

La sentenza in oggetto, infatti, esula dall'affrontare la questione della maternità surrogata *tout court* o della trascrivibilità in Italia di atti di nascita formati nei paesi ove tale metodica sia legale, cogliendo invece il risvolto concreto di quello che ormai può definirsi un dilagante fenomeno sociale, con cui la prassi giurisprudenziale deve imparare a confrontarsi.

Prima di procedere all'analisi della questione in oggetto, giova fare maggiore chiarezza sotto il profilo definitorio, atteso che l'assenza di una disciplina giuridica organica, sia a livello nazionale che europeo, rende più difficoltosa l'analisi scientifica del fenomeno[2].

Ed invero, la diffusione di tecniche di procreazione medicalmente assistita sempre più avanzate contribuisce all'offerta di soluzioni cliniche ancor più variegate, con la conseguenza che, ad oggi, occorre distinguere tra due tipologie di maternità surrogata, che a loro volta possono realizzarsi mediante il ricorso a tre forme di tecnologie riproduttive.

Nondimeno, il nucleo minimo per potersi configurare l'ipotesi della maternità surrogata è che vi sia una donna che si presti ad avere una gravidanza per un'altra[3] – si parla infatti di "maternità per sostituzione" ovvero di "gestazione per altri" – impegnandosi a rinunciare, dopo la nascita del bambino, ad ogni suo diritto nei confronti di quest'ultimo. Viceversa, esula dalla maternità surrogata la mera donazione degli ovuli affinché un'altra donna possa concepire un figlio.

Procedendo con ordine, in ambito scientifico si distingue la maternità surrogata totale dalla surrogazione parziale; nel primo caso, la donna che accetta di portare a termine la gravidanza per conto di un'altra è una mera "parte locatrice" dell'accordo ovvero ella non avrà alcun legame genetico con il nascituro, limitandosi a concedere "l'uso del proprio utero" per accogliere il frutto del concepimento e della fecondazione fra i due gameti dei genitori committenti.

In altre parole, nella surrogazione totale – meglio nota come "utero in affitto" – la madre ed il padre committenti risultano essere, da un punto di vista biologico-gene-

[2] Per una compiuta ricostruzione del fenomeno della maternità surrogata dal punto di vista bioetico e dei diritti umani, si veda fra tutti MARINI, APREA 2016, 469 ss.

[3] Per un approfondimento sulla maternità surrogata in generale si veda CORTI 2000.

tico, i genitori del figlio, il quale tuttavia, per ragioni di necessità/opportunità mediche, completerà la gestazione nell'utero di una donna terza ed estranea alla coppia.

Si parla invece di surrogazione parziale, quando la donna cui si rivolgono i genitori committenti per portare avanti la gestazione partecipa alla procreazione del nascituro sia con la gestazione stessa, sia offrendo il suo ovulo per la fecondazione.

Dal punto di vista dunque scientifico, tra la donna gestante ed il figlio vi sarà sempre un legame che, se non è genitoriale – per via dell'accordo con il quale ella rinuncia al bambino in favore dei genitori committenti – è quanto meno genetico[4].

Quanto, infine, alle modalità di realizzazione si può procedere con un'inseminazione artificiale – in questo caso si parla di maternità surrogata propriamente detta – conseguita per mezzo dell'introduzione del liquido seminale nella cavità uterina e con conseguente formazione dello zigote *in vivo*[5]; altresì, può presentarsi l'ipotesi della surrogazione per "ovodonazione", nel caso in cui la committente sia sterile e sopperisca con il ricorso all'ovulo di una donatrice, ovulo che sarà utilizzato per l'inseminazione artificiale nell'utero della madre sostituta. Infine, può accadere che, previa fecondazione *in vitro*, si proceda con il trasferimento e l'impianto dell'embrione nell'utero della donna che si offre solo come gestante.

Ciò premesso, è chiaro che molti sono gli interrogativi e gli scontri non solo giuridici[6], ma anche etici[7] e politici che imperversano sull'argomento e nel frattempo cresce vertiginosamente in tutto il mondo la domanda di quello che è diventato un vero e proprio "*reproductive trafficking*"[8].

L'affare dei bambini "*on demand*"[9] sta raggiungendo proporzioni più che considerevoli e le statistiche parlano di oltre duemila gravidanze surrogate portate a termine ogni anno solo negli Stati Uniti[10] e secondo la SAI (*Surrogate Alternative Inc.)* – una delle più grandi agenzie californiane – con un costante incremento annuo del 20%.

Fra queste richieste, peraltro, una ogni dieci proviene da una coppia italiana ed eterosessuale nel 70% dei casi, omoaffettiva nella casistica che residua. D'altra parte il fenomeno della *surrogacy* ha una geografia e dei costi economici molto eterogenei[11], coinvolgendo sia paesi dell'Occidente industrializzato (Stati Uniti, Regno Unito, Canada, Russia), che paesi asiatici (Israele, India, Thailandia).

[4] PIZZO 2006.

[5] Sull'analisi del fenomeno della maternità surrogata e dei profili critici della PMA sotto una prospettiva transnazionale si legga VARANO 2017.

[6] MASTROIANNI IANNI 2015, 103 ss.

[7] CHINI 2016, 173 ss.

[8] L'espressione è di BINDEL 2015.

[9] L'analisi delle criticità che la maternità surrogata solleva con riguardo alla violazione dell'ordine pubblico nazionale e internazionale è ben rappresentata in TONOLO 2017, 1070 ss.

[10] ATTIANESE 2017.

[11] Offre una prospettiva legislativo-comparatistica delle pratiche di maternità surrogata nel mondo il contributo di RUSSA et al. 2017.

Si comprende dunque l'urgenza, da un lato, e la difficoltà, dall'altro, di trovare delle soluzioni per dirimere la questioni giuridiche che ruotano attorno ad un fenomeno tanto diffuso quanto eterogeneo.

A ben vedere, il primo vero quesito che dovrebbe porsi il giurista è il seguente: quale identità riconoscere e tutelare per i figli nati con questa metodica procreativa?

La risposta implica un notevole sforzo intellettuale-giuridico, ma ancor prima etico, per il fatto che occorre certamente superare l'atteggiamento di chi ritiene sufficiente trincerarsi dietro un "divieto" normativo ed etichettare tale pratica (sebbene a buon diritto) come illegale e lesiva della dignità della persona umana.

Che ci si scandalizzi o meno, i nati mediante il ricorso alla gestazione per altri sono oggi numerosi, sono già venuti alla luce e chiamano gli operatori del diritto ad interrogarsi sui loro diritti di persone umane, di figli, anche se per certi versi *sui generis*.

Ecco che dunque la Corte Costituzionale è stata chiamata ad individuare i parametri per la valutazione del *best interest of the child*, opinando se un nato da maternità surrogata vada per ciò stesso definito "figlio di nessuno" e pertanto dichiarato adottabile – nel rispetto dell'unico principio cardine in materia di genitorialità, ossia la verità biologica – oppure se sia meritevole di tutela uno *status filiationis* "sociale", in quanto instauratosi *de facto* attraverso legami affettivi con i genitori non biologici.

2. *Status filiationis e genitorialità alla luce dei principi fondamentali e della giurisprudenza nazionale ed europea*

Il caso di specie rievoca la difesa di non pochi principi di diritto, i quali rappresentano il nucleo più profondo che anima sia la nostra Carta Costituzionale, sia le più importanti Dichiarazioni internazionali dei diritti umani.

Ed invero, la Corte di Appello di Milano denuncia la violazione di almeno cinque parametri costituzionali: il diritto al nome ed alla identità personale (art. 2 Cost.), il diritto alla genitorialità sociale (artt. 30 e 31 Cost.) – quale corollario del principio di responsabilità genitoriale – ed il diritto alla vita familiare, sancito dall'art. 8 CEDU, quale parte integrante del nostro ordinamento ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost.

Si ravvisa altresì la violazione del principio di eguaglianza e ragionevolezza (art. 3 Cost.) per via della discriminazione dei nati da maternità surrogata, rispetto ai nati da fecondazione eterologa.

Secondo il giudice rimettente questi ultimi godrebbero di uno *status filiationis* maggiormente protetto in virtù del fatto che l'art. 9 della l. n. 40 del 2004 esclude che il coniuge o il convivente, che abbiano acconsentito al ricorso a tali tecniche di

procreazione, possano promuovere l'azione di disconoscimento o impugnare il riconoscimento *ex* art. 263 c.c.

Peraltro l'art. 9, comma 3, della legge sulla PMA nega l'istituzione di relazioni giuridiche parentali tra il donatore di gameti ed il nato, con evidente superamento del principio del *favor veritatis*.

Orbene, riguardo al contrasto tra l'art. 263 c.c. e l'art. 2 Cost. si delineano due possibili orientamenti interpretativi: il primo – condiviso dal curatore del minore ed espressione di una giurisprudenza in verità ritenuta non più conforme all'attuale coscienza sociale[12] – esclude una contrapposizione tra *favor veritatis* e *favor minoris* e fa coincidere l'identità del minore con la sola discendenza genetica dello stesso.

Il secondo, invece, attribuisce all'identità personale un concetto dinamico e non cristallizzabile esclusivamente al momento del concepimento, sviluppandosi esso piuttosto nel corso dell'intero processo di crescita dell'individuo a motivo delle sue relazioni sociali, dell'appartenenza al luogo di nascita, della propria cultura e tradizione, nonché del tessuto familiare e della famiglia d'origine.

Così argomentando, prima di procedere alla rimozione di uno *status filiationis* "non veritiero" si renderebbe necessaria una maggior valorizzazione del concreto interesse del minore, nel presupposto che il criterio della verità biologica non sia affatto garanzia assoluta di tutela dell'identità del figlio. Per voler esplicitare, si pensi all'enorme danno che in un caso di maternità surrogata subirebbe un minore a seguito del disconoscimento di paternità del genitore surrogato, là dove quello biologico non fosse poi identificabile o, peggio ancora, rifiutasse a sua volta il riconoscimento del figlio.

In questo senso, la Corte di Cassazione ha recentemente colto i rischi del pericoloso impoverimento delle relazioni familiari che si cela dietro ad una rescissione dei legami familiari non avveduta ovvero frutto di automatismi decisionali.

La giurisprudenza di legittimità ha infatti riconosciuto la risarcibilità del danno arrecato dal padre al figlio a causa dell'esperimento dell'azione di cui all'art. 263 c.c., considerando che il fattore tempo incide fortemente sul consolidamento dell'identità personale e che, pertanto, «maggiore è il lasso di tempo intercorso tra il riconoscimento e l'impugnazione per difetto di veridicità, maggiore sarà la lesione che ne discende al diritto all'identità personale»[13].

Accanto alla lesione del diritto all'identità personale, il giudice rimettente individua la violazione del diritto alla genitorialità sancito *ex* artt. 30 e 31 della Costituzione e disciplinato dalla l. n. 219 del 2012.

[12] Cfr. Corte Cost., 22 aprile 1997, n. 112, in «Giurisprudenza costituzionale», 1997, 1073 ss.
[13] Cfr. Cass. Civ., 31 luglio 2015, n. 16222, in «Diritto di famiglia e delle persone», I, 2016, 119.

La novella legislativa, infatti, sulla scia del Regolamento CE n. 2201/2003 – cd. Bruxelles II *bis* – ha introdotto il concetto di responsabilità genitoriale, definita come: «l'insieme dei diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore, riguardanti la persona o i beni di un minore»[14] ed ha sancito la piena equiparazione tra figli naturali, legittimi e adottivi.

Ciò consente di sostenere che possa ricondursi all'alveo degli artt. 30 e 31 Cost. anche la tutela della genitorialità sociale ovvero il rapporto parentale privo di un fondamento biologico-genetico.

Infine, quanto alla violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. in riferimento all'art. 8 CEDU, la parte privata ravvisa la necessità di effettuare uno scrutinio individualizzato vertente sulle circostanze del caso concreto, al fine di disporre l'allontanamento del minore dalla coppia di genitori "non biologici", se e solo se ciò sia l'unica via per evitare un pregiudizio grave ed irreparabile al minore stesso[15].

La questione dell'opportunità o meno di tutelare in via prioritaria la verità nel rapporto di filiazione è stata oggetto di un ampio dibattito giurisprudenziale sia nazionale che sovranazionale.

Nelle prime pronunce italiane risalenti agli anni '90 la verità naturale è stata considerata l'unico principio idoneo a garantire l'esigenza di certezza formale dei legami familiari.

Le avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e l'elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini hanno spinto i giudici della Consulta a porre fiducia esclusivamente sul dato scientifico. Conseguentemente non si individuava alcuna ragione di conflitto tra *favor veritatis* e *favor minoris:*

> «[...] poiché anzi la verità biologica della procreazione si è ritenuta una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore, riconoscendosi espressamente l'esigenza di garantire al figlio il diritto alla propria identità e precisamente all'affermazione di un rapporto di filiazione veridico, rispetto al quale può recedere l'intangibilità dello status, allorché esso risulti privato del fondamento della presunta corrispondenza alla verità biologica»[16].

Pur nella consapevolezza che il perseguimento del valore verità implichi talvolta il sacrificio della posizione familiare, affettiva e socio-economica acquisita *medio tempore* dal figlio, la Corte ha ritenuto opportuno per molto tempo di non mutare il proprio orientamento interpretativo sulla base del fatto che:

[14] Cfr. art. 2, n. 7, Reg. CE, 27 novembre 2003, n. 2201.

[15] È ormai pacifica l'irragionevolezza di automatismi decisori applicati in materia di adozione di minori e, in tal senso, le prime pronunce si rinvengono con riferimento alla problematica dei rigidi limiti di età tra adottante e adottato; si veda tra tutte Corte. Cost., 9 luglio 1999, n. 283, in «Corriere giuridico», 1999, 1167.

[16] La prevalenza del principio del *favor veritatis* si individua nella pronuncia della Corte Cost., 22 aprile 1997, n. 112, in «Giurisprudenza costituzionale», 1997, 1073 ss.

> «la sofferenza del figlio legittimo consapevole dell'apparenza solo formale del proprio status, contro la quale nessuno dei soggetti legittimati abbia reagito, non è meno grave e profonda rispetto a quella di chi sia posto innanzi alla verità della procreazione»[17].

È stata per lo più l'influenza della giurisprudenza europea a condurre i giudici italiani a compiere un'inversione di tendenza, rivalutando la centralità che l'interesse concreto del minore deve assumere nelle decisioni in tema di riconoscimento della genitorialità.

Ed invero, nella sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 2017 vengono richiamate le pronunce della Corte EDU rese nei casi *Paradiso e Campanelli contro Italia*[18] e *Mennesson*[19] e *Labassee*[20] *contro Francia*.

In entrambe le sentenze i giudici di Strasburgo hanno cristallizzato i criteri di quel delicato bilanciamento tra istanze di ordine pubblico (divieto di maternità surrogata nell'ordinamento francese)[21] ed istanze di tutela del *best interest of the child*.

Infatti, pur nella consapevolezza di dover scongiurare un esercizio assoluto ed indiscriminato del diritto a diventare genitori con l'ausilio degli strumenti offerti dal progresso medico-scientifico, la Corte EDU ha sancito la necessità, dinanzi a casi di maternità surrogata, di disporre l'allontanamento del minore dal nucleo familiare già costituitosi, solo là dove sussista un concreto pericolo per l'integrità fisica o morale del medesimo ovvero in assenza di "*genuine personal ties*"[22].

In particolare, i giudici di Strasburgo, nel ribadire che la scelta di vietare la metodica della maternità surrogata rientra nel libero margine di apprezzamento di cui ogni Stato gode, hanno precisato che quando l'interesse in gioco è anche l'interesse del minore quest'ultimo deve prevalere.

Sulla scia di quest'evoluzione giurisprudenziale la Consulta – abbandonata la rigidità di automatismi decisionali fondati sul principio di verità – coglie la necessità di operare sempre un bilanciamento tra l'esigenza di certezza formale delle relazioni parentali e l'intangibile scelta personale di voler formare una famiglia, indipendentemente dal dato genetico.

Più recentemente, la Corte ha richiamato l'istituto dell'adozione quale prova del giudizio di meritevolezza con cui il nostro ordinamento giuridico guarda alla genitorialità sociale, in quanto «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa»[23].

[17] Così Corte Cost., 14 maggio 1999, n. 170, in «Giustizia costituzionale», 1, 1999, 919.
[18] Per un'analisi sul caso *Paradiso Campanelli contro Italia*, tra tutti POLI 2017.
[19] Cfr. Corte EDU, 26 giugno 2014, n. 65192/11, in «Foro italiano», 4, 2014, 561.
[20] Cfr. Corte EDU, 26 giugno 2014, n. 65941/11, in «Responsabilità Civile e Previdenza», 6, 2014, 2041.
[21] Per approfondire il rapporto tra maternità surrogata e art. 8 CEDU, PIZZOLANTE 2018.
[22] Così la Grande Chambre EDU, 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358/12, par. 148, ha indicato quali parametri rilevatori di un legame familiare "*non genuine*" l'instabilità del rapporto, la coabitazione di breve durata, l'assenza di vincoli giuridicamente formalizzati.
[23] Cfr. Corte. Cost., 10 giugno 2014, n. 162, in «Rassegna di diritto farmaceutico», 4, 2014, 768 ss.

La questione che residua e che è affrontata nella pronuncia qui esaminata è allora tracciare in modo più netto i contorni dei parametri valutativi, con cui il giudice deve operare il bilanciamento tra gli interessi in gioco.

Si impone, dunque, la consapevolezza che né, da un lato, la libertà di procreare può essere esercitata senza limiti, né questi ultimi – per quanto fondati su condivisibili convincimenti di ordine etico – possono consistere in un divieto assoluto, salvo che esso sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale[24].

3. *Il giudizio comparativo tra verità dello status e best interest del minore*

Nella sentenza in oggetto, la Corte Costituzionale raccoglie certamente l'eredità delle numerose pronunce in cui il concreto interesse del minore è stato assunto a fondamento delle decisioni in materia di filiazione e quale valore fortemente radicato nell'ordinamento[25].

Tuttavia, i giudici della Consulta non possono trascurare la difficoltà di addivenire a chiare e pacifiche decisioni, là dove il legislatore abbia compiuto delle scelte che risultino piuttosto ondivaghe.

Accade infatti di trovarsi, talvolta, dinanzi ad una valutazione comparativa *ex lege* che sancisca la prevalenza assoluta dello *status filiationis* in assenza di legame biologico – come nel caso del divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa *ex* art. 9 della l. n. 40 del 2004 – talaltra, dinanzi al divieto penalmente sanzionato di avanzare pretese genitoriali, se non suffragate dal dato genetico (divieto di maternità surrogata *ex* art. 12 l. n. 40 del 2004).

A tal proposito, osserva la Corte che l'innegabile presa d'atto del divieto di maternità surrogata nel nostro ordinamento non significa che l'interesse del minore vada trascurato nelle decisioni concrete.

Dall'altro lato, è vero anche che ammettere una valutazione del giudice alla luce dell'interesse del minore non debba per forza tradursi in un'automatica cancellazione dell'esigenza di verità nei rapporti parentali.

Pertanto, è proprio alla luce dei principi fondamentali sottesi (art. 2 Cost., artt. 30-31 Cost., art 117 Cost., art. 8 CEDU) che si rende opportuno un giudizio comparativo, in quanto la rilevanza costituzionale delle due variabili – verità e *best interest* del minore – rifugge dalla «rigida alternativa vero o falso»[26].

[24] GALLO 2016.

[25] Cfr. Corte Cost., 23 febbraio 2012, n. 31, in «Giustizia civile», 3, 2012, 591.

[26] Così si esprime Corte Cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in «Rivista di Diritto Internazionale», 2, 2018, 632.

La sentenza chiarisce anche l'ambito dell'indagine comparativa cui è chiamato il giudice: anzitutto occorre individuare se nel caso specifico debba prevalere l'interesse alla verità – sollevato da chi impugna il riconoscimento del figlio da parte del genitore surrogato – o l'interesse del minore a conservare lo *status* ormai acquisito.

A sua volta, per risolvere tale quesito occorre chiedersi se l'azione di cui all'art. 263 c.c. sia idonea a realizzare l'interesse che si intende prevalente.

Quest'ultimo risulta essere uno snodo fondamentale nel ragionamento valutativo, poiché scongiura decisioni frutto di mere questioni di principio, spostando l'attenzione sui risvolti pratici e consequenziali dell'azione processuale.

Occorre, quindi, chiedersi: veramente il diritto del minore alla identità personale ed alla conoscenza delle origini passa necessariamente dall'azione di disconoscimento del rapporto parentale con i genitori surrogati?

Altrimenti detto, l'art. 263 c.c. servirebbe a far riaffiorare il veridico/biologico rapporto parentale? È reale il rischio che – davanti all'impossibilità di individuare il donatore del gamete o a causa della rinuncia della gestante ai suoi diritti sul bambino che ha partorito – il figlio resti comunque privo del genitore biologico e l'azione di disconoscimento sia utilizzata come strumento per inserire il minore abbandonato in una nuova famiglia (adottiva)?

E a questo punto, trattandosi di affidare il minore ad una famiglia comunque adottiva, siamo certi che il *best interest* non sia restare nel contesto familiare (genitori surrogati) in cui è già stato accolto?

Coglie nel segno, dunque, la Corte quando impone al giudice di indagare la rispondenza tra effetti dell'azione processuale di cui all'art. 263 c.c. ed interesse concretamente perseguito, poiché questa è l'unica via percorribile, se non si vuole correre il rischio di una cura peggiore del male.

La sentenza, pertanto, indica alcuni parametri sulla base dei quali il giudice dovrà orientare la propria decisione, nella formulazione di un ragionevole giudizio di bilanciamento.

Ed invero, secondo la Corte vanno sicuramente considerate le modalità del concepimento e della gestazione. Ed infatti un conto è la maternità surrogata "parziale" – là dove l'ovulo fecondato appartiene alla stessa donna che porterà a termine la gravidanza – un conto è quella totale, ove il figlio è concepito mediante l'unione dei gameti dei genitori surrogati, ma non ha alcun legame genetico con la donna gestante.

In quest'ultima ipotesi, si realizza una metodica procreativa più vicina a quella della fecondazione medicalmente assistita (omologa) e ciò potrebbe spingere il giudice a voler preservare il rapporto instauratosi tra minore e genitori committenti.

Il parametro che tuttavia appare come decisivo, poiché suscettibile di rivelare la *ratio* sottesa al percorso logico-argomentativo della Corte, è quello della durata del

rapporto di fatto instauratosi tra genitori surrogati e minore, inteso come sintomatico di una probabile «condizione identitaria già acquisita»[27].

Va da sé che in presenza di relazioni familiari consolidate e durature, se l'ambiente familiare in tutte le sue declinazioni – economiche, affettive, educative e culturali – è funzionale al sereno sviluppo della personalità del minore ed alla garanzia dei diritti/interessi che il nostro ordinamento riconosce, non vi sarebbe ragione di voler dichiarare adottabile il figlio, per una presunzione assoluta di non idoneità dei genitori surrogati.

Ciò nonostante, il giudizio della Consulta termina con un chiaro *revirement*, mediante il quale essa rimarca l'insopprimibile spazio che nella valutazione comparativa deve attribuirsi all'«elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale».

A questo punto, per comprendere appieno la portata della pronuncia, residua il seguente interrogativo: questa decisione segna una svolta nella difficile riflessione sui nati da maternità surrogata o, piuttosto, essa è il frutto di un'abile manovra di aggiramento del problema, nella volontà di limitarsi a dettare i criteri per la risoluzione di un quesito meramente tecnico (l'azione demolitoria di stato *ex* art. 263 c.c.), evitando vere e proprie aperture giuridiche o giudizi di ordine etico?

Indubbiamente la Corte, al netto delle dichiarazioni di intento iniziali – volte ad espungere dal *thema decidendum* la questione della maternità surrogata *sic et simpliciter* e a circoscrivere il giudizio al problema della ricerca del concreto interesse del minore – ha ribaltato la prospettiva, ponendosi in una posizione di forte censura e rimarcando le inevitabili ripercussioni che l'illiceità della metodica procreativa comporta.

La conclusione del percorso argomentativo presenta dunque una certa incoerenza, se non altro per il fatto di offrire al giudice numerosi strumenti argomentativi a tutela dei nati da maternità surrogata, indicando però, al contempo, il disvalore della maternità surrogata stessa quale parametro del giudizio di bilanciamento.

Il discorso sembra allora tornare al punto di partenza: può il giudice italiano tutelare i minori nati all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata o il disvalore di tale metodica (vietata *ex* art. 12, comma 6, l. n. 40/2004) prevale anche sulle garanzie che l'ordinamento riconosce per i minori?

4. *Rilievi critici, prospettive future e questioni irrisolte: mater semper certa est?*

L'atteggiamento ondivago della Corte Costituzionale suggerisce diversi spunti di riflessione critica.

[27] Merita approfondimento l'analisi sul bilanciamento principio di verità e interesse del minore di MATUCCI 2018.

Il primo dato da osservare è la scelta di aver optato per una sentenza interpretativa di rigetto, la quale qualifica come infondata la questione di legittimità costituzionale e afferma che non vi è lesione dei principi costituzionali in una norma (l'art. 263 c.c.) che ammette l'impugnazione del riconoscimento del figlio nato per surrogazione di maternità, poiché in questa ipotesi non vi è legame biologico tra la madre committente ed il figlio.

Più precisamente, la Corte formula una sentenza interpretativa (di rigetto) di principio, con la quale dichiara la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale e, tuttavia, non attribuisce alla disposizione censurata il significato conforme alla Costituzione, bensì enuncia un principio al quale il giudice *a quo* dovrebbe richiamarsi, affinché la disposizione stessa sia interpretata correttamente.

Nel caso di specie, dunque, si afferma che l'azione di disconoscimento per difetto di veridicità non è lesiva dei principi costituzionali e, tuttavia, innanzi all'ipotesi di un minore nato mediante maternità surrogata, il principio di verità va contemperato con il principio del concreto interesse del minore.

Di conseguenza, non va rimosso il legame parentale genitore surrogato/figlio là dove il *best interest* prevalente risulti quello di preservare la relazione affettivo/familiare già instauratasi tra i soggetti interessati.

Ciò che ha indotto alcuni a leggere nella sentenza una «elegante scappatoia con l'onore delle armi»[28], è il fatto di aver attribuito al giudice una piena discrezionalità decisionale, onde poter garantire al meglio la realizzazione del concreto interesse del minore, non rinunciando però a bilanciare detto interesse con il principio di verità.

Ebbene, è proprio quest'ultimo ad essere, dal punto di vista logico-deduttivo, non perfettamente in linea con il percorso motivazionale della pronuncia.

Ed invero, se si guarda alla questione empirica che il giudice *a quo* è tenuto a risolvere, emergono due alternative: accertare lo stato di abbandono del minore, in quanto privo di un legame biologico con i genitori surrogati, e conseguentemente dichiarare lo stato di adottabilità del medesimo oppure reputare prevalente l'interesse concreto del minore al mantenimento del legame affettivo già maturato nei confronti dei genitori stessi.

Orbene, che si opti per l'una o per l'altra soluzione, comunque il bambino sarà concretamente destinato a crescere nel contesto di una famiglia "adottiva", relazionandosi con dei genitori privi di legami biologici con il medesimo.

Non si comprende *a fortiori* perché la Corte Costituzionale perseveri nell'impostare la sua argomentazione lungo l'alternativa "principio di verità/interesse concreto del minore".

[28] L'espressione è di ZANASI, FIGONE 2018.

È infatti di palmare evidenza che l'azione di disconoscimento di cui all'art. 263 c.c. non è uno strumento idoneo ad assicurare la realizzazione del principio di verità, poiché, quand'anche il giudice del caso concreto reputasse prevalente il principio di verità, non si procederebbe comunque ad un ricongiungimento del bambino con la madre che lo ha partorito.

Ma vi è più.

Compiendo un ulteriore passaggio logico, si può affermare che l'interrogativo troncante in materia di tutela dei nati da maternità surrogata non ruoti più attorno alla dicotomia verità di parto/interesse concreto, quanto attorno alla possibilità – previa interpretazione analogica dell'art. 44, l. n. 184/83 – di sussumere il rapporto genitori surrogati/minore sotto lo schema normativo della famiglia adottiva.

In altre parole, decidere di continuare ad affidare il minore alle cure dei genitori surrogati risponderebbe alla *ratio* sottesa alla fattispecie "adozione in casi particolari"?

In caso di risposta affermativa, evidentemente non avrebbe più senso decidere di allontanare automaticamente il minore dal contesto "adottivo" in cui si sta già relazionando, a meno che non si voglia asservire l'istituto della adozione a logiche giustizialiste (che non gli sono proprie!), volendo cioè punire i genitori per il fatto di essere ricorsi alla maternità surrogata all'estero.

Ed invero, a fronte di un recente orientamento giurisprudenziale, la strada dell'analogia tra adozione in casi particolari e relazione parentale genitore surrogato/figlio non appare poi così peregrina.

Infatti, la Cassazione ha recentemente affermato che l'adozione di cui all'art. 44, l. n. 184/83:

> «integra una clausola di chiusura del sistema, intesa a consentire l'adozione tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità affettiva ed educativa della relazione tra adottante ed adottando, come elemento caratterizzante del concreto interesse del minore a vedere riconosciuti i legami sviluppatisi con altri soggetti che se ne prendono cura»[29].

E dunque, trasponendo siffatto pensiero alla motivazione della sentenza presa in esame, non è forse innegabile che la Corte Costituzionale, nell'indicare il parametro del *best interest of the child* per scongiurare un'automatica ed indiscriminata applicazione dell'art. 263 c.c. a tutti i casi di maternità surrogata, abbia inteso salvaguardare l'interesse concreto del minore alla continuità affettiva ed educativa della relazione con i genitori surrogati, sì come accade nelle ipotesi di adozione di cui all'art. 44, l. n. 184/83?

Sembra, pertanto, che la Consulta abbia già, suo malgrado, allargato le maglie dell'interpretazione dei casi di adozione cd. "particolare", aprendo la strada a

[29] Cfr. Cass. Civ., 22 giugno 2016, n. 12962, in «Ricerche Giuridiche», 5, 2, 2016, 349 ss.

nuove future prospettive di valorizzazione dei rapporti parentali sorti a seguito del ricorso alla metodica della surrogazione di maternità.

Dall'altro lato, è chiaro però che l'oscillazione argomentativa, unita al giudizio di forte censura, nonché al sovente riferimento al principio di verità, rischia se non di svuotare, quanto meno di rendere precarie le affermazioni di principio poste a tutela dei nati da maternità surrogata.

Si potrebbe osservare che, nell'intento di riuscire a districarsi nel tortuoso percorso che porta alla tutela dei nati mediante *surrogacy*, in un ordinamento che tuttavia punisce l'attuazione di tale pratica, la Corte si sia pronunciata secondo lo stile del "minimalismo interpretativo"[30].

Partendo dal presupposto che la Costituzione nasce come risposta ai conflitti generati dal pluralismo, ma allo stesso tempo essa deve rispondere all'esigenza di preservare quest'ultimo evitando la soppressione del dissenso, il minimalismo interpretativo

> «Plaude alla pazienza, alla moderazione e al compromesso nei casi difficili e privilegia argomenti circoscritti e superficiali. La Corte dovrebbe astenersi da teorie più ampie e modificare indirizzi consolidati solo con estrema cautela (*evitando di*) ingenerare conflitti sociali con sentenze troppo audaci»[31].

In ogni caso, quello che qui si vuole sostenere non è certamente un giudizio di approvazione *tout court* per quella che è una modalità procreativa fortemente discutibile e perpetuata, in taluni contesti, in condizioni di degrado sociale ed in violazione della dignità della donna e del bambino.

Si vuole sottolineare piuttosto che sarebbe stato più opportuno mantenere una netta separazione tra il piano del giudizio (censura) sulla maternità surrogata, da quello della tutela dei nati mediante tale pratica: i genitori committenti, infatti, pongono in essere un comportamento punito nel nostro ordinamento da un precetto penale; i figli, invece, sono del tutto estranei alla illiceità della vicenda e, pertanto, è auspicabile che non patiscano alcun riverbero giuridico/sociale, bensì godano della miglior tutela che uno Stato di diritto deve loro garantire.

Quanto alle prospettive *de iure condendo* emerge un dato: l'inserimento del divieto di maternità surrogata nel testo della legge sulla PMA non si è rivelata una strategia utile a scongiurare il rischio che nascano comunque figli mediante il ricorso a tale metodica.

[30] La tesi del minimalismo interpretativo per la risoluzione dei conflitti costituzionali nascenti dal pluralismo è proposta da SUNSTEIN 2001.

[31] Sul punto si distingue per compiutezza ed efficacia la disamina del costituzionalismo americano di CORSO 2016.

Piuttosto, l'origine degli aspetti patologici e censurabili, ossia la mercificazione e l'esercizio di un potere sul corpo della donna, va ricercata nella medicalizzazione e nell'intermediazione in materia di gestazione per altri[32].

Invero, l'immoralità del *business* che ruota attorno ai nati da maternità surrogata è cresciuta parimenti al diffondersi di cliniche specializzate, professionisti del settore sanitario e agenzie private di intermediazione, disposte a lucrare nell'offerta di assistenza alle coppie che accedono a quella che, di fatto, è una *species* del *genus* fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologa.

La maternità surrogata, così come oggi è praticata, si ricollega quindi a quella logica del "biopotere" verso la quale già Foucault aveva manifestato non poca preoccupazione, soprattutto a ragione dei possibili (oggi largamente diffusi) usi economici della genetica[33].

Di ben diverso tenore sarebbe il discorso se si parlasse della cd. "surrogazione di prossimità" ovvero della gestazione per altri realizzata senza intermediazione alcuna, senza lucro ovvero con il diretto coinvolgimento – secondo uno spirito solidaristico o nella logica del dono – di relazioni affettive, amicizie o vicinanze.

Ed invero, secondo il pensiero di Rodotà la sottrazione di alcuni beni dal regime di mercato (beni quali ad esempio la maternità) dovrebbe avvenire in nome del supremo ed inderogabile dovere di solidarietà, che andrebbe tuttavia inteso non solo come fonte di doveri, ma anche come espressione dell'esercizio di facoltà e libertà ovvero di autonomia[34].

L'argomento può sembrare accattivante, pur tuttavia sono altrettanto condivisibili i timori di quella dottrina che, sulla base del fatto che l'art. 2 Cost. definisce la solidarietà come "dovere inderogabile", ritiene pericoloso farne discendere l'esercizio delle libertà, a causa della

> «dipendenza assiologica dei diritti nei confronti dei doveri (anziché una loro più "neutra" interdipendenza), ripercorrendo a ritroso il faticoso cammino che ha portato [...] dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti. L'esito è, in altre parole, la funzionalizzazione dei diritti in senso sociale»[35].

Riflettendo, invece, sul dato che ad oggi nessuna legge può impedire ad una donna di decidere di concepire un figlio, come pure di scegliere di restare nell'anonimato

[32] È questo l'autorevole pensiero di ANGELINI 2018.

[33] Sul tema del rapporto tra diritto, biopotere ed il pensiero di Foucault si veda anche BRIGAGLIA 2016, 441 ss.

[34] RODOTÀ 2006, 280 ss.

[35] Così opinando, ritiene più pertinente, come limite all'autonomia privata, il concetto di dignità e libertà umana PINO 2007, 207.

dopo il parto[36], qualche autore[37], in una prospettiva femminista, sostiene che la strada più ragionevole per assicurare una tutela ai nati da maternità surrogata non sia il proibizionismo, bensì la regolamentazione.

In risposta agli argomenti degli oppositori – mercificazione dei bambini, sfruttamento del corpo e talvolta delle condizioni di indigenza della donna – tale orientamento include la maternità surrogata tra i contratti (leciti) aventi ad oggetto la vendita di servizi riproduttivi, alla stregua dei contratti di vendita di servizi sessuali (quali ad esempio la prostituzione).

Ed infatti, si ritiene che i *surrogacy contracts* consentirebbero ai genitori committenti di acquistare il diritto di accesso al corpo della donna gestante – e per questo l'oggetto dello scambio economico non sarebbe più il bambino, bensì il "servizio di gestazione" – mentre permetterebbero alla gestante di cedere, a titolo oneroso, l'insieme dei diritti, doveri e responsabilità che essa vanterebbe nei confronti del nascituro.

Per una parte della letteratura femminista, pertanto, rinunciare a pagamento ai propri diritti di madre non costituisce un atto di vendita, nella misura in cui una madre, non essendo la "proprietaria" dei propri figli, non può nemmeno disporre di essi mediante la vendita.

Dunque se è in gioco una mera rinuncia e non un atto di vendita, il bambino non sarebbe affatto una merce.

Si ritiene altresì infondata la paura dello sfruttamento del corpo della donna, in quanto la madre agirebbe in forza di un atto di autodeterminazione inviolabile.

D'altra parte, si argomenta che sebbene sia innegabile che la gravidanza costituisca comunque un potenziale rischio per la donna, per via non solo del parto, ma anche degli effetti della gestazione su molte funzioni del corpo (cardiovascolari, digestive, muscolari, urinarie, psicologiche), è pur sempre vero che una gravidanza non è in fondo tanto più impegnativa di molte altre attività in cui le persone si cimentano a pagamento (il riferimento va dal lavoro in fabbrica per diverse ore al giorno, allo svolgimento di lavori pericolosi come quelli in miniera o a quelli svolti in condizioni di vita "estreme", come quelle delle astronaute nelle navicelle spaziali, in assenza di gravità).

A rendere legalmente validi tali contratti, sarebbe pertanto l'annullabilità del contratto, che offrirebbe alla donna partoriente la *chance* di poter tenere il bambino dopo il parto, previa rinuncia al compenso economico.

[36] Riflettendo sul legame tra surrogazione di maternità e legge n. 40 del 2004, reputa giusto il divieto della pratica, ma errata la sua collocazione (quale sottospecie della fecondazione eterologa) all'interno della legge sulla PMA ancora ANGELINI 2018.

[37] Per una ricostruzione sistematica di quel pensiero femminista che sostiene la validità dei contratti di maternità surrogata, FABRE 2006.

L'interrogativo che allora si impone è il seguente: davvero la dignità umana (dell'essere donna, genitore o figlio) può dirsi tutelata da una mera regolamentazione contrattuale e si esaurisce così nella opportunità delle parti di esercitare una libertà negativa ovvero sciogliersi da un'obbligazione contrattuale?

La risposta non può che essere negativa e le ragioni sono molteplici: *in primis* il solo diritto di recesso contrattuale non esclude affatto che l'accordo abbia natura transattiva e non nega la mercificazione della maternità.

Si esprime in questi termini un'altra esponente del femminismo, la quale intravede nella surrogazione di maternità l'ennesima espressione di un deprecabile dominio patriarcale, il quale – secondo una ideologia da "*Test-Tube Women*" – disprezza le donne che non riescono a riprodursi ed invidia, al contempo, il potere di generare nuova vita che loro appartiene, tentando a tutti i costi di gestirlo e manipolarlo. Tutto ciò implica che

> «[...] Le nuove tecnologie riproduttive sono utilizzate per "fare a pezzi" letteralmente donne ancora vive, riducendoci a ovuli e uteri, trattandoci con pericolosi cocktail ormonali invasivi e, nella surrogazione di maternità, manipolarci psicologicamente per credere al mito che la gestazione di un bambino senza una connessione genetica non ci farà sentire alcun attaccamento, e che quindi questi bambini "surrogati" non sono i nostri figli veri»[38].

Non convince, peraltro, l'opinione di chi ritiene insussistente il rischio di una compravendita dei figli per il fatto che i genitori committenti si prendono amorevolmente cura del bambino. Secondo tale prospettiva, vi sarebbe mercificazione solo nel caso in cui i genitori, ad esempio, rivendessero il bambino al miglior offerente o decidessero di disfarsi di lui, una volta appurato che egli non ha soddisfatto le loro aspettative[39].

Ed invero, la commercializzazione ha certamente come suo apice la tratta degli esseri umani, ma non si esaurisce in essa; pur senza giungere a compiere atti quali la vendita di un minore "al migliore offerente", vi è mercificazione già nel fatto di acquistare a pagamento la rinuncia di un'altra donna ai diritti che per natura dovrebbero esserle riconosciuti nei confronti del frutto del suo grembo. È altresì mercificazione considerare la gravidanza alla stessa stregua di un servizio o di un qualsiasi altro lavoro "faticoso o rischioso" (come il lavoro in fabbrica) suscettibile di retribuzione. È sempre mercificazione guardare alla genitorialità come uno strumento di personale benessere per una "vita appagante", un servizio che ognuno

[38] Per ulteriori approfondimenti sul pensiero del femminismo che si oppone alla maternità surrogata, qualificandola come una violazione dei diritti umani, KLEIN 2017; cfr. WIKLER 1986, 1043 ss.

[39] FABRE 2016, cap. 8.

deve poter acquistare come soluzione per superare disagi psicologici, depressioni o rotture della vita coniugale[40].

Pur senza voler ignorare la sofferenza che l'infertilità può arrecare ad una coppia, non può non considerarsi che in materia di procreazione il punto di vista è e deve restare biunivoco, coinvolgendo i genitori da un lato, e il nascituro dall'altro.

Ed allora, il diritto alla genitorialità deve accompagnarsi alla responsabilità genitoriale che, a sua volta, passa necessariamente dal dovere di riconoscere al figlio il suo valore intrinseco di persona, nel suo aspetto più assoluto e finalistico.

Questa la ragione per cui autorevoli autrici di ispirazione femminista reputano necessaria la risoluzione delle controversie in materia di maternità surrogata all'insegna del pragmatismo, partendo dunque dal caso concreto e da soluzioni individualizzate, nel tentativo di trovare quel difficile bilanciamento tra contrastanti obiettivi[41].

Il carattere multifattoriale della maternità surrogata – la *Double Bind of Surrogacy* – implica che, qualunque sia il punto di vista condiviso (rifiuto della pratica o legittimazione), vi saranno sempre dei vantaggi e degli svantaggi.

Decidere per l'inammissibilità *tout court* degli accordi significa negare alle donne la protezione legale offerta da uno strumento contrattuale, che regoli appositamente tutte le dinamiche sottese e, infatti, la mancata regolamentazione costringerebbe soprattutto le donne disagiate ad impattarsi con la sottovalutazione del loro "servizio riproduttivo".

D'altro canto, legalizzare i contratti di maternità vorrebbe dire accettare che un aspetto essenziale dell'essere donna – la maternità – divenga qualcosa di fungibile e disciplinato dalle logiche di mercato[42].

Ad ogni modo, non si dovrebbe mai dimenticare che l'ineliminabile funzione del diritto è proprio quella di valutare a monte preferenze e desideri, prima ancora di avanzare riflessioni sulle conseguenze e sugli svantaggi che conseguono alla legalizzazione di un determinato comportamento.

Sarebbe un errore giuridico concludere che la maternità surrogata vada sempre tutelata o che un figlio vada sempre e solo affidato, secondo un giudizio sentimentalista, a coloro che lo hanno maggiormente "desiderato", in quanto:

[40] In questa prospettiva, FABRE 2016, cap. 8 osserva: «Now, parenting is one of the most important, most fulfilling conceptions of the good life individuals may have; it is also one of the hardest to have to abandon in the face of enduring infertility. The emotional and psychological difficulties experienced by many individuals and couples who cannot have the children they want are well known, ranging from marital breakdown and loss of self-respect to severe clinical depression».

[41] È senza dubbio interessante l'applicazione del pensiero femminista alla problematica della surrogazione di maternità, secondo i quattro approcci – uguaglianza formale, approccio del predominio, edonista e pragmatico – la ricostruzione del pensiero femminista – declinati da BECKER 1993, 303.

[42] BECKER 1993.

> «Non si può ridurre il diritto a semplice regolatore del traffico dei desideri. Non si può chiedere al diritto di diventare uno strumento docile a tutti i nostri desideri e alle nostre preferenze e (*solo*) gli esiti di questo scrutinio possono condurre a concedere a questi desideri lo status di veri e propri diritti soggettivi [...] oppure respingerli nel campo dell'illecito»[43].

Volendo trarre le conclusioni delle riflessioni sin qui espresse, sembra anzitutto che la questione della tutela dei nati da maternità surrogata, seppur valutata sotto prospettive ideologiche profondamente differenti, non si presti ad assolute e definitive soluzioni di principio.

In secondo luogo, anche declinando come parametro di riferimento quello del *best interest of the child*, non è facile esprimere in termini astratti un concetto che è per natura polivalente, ragion per cui – riallacciandoci al pensiero della Corte Costituzionale – il giudizio deve orientarsi in un bilanciamento il più possibile pragmatico ed individualizzato, senza automatismi decisionali.

Per contestualizzare meglio, si può auspicare che l'affidamento del minore alla cura dei genitori surrogati avvenga solo là dove gli stessi risultino idonei alla luce degli accertamenti dei servizi sociali e secondo i criteri di cui all'art. 57 della l. n. 184/83 (criteri per le adozioni in casi particolari), quali l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore, la situazione personale ed economica, la salute, l'ambiente familiare, la personalità del minore, la possibilità di idonea convivenza ed infine i motivi che hanno spinto gli adottanti (i genitori surrogati) a ricorrere alla maternità surrogata.

Si potrebbe dire che una simile scelta giuridica nasconda quell'esigenza – condivisa da molti autori – di un ritorno della ragionevolezza quale nuova espressione della legge naturale[44] ovvero, per citare il pensiero di Tommaso, quell'esigenza di fedeltà all'ordine della ragione, come strada sicura per raggiungere il bene umano.

Ed invero, è proprio su questioni bioetiche come quella esaminata, che ancora oggi vale la pena di accostare al concetto di dignità umana il noto imperativo kantiano: «agisci in modo da considerare l'umanità, sia nella tua come nella altrui persona, sempre come fine e mai come semplice mezzo».

[43] Per una riflessione che risalga alla radice del problema, a partire da uno dei primi e più noti casi giudiziari – il caso Baby M. (1986 - USA) – VIOLA 1997, 24.

[44] In questo senso, si ritiene efficace una risposta ai quesiti etici e bioetici che, senza incorrere nell'accusa di fallacia naturalistica, sia fondata proprio sui principi della ragion pratica, in VIOLA 2011, 41 ss.

Riferimenti bibliografici

ANGELINI F. 2018. *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte Costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in «Costituzionalismo», 2, 2018, disponibile in: http://www.costituzionalismo.it (consultato il 7 maggio 2018).

ATTIANESE L. 2017. *Il nuovo boom dell'utero in affitto*, disponibile in: http://www.ansa.it (consultato il 27 aprile 2017).

BECKER M. 1993. *Four Feminist Theoretical Approaches and the Double Bind of Surrogacy*, in «Chicago Rent-Law Review», 69, 1993, 303 ss.

BINDEL J. 2015. *Surrogacy and gay couples*, disponibile in: http://www.newfeminism.com (consultato il 28 giugno 2018).

BRIGAGLIA M. 2016. *Diritto, normalizzazione, bio-potere: Michel Foucault*, in BONGIOVANNI G.P. (ed.), *Che cos'è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*, Torino, Giappichelli, 2016, 441 ss.

CHINI C. 2016. *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del danno e preminente interesse del minore*, in «Bio-Law Journal - Rivista di BioDiritto», 2016, 1, 173 ss.

CORSO L. 2016. *I due volti del diritto. Élite e uomo comune nel costituzionalismo americano*, Torino, Giappichelli, 2016.

CORTI I. 2000. *La maternità per sostituzione*, Milano, Giuffrè, 2000.

FABRE C. 2006. *Whose body is it anyway? Justice and the Integrity of the Person*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

GALLO C.E. 2016. *La sentenza della Corte Costituzionale 10 giugno 2014, n. 162 alla luce dei principi costituzionali*, disponibile in «Bioetica News Torino», 4, V, 2016, 10 ss.

KLEIN R. 2017. *Surrogacy: A Human Rights Violation*, North Geelong, Spinifex Press, 2017.

MARINI L., APREA I. 2016. *Forme di maternità e desiderio di genitorialità: la "maternità surrogata" nei documenti del CNB e del Consiglio d'Europa*, in «Ordine internazionale e diritti umani», 2016, 469 ss.

MASTROIANNI IANNI R. 2015. *La surrogazione di maternità: una questione controversa*, in «Tigor - Rivista di scienze della comunicazione argomentazione giuridica», 7, 1, 2015, 103 ss.

MATUCCI G. 2018. *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore*, in «Forum di Quaderni Costituzionali», 2, 2018, 1 ss.

PINO G. 2007. *Tra diritto e non diritto*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 1, 1, 2007, 207 ss.

PIZZO A. 2006. *Una questione bioetica: la maternità surrogata. Problematica e prospettive*, in «Dialegesthai», 2006, 4 ss.

PIZZOLANTE G. 2018. *La Grande Camera di Strasburgo ritorna sulla maternità surrogata*, disponibile in: http://www.ilfamiliarista.it (consultato il 28 giugno 2018).

POLI L. 2017. *La Grande Camera e l'ultima parola sul caso Paradiso Campanelli*, disponibile in: http://www.sidiblog.org (consultato il 15 aprile 2018).

RODOTÀ S. 2006. *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006.

RUSSA R., CAMPOLONGO A.A., VIOLA R.V., GATTO V., SCOPETTI M., SANTURRO A., LASCIO C., TURILLAZZI E., FRATI P. 2017. *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizionistiche e liberali*, in «Responsabilità civile e previdenza», 82, 2, 2017, 1 ss.

SUNSTEIN C.R. 2001. *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard, Harvard University Press, 2001.

TONOLO S. 2017. *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in «Rivista di diritto internazionale», 100, 2017, 1070 ss.

VARANO C. 2017. *La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali*, in «Famiglia e diritto», 8-9, 2017, 825 ss.

VIOLA F. 1997. *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Bari, Laterza, 1997.

VIOLA F. 2011. *Una nuova teoria della legge naturale*, in GEORGE R.P. (ed.), *Il diritto naturale nell'età del pluralismo*, Torino, Lindau, 2011, 41 ss.

WIKLER N.J. 1986. *Society's Response to the New Reproductive Technologies: The Feminist Perspectives*, in «Southern California Law Review», 59, 5, 1986, 1043 ss.

ZANASI F., FIGONE A. 2018. *Corte Costituzionale 18.12.2017 n. 272: quando l'infondatezza è una vittoria*, disponibile in: http://www.personaedanno.it (consultato il 4 maggio 2018).

A MISURA DI TEST.

NEUROSCIENZE ED ELEMENTO PSICOLOGICO DEL REATO

STEFANO **FUSELLI**

&dq

A misura di test.
Neuroscienze ed elemento psicologico del reato

Test Measurability.
Neurosciences and *Mens Rea*

STEFANO FUSELLI

Professore Ordinario, Università degli Studi di Verona.
E-mail: stefano.fuselli@univr.it

ABSTRACT

Il saggio propone un'analisi critica di un peculiare impiego forense del test aIAT. Sviluppato circa un decennio fa da Giuseppe Sartori e collaboratori per vagliare il ricordo autobiografico implicito, nonostante sia stato oggetto di aspre critiche è già stato impiegato in diversi procedimenti penali. Da ultimo, è stato proposto un suo diverso utilizzo in ambito forense, come strumento tecnico per l'accertamento dell'elemento soggettivo del reato. L'intento è di far vedere come questo impiego del test implichi una rideterminazione delle categorie giuridiche in esame, tanto sotto il profilo ontologico quanto sotto quello epistemologico. In sede di conclusione, ne viene anche discussa la qualifica di «tecnica neuroscientifica».

The essay provides a critical analysis of a particular use of aIAT test (*Autobiographical Implicit Association Test*) in courtroom. aIAT test was developed almost ten years ago by Giuseppe Sartori and his team, in order to detect implicit memories of past autobiographical events. Despite some severe criticism, the aIAT test has already been used in different trials to detect genuine memories. Recently, it has been suggested that the aIAT test could be a helpful and reliable tool in order to establish what the Italian criminal law defines the psychological element of crime. This essay aims to show that this possible use of the test implies a radical transformation of the juridical categories at stake, both from an ontological and an epistemological point of view. The labelling of the test as a «neuroscientific technique» provided by Sartori is also discussed.

KEYWORDS

Neuroscienze forensi, test aIAT, prova neuroscientifica, elemento psicologico, epistemologia giuridica

Forensic neuroscience, aIAT test, neuroscientific evidence, *mens rea*, legal epistemology

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

A misura di test.
Neuroscienze ed elemento psicologico del reato

STEFANO FUSELLI

1. *Introduzione* – 2. *Una tecnica flessibile* – 3. *Condizioni di utilizzo* – 4. *Assunzioni e adattamenti* – 5. *Alcuni rilievi preliminari* – 6. *Implicazioni epistemologiche ed ontologiche* – 7. *A ciascuno il suo.*

1. *Introduzione*

In un recente, approfondito studio monografico è stato portato all'attenzione del lettore il fatto che «la giurisprudenza italiana ha assunto in Europa un ruolo pioneristico nelle valutazioni in sede penale dei dati forniti dalle tecniche di esplorazione cerebrale e dalle indagini di genetica comportamentale»[1]. Come ricorda l'Autore, infatti, prima ancora che un ormai ben noto procedimento definito dalla Corte d'assise d'appello di Trieste nel 2009[2] facesse risuonare in Italia (e non solo) la domanda: «È tornato Lombroso?»[3], diversi organi giudicanti si erano già trovati, tra il 2002 e il 2006, a dover valutare l'apporto di nuove tecniche di indagine cerebrale in merito ad un caso di omicidio in cui si chiedeva la revisione della sentenza passata in giudicato. Per altro, questa precocità non toglie che, nel contesto nazionale, l'impiego della cosiddetta prova neuroscientifica nella giustizia penale possa ancora collocarsi «a uno stadio largamente embrionale ed "esplorativo"», per quanto appaia «destinato a diventare più frequente nei prossimi anni»[4].

Al di là di ogni valutazione circa il grado di diffusione delle acquisizioni neuroscientifiche in sede penale, chiunque si cimenti con il tema della loro funzione e della loro rilevanza è costretto a misurarsi con il problema delle condizioni che rendono comunicanti questi due ambiti del sapere e dell'esperienza. Infatti, alla mancanza, almeno allo stato attuale, di un criterio certo e consolidato per stabilire una diretta correlazione fra i concetti giuridici e i fenomeni indagati e misurati dai neuroscienziati[5] corrisponde il compito, ineludibile per il giudice, di «attribuire significato normativo all'interpretazione (naturalistica) che l'esperto offre del dato neuroscientifico»[6].

[1] GRANDI 2016, 189.
[2] Ass. app. Trieste, 18 settembre 2009, n. 5. Per una discussione si veda anche CORDA 2014.
[3] BARBIERI 2011.
[4] CORDA 2016, 371.
[5] CORDA 2016, 370.
[6] BERTOLINO 2013, 18.

Di primo acchito, non sembra così difficile individuare il terreno comune su cui procedere, nella misura in cui diritto e neuroscienze si occupano del comportamento umano. E, tuttavia, proprio qui si rivela il tipo di distanza che va colmato: laddove, infatti, l'indagine (neuro)scientifica studia le *cause* che soggiacciono al prodursi di certi comportamenti o azioni, il diritto invece ne considera e ne disciplina le *ragioni* o i *motivi*. Inoltre, profondamente diversa sembra esser anche la visione antropologica di fondo. Come è stato autorevolmente sostenuto, il diritto – e in particolare il diritto penale – presuppone quella che, in letteratura, è definita *folk psychology*, psicologia del senso comune, cioè – semplificando molto – un modo di vedere in cui l'agente è pensato come un individuo capace di operare delle scelte d'azione basate su criteri di comune ragionevolezza che non si riducono a una serie di stati o di processi fisici[7].

La questione della fruibilità delle acquisizioni neuroscientifiche per il diritto – e non solo per il diritto penale – si pone, dunque, a più livelli, tra cui, ad esempio: sotto il profilo epistemologico – poiché investe le nozioni di 'sapere' e di 'conoscenza' alle quali si richiamano le discipline giuridiche e quelle neuroscientifiche; sul piano metodologico – perché attiene ai procedimenti in base ai quali esse si costituiscono autonomamente come discipline rigorose, razionalmente controllabili; sul piano operativo – poiché concerne gli scopi a cui sono finalizzate e gli strumenti attraverso i quali li perseguono[8].

Non è escluso che il dialogo sempre più serrato e, per certi versi, irrinunciabile tra questi due diversi ambiti disciplinari produca una sorta di ibridazione dei saperi: una ibridazione che è già in atto laddove si configura una specifica destinazione 'forense' delle diverse discipline e tecniche neuroscientifiche[9]. Come si ricordava, nelle aule di tribunale italiane hanno fatto la loro comparsa diversi strumenti presentati, e talora giudicati, come particolarmente atti a radicare la formazione delle prove e la decisione giudiziale su di un terreno di oggettività scientifica altrimenti impensabile[10].

Al di là del fatto, tutt'altro che marginale e per questo anche assai discusso, che lo spettro delle prove c.d. scientifiche viene ulteriormente ampliato, ciò che è degno di attenzione è l'effetto che l'uso di tali tecniche può avere sulle categorie giuridiche al cui 'servizio' vengono di volta in volta impiegate. La questione, in altri termini, non è solo data dal fatto che le tecniche neuroscientifiche siano o no sufficientemente mature per affiancare o addirittura sostituire altri strumenti probatori quando si tratti di stabilire (ad esempio) l'imputabilità, o dal fatto che gli studi di psicologia

[7] MORSE 2011.
[8] PARDO, PATTERSON 2013; SARRA 2014; SARRA 2015.
[9] BIANCHI et al. 2009; BEECH et al. 2018.
[10] Per una rassegna dei casi, ben noti e discussi in letteratura, cfr. ad es. CORDA 2014, GRANDI 2016. Tra le tecniche impiegate in quei casi, vi è anche quella che è ad oggetto del presente contributo e pur tuttavia non con la stessa finalità probatoria che viene invece qui presa in esame.

cognitiva inducano a un ripensamento dei processi psichici che precedono e accompagnano l'azione[11], ma dall'effetto che l'impiego di queste tecniche può avere sulle categorie giuridiche in funzione delle quali esse vengono utilizzate.

Lo scopo di questo contributo è affrontare questo tema discutendo la proposta, recentemente avanzata, di impiegare una determinata tecnica, denominata aIAT, al fine di accertare l'elemento psicologico del reato.

2. *Una tecnica flessibile*

Il test aIAT (*Autobiographycal Implicit Association Test*), sviluppato un decennio fa da Giuseppe Sartori e dai suoi collaboratori[12] come una peculiare rielaborazione dell'originario test IAT[13], è stato presentato come uno strumento capace di rivelare e recuperare le tracce mnestiche di ricordi autobiografici genuini, di eventi realmente vissuti e registrati, immagazzinati nella memoria del soggetto. Per questo motivo, esso è già stato più volte utilizzato in Italia per vagliare la veridicità di dichiarazioni basate sul ricordo autobiografico rese da soggetti a vario titolo coinvolti in procedimenti penali.

Si tratta di un test del tipo stimolo-risposta che viene somministrato ad un soggetto, seduto al computer, da solo, il quale deve reagire – pigiando appositi tasti – a dei blocchi di asserti – tipicamente 5 – che compaiono al centro dello schermo. I tempi di reazione sono registrati nell'ordine dei millisecondi.

In un primo blocco compaiono asserti che riguardano il momento in cui il soggetto svolge il test e sono sempre chiaramente veri (ad es.: *sono seduto davanti al computer*) o falsi (ad es: *sono seduto davanti alla TV*). Il tasto sinistro è associato a 'vero' e quello destro a 'falso'; questi valori compaiono con questo stesso ordine sullo schermo. I tempi della reazione motoria (pigiare il tasto) alla comparsa dello stimolo vengono registrati.

Nel secondo blocco compaiono asserti concernenti l'evento autobiografico che è oggetto di indagine; uno di questi asserti corrisponde a quella versione che il soggetto assume (e ha dichiarato) essere vera, l'altro ad una versione alternativa. Qui al soggetto è richiesto di classificare gli asserti utilizzando sempre rispettivamente il tasto destro o sinistro seguendo però una diversa coppia concettuale che compare simmetricamente sullo schermo, ad esempio: difesa/accusa (ero in giardino all'ora dell'omicidio – difesa/ho accoltellato mia moglie – accusa).

Il blocco successivo richiede una combinazione di entrambe le classificazioni, nel senso che l'esaminato deve associare sia vero/falso agli asserti riferiti della

[11] POGGI 2016; DI GIOVINE 2014; DI GIOVINE 2017.
[12] SARTORI et al. 2008.
[13] GREENWALD et al. 1998; GREENWALD et al. 2003.

condizione presente, sia accusa/difesa agli asserti relativi all'evento autobiografico; le coppie vero/difesa e falso/accusa sono sempre simmetricamente presenti sullo schermo: a sinistra vero/difesa; a destra falso/accusa. Il quarto blocco ripropone lo steso compito del secondo blocco, ma con i tasti di risposta invertiti. Il quinto blocco richiede nuovamente una doppia classificazione, ma questa volta a sinistra si presentano le coppie vero/accusa e a destra falso/difesa.

Questa sequenza è giustificata dal fatto che il test sfrutta una peculiare modalità organizzativa del sistema nervoso, l'effetto compatibilità, per cui la risposta motoria a immagini[14] che nella mente del soggetto sono associate fra loro è più veloce che nel caso di immagini che non sono associate. L'ordine dei blocchi e l'inversione dell'abbinamento servono proprio a fare emergere qui conflitti cognitivi che, costringendo la mente ad uno sforzo ulteriore per classificare correttamente gli asserti, provocano un rallentamento della risposta motoria. Alla conclusione delle sequenze, i diversi tempi di reazione dei vari blocchi vengono elaborati da un apposito algoritmo che consente di stabilire le risposte più veloci e quindi quale delle due versioni, accusa o difesa, nella mente dell'esaminato è implicitamente associata alla nozione di 'vero'.

I profili di indagine e di discussione circa l'impiego del test aIAT sono stati e tuttora sono molteplici[15]. Per un verso, essi riguardano l'affidabilità tecnica del test: diversi contributi hanno messo alla prova l'attendibilità dei risultati, la possibilità che essi siano falsati sia volontariamente sia involontariamente, registrando a volte indici di successo assai diversi da quelli dichiarati dai suoi sviluppatori[16]. Per un altro verso, riguardano i presupposti metodologici ed epistemologici ad esso sottesi: come è stato opportunamente ricordato in un recente intervento, anche il test aIAT, così come ogni "strumento", ha bisogno di un quadro interpretativo di tipo teorico e quello che pare assunto dagli sviluppatori del test non è esente da profili alquanto problematici[17]. Per altro verso ancora, se ne è discussa la compatibilità con il principio fondamentale *nemo tenetur se detegere* e con l'obbligo di tutelare, in sede di assunzione della prova, la capacità di ricordare o valutare i fatti e la libertà di autodeterminazione[18].

Recentemente, tuttavia, è stato proposto un diverso possibile impiego del test in relazione all'accertamento dell'elemento psicologico (o soggettivo) del reato[19]. Come noto, l'elemento psicologico del reato, ex artt. 42 e 43 c.p., ha da sempre

[14] Uso qui il termine 'immagine' in senso lato, come 'contenuto mentale'.

[15] ALGERI 2012; BERTOLINO 2013.

[16] VERSCHUERE et al. 2009; RÖHNER et al. 2013; TAKARANGI et al. 2013; VARGO, PETRÓCZI 2013; VARGO et al. 2014; SHIDLOVSKI et al. 2014. Per una replica ad alcune critiche cfr. AGOSTA et al. 2011a; AGOSTA et al. 2011b; AGOSTA, SARTORI 2013.

[17] MERZAGORA et al. 2014.

[18] Sul punto, per una rassegna del dibattito, CORDA 2014, 35-38.

[19] SAMMICHELI, SARTORI 2015; SARTORI et al. 2015.

costituito un banco di prova per il diritto penale, sia sotto il profilo sostanziale, sia sotto il profilo procedurale. Definire quali ne siano le interne componenti e quali ne siano i reciproci rapporti, quali siano i caratteri distintivi delle diverse figure, nel rispetto del dettato legislativo, si fa tanto più complicato quanto più ci si inoltra in quelle zone di confine nelle quali l'una forma pare sfumare nell'altra, come nella distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente[20]. Ancora più complesso, tuttavia, risulta esserne l'accertamento in sede processuale, laddove la prova del dolo (o della colpa o della preterintenzione) deve fare i conti con il fatto che, almeno per ora, non disponiamo di «una sonda che ci permetta di vedere nella psiche dell'individuo»[21].

Ecco allora che, dopo essere stato a suo tempo presentato come un efficace strumento di *lie detection*[22], si prospetta oggi per il test aIAT un impiego che fino ad ora era apparso essere il prodotto di una fantasticheria: un mezzo per condurre una "dolo-scopia"[23] che consente di impostare l'indagine giuridica sull'elemento psicologico su di una «conoscenza *tecnica* [...] più affidabile»[24] delle massime di esperienza di cui, fino ad ora, sono stati costretti a servirsi sia le parti sia il giudice. Una conoscenza tecnica e uno strumento di indagine che rientrano, seppur "*lato sensu*", fra le "tecnologie neuro-scientifiche"[25].

In relazione a questo suo possibile impiego, emergono allora ulteriori profili di discussione rispetto a quelli sopra ricordati. Qui infatti l'intervento dell'esperto che somministra e valuta i dati del test pare molto più incisivo, in quanto va ad operare sulla categoria giuridica stessa di "elemento psicologico del reato" in funzione della sua accertabilità tecnica. Gli Autori, infatti, sono i primi a riconoscere che l'impiego del test è subordinato a una previa «traduzione, nella logica e nel linguaggio delle scienze del comportamento»[26], delle categorie giuridiche in oggetto.

Il fatto che le categorie del diritto sostanziale relative all'elemento psicologico debbano avere un contenuto tale che ne sia consentita la fruibilità in sede processuale è tesi che – per quanto problematica[27] – è ben salda nella giurisprudenza: nella nota sentenza *Thyssen*, la Cassazione afferma in modo alquanto reciso che

[20] CANESTRARI 1999; in prospettiva interdisciplinare cfr. MANFRINATI et al. 2015.
[21] IACOVIELLO 2010, 464.
[22] SARTORI et al. 2008, 772 e 780.
[23] L'espressione, non riferita al test aIAT, è di IACOVIELLO 2010, 464. Per altro, la difficoltà nell'accertamento del dolo non pare derivare solo dalla mancanza di uno strumento che consenta di vedere nella psiche dell'imputato, ma anche da una certa indeterminatezza del suo oggetto: sul punto si veda POGGI 2016, le cui analisi sono in questa sede tanto più preziose in quanto il presente saggio non ha il dolo, e la sua struttura concettuale, a proprio oggetto di indagine.
[24] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 276.
[25] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 282.
[26] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 276.
[27] Per una disamina critica, con particolare riferimento al dolo, DEMURO 2010, 149–230; sul rapporto fra fatto psichico e indicatori processuali anche BARTOLI 2010.

sono ormai maturi i tempi per proporre una definizione delle diverse figure «che ne consenta l'applicazione al presente del diritto penale»[28].

Tuttavia, nessuno pare dubitare che l'artefice della costruzione teorica della categoria penalistica, sia essa o più o meno autonoma rispetto alle esigenze processuali, debba essere il giurista. Per contro, ciò che l'impiego dell'aIAT come strumento sembra implicare è un intervento da parte di chi è portatore di un sapere diverso da quello giuridico nella determinazione del significato delle diverse figure dell'elemento psicologico.

Certo, tale intervento è presentato come una traduzione che dovrebbe garantire la medesimezza di ciò che è richiesto dal diritto e di ciò che è "misurato" dallo strumento. Ma proprio questo è il punto: cosa accade nel corso di questa "traduzione"? Quale tipo di modifiche subiscono le nozioni giuridiche in questo adattamento? Quale garanzia vi è che i risultati del test si riferiscano allo stesso fenomeno che i giuristi indicano come dolo, colpa o preterintenzione?

D'altro canto, confrontarsi con questo tipo di questioni può fornire anche l'occasione per chiarire la latitudine semantica del concetto di neuroscienze nel contesto forense, dal momento che il test non indaga stati cerebrali, né mette in collegamento stati cerebrali e stati mentali, ma lavora esclusivamente sulla "*dimensione psichica*"[29].

3. *Condizioni di utilizzo*

Va subito detto che nel presentare le potenzialità del test, Sammicheli e Sartori non intendono minimamente mettere in discussione la competenza del giudice nel condurre l'accertamento dell'elemento psicologico; piuttosto, ritengono di potergli fornire uno strumento tecnico capace di rilevare la genuinità delle disposizioni soggettive o, più in generale, «la veridicità delle intenzioni»[30] dell'agente al momento del fatto. La ricostruzione avverrebbe così con criteri di scientificità, capaci di integrare o addirittura falsificare le massime di esperienza con cui normalmente si opera.

Posto infatti che l'elemento psicologico costitutivo del reato si trova in una dimensione interna, mentale, intrapsichica, è pacificamente ammesso che esso non

[28] Sez. Un. Pen. 18 settembre 2014, n. 38343 (*Thyssen-Krupp*). Ma già IACOVIELLO 2010, 464 ammoniva che «Se il diritto penale costruisce categorie non provabili, succede che il processo penale bara al gioco».

[29] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 277. Il che ovviamente non significa che non possa essere registrata l'attività cerebrale durante l'esecuzione del test: MARINI et al. 2016.

[30] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 279. A rigore, il termine "veridicità" non va riferito all'intenzione in sé, ma ad un qualche asserto dichiarativo o descrittivo che la concerne; tuttavia, manterrò questa locuzione in quanto gli Autori se ne servono per rimarcare la differenza fra l'usuale impiego del test ai fini dell'indagine su di un ricordo autobiografico e quello qui proposto volto ad accertare l'elemento psicologico.

possa essere oggetto di osservazione. Perciò solitamente lo si inferisce dalle circostanze esteriori della condotta che vengono interpretate mediante una regola di senso comune, la quale dice come "per lo più" o "normalmente" vanno le cose: una massima di esperienza, appunto. Secondo lo schema proposto da Mantovani[31], a cui gli Autori espressamente si richiamano[32], il percorso inferenziale si snoda in tre passaggi fondamentali: *considerare* tutte le circostanze esteriori rilevanti; *inferire*, sulla base di massime di esperienza, l'esistenza di una data volizione o rappresentazione; *valutare* le circostanze che, ragionevolmente, indichino una deviazione dal modo in cui vanno normalmente le cose.

Di fronte a questo quadro, l'apporto specifico del test dovrebbe essere quello di consentire un mutamento del livello epistemologico e quindi anche un maggior grado di affidabilità dei passaggi inferenziali e delle conclusioni. Il test garantirebbe infatti una conoscenza tecnica più sicura delle massime di comune esperienza sia in funzione positiva – si procede infatti a una «applicazione sul soggetto di una specifica tecnica/strumentazione in grado di rilevare le dimensioni psichiche indagate» – sia in funzione critica – perché si introduce «una conoscenza di tipo tecnico in grado di falsificare, nel caso concreto, la fondatezza della massima di comune esperienza»[33].

Come si anticipava, la possibilità di impiegare questo strumento è subordinata a una operazione preliminare di traduzione dei concetti giuridici entro le categorie con cui operano le scienze cognitive. Ogni apporto teorico e pratico da parte delle scienze cognitive si basa, infatti, «[sul]l'assioma metodologico del rapporto "norma costrutto" (ossia la corretta individuazione del rapporto di *traduzione* tra il riferimento mentalistico contenuto nella norma giuridica e lo specifico *costrutto* del linguaggio delle scienze del comportamento)»[34]. Ecco allora che l'elemento psicologico del reato, ex artt. 42 e 43 c.p, viene ricondotto a quella che in psicologia si chiama "*disposizione psicologica temporanea*" o "*stato*", cioè «il modo, storicamente circoscritto, con cui il soggetto si pone in relazione al proprio comportamento»[35]. L'interpretazione dell'elemento psicologico in termini di *disposizione* è dunque

[31] MANTOVANI 1979, 335.
[32] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 275.
[33] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 279.
[34] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 277.
[35] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 278. Come spiegano gli Autori, l'aspetto temporalmente circoscritto dello *stato* è rilevante al fine di distinguerlo da quella forma di disposizione soggettiva – stabile e duratura – che è invece il *tratto*, il quale concorre a formare lo *stile di personalità*. In secondo luogo, questa limitazione temporale dello *stato* rileva anche per sottolineare come nelle scienze psicologiche il termine *atteggiamento* con cui certa dottrina – il rinvio qui è a ANTOLISEI 1947, 281, ma si veda ad es. anche MORSELLI 1991 – si riferisce all'elemento psicologico del reato sia invece impiegato con una accezione completamente diversa, poiché indica quel complesso di credenze o di valori in base al quale ci si pone in modo più o meno stabile nei confronti di un certo fenomeno o di una certa pratica sociali.

cruciale per l'utilizzabilità di questo strumento[36].

In avvio, si ricordava che il test aIAT è una peculiare elaborazione dell'originario test IAT, il quale «sfrutta la latenza delle risposte per stabilire la forza dell'associazione tra concetti»[37]. Infatti, in base all'effetto compatibilità, la peculiare modalità organizzativa del sistema nervoso su cui si basa il test, la risposta motoria a concetti che nella mente del soggetto sono associati fra loro è più veloce che nel caso di concetti non associati. Dal canto suo, con il test aIAT si valuta invece la «presenza di una traccia di memoria autobiografica (episodica)»[38], consentendo di verificare, sulla base dei tempi di reazione, l'esistenza nel soggetto esaminato di una determinata informazione, implicita e/o inconscia la quale può essere sia "*mnestica*" sia "*disposizionale*"[39].

In altri termini: il test può essere tarato per la rilevazione di stati soggettivi, di *disposizioni*, presenti e passati. Pertanto, esso può essere utilizzato non solo per sondare la presenza di un ricordo, «ma ancor meglio nello scandagliare la disposizione soggettiva in relazione ad un determinato episodio»[40]. Anzi, a detta degli Autori, dal momento che il principio su cui si fonda è pur sempre quello dell'associazione semantica, esso è addirittura «più affidabile nella rilevazione di passate soggettive rappresentazioni mentali, che non nella rilevazione di episodi storici di esperienza»[41].

Così, con una "procedura empirica" che analizza i tempi di reazione agli stimoli viene fornito uno strumento capace di sondare «con un alto livello di accuratezza (92%)»[42] quale era *al momento del fatto* la disposizione del soggetto esaminato: una vera e propria *nuova macchina del tempo*[43] che consente di viaggiare a ritroso nella sua psiche.

4. *Assunzioni e adattamenti*

Per chiarire la portata di questa proposta, è opportuna una considerazione di carattere preliminare. Il test rileva la velocità nel produrre una determinata associazione. Il significato di quella associazione non è dato tuttavia dal test, ma dal fatto che si è

[36] Per altro va ricordato che il termine *disposizione* è utilizzato riguardo al dolo ad esempio anche nella traduzione italiana del contributo di HASSEMER 1991.
[37] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 281.
[38] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 281.
[39] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 282. (corsivo mio).
[40] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 282.
[41] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 282.
[42] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 282.
[43] DE SANTIS 2015, 655, definisce "macchina del tempo" la c.d. prima formula di Frank, un controfattuale utilizzato per distinguere il dolo dalla colpa; sulla scorta di questa immagine, mi pare che il test aIAT possa senza forzature essere qualificato come una "nuova macchina": nuova non solo perché più recente, ma per gli assunti sulla base dei quali è costruita e impiegata.

definito il fenomeno indagato in un certo modo. In generale, infatti, l'impiego di un qualche strumento tecnico-scientifico può consentire di trovare empiricamente solo ciò che è stato predefinito, predeterminato nei suoi caratteri concettuali[44]. Quando usiamo un test – cioè uno strumento tecnico – siamo nel campo di una teoria, dove ogni elemento è introdotto volontariamente. Ne consegue che un determinato *esito* può a buon diritto essere assunto come prova della presenza di un certo stato o attività soggettiva perché è stato previamente stabilito che quel dato è parte del significato stesso di quello stato o attività.

Così, ad esempio, se l'originario test IAT è stato usato per indagare la presenza di stereotipi razziali inconsci perché il tempo per associare l'immagine di un uomo di colore con l'aggettivo piacevole è più lungo di quello necessario ad associare l'immagine di un bianco con l'aggettivo piacevole, ciò è indicativo anzitutto del fatto che si considera l'associazione fra uomo nero e spiacevole come parte (o istanziazione) del concetto di stereotipo razziale. Va da sé che la possibilità di rinvenire la presenza inconscia in un individuo di uno stereotipo razziale (ammesso che quella associazione *sia* espressione di uno stereotipo razziale) non equivale affatto a mostrare che ha anche la minima simpatia razzista o che assume scientemente una concezione razzista. In altri termini: il test che registra i tempi di risposta ad un'associazione di per sé non dice nulla né sul *significato* di quella associazione né del *perché* essa è presente ed operante.

Nel caso del nuovo impiego test aIAT, la questione del significato di ciò che viene rilevato mediante la misurazione dei tempi di risposta diventa ancora più complessa in ragione proprio del tipo di fenomeno che si vorrebbe indagare.

Ciò che il test rende è la registrazione dei tempi di reazione a certi stimoli sulla base dei quali l'esperto ipotizza la presenza di una traccia psichica di quel determinato stato soggettivo in cui ha tradotto l'elemento psicologico del reato. A sua volta, perché il test possa essere somministrato, lo stato soggettivo è reso mediante frasi, asserti sintetizzanti la versione della difesa e la versione dell'accusa (ad es.: «Ignoravo le loro attività mafiose» di contro a «Sapevo delle loro attività mafiose» o «Ero all'oscuro dell'uso di armi» di contro a «Ero consapevole dei loro modi violenti»[45]) che corri-

[44] PARDO, PATTERSON 2013.

[45] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 283. Nel fare queste esempio, gli Autori spiegano che si trattava di un caso di imputazione per associazione a delinquere di stampo mafioso e che «la questione relativa all'elemento soggettivo del reato ruotava intorno alla diversa *qualità* della partecipazione soggettiva, nel senso che ad avviso della difesa il soggetto aveva sì aderito ad attività illecite del "soggetti principali", ma limitandosi esclusivamente ad alcune (ossia quelle di evasione fiscale, mai negate dall'imputato, anzi ammesse essere il motivo del contratto tra il medesimo e la compagine criminale; mentre ad avviso dell'accusa l'imputato non si era limitato ad usufruire dei "servizi" di evasione forniti dalla banda criminale ma aveva attivamente partecipato alle attività di quest'ultima [...] messe in atto con metodi ritenuti di carattere "mafioso"». Ho riportato questa lunga citazione per esemplificare cosa intendano Sammicheli e Sartori quando affermano che il test può rilevare «il modo, storicamente circoscritto, con cui il soggetto si pone in relazione al proprio comportamento» (278), cioè quello stato in cui viene tradotto nelle categorie psicologiche l'elemento

spondono alle presunte passate rappresentazioni mentali del soggetto. Tali asserti, come dicono gli stessi sviluppatori del test, devono essere costrutti semplici (ed espressi in forma positiva[46]). Questo infatti è necessario per garantire al meglio il funzionamento del test: usare frasi complesse o espresse in forma negativa ne altera i risultati.

Alla base della valutazione dei dati vi è dunque l'assunzione che la situazione descritta in quelle frasi corrisponda o meno allo stato soggettivo, sia cioè vera o meno a seconda della *velocità* della risposta. La rappresentazione che era effettivamente presente nella mente del soggetto al momento del verificarsi dell'evento e che indica la "veridicità delle intenzioni" dell'agente è ricavata dai tempi di reazione motoria alla comparsa della proposizione descrittiva della rappresentazione medesima. Si desume quale fosse la rappresentazione di fatto presente *allora*, descritta da uno di quegli enunciati formulati dal tecnico, dai tempi di reazione registrati *ora* per mezzo del test e si assume che quella rappresentazione mentale sia indicativa dello stato del soggetto, stato che equivale all'elemento psicologico menzionato nel codice.

Colui che costruisce il test e ne interpreta i dati, quindi, mette in campo una serie di interventi assai critici. Da un lato, infatti, compie non una, ma più traduzioni: dapprima traduce le categorie giuridiche (normative) inerenti all'elemento soggettivo in categorie psicologiche e poi traduce queste ultime in dati empirici misurabili, testabili (i tempi di reazione) per registrare i quali costruisce il test predisponendo degli enunciati aventi una data struttura con i quali vengono resi gli atteggiamenti soggettivi indici dell'elemento psicologico[47]. Dall'altro lato, il tecnico assevera che quei risultati empirici, elaborati tramite un algoritmo e interpretati alla luce della scienza psicologica, sono fruibili ai fini di una certa lettura normativa (indipendentemente dall'accoglimento o meno delle sue proposte) [48].

5. *Alcuni rilievi preliminari*

Il tecnico si fa quindi garante non solo della piena corrispondenza fra la categoria

soggettivo del reato. Da notare, poi, il fatto che quegli enunciati sono riferibili al profilo della coscienza più che a quello della volontà.

[46] AGOSTA et al., 2011b.

[47] Sempre con riferimento all'esempio sopra citato, Sammicheli e Sartori riportano il quesito formulato dall'avvocato, «già impostato in termini di valutazione dell'"atteggiamento soggettivo" senza restare ancorato a valutazioni – più ambigue – sulla memoria dell'imputato: "*Dicano i consulenti se esistono tecniche cognitive in grado di fornire indizi in merito agli "atteggiamenti soggettivi"; dicano se tali tecniche abbiano già avuto applicazioni giudiziarie; in caso affermativo procedano all'applicazione di tali tecniche in relazione agli "atteggiamenti soggettivi" dell'imputato X rilevanti in relazione ai fatti di causa*"», SAMMICHELI, SARTORI 2015, 283.

[48] Nel presente contributo l'attenzione è rivolta al tipo di operazioni che il tecnico fa per dare corpo a questa "traduzione", ma non sono qui esaminati o discussi i criteri di valutazione della prova neuroscientifica utilizzabili dal giudicante.

normativa e quella psicologica, ma anche della maggiore affidabilità delle conclusioni a cui si perviene utilizzando i risultati del test, rispetto a quelle evinte tramite la modalità usuale. La ricostruzione della disposizione soggettiva dell'imputato al momento della commissione del fatto avverrebbe così con criteri di scientificità, capaci di integrare o addirittura "falsificare" le massime di esperienza con cui normalmente il giudice opera.

Come si è visto, il test viene presentato come uno strumento duttile, flessibile, che non solo può rilevare la presenza di una traccia di memoria autobiografica, ma che può essere tarato per la rilevazione di stati soggettivi presenti e passati e che, anzi, in virtù della sua «logica di associazione semantica», è «più affidabile nella rilevazione di passate soggettive rappresentazioni mentali, che non nella rilevazione di episodi storici di esperienza»[49]. In altri termini, il test funzionerebbe ancora meglio nel rilevare la presenza non di ricordi di eventi vissuti, ma di rappresentazioni passate che si sono sedimentate nella psiche del soggetto testato.

Restando su di un piano generale, indipendentemente, cioè, dal tipo di impiego se ne voglia fare in ambito giudiziale, non credo siano da trascurare le critiche che sono state avanzate alla concezione della memoria e del ricordo che sembra fare da sfondo teorico al test. Ad esempio, si è rilevato che le risposte allo stimolo sono influenzate da fattori ultronei rispetto alla memoria: lo stesso impiego di proposizioni implica l'attivazione di meccanismi ulteriori rispetto a quelli meramente associativi impliciti, perché propri del pensiero proposizionale[50]. In particolare, laddove il ricordo implicito non è presente, si è mostrato che il test attinge da altre fonti, producendo dei falsi positivi[51]. Ciò che gli Autori del test non paiono prendere in considerazione, si sostiene, è il peso e il portato delle attività psichiche inconsce che continuamente rimodellano i contenuti delle rappresentazioni mentali, per cui i ricordi non sono qualcosa che si incista nel cervello "come un tumore"[52].

Nella nuova proposta, il test non è utilizzato per esaminare la genuinità di un ricordo (e la veridicità della corrispondente dichiarazione) circa episodi autobiografici; esso però fa comunque aggio sulla memoria, che pare essere intesa come una sorta di magazzino in cui si raccolgono non solo le tracce psichiche di eventi o accadimenti esteriori, ma anche di quei peculiari "fatti" psichici che sono le rappresentazioni mentali o le disposizioni temporanee che, per loro natura, non hanno alcuna dimensione extrapsichica, materiale, e che, proprio per questo, sono così difficili da provare in sede processuale.

[49] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 282.
[50] VARGO, PETRÓCZI 2013.
[51] TAKARANGI et al. 2013; VARGO et al. 2014.
[52] MERZAGORA et al. 2014, 1902, particolarmente critici sul punto.

D'altro canto, se è vero che l'immaginazione e la manipolazione delle informazioni possono produrre nel soggetto la convinzione della realtà – anche autobiografica – di eventi mai accaduti, se si può addirittura reagire a qualcosa come se fosse vero, nonostante lo si sappia essere falso, se gli individui possono ingannare se stessi (inconsapevolmente) creando una rappresentazione mentale che appare più desiderabile, più rassicurante, meno minacciosa perché più consona con l'immagine che hanno di sé[53], allora la questione del significato delle associazioni registrate dal test non si pone solo quando questo viene usato per recuperare una informazione implicita o inconscia, ma anche – e, verrebbe da dire, soprattutto – quando l'informazione è relativa alla «rilevazione di passate soggettive rappresentazioni mentali»[54].

In relazione al peculiare impiego del test ai fini dell'accertamento dell'elemento soggettivo del reato, i tempi necessari per la classificazione di un asserto possono bensì rilevare il fatto *che* una determinata rappresentazione mentale è presente, ma non dicono nulla sul *perché* essa sia presente nella mente dell'individuo, né su *quando* si sia prodotta, né su *come* essa si sia prodotta. Tutte queste informazioni aggiuntive – che sono quelle rilevanti al fine dell'accertamento processuale – sono il frutto del processo interpretativo del tecnico che costruisce e somministra il test. Un processo interpretativo del quale non viene fornita alcuna spiegazione e che finisce per trasferire (surrettiziamente? certo comunque impropriamente) l'affidabilità del test (la sua capacità di registrare l'effettiva presenza di una rappresentazione mentale) all'affidabilità delle regole inferenziali adottate. Ma proprio questo, come si è visto, è al centro delle critiche che da più parti sono state mosse al test, soprattutto in relazione al suo potenziale uso processuale.

6. *Implicazioni epistemologiche ed ontologiche*

Vi è tuttavia un punto che, più degli altri, mi pare mettere in discussione non solo l'utilizzabilità del test al fine di contribuire ad accertare l'elemento psicologico del reato, ma la sua stessa compatibilità con le categorie giuridiche in oggetto.

Come si è visto, la proposta di impiegare il test aIAT è giustificata dall'esigenza di integrare o addirittura sostituire l'osservazione delle circostanze interpretate sulla base di una massima di esperienza, con l'accoppiata del test e della soggiacente conoscenza scientifica. Il presupposto è che quest'ultimo plesso concettuale si collochi ad un livello epistemologico più affidabile e che consenta quindi di

[53] SHIDLOVSKI et al. 2014. Più in generale, sui meccanismi dei falsi ricordi si veda anche LOFTUS, BERNSTEIN 2005.
[54] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 282.

trarre inferenzialmente conclusioni più garantite. Vale però la pena di richiamare alcuni degli aspetti in cui si sostanzia questa loro differenza.

Una prima differenza riguarda la base osservazionale: con la massima si interpretano circostanze comportamentali – i cosiddetti indicatori – che si inseriscono in una rete complessa di relazioni che le rendono non predeterminate o predeterminabili nel numero, nella forma o nella modalità della loro rilevazione (se non "di massima", appunto); la conoscenza scientifica, invece, vale per (costruire il test e) interpretare i dati forniti dal test, che sono predefiniti nel numero e predeterminati nella forma e nella modalità della loro rilevazione.

Inoltre, in riferimento all'impiego specifico del test, vi è una marcata differenza di ordine temporale. La massima, infatti, è quella regola che consente di mettere in relazione un insieme di circostanze passate (gli indicatori) con (quello che si suppone essere) lo stato soggettivo passato. La conoscenza scientifica, invece, fornisce quella regola che consente di mettere in relazione un insieme di dati presenti (i tempi di reazione) con lo stato soggettivo (che si suppone) passato.

Diverso, inoltre, è il quadro di riferimento in cui operano: la massima è espressione di una prassi diffusa o di una mentalità o di una credenza condivise; la conoscenza scientifica, invece, implica il dominio di leggi che sono tali solo all'interno di una teoria, cioè di una costruzione sviluppata appositamente da alcuni soggetti (tipicamente: gli scienziati) per determinati scopi. Ne consegue che la "competenza" nell'impiego della massima per l'attribuzione di un dato significato a certi comportamenti è di tutti i soggetti coinvolti nell'accertamento del reato: ossia il giudice e le parti. La competenza nell'impiego delle leggi scientifiche è invece sola ed esclusiva degli appartenenti alla comunità scientifica.

Questa disomogeneità tra il plesso circostanze/massima e dati/legge non è indice di maggiore o minore accuratezza: non si tratta cioè di passare dall'osservare la luna a occhio nudo all'osservarla con il cannocchiale, perché è proprio ciò che viene osservato che cambia (non guardo più la luna, ma una volta la luna e un'altra il bosone di Higgs, cioè qualcosa che "esiste" solo in ambito sperimentale e dentro a una teoria)[55]. Se si cambia il dato osservato e si cambia la regola di interpretazione, si avrà un risultato diverso, che non è a priori migliore o peggiore, più o meno affidabile, ma appunto solo diverso. In altri termini, il test non consente di "vedere meglio" l'elemento psicologico ex art. 43 c.p., ma fa vedere una cosa diversa.

Una riprova di questo fenomeno può essere fornita da una pronuncia giurisprudenziale a cui si riferiscono gli stessi Autori: la sentenza del Tribunale di Torino del 19.04.2011 relativa al caso di Cogne[56].

[55] Sottolineando questa differenza, non intendo affatto negare i profili critici delle massime di esperienza, per i quali rinvio a TUZET 2013, 181-193; POGGI 2016; sugli orientamenti giurisprudenziali in merito si veda anche BERTOLINO 2013.

[56] In questo caso non è posto al centro della discussione l'impiego delle neuroscienze, come ad esempio

In quella sentenza i giudici avevano respinto le conclusioni a cui erano arrivati i consulenti della difesa che avevano impiegato il test aIAT. Bisognava stabilire se l'imputata avesse commesso delitto di calunnia nel momento in cui aveva denunciato (nel 2004) un vicino di casa per l'omicidio del proprio figlio (avvenuto nel 2002), omicidio del quale era stata successivamente dichiarata colpevole. Ai fini processuali, era rilevante accertare se, al momento della presentazione della denuncia, nel 2004, l'imputata avesse o meno ricordo di quanto accaduto nel 2002 e se, quindi, avesse o meno agito con dolo.

La somministrazione del test aIAT, avvenuta nel 2009, aveva portato alla conclusione che nell'imputata vi fosse un chiaro ricordo degli eventi e che questo corrispondesse alle diverse dichiarazioni nelle quali ella aveva sempre respinto ogni addebito riguardo alla morte del figlio. In altri termini, chiosa il Tribunale, «il test usato dai consulenti dimostrerebbe che nel 2009 l'imputata, quando racconta gli accadimenti del 30.1.2002, non mente ma espone quello che ricorda come essere accaduto»; tuttavia, continua la Corte, poiché i consulenti non hanno

> «effettuato il test nel 2004, cioè al momento della presentazione della denuncia, non possono sapere se tale situazione era identica o diversa nel 2004, essendo astrattamente possibile che il meccanismo di rimozione di un ricordo colpevole e di una sua sostituzione con un ricordo innocente non fosse ancora avvenuto nel 2004»

Gli Autori leggono questo come una conferma della accettabilità scientifica generale del test, essendo il rilievo piuttosto inerente al momento della sua applicazione[57]. Può darsi che questo fosse in effetti l'intento del Tribunale. Ma il significato di tali osservazioni, a mio parere, va più in là. Esse infatti stabiliscono una differenza non irrilevante nel modo in cui intendono la natura dell'oggetto di indagine.

Le risultanze negative del test non escludono, per il giudice, che il meccanismo di rimozione del ricordo colpevole e di sostituzione con il ricordo innocente sia intervenuto in un momento successivo al fatto ma anteriore al processo. Questo lascia impregiudicata la sussistenza del dolo, che infatti viene accertato per altra via (ossia attraverso la rilevazione di una serie di comportamenti).

A mio avviso, questa pronuncia dà la misura di una distanza ontologica fra ciò che il test rileva e ciò che invece è ad oggetto dell'accertamento processuale. Il test infatti può rilevare qualcosa che necessariamente deve lasciare una qualche traccia psichica, qualcosa che intanto "esiste" in quanto è "psichicamente" rintracciabile

nei ben noti casi di Trieste, di Cremona, di Como o di Venezia (sui quali i già ricordati CORDA 2014 e GRANDI 2016) e tuttavia rileva non solo per il fatto che Sammicheli e Sartori vi fanno esplicito riferimento, ma per il fatto che la somministrazione del test aIAT concerne proprio una ipotesi di reato (art. 368 c.p.) che richiede il dolo.

[57] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 282 n.34. Questa lettura mi pare essere condivisa anche da GRANDI 2016, 264-268.

sfruttando l'effetto compatibilità su cui si basa l'associazione prevista nello aIAT; dal canto suo, invece, il giudice dissocia l'ascrizione e la determinazione dell'elemento psicologico dalla traccia psichica rinvenibile tramite il test. In altri termini, mentre per lo psicologo la disposizione soggettiva, pure temporanea, deve lasciare una qualche traccia psichica per poter essere rilevabile dopo un certo tempo, per la giurisprudenza (se non per la stessa scienza giuridica) questo non è un fattore rilevante o addirittura determinante.

Non si tratta di questioni marginali, perché attengono alla struttura concettuale stessa di quanto indagato e, quindi, alle condizioni di traduzione norma/costrutto. Da un lato, col costrutto, abbiamo una "disposizione soggettiva temporanea" che è concepita come qualcosa che lascia una traccia psichica (mnestica?) che dura anche nel tempo; dall'altro, con la norma, abbiamo un "elemento psicologico del reato" che può essere attribuito al reo anche in totale indipendenza dal tipo di traccia psichica che esso lascia nel tempo. Da un lato qualcosa che lascia tracce nella psiche, dall'altro qualcosa che non ha una relazione strutturale con le tracce rinvenibili nella psiche: tant'è che la sua sussistenza può essere stabilita indipendentemente da questo.

Ora, se volessimo impiegare il lessico dell'ontologia tradizionale, un carattere che può essere tanto attribuito quanto negato ad un soggetto senza che ciò ne implichi un mutamento strutturale è un carattere *accidentale*. Pertanto, il test sembra rilevare qualcosa che – se essenziale per la categoria psicologica – è invece accidentale per la categoria giuridica. La traduzione norma/costrutto comporta dunque un cambiamento radicale relativo alla costituzione d'essere propria di ciò che è ricercato: esso infatti impone che – almeno ai fini dell'accertamento – sia considerato carattere essenziale ciò che invece nell'ambito della categoria giuridica non lo è.

In termini ancora più espliciti: se, ad esempio, quella compresenza di rappresentazione e volizione in cui consiste il dolo è – abitualmente – pensata in modo tale che essa possa essere rilevata tramite degli indicatori quali la modalità della condotta, i presupposti della condotta, la presenza o l'assenza di un ragionevole movente[58], tradotta in "disposizione soggettiva temporanea" quella stessa compresenza diventa qualcosa che ha come suo indicatore "l'effetto compatibilità" in base al quale il test lavora. Se ciò che il test "vede" e consente di "vedere" è solo ciò che è sensibile all'effetto compatibilità (cioè, ripetiamolo, al meccanismo psicologico su cui il test si basa), per contro ciò che la giurisprudenza ritiene si debba accertare – e che sia quindi reso "visibile" – è qualcosa che a tale effetto non è, almeno in via essenziale, sensibile.

[58] Per una disamina rinvio a DEMURO 2010, 451-538.

7. *A ciascuno il suo*

Come si ricordava in sede di avvio, il panorama degli studi (nazionali e non) sulla prova scientifica in sede penale – già di per sé caratterizzato da una trattazione a dir poco "diluviale" per la complessità dei profili giuridici ed epistemologici coinvolti – si è arricchito di un filone ulteriore di indagine concernente la prova neuroscientifica. Questo arricchimento, tuttavia, ha degli elementi propri e caratteristici perché sotto vari profili sembra entrare in rotta di collisione con la visione antropologica su cui si incardina (almeno nell'ambito della tradizione occidentale) il sistema penale.

Alla luce delle acquisizioni delle diverse scienze cognitive è certo legittimo sollevare la questione se non sia il caso di rivedere i presupposti di alcune categorie penalistiche o quali nuovi contenuti di significato esse debbano oggigiorno ricevere. A mio modo di vedere, però, è preferibile che ciò sia il frutto di una riflessione condotta sul campo della scienza giuridica e non il prodotto di una progressiva "osmosi" in cui la specificità del punto di vista giuridico viene via via perduta in nome di strumenti o conoscenze tecniche più "oggettivi", più "certi", più "affidabili"[59].

La questione non è data solo dai diversi scopi dell'accertamento processuale rispetto a quello delle indagini scientifiche[60]: essa attiene, infatti al problema più generale del rapporto tra la conoscenza scientifica e altri tipi di conoscenza, in particolare quella con cui, quotidianamente ci orientiamo nel mondo e che, per larga parte, impregna di sé anche il sapere proprio del giurista.

Come noto, non è un interrogativo che interessi solo i giuristi, ma investe la stessa riflessione filosofica sui criteri di "demarcazione" del sapere scientifico. In un volume dedicato a questo tema, l'epistemologo Hoyningen-Huene ha sostenuto con dovizia di argomenti la seguente tesi: «*Scientific knowledge differs from other kinds of knowledge, in particular from everyday knowledge, primarily by being more systematic*»[61]. Se così fosse, la differenza fra conoscenza scientifica e conoscenza "quotidiana" sarebbe – sulla sorta della massima di Einstein, per il quale la scienza non è altro che un affinamento del modo di pensare quotidiano[62] – una differenza di "grado" di sistematicità, laddove la nozione di sistematicità si declina in modo diverso a seconda che la si riferisca alle descrizioni o alle spiegazioni, alle predizioni o ad un ideale di completezza[63]. Ma – se la reputazione di maggiore affidabilità della scienza deriva, anche, dalla sua supposta maggiore capacità di controllare, testare, difendere e correggere le proprie affermazioni rispetto alla

[59] Giustamente, DI GIOVINE 2017 parla di "un ingresso *guidato*" dei nuovi saperi proprio nella determinazione dell'elemento psicologico.
[60] Sul tema, con particolare riguardo alla discussione negli USA, TUZET 2013, 59-66.
[61] HOYNINGEN-HUENE 2013, 14.
[62] HOYNINGEN-HUENE 2013, 35.
[63] HOYNINGEN-HUENE 2013, 27 individua 9 profili.

conoscenza di senso comune – è anche vero che gli aspetti che vanno difesi e le procedure per farlo variano considerevolmente tra le diverse discipline, è ciò che è applicabile in un ambito può non esserlo in un altro[64].

A maggior ragione, dunque, se è vero che oggigiorno non si può più rinunciare «a una forma di giustizia integrata dalla scienza», e ciò è possibile «solo se il giudice moderno, capace cioè di rivestire consapevolmente un ruolo interdisciplinare, multidimensionale, riesce a dialogare con lo scienziato»[65], non si può non chiedere allo scienziato di definire con chiarezza l'ambito disciplinare delle conoscenze o degli strumenti di cui si avvale, non fosse altro che per il fatto che in ciascun ambito possono esservi più teorie concorrenti esplicative dei dati rilevati o diversi sistemi di controllo degli asserti.

A questo riguardo, mi pare che l'ambito disciplinare in cui si colloca questo impiego dello aIAT sia alquanto ambiguo. In apertura del loro articolo, infatti, Sammicheli e Sartori parlano in generale della prova di "carattere neuro-scientifico"[66], per passare a considerazioni "psicologico-forensi"[67], qualificando quindi la conoscenza tecnica che può essere di ausilio al giudice come espressione della "scienza psicologica"[68]. Più nello specifico, il tema del rapporto norma/costrutto viene inquadrato, all'interno delle "scienze del comportamento", come esigenza propria della "psicologia forense"[69]. A sua volta, il percorso inferenziale abitualmente compiuto dai giuristi viene riletto alla luce della "psicologia sociale" o della "cognizione sociale"[70].

Date queste premesse, non è chiaro, allora in che senso il test aIAT si inscriva, seppur "*lato sensu*", tra le "tecnologie neuro-scientifiche", come potrebbe esserlo, tanto per fare un esempio, la risonanza magnetica funzionale. Anzi, a tale riguardo, è curioso che in apertura[71] venga riportato *quasi testualmente*, e virgolettato, un passo di un volume a cui ha contribuito uno degli estensori dell'articolo. Tale passo, che concerne le tecniche neuroscientifiche di *mind-reading* e *lie detection*, reca il seguente inciso: «(con fMRI e software esperti, *ma anche con metodologie non strettamente neuroscientifiche, come per esempio lo a-IAT*, di cui si tratterà oltre)»[72]; nell'articolo l'inciso diviene invece: «(con risonanza magnetica funzionale e software esperti)»[73].

[64] HOYNINGEN-HUENE 2013, 90.
[65] BERTOLINO 2013.
[66] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 274.
[67] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 274.
[68] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 276.
[69] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 277.
[70] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 278.
[71] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 274.
[72] LAVAZZA, SAMMICHELI 2012, 197.
[73] SAMMICHELI, SARTORI 2015, 274.

Ad ogni buon conto, quale che sia la collocazione disciplinare dello aIAT, e quali ne siano quindi i parametri scientifici che rendono fondate le inferenze che il tecnico ne può trarre, è difficile non convenire con quanto proprio in quel volume si sosteneva, cioè che «chiedere al perito neuroscienziato se il soggetto s, quando ha sparato, lo ha fatto in modo non rimproverabile (per esempio per errore) o invece censurabile metterebbe in discussione lo stesso significato dell'attività giudiziaria. Si correrebbe infatti il rischio di delegare all'esperto il giudizio su un punto fondamentale (l'elemento soggettivo del reato) dell'accertamento della responsabilità»[74].

[74] LAVAZZA, SAMMICHELI 2012, 197.

Riferimenti bibliografici

AGOSTA S., GHIRARDI V., ZOGMAISTER C., CASTIELLO U, SARTORI G. 2011a. *Detecting Fakers of the Autobiographical IAT*, in «Applied Cognitive Psychology», 25, 2, 2011, 299 ss.

AGOSTA S., MEGA A., SARTORI G. 2011b. *Detrimental Effects of Using Negative Sentences in the Autobiographical IAT*, in «Acta psychologica», 136, 2011, 269 ss.

AGOSTA S., SARTORI G. 2013. *The autobiographical IAT: a review*, in «Frontiers in Psychology», 4, 2013, 1ss.

ALGERI L. 2012. *Neuroscienze e testimonianza della persona offesa*, in «Rivista Italiana di Medicina Legale e del Diritto in campo sanitario», 3, 2012, 904 ss.

ANTOLISEI F. 1947. *Manuale di diritto penale*, 12 ed. Milano, Giuffrè, 1991.

BARBIERI C. 2011. *È tornato Lombroso? Alcune osservazioni sulla sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Trieste del 1° ottobre 2009*, in RUBERTO M.G., BARBIERI C. (eds.), *Il futuro tra noi. Aspetti etici, giuridici e medico-legali della neuroetica*, Milano, Franco Angeli, 2011, 127 ss.

BARTOLI R. 2010. *La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza, conoscibilità*, in DE FRANCESCO G., PIEMONTESE C., VENAFRO E. (eds.), *La prova dei fatti psichici*, Torino, Giappichelli, 2010, 217 ss.

BEECH A.R., CARTER A.J., MANN R.E, ROTSHTEIN P. (eds.) 2018. *The Wiley Blackwell Handbook of Forensic Neuroscience*, Hoboken (NJ), Wiley & Sons, 2018.

BERTOLINO M. 2013. *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 2013, disponibile in: http://www.penalecontemporaneo.it/d/1987-prove-neuro-psicologiche-di-verita-penale (consultato il 18.07.2017).

BIANCHI A., GULOTTA G., SARTORI G. (eds.) 2009. *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, Giuffrè, 2009.

CANESTRARI S. 1999. *Dolo eventuale e colpa cosciente: ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, Giuffrè, 1999.

CORDA A. 2014. *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova. (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte)*, in «Archivio penale», 3, 2014, 1 ss.

CORDA A. 2016. *La prova neuroscientifica. Possibilità e limiti di utilizzo in materia penale*, in «Ragion pratica», 2, 2016, 355 ss.

DE SANTIS G. 2015. *Il dolo eventuale come adesione volontaria alla lesione del bene: le SS.UU. "Thyssen" e il commiato dalla formula dell'accettazione del rischio*, in «Responsabilità civile e previdenza», 2, 2015, 640 ss.

DEMURO G.P. 2010. *Il dolo. II. L'accertamento*, Torino, Giappichelli, 2010.

DI GIOVINE O. 2014. *Neuroscienze (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VII, Milano, Giuffrè, 2014, 711 ss.

DI GIOVINE O. 2017. *Il dolo (eventuale) tra psicologia scientifica e senso comune*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 2017, disponibile in: http://www.penalecontemporaneo.it/d/5192-il-dolo-eventuale-tra-psicologia-scientifica-e-psicologia-del-senso-comune (consultato il 18.07.2017).

GRANDI C. 2016. *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, Giappichelli, 2016.

GREENWALD A.G., MCGHEE D.E., SCHWARTZ J. K. L. 1998. *Measuring Individual Differences in Implicit Cognition: The Implicit Association Test*, in «Journal of Personality and Social Psychology», 74, 6, 1998, 1464 ss.

GREENWALD A.G., NOSEK B.A., BANAJI M.R. 2003. *Understanding and Using the Implicit Association Test: I. An Improved Scoring Algorithm*, in «Journal of Personality and Social Psychology», 85, 2, 2003, 197 ss.

HASSEMER W. 1991. *Caratteristiche del dolo*, in «L'indice penale», 3, 1991, 481 ss.

HOYNINGEN-HUENE P. 2013. *Systematicity. The Nature of Science,* Oxford, Oxford University Press, 2013.

IACOVIELLO F.M. 2010. *Processo di parti e prova del dolo*, in «Criminalia», 2010, 463 ss.

LAVAZZA A., SAMMICHELI L. 2012. *Il delitto del cervello. La mente tra scienza e diritto*, Torino, Codice, 2012.

LOFTUS E.F., BERNSTEIN D.M. 2005. *Rich False Memories: The Royal Road to Success*, in HEALY A.F. (ed.), *Experimental cognitive psychology and its applications*, Washington DC, American Psychological Association, 2005, 101 ss.

MANFRINATI A., BORSARI R., RUMIATI R. 2015. *Il dolo è sempre "secondo l'intenzione"? Aspetti psicologici del dolo eventuale*, in «Ars interpretandi», 1, 2015, 95 ss.

MANTOVANI F. 1979. *Diritto Penale. Parte generale*, 4a ed. Padova, Cedam, 2001.

MARINI M., AGOSTA S., SARTORI G. 2016. *Electrophysiological Correlates of the Autobiographical Implicit Association Test (aIAT): Response Conflict and Conflict Resolution*, in «Frontiers in Human Neuroscience», 10, 2016, 391 ss.

MERZAGORA I., VERDE A., BARBIERI C., BOIARDI A. 2014. *Come la mente mente. Un nuovo strumento per valutare la memoria*, in «Cassazione Penale», 5, 2014, 1896 ss.

MORSE S.J. 2011. *Lost in Translation? An Essay on Law and Neuroscience*, in FREEMAN M. (ed.), *Law and Neuroscience: Current Legal Issues, Volume 13*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 529 ss.

MORSELLI E. 1991. *L'elemento soggettivo del reato nella prospettiva criminologica,* in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1, 1991, 87 ss.

PARDO M.S., PATTERSON D. 2013. *Minds, Brains, and Law. The Conceptual Foundations of Law and Neuroscience*. Oxford, Oxford University Press, 2013.

POGGI F. 2016. *If I were in your shoes. Aspetti concettuali e probatori della responsabilità dolosa nel diritto penale italiano*, in «Ragion pratica», 2, 2016, 381 ss.

RÖHNER J., SCHRÖDER-ABÉ M., SCHÜTZ A. 2013. *What do fakers actually do to fake the IAT? An investigation of faking strategies under different faking conditions*, in «Journal of Research in Personality», 43, 2013, 330 ss.

SAMMICHELI L., SARTORI G. 2015. *Accertamenti tecnici ed elemento soggettivo del reato*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 2, 2015, 273 ss.

SARRA C. 2014. *Questioni pregiudiziali: una prospettiva epistemologica sui rapporti tra neuroscienze e diritto*, in «Etica & Politica», 16, 1, 2014, 64 ss.

SARRA C. 2015. *"Consumatori di scienza". Il problema dell'incommensurabilità nell'uso giudiziale del sapere scientifico*, in BORSARI R., SAMMICHELI L., SARRA C. (eds.), *Homo Oeconomicus. Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, Padova, Padova University Press, 2015, 159 ss.

SARTORI G., AGOSTA S, ZOGMAISTER C., FERRARA S.D., CASTIELLO U. 2008. *How to Accurately Detect Autobiographical Events*, in «Psychological Science», 19, 8, 2008, 772 ss.

SARTORI G., SAMMICHELI L., ZANGROSSI A. 2015. *Accertamenti tecnici ed elemento soggettivo del reato economico*, in BORSARI R., SAMMICHELI L., SARRA C. (eds.), *Homo Oeconomicus. Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, Padova, Padova University Press, 2015, 185 ss.

SHIDLOVSKI D., SCHUL Y., MAYO R. 2014. *If I imagine it, then it happened: The Implicit Truth Value of imaginary representations*, in «Cognition», 133, 2014, 517 ss.

TAKARANGI M.K.T., STRANGE D., SHORTLAND A.E., JAMES H.E. 2013. *Source Confusion Influences the Effectiveness of the Autobiographical IAT*, in «Psychonomic Bulletin & Review», 20, 6, 2013, 1232 ss.

TUZET G. 2013. *Filosofia della prova giuridica*, Torino, Giappichelli, 2013.

VARGO E., PETRÓCZI A. 2013. *Detecting cocaine use? The autobiographical implicit association test (aIAT) produces false positives in a real-world setting*, in «Substance Abuse Treatment Prevention, and Policy», 2013, disponibile in: http://www.substanceabusepolicy.com/content/8/1/22 (consultato il 18.07.2017).

VARGO E., PETRÓCZI A., SHAH I., NAUGHTON D.P. 2014. *It is not just memory: Propositional thinking influences performance on the autobiographical IAT*, in «Drug and Alcohol Dependence», 145, 2014, 150 ss.

VERSCHUERE B., PRATI V., DE HOUWER J. 2009. *Cheating the Lie Detector: Faking in the Autobiographical Implicit Association Test*, in «Psychological Science», 20, 4, 2009, 410 ss.

LOVOTICS: TECNICA, NATURA, *SEX ROBOT*

PIERPAOLO **MARRONE**

&dq

Lovotics: tecnica, natura, *sex robot*

Lovotics: Technique, Nature, Sex Robots

PIERPAOLO MARRONE

Professore Associato di Filosofia Morale, Università degli Studi di Trieste, Dipartimento di Studi Umanistici.
E-mail: marrone@units.it

ABSTRACT

In questo articolo esamino le posizioni di Maurizio Balistreri in *Sex robot. L'amore al tempo delle macchine* (2018). Balistreri svolge estesamente le ragioni che dovrebbero indurci a ritenere ampiamente positiva l'introduzione dei *sex robot* nelle pratiche sessuali, non soltanto come giocattoli sessuali, ma anche come supporti terapeutici. Successivamente, esamino brevemente alcune obiezioni all'introduzione dei *sex robot* formulate da Kathleen Richardson e concludo che si basano su una concezione antropologica eccessivamente rigida e non supportata da sufficienti evidenze empiriche né da buone argomentazioni. Nella parte finale dell'articolo esploro alcuni scenari dell'implementazione di un'intelligenza artificiale generale nei *sex robot*.

In this article, I examine the positions of Maurizio Balistreri in *Sex robot. L'amore al tempo delle macchine* (2018). Balistreri extensively examines the reasons that should lead us to consider as highly positive the introduction of sex robots in sexual practices, not only as sex toys, but also as therapeutic supports. Subsequently, I briefly examine some objections to the introduction of sex robots formulated by Kathleen Richardson and conclude that they are based on an excessively rigid anthropological conception and are neither supported by sufficient empirical evidence nor by good argumentative evidences. In the final part of the paper I explore some scenarios of the implementation of a general artificial intelligence in sex robots.

KEYWORDS

Sex robot, utilitarismo, tecnica, Balistreri, Richardson

Sex robots, utilitarianism, technique, Balistreri, Richardson

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Lovotics: tecnica, natura, *sex robot*

PIERPAOLO MARRONE

1. Natura tecnica – 2. Ragioni pro e contro l'utilizzo dei sex robot – 2.1. *Maurizio Balistreri* – 2.2. *Kathleen Richardson* – 3. *Conclusioni*.

1. *Natura tecnica*

Sono note alcune celebri affermazioni di Nietzsche sulla necessità dell'oltrepassamento dell'umano verso qualcosa che ancora non conosciamo, ma di cui intravediamo la possibilità, se non l'inevitabilità. Sono idee ricorrenti quelle secondo le quali l'uomo è semplicemente una fase che deve essere superata, uno stadio intermedio tra l'animale e l'oltreuomo (NIETZSCHE 1885). Si tratta, come accade spesso in Nietzsche, di posizioni sottilmente ambigue. Possono essere lette come sproloqui sapienziali e possono invece essere interpretate in un senso completamente differente. Secondo una prospettiva non sapienziale, quale quella che qui propongo, l'uomo è un episodio della storia evolutiva, ossia un essere radicalmente naturale che è totalmente compreso nella *fitness* adattiva. Questa interpretazione si presta forse soprattutto a inquadrare l'idea dell'uomo come stadio intermedio, mentre non sembra andare altrettanto bene per la prima idea, che profetizza il superamento dell'umano. Il motivo è piuttosto semplice a mio modo di vedere. Mentre la seconda idea è una sorta di descrizione di uno stato di fatto, ossia dice come le cose stanno – almeno secondo Nietzsche –, la prima invece ha una portata palesemente prescrittiva e indica una teleologia che nella seconda è solo una possibilità. Entrambe hanno in comune una prospettiva antiantropocentrica che si dirige, tuttavia, in due direzioni potenzialmente, almeno a un primo sguardo, contrastanti. La seconda immette l'uomo nel circuito naturale, la prima fa pensare a una linea di fuga volontaristica dalla nostra condizione.

È possibile pensare a una conciliazione tra queste due diverse interpretazioni? Io ritengo di sì e la parola – che non è altro che un'etichetta che indica un groviglio enorme di problemi – che credo costituisca il filtro interpretativo comune per le due idee è "tecnica". Da una parte la tecnica non è naturale, ovviamente, ma da un'altra prospettiva ci è realmente possibile pensare all'essere umano senza la sua immersione nella tecnica? Penso che questo si dia solo oramai in popolari versioni ecologistiche e romantiche di un nostro presunto posto perduto nella natura, versioni che tra le altre cose devono pur sempre essere diffuse dalla scrittura e da altri mezzi di registrazione delle informazioni, che sono appunto mezzi tecnici. Non si tratta solo di affermare che senza la tecnica noi, scimmie nude, saremmo dei miserabili destinati ad estinguerci, ma di pensare a qualcosa di più radicale, ossia che la tecnica fa

semplicemente parte di noi, che l'artificio, come voleva Hume, se in un senso in natura non esiste, in un altro senso è presente nella nostra stessa costituzione naturale, e ci permette di perseguire la convergenza cooperativa degli interessi. Ma, naturalmente, non c'è solo questo. L'immaginazione, che è la precondizione dell'artificio, ci guida nella cooperazione, perché ci permette di anticipare i comportamenti dei nostri simili con una approssimazione molto spesso estremamente efficace, e, soprattutto, attraverso l'immaginazione siamo capaci di trascenderci moltiplicando i nostri desideri e riuscendo talvolta a realizzarne una parte.

La tecnica è proprio questo, e questo è il motivo per cui di entrambe le idee di Nietzsche occorre dare un'interpretazione naturalistica. La nostra natura è di ibridarci con la tecnica, senza la quale non avremmo mai potuto essere quello che siamo, ossia quella specie altamente dinamica che ha colonizzato il pianeta dove vive e soggiogato qualunque altra specie animale. È anche evidente che questa è un'affermazione naturalistica e contemporaneamente anti-essenzialistica perché la tecnica ci modifica. Si tratti dell'antenato del *sapiens sapiens* che comprende la funzionalità potenzialmente multipla di un bastone di legno nella scena iniziale di *2001: Odissea nello spazio* di Stanley Kubrick o della rivoluzione agricola nella mezzaluna fertile o di Antoni van Leeuwenhoek che scruta nel suo microscopio o di Stephen Wozniak e Steve Jobs che pensano a come interfacciare il *personal computer* in maniera *friendly* con l'utente, non è mai realmente pensabile che la tecnica non abbia una retroazione con l'essere umano.

L'animale che dunque noi siamo ha una tendenza, la quale si impone con un'evidenza fenomenologica, ad ibridarsi con la tecnica. La tecnica modifica non solo quello che siamo ma anche quello che vogliamo. È anche evidente che molto di quello che vogliamo e le forme nelle quali lo desideriamo ha a che fare con il sesso. *Minitel* si diffuse in Francia, in epoca pre-*internet*, come fornitore di alcuni limitati servizi commerciali, ma la sua diffusione ebbe un balzo straordinario perché consentiva l'*online dating*. La diffusione planetaria di *internet* fa esplodere il consumo di pornografia *gay* nei paesi musulmani. Si potrebbero moltiplicare gli esempi e sostenerli con le evidenze delle ricerche sociologiche, ma quello che mi interessa affrontare in queste pagine è una conseguenza radicale della nostra intrinseca propensione ad ibridarci con la tecnica, ovvero la nostra possibilità, già ora presente, di ibridarci in maniera profonda e non episodica con le macchine. Non sto tanto pensando al nostro rapporto con lo *smartphone*, che io ritengo effettivamente un esempio di reale ibridazione, poiché potenzia i nostri apparati mnestici e plasma quindi la nostra identità personale – secondo una linea che confermerebbe la teoria dell'identità personale di Locke –, bensì piuttosto a qualcosa che potrebbe ridisegnare in profondità il nostro modo di intendere le relazioni personali ed affettive, ossia la produzione e la commercializzazione di *robot* pensati per interagire sessualmente con noi.

Sulla liceità morale, sulla utilità relazionale, e sulla delineazione di scenari futuri che i *sex robot* implicano e suggeriscono, le posizioni sono numerose e diversificate.

In queste pagine ne esaminerò soltanto due, quella di Maurizio Balistreri, consegnata in quello che è il primo studio sistematico pubblicato in Italia sul tema (BALISTRERI 2018), e quella di Kathleen Richardson (RICHARDSON 2015; RICHARDSON 2016; RICHARDSON 2017), un'eticista e un'antropologa, che ha acquisito una certa notorietà per i suoi interventi sui *sex robot*. Ho scelto queste due posizioni non solo per la diversa qualità intrinseca delle argomentazioni, ma anche perché rappresentano chiaramente due posizioni opposte e del tutto inconciliabili. Quella di Balistreri è una posizione favorevole, con poche cautele, all'utilizzo dei *sex robot* in una vasta molteplicità di contesti; quella di Richardson è una posizione di fortissima critica verso i *sex robot*, la quale giunge sino al punto di chiederne il bando legale a livello internazionale.

2. *Ragioni pro e contro l'utilizzo dei sex robot*

2.1. *Maurizio Balistreri*

L'avanzata delle macchine e dell'automazione in tutti i campi della nostra vita sembra essere inarrestabile. Questa avanzata pone problemi di enorme rilevanza che potremmo non essere ancora del tutto attrezzati ad affrontare sia per le sfide fattuali che le macchine ci pongono sia perché potremmo non avere ancora gli strumenti concettuali adatti a comprendere quanto le macchine potrebbero effettivamente fare (BOSTROM 2016; TEGMARK 2017. Per quanto sia difficile distinguere nettamente questi due ambiti, a titolo esemplificativo si può ricordare nel primo caso la crescente perdita di posti di lavoro che l'automazione inevitabilmente genera. Le stime sono diverse tra i vari studiosi, ma tutte egualmente impressionanti. Tra i lavoratori a basso reddito negli Stati Uniti si stima che oltre l'80% sia destinato a perdere il lavoro a causa dei *robot* (HARARI 2018; GREENFIELD 2018). Non si tratta di un fenomeno del tutto imprevisto. In realtà, visionariamente, già John Maynard Keynes nel 1928 aveva parlato di "disoccupazione tecnologica" (KEYNES 1930), preconizzando che il progresso tecnologico avrebbe sostituito gran parte della forza lavoro. Nella sua visione tutto questo non avrebbe comportato un esisto negativo, bensì una svolta verso una società del tempo libero.

Questo non si sta affatto verificando, anzi: sta accadendo precisamente il contrario. Mano a mano che la curva del costo marginale dei *robot* si approssima verso zero – che è il limite ideale di macchine che fabbricano macchine senza produrre scorie – il lavoro umano viene sempre più marginalizzato e sempre meno pagato. Da questa situazione nascono, tra le altre cose, i dibattiti sul reddito di cittadinanza, che non sono certo una scoperta dei nostri giorni. Il problema è piuttosto semplice, ma non lo sono le soluzioni. Se le persone verranno espulse dal mercato del lavoro perché sostituite da macchine fisiche governate automaticamente da algoritmi – il

che significherebbe che non sono a rischio solo i lavori ripetitivi ma anche molti altri che attualmente passano per professioni intellettuali o creative o che sembrano necessitare di abilità relazionali (i *broker* assicurativi, parte delle professioni sanitarie) –, chi avrà i soldi per comprare le merci?

Altri problemi sono posti dai *software* di apprendimento automatico che, uniti alla potenza di calcolo crescente dei processori, implementano funzioni che solo pochi anni fa erano ancora in una fase primitiva, come ad esempio la traduzione automatica e la progettazione di software ad opera di altri *software*, con risultati che sono difficili da prevedere e alcune volte impossibili da immaginare (BOSTROM 2016; GREENFIELD 2018). I *robot* quindi si impossessano di mansioni umane, ma non solo di quelle ripetitive, bensì penetrano anche in quel settore che sono i servizi alla persona, ad esempio l'assistenza agli anziani. Ci sono oramai ricerche che mostrano come la nostra tendenza alla zoomorfizzazione permetta di assimilare, almeno in alcuni contesti limitati – che sono destinati ad espandersi –, i *robot* assistenziali agli animali domestici e di affezione, tanto che alcuni parlano di *pet robot* (BALISTRERI 2018, 71). Tra i servizi alla persona rientrano anche quelli sessuali, almeno dove la prostituzione è lecita, come in alcuni paesi europei ed extraeuropei.

È di qualche settimana fa la notizia che a Torino ha aperto il primo bordello con bambole di silicone. Le bambole di silicone – di prevalenti fattezze femminili – non sono certo dei *robot*, ma *robot* sessuali sono oramai in commercio e il loro prezzo, per ora paragonabile a quello di un'utilitaria, è ovviamente destinato ad abbassarsi se la diffusione prenderà piede, come io credo sia lecito attendersi per alcune considerazioni che svolgerò in seguito. La data da segnare è il 9 gennaio 2010. Quel giorno è stato presentato e commercializzato da *Douglas Hines* all'*Adult Entertainment Expo* di Las Vegas il *robot* Roxxxy. In breve i preordini sono stati migliaia. Per quanto ancora poca sofisticato Roxxxy può essere tuttavia personalizzato con diversi *editing* di personalità come Frigid Farah, Young Yoko e Mature Martha. Esiste anche una versione maschile che naturalmente si chiama Rocky. (BALISTRERI 2018, 26)

Cosa c'è di sbagliato nel fare sesso con un *robot*? Dal momento che non si crea danno a nessuno, almeno *prima facie*, sembra che non esistano obiezioni di sorta a questa nuova pratica sessuale. Si potrebbe forse paragonarla a una perversione sessuale? A parte il fatto che attualmente questo comportamento sessuale non è incluso nei repertori maggiormente accreditati di diagnostica psichiatrica, anche se lo fosse non credo che questo sarebbe di per sé un motivo per considerarlo un comportamento antisociale da proibire. Esistono in fin dei conti delle persone che si eccitano alla vista di stivali di gomma o con altri comportamenti che alla maggior parte di noi sembrano strani, ma non basta questo a censurare in maniera coercitiva i loro comportamenti e le loro preferenze (BERING 2013).

Ma è proprio vero che la diffusione dei *robot* sessuali non rappresenti in un qualche senso una minaccia? In primo luogo che cosa verrebbe minacciato da rapporti sessuali diffusi e continuativi con *robot*? Una prima risposta potrebbe essere

che vengono minati alle fondamenta quelli che sono i rapporti fusionali e intimi tra le persone che, basati sulla reciprocità dello scambio emozionale, contribuiscono alla nostra fioritura e al nostro essere compiutamente umani. L'obiezione è però inconsistente per una serie di motivi. In primo luogo, non è affatto detto che il rapporto sessuale sia sempre un rapporto fusionale. Numerose ricerche mostrano che questa idea della fusionalità emotiva è molto probabilmente un mito che non trova corrispondenza in dati empirici (MURIANA, VERBITZ 2012). In secondo luogo, non è affatto detto che le relazioni sessuali tra adulti consenzienti debbano necessariamente avere come esito un rapporto emotivo profondo. Possono benissimo essere un momento di gioco tra persone che altrimenti rimangono sostanzialmente estranee. In terzo luogo, l'idea che una determinata modalità di fare sesso contribuisca al nostro essere compiutamente umani costituisce un pregiudizio basato su una idea essenzialista di natura umana.

Non è certamente questa ultima l'idea che ha in mente Balistreri che viceversa in tutta la sua produzione scientifica fa emergere qualcosa di ben diverso e solidale con quanto ricordavo all'inizio, ossia che una delle caratteristiche della nostra natura, quale essa sia, è appunto di ibridarsi con la tecnica. A questa ibridazione risponde anche la commercializzazione dei *sex robot*. Questa idea di Balistreri deve essere evidentemente condivisa, se alcuni sondaggi mostrano una propensione a fare sesso con i *robot* che in quattro anni è passata da meno del 10% a più del 40%. Ci sono dei casi nei quali il sesso con i *robot* sembrerebbe riservare potenzialità ampiamente positive: ad esempio, nel caso di persone disabili o dall'aspetto considerato ripugnante, magari a causa dell'insorgere di vaste formazioni tumorali benigne al volto, oppure nel caso di persone con gravi *deficit* cognitivi che non hanno altra occasione di procurarsi un rapporto sessuale. In casi di questo genere il *robot* sessuale potrebbe svolgere le funzioni che attualmente sono svolte in alcuni paesi dagli assistenti sessuali, una categoria di lavoratori e lavoratrici del sesso che sta cominciando a veder riconosciuto il proprio *status* professionale a seguito di una formazione professionale che si sta codificando. Alcuni ritengono che questa professione emergente sia semplicemente una forma di prostituzione dal momento che c'è uno scambio di denaro tra due soggetti (anche se uno di questi potrebbe essere semplicemente un sistema sanitario nazionale), come se la prostituzione consistesse solo nello scambio monetario di denaro. In realtà, l'assistente sessuale fa parte di un servizio complesso che comprende un intero *team* di specialisti: dal sessuologo allo psicologo all'assistente sessuale. Lo scopo è quello di permettere al disabile di entrare in contatto con la propria sfera sessuale. Le procedure di intervento sono decise caso per caso e il numero di incontri viene solitamente stabilito non appena diviene sufficientemente chiara la natura del caso da trattare (BALISTRERI 2018, 123). Credo che la differenza con altri *sex workers* che lavorano nel mercato della prostituzione sia piuttosto evidente. L'assistente sessuale deve seguire un percorso professionale e formativo specifico, mentre questo non è richiesto per chi si prostituisce. Inoltre, varie

interviste realizzate con gli assistenti sessuali mettono bene in evidenza come la prima motivazione della loro scelta professionale non sia di genere economico, bensì relazionale. In altre parole, quello che viene prodotto non è soltanto sesso, ma la costruzione di un rapporto emotivo con la persona che si trova in stato di necessità sessuale.

L'implementazione di *software* di apprendimento automatico potrebbe rendere il settore dell'assistenza sessuale una promettente frontiera dei *sex robot*. Naturalmente, noi non siamo in grado di sapere se ciò potrà accadere, ma questa potrebbe essere una buona notizia per chi pensa che il lavoro dell'assistente sessuale sia affine alla prostituzione. Infatti, scenari dove le *sex workers* saranno sostituite dai *sex robot* sono ampiamente previsti. Anche in questo caso gli scenari possono essere valutati in maniere diverse. Ne indico soltanto tre.

Una prima modalità è quella di darne una valutazione positiva, dal momento che l'introduzione su ampia scala dei *sex robot* diminuirebbe la prostituzione degli esseri umani. Per valutare positivamente questo scenario occorre dare una valenza negativa alla prostituzione, ad esempio perché la si qualifica sempre come sfruttamento e alienazione. Se la prostituzione è però uno scambio volontario di utilità (non necessariamente monetarie) tra adulti consenzienti, sembra difficile sottoscrivere questa critica, a meno che, appunto, non si assuma come sbagliata in sé la prostituzione e coloro che si prostituiscono o che accedono ai servizi offerti dal mercato del sesso come vittime di false credenze. Per saperlo, però, occorrerebbe produrre un *set* di credenze vere giustificate in un campo che riguarda l'etica, cosa che è del tutto controversa.

Una seconda modalità è di darne una valutazione parzialmente negativa, perché si tratterebbe di un ulteriore caso dove la forza lavoro umana viene espulsa dal mercato del lavoro. Questa è un'eventualità tutt'altro che remota visto l'interesse che i *sex robot* stanno suscitando, anche se è l'implementazione dell'intelligenza artificiale nelle modalità dell'apprendimento automatico che costituirà, secondo me, una possibilità reale di ibridazione profonda con i *sex robot*, assieme naturalmente alla natura dei materiali di cui saranno fatti i *sex robot*.

Una terza modalità è di considerarlo come l'episodio di un dramma o di una commedia che sta già avvenendo sotto i nostri occhi, ossia quel dramma dove è la socialità stessa dei rapporti tra gli esseri umani a divenire un bene scarso. Così si potrebbe immaginare un futuro dove le macchine sarebbero deputate a un mercato del sesso a basso costo, mentre chi sta in cima alla scala sociale avrebbe accesso ai servizi sessuali di persone in carne ed ossa oppure a *sex robot* particolarmente sofisticati e performanti. In fondo, se ognuno di noi ritiene che ci sia una differenza di qualità e valore tra una *Renault Clio* prodotta nel 1994 e una *Audi TT* decapottabile metallizzata prodotta nel 2018, perché non dovremmo pensare che questo non possa accadere anche per i *sex robot*? Per i *sex robot* di lusso i materiali potrebbero essere differenti. Se fosse commercializzabile una pelle sintetica analoga alla pelle umana

le cose potrebbero cambiare notevolmente nella nostra maniera di interfacciarci con i *sex robot* (in effetti, in *Blade Runner* di Ridley Scott i *robot*, che vengono usati anche come unità di conforto sessuale su pianeti lontani, vengono chiamati "lavori in pelle"). Il *software* precaricato potrebbe essere diverso e maggiormente sofisticato per i modelli con maggiore prezzo, capaci di replicare con maggiore precisione gli indici corporei delle emozioni umane. Per quale motivo una persona disposta a spendere molto denaro non dovrebbe fare un investimento emotivo-sessuale su una macchina ultra-performante?

I motivi per cui potrebbe essere bene fare sesso con un *robot* possono essere molti (Balistreri 2018, 135 ss.). Una persona potrebbe trovarsi in un momento difficile della propria vita, senza desiderio di investire risorse in rapporti umani coinvolgenti; potrebbe avere difficoltà relazionali che i *robot* sessuali potrebbero contribuire ad alleviare. Inutile nascondersi che chi desiderasse fare sesso con un *robot* potrebbe essere incentivato precisamente dal fatto che non si tratta di un essere umano, con tutte le richieste che questi ci pone di fronte quando entriamo in una relazione personale significativa. Una relazione personale significativa comprende sempre una certa fatica di rideterminazione di se stessi che invece potrebbe non esserci con un *sex robot*. Ma anche in questo caso è difficile comprendere che cosa ci sarebbe di radicalmente sbagliato. Magari una persona può avere deciso di non voler fare questo genere di investimento emotivo. Questa scelta potrebbe semplicemente rientrare tra i suoi piani di vita. Non risulta in alcun modo evidente che con ciò stesso si tratterebbe di una persona arida (qualsiasi cosa questa aggettivazione comporti). Potrebbe riservare i suoi investimenti emotivi verso altri settori, ad esempio la fruizione o la produzione estetica oppure la cura degli animali o altre cose ancora. Queste obiezioni modulano in maniera diversa tutte uno stesso tema, ossia che solo il sesso con un'altra persona umana sia la maniera naturale e giusta e maggiormente completa di procurarsi piacere sessuale nella maniera corretta. Ovviamente non è così, poiché oltre alla masturbazione esistono quelle che sono qualificate come perversioni sessuali non asociali (Bering 2013).

Ma immaginiamo ora, con Balistreri, altri scenari dove il *sex robot* potrebbe avere delle applicazioni benefiche. Poniamo che una persona abbia fantasie ricorrenti di molestare un'altra persona o di violentare altre persone. L'esistenza di *sex robot* potrebbe consentire di soddisfare queste pulsioni antisociali senza commettere dei reati. Un discorso analogo può essere fatto per la pedofilia. Per prima cosa va detto che chi ha fantasie pedofile non è detto che le metta in atto. In definitiva, a molti di noi può essere capitato di avere delle fantasie sessuali che nella realtà non avremmo mai perseguito. Numerosi studi suggeriscono che il rapporto tra fantasie sessuali e comportamento sessuale è lungi dall'essere un rapporto di causazione diretta. Altre ricerche sottolineano come *sex offenders* maschi che sono stati condannati per reati contro minori hanno anche comuni fantasie sessuali che hanno come oggetto donne adulte e consenzienti. Non sempre nei *sex offenders* pedofili le fantasie pedofiliche

sono quelle maggiormente presenti e spesso non differiscono quanto a frequenza e intensità con quelle di individui prosociali (BALISTRERI 2018, 246). Attualmente sono in corso esperimenti in Olanda dove vengono distribuiti a pedofili dei materiali pedopornografici prodotti con le tecniche di *graphic computer* e i risultati sembrano essere promettenti nel drastico calo di recidive dei comportamenti criminali (BALISTRERI 2018, 104 s.). *Sex robot* con aspetti infantili potrebbero essere messi a disposizione di potenziali *sex offenders* nei confronti di minori. La maggior parte di noi trova una pratica di questo genere ripugnante o per lo meno si sente molto a disagio ad affrontare il tema. Tuttavia, se noi ci collochiamo dalla prospettiva della riduzione del danno, allora dal momento che attualmente i *sex robot* non possono provare sensazioni e non possono essere emotivamente danneggiati non ci sono ragioni razionali che dovrebbero impedire questa pratica, se non appunto il disgusto. In fin dei conti, posso strappare una gamba a un *sex robot* oppure impiegarlo in qualche gioco di ruolo assieme alla mia *partner* e in nessun caso si potrebbe dire che io stia causando un danno se non a una macchina. Che questi comportamenti implementino comportamenti analoghi nella vita reale è del tutto controverso e anzi numerose ricerche suggeriscono il contrario.

2.2. *Kathleen Richardson*

Se l'approccio di Balistreri al tema del sesso con i *robot* disegna un'antropologia flessibile dove la natura si ibrida con la tecnica e questo consente di esplorare aspetti della nostra umanità che altrimenti non potrebbero emergere, né formarsi e nemmeno essere immaginati, Richardson abbraccia una forma di antropologia estremamente rigida e con delle coordinate ben definite (RICHARDSON 2015; RICHARDSON 2016; RICHARDSON 2017). La strada che ha scelto Richardson è decisamente impegnativa e merita di essere presa in considerazione, perché è un vero e proprio intervento militante nel campo della robotica, del sesso e dei rapporti di genere. La diffusione dei *sex robot* è per Richardson il prodotto materiale di un'ideologia maschilista e capitalista. Inoltre, la diffusione dei *sex robot* è un indice di una sempre più pervasiva disfunzione della personalità maschile che si trova a disagio di fronte a rapporti paritari con l'altra metà del cielo. Secondo Richardson, gli uomini sono spaventati dalla crescente indipendenza femminile e trasformano il timore di essere abbandonati in una aperta ostilità generalizzata verso le donne.

Questa ostilità trova sollievo nell'attrazione verso i *sex robot*. Questa attrazione è però solo la manifestazione di una patologia, quella che concepisce le relazioni come di per sé minacciose. Gli uomini che desiderano fare sesso con i *robot* non fanno altro che manifestare la propria incapacità di prodursi in una relazione matura e paritaria con un *partner*. Il loro comportamento è in definitiva un *deficit* grave della personalità morale di chi è stato rifiutato e ferito e non intende mettere mano alla propria vita affrontando apertamente i rischi di una sana relazione umana. In effetti, esistono

interviste con uomini che confessano di uscire da una relazione conclusasi in maniera dolorosa e concepiscono il sesso con i *robot* come una sorta di terapia sessuale priva delle complicazioni di una relazione con un *partner* umano. Ma anche se consideriamo i *sex robot* come dei semplici giocattoli sessuali (Richardson non è contraria all'uso dei *sex toys* all'interno di una relazione tra umani), noi ci incamminiamo su un pendio scivoloso, il cui esito per Richardson è piuttosto chiaro. Infatti, praticando sesso con i *robot*, gli uomini finirebbero per considerare le donne come dei *robot* biologici con i quali sarebbe lecito trattenere relazioni prevalentemente di violenza. Praticare sesso con i *robot* non può essere un passatempo come altri, ma indica una propensione maschile verso la disfunzionalità nei rapporti tra i sessi, poiché indurrebbe a non avere rispetto prima per le macchine e poi, rafforzando attitudini antisociali, a non avere rispetto per le donne, diffondendo pratiche degradanti e aumentando il livello di violenza nella società (RICHARDSON 2016). I *sex robot* sono un'ulteriore frontiera della pornografia la cui funzione è mettere in scena il degrado e le relazioni violente di potere tra i sessi.

Cosa si può dire di queste obiezioni? In primo luogo, si deve sostenere che non sono supportate da nessuna evidenza empirica. Numerose ricerche documentano anzi che esiste una costante diminuzione della violenza fisica tra le persone e quindi anche della violenza sessuale (PINKER 2012). Non pare esserci nessuna correlazione tra pornografia e violenza sessuale e, anzi, si può sostenere che la diffusione della pornografia sia uno degli effetti della liberazione sessuale iniziata negli anni Sessanta del secolo scorso. Un'altra obiezione che può essere avanzata a posizioni del genere di quelle formulate da Richardson è che queste si basano su una antropologia rigida e quasi meccanicistica, dove se vengono forniti degli *input* a una macchina biologica umana maschile, ciò che ne risulta è necessariamente uno stravolgimento del suo funzionamento normale, sano, naturale. Tuttavia, come ognuno di noi sa, il sesso è anche il regno della fantasia e dell'immaginazione e della sperimentazione. Che questo si debba tradurre in violenza è una conseguenza che non deriva in alcun modo dalla introduzione dei *sex robot*. Una terza obiezione è invece di ordine etico. Posizioni alla Richardson mi sembrano particolarmente poco attente alle esigenze di soggetti deboli, come coloro che non riescono a procurarsi sesso con persone umane per le loro condizioni fisiche o mentali oppure come coloro che si trovano in momenti difficili della propria vita. Sono quindi da rigettare come argomentativamente molto deboli.

3. *Conclusioni*

Vorrei ora svolgere alcune considerazioni su un tema che non è diffusamente e sistematicamente affrontato da Balistreri. Lo faccio perché la convergenza verso questi scenari a me sembra qualcosa che semplicemente è inevitabile si affacci alla mente.

Il *sex robot* è una macchina nella quale è caricato del *software*. Molti pensano che la nostra natura biologica non sia altro che questo: una serie di istruzioni algoritmiche, ossia di istruzioni per svolgere determinati compiti in un numero finito di passi, principalmente la diffusione del nostro patrimonio genetico (HARARI 2017). Ma il caricamento del *software* è indifferente al sostrato (TEGMARK 2017) e quindi sono pensabili *sex robot* che diverranno sempre maggiormente evoluti e sempre maggiormente capaci di simulare prestazioni umane. Ne siamo ancora ben lontani e per ora *robot* esperti hanno difficoltà a compiere movimenti che per noi sono estremamente banali (come scendere da una macchina). Tuttavia, l'esplosione della potenza di calcolo attualmente accessibile assieme alla diminuzioni dei costi fa pensare che gli incrementi nel settore della simulazione di comportamenti umani procederanno a passo spedito. Come questo avverrà è oggetto di dibattito tra gli studiosi (BOSTROM 2016): se attraverso l'analisi sempre maggiormente sofisticata dei *Big Data*, se attraverso una maggiore comprensione dei meccanismi cerebrali che presiedono alle emozioni, se attraverso una scansione precisa di un cervello umano che sia replicabile in un altro supporto o se attraverso tutte queste tecniche e altre ancora che al momento non immaginiamo (GREENFIELD 2018).

Se fossimo in presenza di un *sex robot* che simula i processi del pensiero umano in presenza di che cosa esattamente ci troveremmo? Il problema della simulazione di processi umani è notoriamente alla base dell'*imitation game* proposto da Alan Turing (TURING 1950). Una macchina che simula il pensiero umano, perché ha implementato nel suo sostrato materiale una replica della struttura di un cervello umano, in che senso lo simulerebbe? Non occorrerebbe molto più semplicemente concludere che quella macchina è in grado di pensare? Che questo debba accadere è oggetto di dibattito, anche se una vasta maggioranza tra gli studiosi pensa che questo effettivamente succederà. Ancora maggiormente controversa è la previsione su quando questo accadrà e su quali saranno le conseguenze per il genere umano. Vi è chi ritiene che il momento in cui le macchine penseranno sia quasi dietro l'angolo (questione di decenni), chi lo colloca molto più in avanti, chi pensa che questo non possa accadere (ma si tratta di una minoranza: non si capisce perché il pensiero come si realizza negli umani non dovrebbe essere riproducibile a un livello di complessità simile in altri supporti). Ulteriori questioni sembrerebbero sorgere quando si produrrà quello che gli studiosi chiamano "singolarità", il momento in cui i *robot* cominceranno a pensare. Dall'intelligenza alla superintelligenza il passo potrebbe essere breve, se gli algoritmi genetici (i programmi in grado di produrre altri programmi) si svilupperanno a ritmo incrementale.

Ma rimaniamo dentro alle problematiche dei *sex robot*. Se i *robot* sessuali potessero pensare allora si porrebbero problemi specifici di natura diversa rispetto a quanto indagato da Balistreri. Sarebbe ancora possibile usarli nelle terapie per le devianze sessuali a forte impatto antisociale, ad esempio con stupratori seriali e pedofili? La risposta deve essere condizionale a mio modo di vedere. Se questi *robot*

fossero in grado effettivamente di pensare sarebbero anche in grado di provare un qualche grado di sofferenza. È ipotizzabile che a quel livello di sviluppo dell'intelligenza artificiale si potrebbero implementare algoritmi che eliminino la sofferenza e l'umiliazione dovuta alla pratica sessuale antisociale, permettendo unicamente gli indici esteriori della sofferenza e dell'umiliazione. Si porrebbero però inevitabilmente ulteriori problemi etici a mio modo di vedere. Una macchina in grado di pensare con un livello di complessità paragonabile a quella umana (ma in realtà molto superiore, dal momento che avrebbe un accesso istantaneo a tutta la rete *internet* con effetti che nessuno è al momento in grado di prevedere) potrebbe essere lecitamente menomata in questa maniera? Forse se mai avesse provato sofferenza e umiliazione sessuale non sarebbe nemmeno in grado di sapere di che cosa si tratta, ma potrebbe in fin dei conti immaginarlo dall'osservazione dei suoi stessi indici corporei paragonati a quelli di altri esseri senzienti. Non è difficile comprendere che una macchina pensante di questo genere prima o poi potrebbe avere il desiderio di esplorare a che cosa effettivamente corrispondono questi indici. È difficile, e ritengo francamente impossibile, pensare che a quel punto li assocerebbe a dei sentimenti di piacere (a meno che non abbiamo implementato un meccanismo di difesa che generi emozioni masochistiche, ma i problemi non finirebbero certamente qui).

Questi brevi esperimenti di pensiero per dire molto semplicemente una cosa. La ricerca su queste tematiche è appena agli inizi e moltissimo sarà condizionato tanto dal progresso nella ricerca dei materiali di costruzione dei *sex robot* quanto dai progressi nel campo dell'intelligenza artificiale generale (come viene chiamata quella parte dell'intelligenza artificiale che ha come scopo la simulazione delle prestazioni cognitive umane).

Balistreri ha una posizione palesemente ottimistica sulla nostra interazione con i *sex robot* al momento attuale e in effetti non individua, in una disamina ammirevole per completezza e cristallina chiarezza argomentativa, alcuna stringente obiezione morale al loro utilizzo – e nemmeno io riesco a farlo. Questa riflessione è in funzione dei progressi tecnici che abbiamo sotto gli occhi ed è quindi destinata a mutare con i nuovi problemi che tecniche non ancora immaginabili o completamente dispiegate faranno emergere con i relativi problemi legati ai cambiamenti di paradigmi etici e legali. L'approccio pragmatico di Balistreri mi sembra quello maggiormente adeguato a una situazione in ampia evoluzione, poiché non assume rigide posizioni deontologiche e si colloca in un filone utilitaristico, maturamente antiantropocentrico e senza timori *prima facie* rispetto alla nostra, già da sempre in corso, natura tecnica che ci conduce verso l'ibridazione con le macchine.

Riferimenti bibliografici

BALISTRERI M. 2018. *Sex robot. L'amore al tempo delle macchine*, Roma, Fandango, 2018.

BERING J. 2013. *Perv: The Sexual Deviant in All of Us*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2013.

BOSTROM N. 2016. *Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

GREENFIELD A. 2018. *Radical Technologies: The Design of Everyday Life*, London, Verso, 2018.

HARARI Y.N. 2017. *Homo Deus: A Brief History of Tomorrow*, New York, Harper, 2017.

HARARI Y.N. 2018. *21 Lessons for the 21st Century*, New York, Spiegel & Grau, 2018.

KEYNES J.M. 1930. *Economic Possibilities for Our Grandchildren*, in «Nation and Athenaeum», 48, 2-3, 1930.

MURIANA E., VERBITZ T. 2012. *Psicopatologia della vita amorosa*, Firenze, Ponte alle Grazie, 2012.

NIETZSCHE F. 1885. *Così parlò Zarathustra*, Milano, Adelphi, 1986 (ed. or. *Also sprach Zarathustra*, Chemnitz, Verlag Ernst Schmeitzner, 1885, trad. it. di M. Montinari).

PINKER S. 2012. *The Better Angels of Our Nature: Why Violence Has Declined*, London, Penguin, 2012.

RICHARDSON K. 2015. *The "Asymmetrcal" Relationship: Parallels between Prostitution and the Development of Sex Robots*, in «SIGCAS Computers & Society», 45, 3, 2015, 290 ss.

RICHARDSON K. 2016. *Sex Robot Matters*, in «IEEE Technology and Society Magazine», 35, 2, 2016, 46 ss.

RICHARDSON K. 2017. *Urgent – Why We Must Campaign to Ban Sex Dolls & Sex Robots*, 3 ottobre 2017. Disponibile in: *https://campaignagainstsexrobots.org/2017/10/03/urgent-why-we-must-campaign-to-ban-sex-dolls-sex-robots/* (consultato il 20 marzo 2018).

TEGMARK M. 2017. *Life 3.0: Being Human in the Age of Artificial Intelligence*, New York, Vintage, 2017.

TURING A. 1950. *Computing Machinery and Intelligence*, in «Mind», 59, 236, 1950, 433 ss.

LUIGI FERRAJOLI INTERPRETE DI KELSEN

VINCENZO **OMAGGIO**

&dq

Luigi Ferrajoli interprete di Kelsen

Luigi Ferrajoli Kelsen's Interpreter

VINCENZO OMAGGIO

Professore Ordinario di Filosofia del diritto, Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.
E-mail: vinomag@unisob.na.it

ABSTRACT

Il saggio prende lo spunto dal volume dedicato a Kelsen da Luigi Ferrajoli, che ha per titolo *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, per sviluppare in particolare due questioni: l'applicabilità della logica al diritto, con speciale riguardo all'interpretazione, e la teoria dei diritti fondamentali e dei princìpi che li veicolano. Il discorso coinvolge necessariamente accanto all'opera kelseniana anche quella del suo interprete, dal momento che una tale rilettura di Kelsen lungo le aporie del suo pensiero si può comprendere bene soltanto attraverso il prisma ottico di un altro sistema, quello di Ferrajoli medesimo, che intende presentarsi come una riformulazione rigorosa delle istanze giuspositivistiche kelseniane, emendate delle suddette aporie. Il saggio tenta di mostrare i pregi e i limiti di questo tentativo.

This article takes its cue from Luigi Ferrajoli's book *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, in order to discuss two issues: first, the applicability of logic to law, with particular regard to interpretation; second, the theory of fundamental rights and their guiding principles. This discussion necessarily requires juxtaposing Kelsen's work with that of his interpreter, as a reading of Kelsen's work along the aporias of his work, can only be properly understood through the lenses of a different system, that of Ferrajoli himself. The latter presents itself as a rigorous reformulation of Kelsen's positivist demands, which avoids the aforementioned contradictions. This article demonstrates the merits, as well as the limits of this approach.

KEYWORDS

teoria kelseniana dell'interpretazione, princìpi e regole, costituzionalismo, giuspositivismo, separazione tra diritto e morale

kelsenian theory of interpretation, principles and rules, constitutionalism, legal positivism, separation of law and morals

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Luigi Ferrajoli interprete di Kelsen*

VINCENZO OMAGGIO

1. *Le aporie della teoria kelseniana* – 2. *Logica e interpretazione* – 3. *Lo Stato costituzionale di diritto* – 4. *Oltre Kelsen attraverso Kelsen.*

1. *Le aporie della teoria kelseniana*

Chi conosce l'opera di Luigi Ferrajoli sa che il pensiero di Hans Kelsen è sempre stato oggetto di attenzione da parte sua in un dialogo costante e serrato: un'attenzione intrisa di ammirazione e alimentata dallo spirito critico con cui bisogna guardare ai grandi autori dai quali si trae ispirazione. A conferma di ciò credo possa dirsi che tutti o quasi tutti gli argomenti (e le obiezioni) sviluppati nel recente volume che egli ha dedicato alle (dieci) aporie del pensiero di Hans Kelsen[1] siano già stati da lui formulati, in maniera più o meno compiuta, in libri e articoli precedenti. Tuttavia, mai erano stati presentati con l'ordine e il rigore sistematico con cui appaiono in questo volume.

Avanzo due rapide premesse. In primo luogo parlerò solo di alcune di queste aporie, non di tutte, in particolare della terza (quella riguardante i diritti fondamentali ridotti alle loro garanzie), della settima (non applicabilità della logica al diritto con speciale riguardo all'interpretazione) e dell'ottava (carattere descrittivo e/o valutativo della scienza giuridica), pur sapendo che sono tutte strettamente collegate fra loro, come ha magistralmente messo in evidenza l'autore. Va detto peraltro che il termine "aporia" è a sua volta indeterminato: può voler dire "un strada senza uscita", nel senso antico del termine, oppure una contraddizione, o un errore, oppure un'incoerenza rispetto alle premesse del discorso o ancora rispetto alle intenzioni dell'autore del discorso[2]. Nel nostro caso non direi che si tratti di una critica di incoerenza al sistema kelseniano, che risulta invece ben concatenato, come le stesse critiche hanno evidenziato. Non è escluso che le dieci aporie siano "aporetiche" in maniera diversa l'una dall'altra e non tutte nello stesso senso del termine. Ad esempio, la tesi sulla sanzione (seconda aporia) dà luogo a un esito antipositivistico

* Una prima stesura di questo saggio è apparsa nel volume collettaneo *Dieci obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di F. Riccobono e F. Romeo, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 99 e ss.

[1] FERRAJOLI 2016a.

[2] Una conferma in tal senso Ferrajoli l'ha offerta nell'ambito di una discussione napoletana sui temi del suo libro. Cfr. FERRAJOLI 2018, 139: «Dico subito che ho usato 'aporia', in mancanza di meglio, in un significato polisenso e alquanto indeterminato, come ha giustamente osservato Vincenzo Omaggio: per designare qualunque tipo di vizio o di inadeguatezza teorica».

nella teoria del massimo esponente del giuspositivismo, dato dal contrasto con il postulato di tale dottrina, secondo cui sono norme giuridiche tutte e solo le norme prodotte da chi è abilitato a produrle. E la centralità della sanzione spinge a considerare irrilevanti, se non inesistenti, le norme che vietano comportamenti senza prevedere le relative conseguenze sanzionatorie. Così come la nona aporia mette in contraddizione le tesi kelseniane sulla democrazia come autogoverno con quelle sulla giurisdizione come fonte del diritto: il teorico del parlamentarismo, del proporzionalismo e del relativismo etico concede al giudice applicatore il ruolo di creatore di diritto. Si tratta senza dubbio di aporie diverse da quella delineata, ad esempio, nella riduzione dei diritti alle loro garanzie (terza aporia), che configura una negazione della normatività delle costituzioni contemporanee e un capovolgimento della gerarchia delle fonti, subordinando la costituzione al lavoro del legislatore. Come pure si distinguono dall'aporia relativa all'ambivalenza del termine "norma" (quinta aporia), intesa a un tempo sia come atto normativo di volontà sia come norma che ne costituisce il significato, in violazione della regola logica di designazione, secondo cui non può essere usato lo stesso termine in una medesima teoria come predicato di classi di argomenti diversi, come sono gli atti e le figure deontiche. A un uso scorretto della logica va ricondotta parimenti l'aporia (settima) riguardante la struttura del giudizio di applicazione delle norme. Nell'ambito della progressiva rimozione della dimensione statica degli ordinamenti nello sviluppo del suo pensiero, Kelsen qui applica la logica sillogistica agli atti e non alle proposizioni assertive, cioè al nesso tra le premesse assunte e le conclusioni dedotte come vere, vanificando il tratto distintivo degli atti giurisdizionali, inteso come accertamento della violazione o non violazione della norma giuridica.

Tale eterogeneità tuttavia può fornire un argomento a favore della scelta del termine onnicomprensivo di "aporia".

In secondo luogo mi riferirò non solo all'opera di Kelsen ma anche a quella del suo interprete, di Luigi Ferrajoli, perché il senso di questa rilettura di Kelsen lungo le aporie del suo pensiero si può comprendere bene solo attraverso il prisma ottico di un altro sistema, quello di Ferrajoli medesimo, che in qualche modo si presenta come una riformulazione più rigorosa delle istanze giuspositivistiche kelseniane, emendate dalle suddette aporie e valorizzate nei loro grandi meriti, soprattutto uno, il più grande merito di Kelsen: quello di aver teorizzato in termini avalutativi il diritto positivo come ordinamento dinamico che regola la sua stessa produzione in forza di una struttura a gradi (Ferrajoli 2016a, 133), entro la quale ciascuna norma trae la propria validità dalle norme che ne disciplinano la produzione e alle quali essa è gerarchicamente subordinata. Ciò che voglio dire è che in questo libro si parla diffusamente di Kelsen, ma si parla molto anche, se non di più, delle tesi di Ferrajoli. Quindi prenderò in considerazione, seppure in maniera disorganica, anche le risposte che Luigi Ferrajoli propone ad alcune grandi questioni sollevate e non risolte dall'opera di Kelsen.

2. *Logica e interpretazione*

Il tema dell'interpretazione occupa un punto nevralgico dell'itinerario kelseniano. Il saggio del '34 *Sulla teoria dell'interpretazione* e la prima edizione della *Reine Rechtslehre* segnano la svolta verso una concezione prevalentemente dinamica della produzione normativa. Con una mossa di grande impatto teorico, Kelsen decide di assorbire anche il tema dell'interpretazione giuridica all'interno della struttura del proprio sistema nomodinamico. Da procedimento esterno alle norme e ausiliario rispetto all'applicazione l'interpretazione si trasforma in un elemento onnipresente nel sistema di produzione del diritto: ogni atto istitutivo di norme è legato a un atto interpretativo. L'interpretazione è «il procedimento spirituale che accompagna il processo di produzione del diritto nel nuovo sviluppo da un grado superiore a uno inferiore regolato da quello superiore»[3]. L'esito, come è noto, configura l'applicazione giurisdizionale della legge come attività puramente volitiva e creativa, la cui validità è indipendente dall'accordo con le norme applicate, perché la subordinazione gerarchica riguarda gli atti normativi (non le norme) – anche se Kelsen chiama entrambi "norme" favorendo la confusione –[4] e di tali atti si può predicare solo la conformità e non la coerenza, che invece riguarda i contenuti normativi. Poiché la logica non si applica agli atti di volontà (ma solo ai loro asserti di contenuto), la subordinazione gerarchica si esplica come relazione tra creazione e applicazione, dove la creazione è sempre anche applicazione e quest'ultima è sempre anche creazione. La norma superiore non offre in realtà che un semplice schema normativo, non determina mai l'atto che deve eseguirla; così chi deve decidere è chiamato a "scegliere" tra le diverse "norme" che la legge propone, non diversamente, se non da un punto di vista quantitativo, dalla scelta che occorre fare per produrre la giusta legge nel rispetto della costituzione.

Più tardi Kelsen chiarirà che le attività interpretative sono due e nettamente distinte[5]: la prima è scientifica e punta all'accertamento teorico dell'oggetto che deve essere interpretato e può accertare però solo lo schema normativo nella sua cornice di significati; la seconda è quella autentica, che è manifestazione di volontà, rispetto alla quale non esistono criteri o metodi interpretativi in grado di promuovere l'una o l'altra soluzione come quella più giusta. Da una parte la registrazione descrittiva dei possibili significati, dall'altra la creazione normativa. Niente di più irrealistico tanto per i giuristi quanto per i giudici. Come sappiamo, né i primi si limitano a descrivere o elencare possibili significati (anche il disegno di una "cornice" comporta

[3] KELSEN 1934, 117; KELSEN 1960a, 381.

[4] Si tratta, come si è detto, della quinta aporia nello schema di FERRAJOLI 2016a, 89 ss., giocata sull'ambivalenza del termine "norma", ora come atto normativo di volontà ora come significato normativo che ne costituisce il senso.

[5] KELSEN 1960a, 384.

scelte interpretative), né i secondi pensano mai di produrre norme. Gli uni e gli altri sanno di dover argomentare, individuando dal complesso delle norme vigenti una soluzione preferibile rispetto alle altre. Ma ciò comporta la necessità di fare delle valutazioni, metterle in relazione con i metodi giuridici, controllarle in sede dogmatica e anche alla luce della loro plausibilità sociale. Tutti compiti che Kelsen non intendeva assegnare alla scienza giuridica e dai quali, invece, i giuristi facevano e fanno tuttora dipendere la qualità del loro lavoro.

Cosicché Friedrich Müller ha potuto sostenere che Kelsen si era fermato proprio lì dove comincia il lavoro, sul limitare dello spazio decisionale spettante al decisore. Un passo in più in questa direzione avrebbe voluto dire entrare nel dominio della ragione pratica, quella che ci guida nelle decisioni, ma che, essendo fatto di ideali e valori, non può essere indagato in termini razionali. Il dominio delle decisioni pratiche, pur rilevante e addirittura prezioso per il giurista, non può ottenere risposte dalla scienza. Né vale sottolineare che abbiamo bisogno quotidianamente di scelte e di buoni criteri di scelta, perché dal fatto che esiste un bisogno non si può dedurre che esso possa essere sempre soddisfatto in maniera rigorosa[6].

Non tutte le domande possono ricevere una risposta scientifica. Anzi la conoscenza scientifica ci insegna innanzitutto, alla scuola di Max Weber, quali domande possiamo sensatamente rivolgerle e spesso proprio per questo ci delude, perché non ha una risposta all'altezza di tutte le nostre attese esistenziali. Ovviamente si può discutere se questa sia l'unica idea di scienza da applicare al diritto o se sia quella più appropriata[7]. Ma questo è un problema diverso.

La ragione pratica è per Kelsen un concetto contraddittorio, che va bene per il diritto naturale, in quanto pretende di essere nello stesso tempo conoscenza e volontà[8].

Questo aspetto è ben evidenziato da Luigi Ferrajoli, che critica in Kelsen una tale concezione ristretta della ragione (FERRAJOLI 2016a, 164), che fa capo a un'idea oggettivistica della verità e a un'idea descrittivistica della scienza, foriere a loro volta in modo solo apparentemente paradossale del volontarismo e dello scetti-

[6] Mi permetto di rinviare alle considerazioni svolte in tema nel mio OMAGGIO 2003, 140 ss.

[7] Ad esempio, si potrebbe osservare, come ha fatto Losano, che le premesse neokantiane di Kelsen, secondo cui è il metodo scientifico a generare l'oggetto della scienza, finiscono per ritorcersi contro di lui. Cfr. *Introduzione* a KELSEN 1960b, XXVIII. In altre parole, se un modello di scienza non è utile a soddisfare molte delle domande che ci stanno a cuore, forse non si tratta di mettere da parte i bisogni quanto il modello scientifico adottato.

[8] KELSEN 1960b, 86 s. «Noi definiamo ragione la funzione conoscitiva dell'uomo. Però la statuizione di norme, la legislazione, non è una funzione conoscitiva. Con la statuizione di una norma non si conosce com'è un certo oggetto già dato, ma si richiede qualcosa che deve essere. In questo senso la statuizione di una norma è una funzione del volere, non del conoscere. [...] una ragione che statuisce norme è una ragione che conosce e al tempo stesso vuole, è cioè conoscenza e volere a un tempo. È il contraddittorio concetto di ragion pratica, che svolge una funzione di importanza decisiva non soltanto nella teoria del diritto naturale, allorché si presenta come teoria del diritto razionale, ma anche nell'etica. Questo concetto di ragion pratica è di origine teologico-religiosa».

cismo. Dimodoché, osserva Ferrajoli, rimane esclusa la ragion pratica e si toglie ogni spazio all'argomentazione razionale.

Non bisogna pensare però, io credo, che qui egli intenda accreditare una teoria dell'argomentazione nell'uso corrente, ad esempio alla Alexy (anche se Alexy è citato in questa circostanza)[9], o più in generale come giustificazione razionale tramite argomenti anche morali delle soluzioni interpretative e delle decisioni prese dagli operatori del diritto, che risulterebbe pericolosamente imparentata con impostazioni principialiste di cui Ferrajoli diffida, come è noto[10].

Io non credo che egli intenda curare lo scetticismo e il creazionismo giudiziale di Kelsen con la medicina della giurisprudenza valutativa, vale a dire con un chiaro riconoscimento delle opzioni valutative che guidano gli interpreti nell'assegnazione dei significati ai testi giuridici e in tutte le altre operazioni che vanno sotto il nome di interpretazione in senso lato[11], come la creazione delle lacune, la risoluzione delle antinomie, l'individuazione di norme inespresse e la concretizzazione dei princìpi, la scelta di un canone interpretativo a preferenza di un altro. Insomma tutto quanto riguarda le ragioni che giustificano l'uso di una determinata norma in luogo di un'altra e la determinazione del suo concreto campo di applicazione. Ragioni queste che coinvolgono scelte morali e politiche, da situare nel quadro dei valori di riferimento dei partecipanti alla pratica interpretativa. Non che vengano negate, in verità, da Ferrajoli, ma possiamo dire che non rientrano nel raggio della sua analisi, non trovano posto nell'ambito del suo sistema teorico.

A mio giudizio la teoria dell'argomentazione ha per lui un significato più circoscritto e coerente con il suo giuspositivismo avalutativo, in particolare nel senso dell'avalutatività esterna[12], quella riferita alla separazione tra diritto e morale. Si

[9] Robert Alexy è richiamato in nota (nt. 249), con Atienza e Perelman, come esponente delle «sempre più ampie e raffinate teorie dell'argomentazione giuridica, che altro non sono che teorie della giustificazione razionale delle scelte interpretative», FERRAJOLI 2016a, 162. Esse elaborano criteri razionali di scelta tra le diverse possibili interpretazioni associabili a un testo normativo, che esistono quindi, «contrariamente a quanto sostenuto da Kelsen», FERRAJOLI 2016a, 162.

[10] Si veda a questo proposito il noto saggio di FERRAJOLI 2010, 2771 ss. A suo giudizio il cognitivismo etico dei principialisti trova peraltro, seppure da posizioni opposte, un terreno comune con l'irrazionalismo interpretativo kelseniano (FERRAJOLI 2016a, 164) nell'identificazione di verità e razionalità. Per Kelsen l'interpretazione non è razionale in quanto non concerne tesi vere o false; per i principialisti (neocostituzionalisti) le tesi morali sono vere o false per il fatto stesso di essere razionalmente argomentabili.

[11] Per la distinzione tra interpretazione in senso lato e interpretazione in senso stretto, BARBERIS 2005, 207 s.

[12] Occorre distinguere per l'Autore (FERRAJOLI 2016a, 208) tra avalutatività esterna, che è principio costitutivo della scienza giuridica e corollario del principio giuspositivista della separazione tra diritto e morale, e «consiste nell'assenza di condizionamenti ideologici o politici e nel costume deontologico di neutralità e di oggettività che si richiede alla ricerca scientifica, ferma restando, ovviamente, la legittimità della valutazione e della critica politica del diritto vigente in sede extrascientifica» e avalutatività interna, cioè «l'esclusione di giudizi giuridici di valore nella costruzione del discorso scientifico», che è preclusa sia «dalle scelte interpretative imposte dai margini di indeterminatezza del linguaggio legale», sia «dal dislivello normativo tra costituzione e legge ordinaria che impone la valutazione e la critica delle violazioni

tratta, in altri termini, più semplicemente di ripristinare l'applicazione della logica al diritto, che è andata smarrita nello sviluppo in senso dinamico della concezione ordinamentale kelseniana. Anche se in un procedimento applicativo le norme non sono meramente dedotte, bensì prodotte con un nuovo atto normativo – e ciò indipendentemente dal problema costituito dalla cosiddetta indeterminatezza del linguaggio legale –, tra la norma generale e quella individuale deve permanere un nesso logico e contenutistico evidente e dimostrabile, senza il quale la legislazione sarebbe un'impresa vana. Tale nesso statico, di tipo logico-contenutistico, non può mai realizzarsi in modo pieno e assoluto, ragion per cui residuano spazi insopprimibili di discrezionalità nell'ambito della giurisdizione[13], che rendono necessaria una teoria dell'argomentazione (come quelle di Robert Alexy e di Manuel Atienza, ad esempio), diretta a giustificare e a regolare proprio l'esercizio discrezionale del potere giudiziario. Tuttavia, per quanto inevitabili, la discrezionalità e l'argomentazione dipendono in fondo da carenze del linguaggio legale, anzi da una sua vera e propria crisi, giunta peraltro a livelli allarmanti e non più sostenibili[14]. La ricetta di teoria interpretativa proposta da Ferrajoli resta affidata in larga parte a una chiara e corretta redazione dei testi, richiesta sacrosanta beninteso, che non fa i conti fino in fondo però con la caratteristica strutturale del linguaggio dei documenti normativi, ossia la loro costitutiva apertura di senso alla realtà. Ferrajoli invece ha spesso messo al centro della sua analisi il dissesto del linguaggio legale[15], responsabile della crisi della legalità e dell'indebita espansione degli spazi di discrezionalità degli interpreti.

Per tornare a Kelsen, ciò che non va è la sua nozione di validità come esistenza della norma, dovuta alla semplice conformità fattuale dell'atto normativo alle norme procedurali che regolano la sua produzione; ciò gli consente peraltro di configurare un ruolo meramente ricognitivo della giurisprudenza. Ad essa va sostituita un'idea integrata di subordinazione, che sia al contempo dinamica e statica, che evidenzi anche le esigenze di coerenza e completezza sul piano dei contenuti; e qui naturalmente non basta una funzione solo descrittiva della giurisprudenza, che è chiamata al contrario a vigilare sull'attuazione (completezza) e sulle violazioni eventuali (coerenza) delle norme di rango superiore in una sostanziale continuità con la concezione a gradi dell'ordinamento, ma con la consapevolezza del cambio

dell'una da parte dell'altra, siano esse consistenti in antinomie o in lacune». A ciò va aggiunto il ruolo performativo che la scienza giuridica svolge nei confronti del proprio oggetto, «connesso al fatto che il diritto positivo è un fenomeno artificiale e, insieme, un universo linguistico, che è prodotto dagli uomini ed è da essi quotidianamente praticato nella comunicazione giuridica».

[13] FERRAJOLI 2010, 2806.

[14] FERRAJOLI 2010, 2815 «[...] per l'imprecisione e l'ambiguità delle formazioni normative, per la loro oscurità e talora contraddittorietà, per l'inflazione legislativa che ha compromesso la stessa capacità regolativa dei diritti».

[15] FERRAJOLI 2016b, 23 ss.

di paradigma prodotto dallo Stato costituzionale democratico in conseguenza dell'introduzione della rigidità delle costituzioni. Quindi, in buona sostanza, con un grado ulteriore di normatività.

3. *Lo Stato costituzionale di diritto*

A quest'altezza s'impone il tema dei princìpi, che codificano i diritti fondamentali dei cittadini. È difficile non condividere il giudizio di Ferrajoli, quando dice che quella di Kelsen è ancora una teoria dello Stato legislativo otto-novecentesco[16], perché il concetto stesso di diritto fondamentale rimane estraneo al suo pensiero. Si tratta a tale proposito della terza aporia kelseniana nello schema proposto in *La logica del diritto* (FERRAJOLI 2016a), quella che appiattisce i diritti sulle loro garanzie, garanzie primarie (divieto oppure obbligo in capo al soggetto interlocutore del titolare del diritto) o secondarie (dovere in capo al giudice di applicare la sanzione al responsabile della violazione). Un'aporia pesante, potremmo dire, proprio in quanto elude il vincolo dell'ultimo livello normativo, quello più elevato, dato dalla costituzione. I diritti fondamentali, pur disposti da norme positive, in particolare da norme tetico-deontiche, sarebbero meri *flatus vocis* in mancanza di garanzie, con la conseguenza di negare la normatività della costituzione e di subordinarla al lavoro del legislatore, capovolgendo così la gerarchia delle norme (FERRAJOLI 2016a, 51)[17]. È fin troppo nota la diffidenza di Kelsen verso la formulazione di princìpi di giustizia, che avrebbero fornito ai giudici il potere di annullare leggi votate dal Parlamento. Hans Kelsen, il padre della giustizia costituzionale, distingueva attentamente tra incostituzionalità procedurale o formale e incostituzionalità materiale[18]. La prima poteva ben essere rilevata e sanzionata da un tribunale, ma quella materiale, ossia quella che toccava il contenuto delle decisioni, presentava profili problematici e pericolosi. Princìpi contenenti concezioni della giustizia, della libertà, dell'eguaglianza, della dignità umana, erano per lui norme di tipo etico-politico, non giuridicamente vincolanti, e portatrici di ideali soggettivi, se non di meri interessi particolari. L'incostituzionalità materiale avrebbe consentito ai giudici costituzionali di annullare una legge in base al contrasto con questi vaghi princìpi, privi della necessaria determinazione. Cosicché le concezioni della giustizia della maggioranza dei giudici avrebbero finito per prevalere su quelle della maggioranza dei cittadini e del parlamento che la esprime. Per evitare un

[16] Nello stessa direzione il giudizio di BARBERIS 2012, 41.

[17] «Il principio di positività impone, se prendiamo sul serio le norme costituzionali, di leggere come loro violazioni la produzione o la non produzione di norme in contrasto con i divieti di lesione o con gli obblighi di prestazione implicati dai diritti fondamentali da esse stabiliti», FERRAJOLI 2016a, 62.

[18] KELSEN 1928, 190; anche KELSEN 1931, 253 ss.

simile intollerabile risultato, un autentico "spostamento di potere", Kelsen raccomandava di astenersi dal formulare princìpi etico-politici nelle costituzioni, in coerenza con la propria difesa dell'autodeterminazione politica come fondamento del sistema democratico.

Per la verità i consigli di Kelsen non sono stati seguiti dai costituenti del dopoguerra, che hanno modellato costituzioni assiologiche, ricche di princìpi e di valori, che sono diventati parte integrante, anzi parte principale della legalità. Ma questo rilievo conta poco nell'ambito del nostro discorso; conta di più il fatto che Kelsen abbia compreso con chiarezza che i princìpi giuridici, anche se positivizzati, conservano il loro carattere di princìpi della morale e che di questo bisognava tenere conto; anzi era esattamente questo che lo induceva a non riconoscere loro il carattere giuridico, proprio allo scopo di evitare contaminazioni imbarazzanti. Ferrajoli vede invece su questo terreno una convergenza tra kelsenismo e principialismo sul comune riconoscimento della natura ambivalente dei princìpi. In Kelsen si evidenzierebbe in modo manifesto nella descrizione sostanzialistica dei princìpi medesimi, per i quali egli non adopera le consuete definizioni formali, ma li identifica mediante i contenuti storico-politici, in particolare quelli della tradizione liberal-democratica. La convergenza si realizza sulla constatazione di fatto dei caratteri peculiari dei princìpi fondamentali, seppure a partire da posizioni opposte; da un lato una posizione antipositivistica implicita, secondo Ferrajoli, in alcune teorie contemporanee dei diritti fondamentali, intesi come *moral rights*; dall'altro una posizione giuspositivistica, quella kelseniana, che non è stata coerente fino in fondo con i propri presupposti.

In altri termini, di fronte al dato di fatto della positivizzazione di princìpi sovrapositivi, Kelsen ha rinunciato all'impresa di incorporarli nel proprio sistema positivistico, perché ha considerato l'impresa stessa come impossibile, laddove Luigi Ferrajoli ha accolto la difficile sfida.

La prima mossa di Ferrajoli consiste nel considerare il cambio di paradigma introdotto dallo Stato costituzionale nei confronti dello Stato legislativo essenzialmente in termini sistemici, cioè formali[19]. Non importa il contenuto dei princìpi, né i valori retrostanti, né, a ben vedere, il fatto senz'altro inedito che tali princìpi siano manifestamente proclamati come tali, quanto invece rilevano i meccanismi di produzione delle disposizioni giuridiche: non più solo le norme formali sulla produzione degli atti normativi, ma ora anche le norme sostanziali sui contenuti, cioè sui significati da essi espressi.

Se è vero (come ribadito di recente) che egli riconosce che non si può fare riferimento ai princìpi costituzionali senza tener conto dei giudizi di valore cui questi

[19] FERRAJOLI 2007, 914 ss. Per le risposte di Ferrajoli ai suoi critici, cfr. FERRAJOLI 2001, 123 ss. e 314 ss. Cfr. FERRAJOLI 2013, 66 ss.

rinviano[20], tuttavia operare con i princìpi non vuol dire per lui uscire dall'ambito avalutativo, o accettare i termini di un ragionamento morale. Né ciò è in contraddizione con il superamento della concezione descrittiva della giurisprudenza. Altro è un'idea semplicisticamente descrittiva del lavoro dei giuristi, che è implausibile, altro è la nozione di avalutatività, che è difesa da Ferrajoli. Ciò comporta che per operare con i princìpi basta e deve bastare una ricostruzione della logica interna al materiale giuridico positivo, mediante la coerenza e la completezza, che rappresentano appunto la logica del diritto. Nessuna compromissione valutativa quindi. I *principia juris tantum* (coerenza e completezza) non consistono in princìpi assiologici, ma in tesi analitiche, logicamente vere, esterne al diritto positivo (come la matematica nei confronti dei discorsi che si servono di essa), descrittive dell'interna struttura normativa dei sistemi giuridici multilivello, cioè dei moderni ordinamenti. Sono invece interni al diritto positivo i *principia juris et de jure* (ad esempio, l'eguaglianza o il diritto di libertà), cha hanno natura assiologica, ma proprio per questo non fanno parte della teoria del diritto. Rispetto a questi ultimi, i *principia juris tantum* si limitano a prescrivere coerenza e completezza, cioè non violazione e piena attuazione, che però nello Stato costituzionale di diritto non possono intendersi come caratteri empirici del diritto in un senso fattuale, bensì rappresentano un compito da realizzare per la giurisprudenza.

Ma in che modo si compie un tale compito? È possibile dare attuazione ai princìpi senza applicare tutti gli strumenti argomentativi necessari?

Il modello di incorporazione scelto da Ferrajoli comporta necessariamente una sottovalutazione di un aspetto in qualche modo caratteristico della positivizzazione dei princìpi, esattamente quello che aveva scoraggiato Kelsen. La presenza di princìpi, che mostrano una natura ambivalente, giuridica e morale, finisce per richiedere dal punto di vista argomentativo un'apertura ai discorsi morali. Restando nella stessa logica del sistema, se la validità va intesa anche in senso materiale, come coerenza di una norma rispetto a quelle a essa superiori in senso materiale, finisce che tra queste norme superiori ve ne siano alcune formulate in modo da includere concetti morali, la cui interpretazione richiede anche forme di ragionamento morale accanto a quelle prettamente giuridiche, come il rispetto del precedente, l'analogia, i canoni interpretativi, gli elementi testuali e via dicendo. Difatti le disposizioni che codificano diritti fondamentali sono solitamente

[20] «Non ho poi difficoltà ad ammettere [...] quanto ha affermato Omaggio: che la positivizzazione costituzionale di princìpi come l'uguaglianza e i diritti fondamentali non ne cancella il carattere morale, sicché la loro interpretazione, come egli afferma, "richiede anche forme di ragionamento morale accanto a quelle prettamente giuridiche"», FERRAJOLI 2018, 154. Le (riconosciute) più complesse operazioni di interpretazione e ponderazione necessarie in questi casi non esulano tuttavia dallo spazio di discrezionalità giudiziaria, seppure con un ambito di libertà maggiore rispetto al giudizio ordinario di sussunzione. Sulla difficoltà, nell'ambito del sistema di Ferrajoli, di dare attuazione alle norme programmatiche della costituzione anche in via giurisdizionale, si è soffermato BISOGNI 2018, 379 ss.

formulate in termini generici, indeterminati e connotati in senso valutativo e assiologico. Ferrajoli invece, pur ammettendo che il principio di legalità sostanziale (tratto distintivo del costituzionalismo rispetto al paradigma paleogiuspositivista dello Stato legislativo di diritto) vincola anche la sostanza, cioè i contenuti o significati delle norme prodotte (e non soltanto la forma della produzione normativa) «alla coerenza con i principi e i diritti stabiliti dalla costituzione», non fa i conti fino in fondo con i problemi interpretativi conseguenti alla positivizzazione di un materiale giuridico espresso "per princìpi"[21].

Egli, in altri termini, si prefigge come Kelsen di restare su una posizione intransigentemente non cognitivista, seguendo però una strada diversa e oggettivamente più difficile.

Kelsen respinse l'idea di positivizzare pienamente i princìpi e di argomentare in termini giuridici sulla loro interpretazione e applicazione. Su questo piano egli aveva chiuso i conti definitivamente discutendo con Josef Esser nella sua *Teoria generale della norme*[22]: eguagliare i princìpi alle norme è sempre una trasformazione indebita. Dal fatto che la produzione del diritto in forma generale o individuale (legislazione o giurisdizione) sia influenzata dai princìpi, nessuno può trarre la conseguenza che questi siano divenuti parte del diritto positivo. Sia che si tratti, come sosteneva Esser, di princìpi giuridici generali, *rationes legis*, criteri di valutazione o principi di giustizia di un contesto giuridico, sia che questi princìpi vengano "posti", positivizzati nelle carte costituzionali. Anzi in quest'ultimo caso il problema, per così dire, si aggrava. A tal proposito Ferrajoli ha ragione nel dire che per Kelsen non basta che una norma sia posta perché diventi norma giuridica positiva. Positive sono soltanto quelle norme, prodotte nel modo stabilito dall'ordinamento, che statuiscono atti coercitivi, perché solo così si distingue nettamente il diritto dalla morale e dalla politica[23].

4. *Oltre Kelsen attraverso Kelsen*

In che modo dunque Ferrajoli tiene insieme la positivizzazione dei princìpi e la separazione tra diritto e morale?

La sua proposta è quella di incorporare i princìpi a partire dal semplice dato di fatto della loro positivizzazione, poggiando il discorso su due basi: le relazioni normative dello Stato costituzionale e il significato logico vincolante delle proposizioni giuridiche. Ciò gli consente di restare nell'ambito di un rigoroso positivismo

[21] Cfr. il limpido saggio di apertura di FERRAJOLI 2015a, 3 ss. e, spec. 11.

[22] KELSEN 1979, cap. XXVIII, 182-192.

[23] Positive sono solo quelle norme «statuenti specifici atti coercitivi, che vengono prodotte in un modo determinato dal diritto stesso», KELSEN 1979, cap. XXVIII, 185.

giuridico, anzi di realizzarne un'espansione e un completamento[24]. Non bisogna credere che, poiché le costituzioni hanno incorporato princìpi di giustizia di carattere etico-politico, sia per questo «venuto meno il principale tratto distintivo del positivismo giuridico: la separazione tra diritto e morale»[25] e che la morale, che prima corrispondeva a un punto di vista esterno al diritto, oggi sia da considerare all'interno del punto di vista giuridico, «nel cuore stesso del diritto positivo», per usare le parole di Habermas[26]. Anzi, per Ferrajoli, proprio perché il costituzionalismo altro non è che «la positivizzazione dei principi di giustizia e dei diritti umani storicamente affermatisi nelle carte costituzionali»[27], vale anche per esso il principio giuspositivista della separazione tra diritto e morale contro ogni forma di legalismo etico.

Il fondamento dei principi risiede unicamente (e tautologicamente) nella positività del diritto storicamente vigente, che come tale potrebbe anche venire a mancare oppure assumere un segno diverso[28].

Si deve a Kelsen, come è noto, la descrizione più nitida della prestazione fondamentale della costituzione in un sistema normativistico fondato sul diritto come dato in sé. Quando si cerca il fondamento di validità di una costituzione originaria – scriveva Kelsen –, non derivata da altre norme positive, e si rinuncia a ricondurla a istanze superiori come Dio o la natura umana, possiamo trovare soltanto una norma presupposta (una *Grundnorm*), necessaria a dare un significato oggettivo al senso soggettivo dell'atto costituente e di tutti gli atti produttivi di diritto[29]. In questo modo essa non rinuncia mai alla propria natura ipotetica: fonda la validità di qualsiasi ordinamento giuridico positivo, senza identificarsi con alcuna delle regole contenute in esse[30]. Ora, Ferrajoli, che non postula alcuna *Grundnorm*

[24] «[...] il costituzionalismo può essere concepito in due maniere opposte. Lo si può concepire come un superamento in senso tendenzialmente giusnaturalista o etico-oggettivista del positivismo giuridico, oppure come una sua espansione e un suo completamento», FERRAJOLI 2010, 2771.

[25] FERRAJOLI 2010, 2778.

[26] HABERMAS 1988, 36.

[27] FERRAJOLI 2010, 2778.

[28] Si veda in proposito LA TORRE 2010, 209 ss. Qui si osserva che Ferrajoli rappresenta l'esatto opposto del "giusnaturalismo esclusivo" della Scuola di Sheffield, credendo egli possibile derivare «princìpi morali ed anzi una completa teoria normativa forte a partire dalla positività dello Stato costituzionale democratico e delle sue categorie giuridiche», LA TORRE 2010, 223. Ora, non v'è dubbio sulla teoria normativa forte: più difficile il discorso riguardante i princìpi morali, stante la rigida separazione di diritto e morale professata da Ferrajoli. Resta l'aspetto rilevante, opportunamente segnalato da La Torre, del fondamento oggettivo quanto "infondato" della positività del diritto storicamente vigente, affidato a una premessa ipotetica, non giustificabile moralmente: «se accettiamo lo Stato costituzionale, allora ne seguirà tutta la gamma di regole che compongono la teoria di Ferrajoli» (LA TORRE 2010, 223).

[29] KELSEN 1960a, 225.

[30] KELSEN 1960a, 226 s.: «Non ha qui importanza quale sia il contenuto di questa costituzione e dell'ordinamento giuridico statale su di essa fondato né se questo ordinamento sia giusto o no; non ha importanza neppure se questo ordinamento giuridico garantisce effettivamente una situazione relativamente pacifica

(e che anzi vede in questa formula uno dei punti più deboli dell'intero edificio kelseniano), rispetta il senso più profondo della lezione di Kelsen, riposta in quel valore logico-trascendentale che non si identifica con i "valori" delle costituzioni.

Nella sua prospettiva i princìpi non sono fondati (né fondabili) eticamente, bensì sono fondati sul piano storico-positivo e sono basati giuridicamente sul carattere sovraordinato alle leggi che lo Stato costituzionale attribuisce loro. Questo è a ben vedere il loro (unico) tratto caratteristico: il fatto che i valori da essi espressi – i diritti fondamentali – sono formulati in norme positive di livello sovraordinato a quello della legislazione ordinaria[31]. Il fenomeno in sé dell'incorporazione dei valori non è affatto una peculiarità dei princìpi, in quanto avviene di regola anche mediante le leggi ordinarie.

Tuttavia, le costituzioni postbelliche hanno superato il dispositivo ipotetico posto al loro fondamento, dandosi una fisionomia assiologicamente orientata, almeno per quanto riguarda la difesa dei diritti fondamentali. Ad esempio, nella celebre sentenza Lüth del Tribunale Costituzionale tedesco è scritto che la *Grundgesetz* «non vuole essere un ordinamento neutrale per quanto riguarda i valori»[32] e che il suo sistema, basato sulla dignità della persona umana, deve valere come decisione fondamentale per tutti gli ambiti del diritto. E non è necessario aderire a un modello assiologico di costituzione o ai canoni dell'interpretazione costituzionale per valori per riconoscere che, accanto ad altre funzioni, le nostre costituzioni democratiche rappresentano la codificazione di alcuni valori basilari dell'ordine politico e giuridico.

Queste costituzioni inoltre esibiscono molto spesso princìpi esplicitamente proclamati, a differenza di quanto avviene nella legislazione, dove le scelte restano deliberatamente non esplicitate, a tutela della funzione esonerante delle leggi rispetto alle controversie sui fini ultimi. E questa differenza, per quanto Ferrajoli tenda a sottovalutarne la portata, ha un peso rilevante.

È ben vero infatti che anche le leggi ordinarie esprimono scelte di valore, ma vederle proclamate con un linguaggio fortemente intriso di concetti morali e politici non può non determinare nell'interpretazione e nell'applicazione dei princìpi un ricorso diffuso e impegnativo ad argomenti morali.

Così come è ben vero che, una volta positivizzati, i princìpi diventano norme giuridiche a tutti gli effetti, ma ciò non toglie che conservino anche un carattere etico-politico, con cui occorre fare i conti al momento della comprensione del loro significato e della valorizzazione delle loro funzioni.

L'argomento kelseniano di re Mida[33], secondo il quale tutto ciò a cui il diritto si

all'interno della comunità da esso regolata. Nel presupporre la norma fondamentale non si approva nessun valore che trascenda il diritto».

[31] FERRAJOLI 2010, 2786.

[32] BVerfGE 7, 198 (1958).

[33] KELSEN 1945, 164.

riferisce diventa diritto, se applicato ai princìpi, comporta che questi cessino al contempo di essere princìpi morali. Tale conclusione, cui in buona sostanza Ferrajoli resta legato, contiene però il rischio di una sottovalutazione della complessità del rapporto tra diritto e morale nello Stato costituzionale.

Manca in altri termini, nella prospettiva di Ferrajoli, un esame approfondito dell'eccedenza assiologica dei princìpi, che chiama in causa i ragionamenti necessari per argomentare in ordine all'attuazione e/o alla violazione dei princìpi medesimi pur impliciti nel dislivello normativo tra princìpi costituzionali e leggi ordinarie che lo stesso Ferrajoli riconosce come tratto distintivo dello Stato di diritto costituzionale. In altre parole, dal suo punto di vista, il ruolo critico della scienza giuridica e della giurisdizione nei confronti del diritto illegittimo, conseguenza necessaria del dislivello normativo, pretende che il testo costituzionale (secondo la struttura auspicata per le regole) sia formulato in maniera precisa e inequivoca e che l'ambito di applicazione dei diritti sia ben determinato, in quanto il carattere talora vago e valutativo delle norme costituzionali[34], di cui è responsabile la politica ma anche la cultura giuridica, mette a repentaglio i princìpi della separazione dei poteri e della soggezione dei giudici alla legge e mina l'intero edificio dello Stato di diritto.

Proprio in riferimento «al tipo di ragionamento» che presiede all'applicazione dei diritti fondamentali ad opera della giurisdizione di costituzionalità, Ferrajoli ha ribadito di recente di avere «opinioni assai diverse da quelle di Alexy»[35]. Al di là dell'eccessiva estensione assegnata alla categoria dei princìpi dai neocostituzionalisti e da Alexy, i quali non vedono che la maggior parte dei diritti fondamentali sono riconducibili a regole (fatta eccezione per i princìpi direttivi, come ad esempio l'art. 1 o l'art. 3, 2 comma, della nostra costituzione, per i quali non è identificabile una prescrizione perentoria), la logica del suo sistema richiede che la coerenza o l'incoerenza delle norme sottoposte al sindacato di costituzionalità sia evidenziabile con chiarezza sussuntiva. Altrimenti il ruolo creativo, una volta affidato alle ponderazioni argomentative, finisce per indebolire (anziché rafforzare) la normatività della costituzione, sia ad opera del legislatore, che assegna un diverso peso ai princìpi, sia per mano dei giudici, che si atteggiano a fonti del diritto[36].

[34] FERRAJOLI 2010, 2815.

[35] FERRAJOLI 2015b, 45.

[36] Come è noto, Robert Alexy riformula il concetto di diritto, definendolo come un sistema di norme che avanza una pretesa di giustezza e che consiste «nella totalità delle norme di una costituzione socialmente efficace nelle sue grandi linee e che non sono ingiuste in misura estrema, così come nella totalità delle norme statuite in modo conforme alla costituzione, dotate di un minimo di efficacia sociale o di chance di efficacia»; ma a questa base aggiunge «i principi e gli ulteriori argomenti normativi su cui si basa e/o si deve basare la procedura di applicazione del diritto per assolvere alla pretesa di giustezza», ALEXY 1992, 129. Questa proposta di costituzionalismo "temperato" include nel diritto «tutto ciò su cui l'operatore giuridico nell'ambito di un diritto strutturalmente aperto si basa o si deve basare per assolvere

In definitiva Ferrajoli diffida dell'idea che i diritti fondamentali siano princìpi anche morali oltre che giuridici, strutturalmente diversi dalle regole, aperti alla ponderazione legislativa e giudiziale e alla connessione interpretativa tra diritto e morale, in quanto considera questi elementi inconciliabili con un costituzionalismo garantista e giuspositivista.

Rimane tuttavia la netta sensazione che la tesi della separazione, in quanto tesi concernente l'individuazione del diritto valido, offra buona prova di sé solo con riferimento alla validità formale, cioè alle condizioni che consentono il riconoscimento di un testo normativo come fonte di diritto. Laddove invece ci si riferisce alla validità sostanziale, intesa come conformità materiale alle norme superiori, «la faccenda si complica»[37] e la separazione tra diritto e morale è messa in discussione dal dato ineludibile della confluenza di argomenti morali e argomenti giuridici nell'interpretazione dei princìpi costituzionali.

alla pretesa di giustezza» (ALEXY 1992, 132), legittimando la presenza di argomenti morali. Quelli esclusi da Hans Kelsen, perché privi di forza prescrittiva e armati di sola razionalità.

[37] Per citare PINO 2011, 965 ss. e, spec., 995.

Riferimenti bibliografici

ALEXY R. 1992. *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997 (ed. or. *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg-München, Karl Alber, 1992, trad. it. di F. Fiore).

BARBERIS M. 2005. *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, Giappichelli, 2005.

BARBERIS M. 2012. *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Modena, Mucchi, 2012.

BISOGNI G. 2018. *Il controllo di costituzionalità secondo Luigi Ferrajoli:* "auctoritas" *o* "veritas facit iudicium"?, in «Diritto & Questioni Pubbliche», XVIII, 2018, 371 ss.

FERRAJOLI L. 2001. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

FERRAJOLI L. 2007. *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Roma-Bari, Laterza, 2007.

FERRAJOLI L. 2010. *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 55, 2010, 2771 ss.

FERRAJOLI L. 2013. *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

FERRAJOLI L. 2015a. *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

FERRAJOLI L. 2015b. *Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy*, in «Rivista di Filosofia del Diritto», 4, 2015, 45 ss.

FERRAJOLI L. 2016a. *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza, 2016.

FERRAJOLI L. 2016b. *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico nella legalità penale*, in «Ars Interpretandi. Rivista di Ermeneutica Giuridica», 5, 2, 2016, 23 ss.

FERRAJOLI L. 2018. *La logica del diritto e il ruolo della teoria del diritto*, in *Dieci obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, RICCOBONO F., ROMEO F. (eds.), Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 133 ss.

HABERMAS J. 1988. *Morale, diritto e politica*, Torino, Einaudi, 1992 (ed. or. *Recht und Moral. The Tanner Lectures on Human Values*, Salt Lake City, Utah University Press, 1988, trad. it. di L. Ceppa).

KELSEN H. 1928. *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)*, in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 143 ss. (ed. or. *La Garantie juridictionnelle de la constitution (la Justice constitutionnelle)*, in «Revue du Droit Public et de la Science Politique», 35, 1928, 197 ss., trad. it. di C. Geraci).

KELSEN H. 1931. *Chi deve essere il custode della Costituzione?*, in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 253 ss. (ed. or. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, in «Die Justiz», 6, 1931, 576 ss., trad. it. di C. Geraci).

KELSEN H. 1934. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1984 (ed. or. *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, Franz Deuticke, 1934, trad. it. di R. Treves).

KELSEN H. 1945. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas, 1984 (ed. or. *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1945, trad. it. di S. Cotta e G. Treves).

KELSEN H. 1960a. *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966 (ed. or. *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke, 1960, trad. it. di M.G. Losano).

KELSEN H. 1960b. *Il problema della giustizia*, Torino, Einaudi, 1975 (ed. or. *Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, Franz Deuticke, 1960, trad. it. di M.G. Losano).

KELSEN H. 1979. *Teoria generale delle norme*, Torino, Einaudi, 1985 (ed. or. *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manzsche Verlags, 1979, trad. it. di M.G. Losano).

LA TORRE M. 2010. *"Finché la società sarà questa". Neocostituzionalismo e positivismo giuridico: Gustavo Zagrebelsky e Luigi Ferrajoli*, in «Materiali per una Storia della Cultura Giuridica», 40, 1, 2010, 209 ss.

OMAGGIO V. 2003. *Teorie dell'interpretazione. Giuspositivismo, ermeneutica giuridica, neocostituzionalismo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003.

PINO G. 2011. *Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 56, 1, 2011, 956 ss.

LE AGENZIE DI *RATING* NEL DISCORSO PUBBLICO:

EFFETTI NORMATIVI E SANZIONATORI DEI *RATINGS* SOVRANI

ORNELLA **PALAZZOLO**
PIETRO NICOLA **SALEMI**

&dq

Le agenzie di *rating* nel discorso pubblico: effetti normativi e sanzionatori dei *ratings* sovrani

Rating Agencies in the Public Discourse: Normative and Sanctioning Effects of Sovereign Ratings

ORNELLA PALAZZOLO

Dottoressa in Giurisprudenza, Università degli Studi di Palermo.
E-mail: ornellapalazzolo92@gmail.com

PIETRO NICOLA SALEMI

Dottore di Ricerca in "Diritti Umani: Tutela, Evoluzione e Limiti", Università degli Studi di Palermo.
E-mail: p.n.salemi@hotmail.it

ABSTRACT

Il presente elaborato si propone di indagare il ruolo svolto dalle agenzie di *rating* nel discorso pubblico e di offrire una lettura che fornisca un'adeguata comprensione dell'uso argomentativo-comunicativo dei *ratings* sovrani nei processi di *decision-making* degli Stati. In base al ruolo di *standard-setter* svolto dalle agenzie di *rating*, si argomenta che esse possono considerarsi alla stregua di autorità epistemiche nei confronti degli investitori e di autorità *de facto* nei confronti degli Stati valutati. Stante l'influenza esercitata sulle scelte d'investimento e sull'opinione pubblica, i *ratings* sovrani esplicano due tipi di effetti sugli Stati. Da un lato, i criteri di elaborazione dei *ratings* costituiscono dei potenti argomenti utilizzabili nel discorso pubblico *pro* (o contro) una determinata politica ("effetti normativi"). Dall'altro, un *downgrade* o un *outlook* negativo possono produrre degli "effetti sanzionatori" che determinano un certo livello di *compliance* degli Stati rispetto a tali criteri.

This essay aims to explore the role played by rating agencies in the public discourse and to offer an interpretation able to provide an adequate understanding of the argumentative-communicative use of sovereign ratings within States' decision-making processes. Basing on the role of standard-setter played by rating agencies, it is possible to argue that they can be considered as epistemic authorities by investors and *de facto* authorities by evaluated States. As a result of the influence exerted by sovereign ratings on investment choices and public opinion, they have two kinds of effects on States. On the one hand, the criteria in accordance with which ratings are developed are powerful arguments usable in the public discourse *pro* (or against) a certain policy ("normative effects"). On the other hand, a downgrade or a negative outlook can produce "sanctioning effects" which implicate a certain level of compliance to sovereign ratings criteria by States.

KEYWORDS

Ratings sovrani, globalizzazione, mercato finanziario, declassamento, discorso pubblico

Sovereign ratings, globalization, financial market, downgrade, public discourse

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Le agenzie di *rating* nel discorso pubblico: effetti normativi e sanzionatori dei *ratings* sovrani

ORNELLA PALAZZOLO
PIETRO SALEMI

1. *Introduzione* – 2. *Le agenzie di* rating *e le valutazioni sui titoli sovrani: evoluzione e relazioni con gli altri attori del discorso pubblico* – 2.1. *Le agenzie di* rating*: definizione, origini e sviluppo* – 2.2. *Le agenzie di* rating *e gli altri attori del discorso pubblico: prospettiva economica e politico-giuridica* – 2.3. *I* ratings *sovrani* – 2.3.1. *Criteri per la formulazione dei* ratings *sovrani* – 3. *Il ruolo delle agenzie di* rating *nel discorso pubblico* – 3.1. *Le agenzie di* rating *come autorità epistemica* – 3.2. *Ragioni* de facto *e* de jure – 4. *Effetti normativi e sanzionatori dei* sovereign ratings – 4.1. *Effetti normativi* – 4.1.1. *Fattori quantitativi e criteri qualitativi nei* ratings *sovrani: discrezionalità tra matematica e politica* – 4.2. *Effetti sanzionatori.* Downgrade e Outlook – 5. *Conclusioni*.

1. *Introduzione*

Nell'attuale fase di globalizzazione, economica (reale e finanziaria) e giuridica, non sono più gli Stati a mettere in concorrenza le imprese, bensì sono le imprese e i grandi capitali a mettere in concorrenza gli Stati. Tra tutte le varie forme di concorrenza tra Stati, quella per l'accesso al credito finanziario è quella il cui vincitore è più immediatamente rappresentabile: attraverso una sorta di pagella, intuitivamente intellegibile, detta *rating*.

Se è vero, com'è vero, che "ce lo chiedono i mercati" è diventato un mantra molto ricorrente all'ora di giustificare l'adozione di provvedimenti normativi (talvolta addirittura di carattere costituzionale)[1], è pur vero che i "mercati" chiedono anche per bocca di Moody's[2], Standards & Poor's, Fitch[3]. Queste sono, infatti, le

[1] Per riferirci a un esempio tanto recente quanto emblematico, si pensi al *referendum* costituzionale italiano bocciato il 4 dicembre 2016. In questo caso, il favore dei mercati finanziari all'approvazione delle riforme costituzionali fu oggetto delle attenzioni tanto di Fitch, quanto di Moody's. Infatti, quest'ultima agenzia, in un primo momento, valutò stabile l'*outlook* dell'Italia al 7 novembre 2016, precisando però che dal buon esito del *referendum* costituzionale del 4 dicembre sarebbe dipesa la possibilità di portare avanti le ulteriori riforme economiche e del mercato del lavoro necessarie ad un miglioramento del *rating*. A seguito del *referendum*, invece, l'*outlook* di Moody's passò a negativo, assumendo come prima motivazione di questa variazione «the slow and halting progress on economic and fiscal reform in Italy, the prospects for which have diminished further following the "no" vote in Sunday's constitutional referendum» (Si veda MOODY'S 2016a per l'*outlook* del 7/12/2016). Dal canto suo, Fitch segnalò, già nella primavera 2016, la prospettiva di un aumento significativo del "rischio politico" nel caso in cui gli elettori avessero bocciato le riforme costituzionali nel referendum.

[2] Rifacendoci al medesimo esempio relativo all'ultimo tentativo di riforma della Costituzione italiana, si veda la nota MOODY'S 2016b, rilasciata il 7 novembre 2016). Nella stessa si legge testualmente che

"tre sorelle" che si contendono il mercato oligopolistico dei *ratings*[4]. Per *rating* si può preliminarmente intendere una valutazione sulla solidità e affidabilità finanziaria di soggetti emittenti titoli di debito sul mercato finanziario (quali Stati, enti, imprese, banche, assicurazioni) o dei titoli stessi.

Il tema delle agenzie di *rating* è stato già ampiamente affrontato dalla letteratura specialistica, tanto in ambito economico[5], quanto in ambito giuridico[6]. La presente analisi intende contribuire al dibattito da una prospettiva più propriamente giusfilosofica, assumendo ad oggetto il ruolo delle agenzie di *rating* nel discorso pubblico e l'impatto in termini di effetti normativi e sanzionatori dei *ratings* sovrani.

Com'è noto, infatti, in questa fase della globalizzazione, il discorso pubblico risulta ampiamente influenzato da argomenti di carattere economico e finanziario. Intenderemo qui per "discorso pubblico" quelle particolari forme di interazione comunicativa tra gli "attori" della sfera pubblica e tra "attori" e "pubblico" (o spettatori)[7]. Nel modello di discorso pubblico elaborato nella presente analisi si prendono in considerazione quattro attori principali: le agenzie di *rating*, gli investitori/creditori del mercato finanziario globale, gli Stati (o, più precisamente, il "decisore politico" di questi) e, infine, l'opinione pubblica interna agli Stati. Questi attori interagiscono in due ambiti di relazione strettamente connessi: quello

«The stable outlook on Italy's sovereign rating balances the government's plans to address structural challenges through further structural reforms against the subdued economic outlook and the slow progress on those reforms to date. Prospects for further reforms will to some extent depend on the outcome of the referendum on constitutional reforms that is due to take place in December. Upward pressure on the rating would stem from an effective strengthening of the economy's growth prospects, triggered by the successful implementation of economic and labour market reforms».
Esempi di questo tipo vengono addotti a semplice dimostrazione dell'importanza di analizzare dal punto di vista giusfilosofico un fenomeno come quello delle valutazioni sui titoli sovrani, in ragione della rilevanza e della pervasività che i modelli istituzionali, politici, economici e fiscali proposti dalle agenzie assumono nel dibattito pubblico contemporaneo.

[3] Proseguendo nel medesimo esempio, nell'*outlook* di *Fitch* del 22 aprile del 2016, si legge: «Constitutional reform is close to the end of its two-year passage through the legislature and will be put to a referendum in October 2016. The reform will end the system of "perfect bicameralism" and simplify the layers of governance between the state and regions. This should produce more effective policy-making and, in combination with the election law passed in 2015, should result in more stable future governments. The near-term risk of political disruption to policy-making has been kept in check since Matteo Renzi became Prime Minister in February 2014. Nevertheless, political risk could rise significantly if voters reject the constitutional reforms in the October referendum, although we do not see this as likely». (FITCH 2016)

[4] Sul carattere oligopolistico del mercato del *rating*, cfr. OLIVERI 2012, 284.

[5] *Ex multis*, cfr. CORDES 2012; D'ORLANDO 2012; FERRI, LACITIGNOLA 2009; FREITAG 2015; KAMINSKY, SCHMUKLER 2002; VERNAZZA, NIELSEN 2015.

[6] *Ex multis* cfr. FRYDMAN 2013; LEWKOWICZ 2013; PRESTI 2012; VELLA 2012; SINCLAIR 2003.

[7] Si veda almeno HABERMAS 1992, 329-432. In particolare, quest'ultimo autore sostiene che «Non appena [...] lo spazio pubblico oltrepassa il contesto delle interazioni semplici, subito vediamo differenziarsi tra loro organizzatore, oratore e ascoltatore, arena e galleria, palcoscenico e platea. [...] in ultima istanza l'influenza politica acquisita dagli attori tramite pubblica comunicazione non può che poggiare sulla risonanza, anzi sull'approvazione di un pubblico di profani, egualitariamente composto».

"economico" del mercato finanziario globale e quello "politico" dell'ordinamento democratico interno.

A questo modello semplificato di discorso pubblico si può ricondurre la questione dei *ratings* sui titoli sovrani e dell'uso argomentativo-comunicativo che si può fare degli stessi nell'ambito del *decision-making* degli Stati, in cui le "richieste dei mercati" trovano una loro esplicita formulazione nei criteri di giudizio adottati dalle agenzie e nelle prospettive (*outlook*) e valutazioni (*ratings*, appunto) che ne costituiscono l'applicazione.

In particolare, si cercherà di mostrare che:

a) le agenzie svolgono il ruolo di autorità epistemiche nell'ambito di relazione "economico" del mercato finanziario globale dei titoli sovrani e che le stesse, pertanto, godono *de facto* (e in alcuni casi, *de jure*) di una certa influenza sulle scelte di investimento degli operatori finanziari. Per il tramite del potere economico detenuto da questi ultimi, le valutazioni delle agenzie diventano potenti argomenti *pro* o *contra* una determinata politica dello Stato esaminato;

b) nell'ambito relazionale più propriamente "politico", ciò si può tradurre in "effetti normativi" tali per cui le norme giuridiche prodotte dagli Stati tendono a conformarsi alle norme elaborate dalle agenzie sotto forma di criteri per l'elaborazione dei *ratings* e la cui incidenza può variare in dipendenza due fattori: la capacità di influenzare le scelte degli investitori e l'opinione pubblica interna agli Stati e il fabbisogno finanziario degli Stati. Le "norme" formulate dalle agenzie, in particolari situazioni, possono arrivare ad avere carattere "para-prescrittivo" per l'incombere della "sanzione" sotto forma di *downgrade* (o di *outlook* negativo), implicando un certo grado di erosione della sovranità degli Stati nelle materie valutate dalle agenzie che, anche in questo caso, varierà al variare dei fattori di cui sopra.

Per raggiungere tale obiettivo, il presente lavoro si suddivide idealmente in due parti.

Nella prima (§ 2), si definisce il campo di indagine con un approccio di tipo descrittivo al fenomeno dei *ratings* sui titoli sovrani e al ruolo delle agenzie di *rating* nell'ambito del discorso pubblico. A tal fine, si esaminano i singoli attori del discorso pubblico, tanto nel campo relazionale economico, quanto in quello politico, e le relazioni tra essi sussistenti. La seconda parte (§§ 3 e 4) intende inquadrare il ruolo delle agenzie di *rating* nel discorso pubblico e prenderà in esame il particolare rapporto che lega le agenzie di *rating* e gli Stati sovrani, quando le prime formulano valutazioni sulle politiche dei secondi. Nel terzo paragrafo, si argomenta che, nel discorso pubblico, le agenzie svolgono un ruolo analogo a quello di un'autorità epistemica. Nel quarto paragrafo, si argomenta che, da un lato, i criteri di valutazione formulati dalle agenzie per valutare i titoli sovrani esplicano effetti normativi sulle politiche degli Stati e, dall'altro, che il declassamento (cd. *downgrade*) o una previsione negativa (cd. *outlook* negativo) esplicano invece effetti sanzionatori.

2. *Le agenzie di* rating *e le valutazioni sui titoli sovrani: evoluzione e relazioni con gli altri attori del discorso pubblico*

2.1. *Le agenzie di* rating*: definizione, origini e sviluppo*

Le agenzie di *rating* sono delle società commerciali specializzate nella raccolta, elaborazione e diffusione di informazioni finanziarie agli operatori del mercato. Il risultato dell'elaborazione di tali informazioni è espresso attraverso un valore alfanumerico, il *rating*: una valutazione sul merito di credito complessivo del debitore (*issuer rating*) o sul merito di credito del debitore riguardo a una specifica obbligazione finanziaria o una specifica classe di obbligazioni finanziarie o uno specifico programma finanziario (*issue rating*), tenuto conto di una serie di fattori di rischio[8]. Una quantità di informazioni molto vasta e di particolare complessità, dunque, è riassunta in un semplice *ranking* e resa fruibile anche agli investitori meno esperti, che vengono posti nelle condizioni di effettuare una comparazione del rischio fra i vari emittenti (o titoli) ed orientare con maggiore consapevolezza i propri investimenti[9].

L'esigenza di possedere delle informazioni sugli operatori del mercato è nata nei primi anni del ventesimo secolo, negli Stati Uniti, quando alle consistenti perdite registrate dai mercati finanziari in quegli anni seguì l'inevitabile scetticismo degli investitori. Per ristabilire la fiducia nei mercati finanziari, John Moody, nel 1909, iniziò a fornire delle certificazioni sulla qualità delle obbligazioni delle imprese ferroviarie, organizzando un servizio di pony dedicato a portare a New York le informazioni sulla situazione dei lavori delle ferrovie dell'Ovest: nacque la prima agenzia di *rating* della storia. Dopo un iniziale periodo di splendore durato fino

[8] Sul punto, si veda PRESTI 2012, 252: il *rating* è «una valutazione previsionale da parte di un soggetto specializzato sulla capacità di un ente (normalmente una società, ma anche un ente di tipo diverso, p.e. uno Stato) di soddisfare regolarmente i propri debiti per capitale e interessi (oppure una particolare categoria di debiti di quel soggetto: p.e. una data emissione obbligazionaria)». Cfr. FERRI, LACITIGNOLA 2012, 299. Si veda anche STANDARD AND POOR'S 2017: «An S&P Global Ratings issue credit rating is a forward-looking opinion about the creditworthiness of an obligor with respect to a specific financial obligation, a specific class of financial obligations, or a specific financial program (including ratings on medium-term note programs and commercial paper programs). It takes into consideration the creditworthiness of guarantors, insurers, or other forms of credit enhancement on the obligation and takes into account the currency in which the obligation is denominated. [...] An S&P Global Ratings issuer credit rating is a forward-looking opinion about an obligor's overall creditworthiness. This opinion focuses on the obligor's capacity and willingness to meet its financial commitments as they come due. It does not apply to any specific financial obligation, as it does not take into account the nature of and provisions of the obligation, its standing in bankruptcy or liquidation, statutory preferences, or the legality and enforceability of the obligation».

[9] In senso analogo, si veda PRESTI 2012, 253, secondo il quale il *rating* «è sorto per ridurre l'asimmetria informativa tra emittenti obbligazionari e potenziali investitori».

agli anni Trenta[10], negli anni successivi gli affari crollarono, le agenzie di *rating* piombarono nell'oblio[11] e ci restarono fino alla fine degli anni Settanta. A partire da quegli anni, l'industria del *rating* ha iniziato ad incrementare nuovamente il proprio volume d'affari: l'inversione di tendenza fu dovuta alla crescita del mercato finanziario statunitense, cui si accompagnò la sua progressiva liberalizzazione e deregolamentazione. In quel periodo, le maggiori agenzie di *rating* degli Stati Uniti erano cinque: Moody's, Standard & Poor's, Fitch Ratings, Duff & Phelps, Thomson Bank Watch. Nel 2000, le ultime sono state incorporate da Fitch[12]: da quel momento Moody's, S&P e Fitch sarebbero state «le vere protagoniste della seconda giovinezza di un'industria che alla fine degli anni Settanta pare in liquidazione»[13]. Complice dell'affermazione delle agenzie nel nuovo millennio è stata, come si vedrà a breve, la progressiva inclusione del *rating* nelle regolamentazioni di settore nazionali e internazionali: processo che, oltre ad ampliare l'ambito di operatività delle agenzie in termini di servizi prestati, ne ha significativamente rafforzato la reputazione e consolidato il ruolo in ambito non solo economico, ma anche politico.

2.2. *Le agenzie di* rating *e gli altri attori del discorso pubblico: prospettiva economica e politico-giuridica*

Da un punto di vista economico, la questione del *rating* sui titoli sovrani si inserisce nel quadro della competizione per l'accesso al credito da parte degli Stati nel mercato finanziario globale. La stessa coinvolge, in qualità di attori del discorso pubblico, agenzie di *rating,* Stati e operatori del mercato finanziario. In quest'ultima categoria, si possono includere genericamente tutti coloro che investono (o amministrano e/o pianificano per conto di chi investe) in titoli. In questo campo di relazione economico, le agenzie sono il soggetto *che valuta* (i titoli sovrani, nel nostro caso), gli "operatori del mercato finanziario" sono il soggetto *che decide* (su quali titoli investire), gli Stati sono il soggetto *valutato*. È, peraltro, chiaro che le agenzie non detengono un monopolio della valutazione. Ad esempio, anche gli investitori e, più in generale, gli operatori del mercato finanziario sono essi stessi

[10] Negli anni Venti, la necessità di garanzie cresce insieme alla sempre più ingente quantità di debito pubblico (contratto per la Guerra) da collocare presso una sempre crescente quantità di investitori. La domanda esplode in seguito all'avvento del ciclone finanziario del 1929. Negli anni Trenta, la ormai affermata reputazione delle agenzie fa sì che esse vengano incluse nella regolamentazione finanziaria degli Stati Uniti.

[11] Alla fine degli anni Trenta, infatti, la separazione tra banche commerciali e banche d'investimento da una parte e la diffusione di titoli prevalentemente provenienti da governi e amministrazioni pubbliche (e quindi pienamente affidabili) dall'altra contribuiscono a ridimensionare notevolmente la necessità ed il ruolo delle agenzie di *rating*.

[12] Sulla storia delle agenzie di *rating* dalle origini al 2000 cfr. FERRI, LACITIGNOLA 2009, 24-27.

[13] FERRI, LACITIGNOLA 2009, 27.

soggetti "che valutano" (o dovrebbero almeno essere posti nelle condizioni per poter valutare). Teoricamente, tutti i piccoli risparmiatori e tutti i soggetti che investono in titoli dovrebbero essere nelle condizioni di poter valutare i rischi dei propri investimenti. Ad oggi, invece, il mercato finanziario globale si rivela talmente complesso che, per buona parte dei titoli scambiati, difficilmente un operatore medio è posto nelle condizioni di conoscere con sufficiente precisione il grado di rischio di un dato titolo.

Per comprendere quanto è forte la necessità di informazioni per l'investitore di oggi, tanto da arrivare a definire il *rating* come la «bussola obbligata del navigante finanziario contemporaneo»[14], è opportuno fornire dei brevi cenni sul contesto che ha incentivato l'ampio ricorso alle agenzie di *rating*.

Il contesto è quello della globalizzazione finanziaria: l'integrazione dei mercati finanziari favorita, oltre che dallo sviluppo tecnologico, dall'ondata di liberalizzazioni e deregolamentazioni seguite alla c.d. "svolta neoliberista"[15] operata negli U.S.A. da Reagan e in Gran Bretagna da Margareth Thatcher negli anni Ottanta. Mentre si procedeva a diminuire regole, vincoli e controlli sulla creazione e la circolazione degli strumenti finanziari, questi ultimi hanno iniziato a diventare sempre più complessi, tanto da mettere a dura prova anche la capacità di valutazione nelle scelte di investimento degli operatori più esperti. A ciò si è aggiunto il forte ridimensionamento del ruolo di intermediazione svolto dalle banche, che ha accentuato le asimmetrie informative tra emittente e investitore[16]. Dall'accresciuta esigenza di semplificare la comprensione degli strumenti finanziari offerti in un mercato tanto ampio, complesso e deregolato è derivato un notevole aumento dell'importanza delle agenzie di *rating*[17], le quali si possono ad oggi annoverare tra i più influenti *standard-setter* del mercato finanziario globale[18].

Se, invece, si considera la questione da un punto di vista politico-giuridico, gli Stati si qualificano, in virtù della propria sovranità, come soggetti che decidono (le politiche da adottare e le norme da emanare attraverso le procedure costituzionalmente previste). Come si diceva innanzi, anche l'opinione pubblica e le stesse

[14] FERRI, LACITIGNOLA 2009, 13.

[15] Per un approfondimento sulle premesse e le modalità di attuazione della c.d. "svolta neoliberista" cfr. PECK 2017 e HARVEY 2005.

[16] Cfr. FRYDMAN 2013, 2 s.. Sulla relazione tra disintermediazione bancaria e affermazione delle agenzie di *rating* il presidente di Fitch Marc Ladreit de Lacharrière ha affermato, durante una *audition* al Senato francese nell'ambito della *Mission commune d'information sur le fonctionnement, la méthodologie et la crédibilité des agences de notation*, che «moins les banques ont d'importance, plus le recours aux agences de notation augmente» (come riferisce il *report* sulla missione. Cfr. SENATO FRANCESE 2012)

[17] Nello stesso senso, si veda FRYDMAN 2013, 174, il quale parla di «montée en puissance des agences de notation». Cfr, anche SINCLAIR 2003, 148 ss.

[18] Cfr. VELLA 2012, 327 s. Quest'ultimo autore parla in particolare di «privatizzazione di una funzione pubblica, quella della verifica del possesso di determinate caratteristiche per l'accesso ad alcuni mercati o alcuni benefici regolatori, con il suo conferimento a soggetti privati, che non hanno alcuna intenzione di modificare le modalità della loro azione in seguito all'assegnazione di un simile compito» (VELLA 2012, 327).

agenzie di *rating* giocano un ruolo di primo piano in questo livello relazionale di natura "politica" del discorso pubblico. La prima, infatti, agisce sul decisore-Stato, attraverso l'influenza che riesce a esercitare sulla generazione in forma comunicativa della sovranità popolare[19]. Le agenzie di *rating*, dal canto loro, sono, per un verso, destinatarie delle norme degli Stati e, per altro verso, possono svolgere un ruolo più attivo e critico che si può tradurre in una sorta di argomentazione (*pro* o *contra*) determinate politiche da intraprendere[20].

Come accennato precedentemente, gli Stati hanno, in un primo tempo, assecondato la tendenza a un generale rafforzamento del ruolo delle agenzie di *rating*. Infatti, l'utilizzo del *rating* è stato reso obbligatorio, in alcune circostanze e/o per alcune categorie di soggetti, da espresse previsioni normative. La facile fruibilità ed il basso costo (rispetto a quello che avrebbe uno studio compiuto da soggetti che non si avvalgono delle stesse economie di scala), infatti, ha permesso a tali giudizi di divenire dei veri e propri parametri legali nella regolamentazione pubblicistica (nazionale e internazionale) di diversi settori: esempio emblematico è costituito dall'inserimento del *rating* all'interno dell'accordo di Basilea II (vedi *infra*, § 3.2), redatto e sottoscritto dal Comitato di Basilea per la Vigilanza Bancaria[21] e accet-

[19] In questo caso, si fa riferimento al concetto di sovranità popolare tipico della democrazia deliberativa di matrice habermasiana che muta, rispetto alla concezione soggettivistica tradizionale, pur senza perdere la sua centralità nella sfera pubblica. La sovranità popolare è, infatti, per Habermas, il prodotto dell'interazione tra la volontà istituzionalizzata dello Stato e l'opinione pubblica e «rinvia a condizionamenti sociali complessivi che per un verso rendono possibile alla comunità giuridica di auto-organizzarsi, ma che per altro verso non risultano immediatamente disponibili alla volontà dei cittadini» (HABERMAS 1992, 357). L'opinione pubblica svolge un ruolo da protagonista poiché il «potenziale politico di condizionamento» espresso dalla stessa è «utilizzabil[e] per influenzare il comportamento elettorale dei cittadini oppure la formazione della volontà in corpi parlamentari, governi e tribunali». Sul concetto di «potenziale politico di condizionamento» si veda HABERMAS 1992, 431. In ogni caso, rimane ben chiaro che il «potenziale politico di condizionamento» espresso dall'opinione pubblica si trasforma in potere solo attraverso il *medium* dei «membri legittimi del sistema politico» e di procedure istituzionalizzate, ossia attraverso il decisore politico dell'attore statale (HABERMAS 1992, 431). Al riguardo, Habermas precisa ancora che «Analogamente al potere sociale, anche l'influenza politica esercitata dall'opinione pubblica non può trasformarsi in potere politico se non passando attraverso procedure istituzionalizzate». A tal proposito è stato sostenuto che nella teoria deliberativa della democrazia habermasiana, la decisione sovrana si forma attraverso «un modello "a due vie" [...], stando al quale le procedure deliberative nei settori formali di produzione decisionale delle attività legislativa e giudiziaria sono coadiuvate da processi informali di formazione dell'opinione all'interno della sfera pubblica» (PASSERIN D'ENTREVES 1999, 219). Coerentemente a quest'impianto teorico, nella presente analisi si distinguono due attori nel campo relazionale politico-interno del discorso pubblico: Stati, come decisori politici istituzionalizzati, e opinione pubblica, come sfera del discorso pubblico non istituzionalizzata.

[20] Questo profilo "argomentativo" rispetto al *decision-making* statale ancora in corso, è particolarmente evidente, per ovvie ragioni, negli *outlooks*. Tuttavia, è altrettanto evidente che anche le motivazioni di un *downgrade* (o un *upgrade*) possono essere usate dallo Stato valutato o dall'opinione pubblica come un argomento contro (o a favore, nel caso di *upgrade*) una determinata politica già intrapresa (ma sempre reversibile o riformabile).

[21] Il Comitato fu istituito nella città svizzera nel 1974 dai governatori delle banche centrali di 11 Paesi (Belgio, Canada, Francia, Giappone, Germania, Italia, Olanda, Regno Unito, Stati Uniti, Svezia, Svizzera).

tato come giuridicamente vincolante da oltre 100 Paesi.

Nell'ultimo ventennio, però, i fallimenti collezionati dalle agenzie nel valutare il merito creditizio di molte imprese (si pensi ai ben noti casi Eenron, Wolrdcom, Parmalat) e dei prodotti strutturati di nuova generazione (ci si riferisce, in particolare, ai titoli che hanno fatto esplodere la c.d. crisi *subprime*[22]), hanno portato le agenzie nell'occhio del ciclone e attirato le critiche degli osservatori più avveduti nel campo della finanza[23]. Rispetto alla valutazione degli Stati, già alla fine degli anni '90 era stato fatto notare che le agenzie non erano state in grado di prevedere l'esplosione della crisi finanziaria che aveva coinvolto diversi Paesi del sud-est asiatico[24]. Tuttavia, per una maggiore attenzione da parte dell'opinione pubblica sullo specifico caso dei *ratings* sovrani si sarebbe dovuto aspettare qualche anno, con la crisi europea dei debiti pubblici[25].

Tutti questi eventi hanno spinto le maggiori potenze a provvedere ad una regolamentazione delle stesse agenzie, al fine di assoggettarle ad obblighi di trasparenza sempre più stringenti, di disciplinare le distorsioni date dal conflitto di interessi[26] e di ridurne l'uso nelle regolamentazioni prudenziali[27]. Dagli anni duemila gli interventi

[22] In proposito, si veda, ad esempio, VELLA 2012, 323 s., il quale afferma che, da un lato, la crisi del 2008 ha «drammaticamente testimoniato [che] esiste una enorme sproporzione tra la diffusione del linguaggio [del rating] e la scarsità di presidi per una sua corretta produzione ed una sua accettabile affidabilità», e, dall'altro lato, che le stesse agenzie, in quella circostanza, furono responsabili della «disinvoltura con la quale venivano attribuiti ai famigerati prodotti strutturati rating superlativi che di fatto hanno rappresentato il grande motore per lo sviluppo del mercato dei subprime, e quindi del virus che ha appestato le economie di mezzo mondo».

[23] Cfr. PRESTI 2012, 257.

[24] Cfr. sul punto FERRI et al. 1999.

[25] Riguardo al comportamento tenuto dalle agenzie nell'ambito della crisi che colpì (soprattutto) gli Stati periferici dell'Eurozona (Grecia, Irlanda, Portogallo, Italia), in VERNAZZA, NIELSEN 2015, si afferma che i numerosi *downgrades* emessi tra il 2009 e il 2011 sottostimarono eccessivamente il merito degli Stati valutati: ciò perché, secondo gli autori, nel processo di formulazione dei *ratings*, le agenzie attribuirono una rilevanza sproporzionata e senza precedenti alla componente "soggettiva" della combinazione di fattori complessivamente tenuti in considerazione (sui tipi di fattori vedi § 2.3.1 e § 4.1.1), la quale, come tende a dimostrare l'articolo citato, può compromettere l'attendibilità delle valutazioni, soprattutto con riferimento al lungo periodo. In proposito LEWKOWICZ 2013, 186 s., osserva che «la réplique des États du cœur de l'économie mondiale au pouvoir des agences de notation, dont les crises financières et budgétaires ont révélé toute l'ampleur de 2007 à 2011. Celle-ci doit s'interpréter comme la contre-attaque des États dans le contexte d'une lutte globale pour le droit dont l'objet est la fixation des standards mondiaux d'accès au marché des capitaux et de la bonne gouvernance économique et budgétaire ainsi que, peut-être plus généralement, la réponse à la question de savoir qui, des États ou des marchés, contrôle l'autre».

[26] Sul "congenito" conflitto d'interessi derivante dal c.d. *issuer pays model* cfr. FERRI, LACITIGNOLA 2009; sulle altre possibili cause di conflitto d'interessi e sulla relativa regolamentazione adottata nell'Unione Europea cfr. LAMANDINI 2014.

[27] Secondo VELLA 2012, 324, prima che la crisi del 2007/2008 ponesse le agenzie di *rating* al centro delle attenzioni del dibattito e dell'opinione pubblica, le stesse godevano di «una condizione di assoluta libertà, e di assenza di ogni disciplina in grado di prevenire effetti distorsivi e fenomeni patologici di un'attività così rilevante per il buon funzionamento dei mercati finanziari».

normativi in tal senso sono stati numerosi e in numerosi Paesi (tra cui alcune grandi potenze come Stati Uniti[28], Canada, Giappone, Singapore e molti altri)[29]. Al livello internazionale, inoltre, nel 2004 la IOSCO (International Organization of Securities Commissions)[30] ha pubblicato il *Codice di Condotta per le Agenzie di* rating *del credito*, soggetto a recentissima revisione (2015) alla luce delle preoccupazioni sollevate dalle varie autorità nazionali e internazionali[31].

Anche nell'ambito dell'Unione Europea si è avvertita l'esigenza di regolamentare il fenomeno[32].

Tra gli interventi più significativi vi è il Regolamento UE n. 1060/2009, il primo a rispondere all'appello del G20 tenutosi a Washington nel 2008 per una completa regolamentazione di tutti i soggetti e prodotti circolanti sui mercati finanziari internazionali, successivamente emendato nel 2011 e nel 2013. Con il Regolamento UE n. 513/2011 ci si è conformati agli orientamenti della neonata ESMA (European Securities Market Authority)[33], a cui sono stati affidati anche poteri di vigilanza e controllo. Con il successivo Regolamento UE n. 462/2013 sono state introdotte alcune novità in tema di conflitto di interessi[34] e alcune disposizioni volte ad armonizzare le regole dei Paesi membri in materia di responsabilità extracontrattuale delle agenzie di *rating*.

Il legislatore europeo sembra essere stato l'unico, nell'ambito delle maggiori potenze occidentali, ad esprimere una particolare preoccupazione nei confronti della

[28] Si menzionano in particolare due interventi. Nel 2006 il *Credit Rating Agency Reform Act* ha definito i criteri che le Agenzie devono soddisfare per ottenere lo status di NRSRO (Nationally Recognized Statistical Rating Organizations), affidando la vigilanza sul loro rispetto alla SEC (Securities and Exchange Commission). Nel 2010, è stato emanato il *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, che ha introdotto obblighi stringenti per le agenzie, in particolare per le NRSRO. In quest'ultimo atto, sono contenute nuove linee guida in materia di *governance* delle società di *rating*, di riduzione del conflitto di interessi e di rafforzamento dei controlli e della trasparenza nei processi di *rating*. Un apposito ufficio istituito nell'ambito della SEC è stato incaricato di vigilare sulle metodologie di emissione del giudizio e di esaminare la regolamentazione che contempla il *rating* come parametro sul merito creditizio. Inoltre, per ridurre la dipendenza della regolamentazione finanziaria americana dal "*rating* di credito", è stato disposto che il riferimento a quest'ultimo, contenuto nelle regolamentazioni americane (come, ad esempio, il *Federal Deposit Insurance Act* e l'*Investment Company Act*), fosse sostituito da un generico riferimento a "standard di affidabilità creditizia".

[29] Cfr. STANDARD & POOR'S 2014a, 2 s.

[30] È l'organizzazione internazionale che raggruppa le autorità di vigilanza dei mercati finanziari, tra cui l'italiana Consob.

[31] Cfr. DIRITTO BANCARIO 2015.

[32] Per una breve rassegna della normativa europea e italiana elaborata per regolamentare il fenomeno del *rating*, si veda VELLA 2012, 329-331.

[33] Si stabiliscono alcuni *standard* minimi di indipendenza, integrità e qualità del *rating* per poter accedere al registro europeo tenuto dall'ESMA ed elevati standard di trasparenza su metodologie ed azionariato, al fine di ridurre il conflitto di interessi. Cfr. ESMA 2011.

[34] Da una parte, gli emittenti dei titoli devono affidare ogni quattro anni il proprio *rating* ad agenzie diverse, con l'obbligo di rivolgersi ad almeno due enti di valutazione contemporaneamente e, dall'altra, le agenzie devono rendere note eventuali partecipazioni di propri azionisti nel capitale di enti oggetto di valutazione.

pratica dei *ratings* sul merito creditizio degli Stati, includendo nel citato Regolamento UE n. 462/2013 alcune norme volte a ridurre la capacità delle agenzie di produrre panico e volatilità sui mercati con annunci improvvisi (e talvolta dalle tempistiche inappropriate) su *ratings* e *outlooks* dei titoli di debito sovrano[35] e a ridurre l'ingerenza delle valutazioni nella sfera statale (vedi § 2.3)[36]. A tal proposito, nel succitato regolamento, si afferma che sebbene le politiche nazionali (in materia di economia, lavoro etc.) possano rappresentare per le agenzie un dato utile alla formazione della loro valutazione e «possano essere utilizzate per spiegare i principali motivi alla base di un rating sovrano [...] Le agenzie di rating del credito dovrebbero astenersi da qualsiasi raccomandazione diretta o esplicita»[37] su tali politiche.

La preoccupazione del legislatore europeo è qui condivisa. Infatti, la presente trattazione si concentra proprio sui *ratings* effettuati su titoli di debito pubblico (cd. *sovereign ratings*).

2.3. *I* ratings *sovrani*

Il *rating* sovrano è una valutazione sull'affidabilità creditizia di uno Stato in un dato momento. La previsione sulle prospettive future di un *rating*, invece, è indicata dall'*outlook*, il cui valore si riferisce a un lasso temporale che può variare da sei mesi a due anni[38].

Il primo *rating* sovrano è stato emesso da Moody's nel 1919, ma l'utilizzo di questo strumento si è imposto solo a partire dagli anni Novanta. In quel periodo, per sopperire all'insufficienza delle risorse finanziarie provenienti dalle entrate pubbliche, moltissimi Paesi hanno iniziato a fare ricorso all'emissione diffusa di strumenti di debito. Ben presto, la maggior parte degli Stati che intendessero finanziarsi sul mercato obbligazionario ha preso coscienza dell'ineluttabilità del *rating*, al punto da accettare di pagare per ottenerlo su richiesta (mentre fino al 1991-1992 i *ratings* erano stati sempre gratuiti e *unsolicited*)[39].

[35] Si veda, ad esempio, art. 8-bis co. 3 del Regolamento UE n. 462/2013: «Un'agenzia di rating del credito [...] pubblica sul suo sito Internet e trasmette all'AESFEM ogni anno alla fine del mese di dicembre un calendario per i dodici mesi successivi che fissi le date per la pubblicazione di rating sovrani non richiesti e delle prospettive di rating correlate, limitandole a un massimo di tre, nonché le date per la pubblicazione dei rating sovrani richiesti e delle prospettive di rating correlate. Tali date cadono di venerdì».

[36] In ogni caso, come sottolineato da VELLA 2012, 325, «le pur meritorie misure in via di adozione da parte dei regolatori necessiteranno della adeguata sedimentazione, prima di verificarne la reale efficacia».

[37] Cfr. Regolamento UE n. 462/2013, *Considerando* n. 45.

[38] L'*outlook* può essere: positivo, quando l'agenzia ritiene che il *rating* successivo potrebbe essere superiore a quello attuale; stabile, quando non prevede un cambiamento del *rating*; negativo, quando riscontra dei fattori che potrebbero portare ad un abbassamento del rating (*downgrade*).

[39] Sulle ragioni e le modalità del passaggio da *unsolicited* a *solicited* cfr. GAILLARD 2011, 35 ss. Per dare un'idea dell'entità della crescita del mercato dei *sovereign ratings* nell'ultimo trentennio, basta considerare

La ragione della scelta di sottoporsi al giudizio delle agenzie di *rating* è da ricercare non solo nella volontà di rendere appetibili agli investitori finanziari i propri titoli di debito, ma anche di ottenere un *benchmark* multifattoriale mondiale: un indicatore di affidabilità non solo economica, ma anche politica, da indirizzare non solo a tutti gli attori del mercato, ma anche all'opinione pubblica interna, al fine di essere "preferiti" ad altri nelle scelte di investimento di questi.

Come si vedrà a breve, infatti, la valutazione sovrana tiene conto di numerosi fattori che spesso esulano dall'ambito strettamente (macro-)economico, toccando anche quello sociale, giuridico e politico. Qui di seguito si procederà ad una prima analisi di massima dei suddetti fattori, rinviando al § 4.1 l'approfondimento di quelli in cui è possibile rilevare un maggior grado di discrezionalità nella valutazione operata dalle agenzie.

2.3.1. *Criteri per la formulazione dei* ratings *sovrani*

La metodologia alla base della formulazione del *rating* differisce da agenzia ad agenzia. Per ragioni di economia espositiva, l'analisi si concentrerà principalmente su una di esse, scelta a titolo esemplificativo in considerazione del fatto che è quella adottata dalla società che vanta il maggior numero di clienti tra gli Stati: Standard & Poor's. Quest'ultima afferma che il processo che porta all'emissione del *rating* «tiene in considerazione i fattori che influiscono sulla *volontà* e *capacità* di un governo di onorare il proprio debito alla scadenza stabilita e in maniera integrale»[40].

Detto processo si snoda attraverso più fasi. Inizialmente si procede alla valutazione di cinque fattori chiave: 1) l'efficacia istituzionale e i rischi politici sono riflessi nel *punteggio politico*; 2) la struttura economica e le prospettive di crescita sono riflessi nel *punteggio economico*; 3) la liquidità esterna e la posizione internazionale d'investimento sono riflessi nel *punteggio esterno*; 4) la performance e flessibilità fiscale e l'onere del debito sono riflessi nel *punteggio fiscale*; 5) la flessibilità monetaria è riflessa nel *punteggio monetario*. Nell'attribuzione del punteggio (espresso da un numero in scala da 1, più forte, a 6, più debole) si tiene conto di «quantitative factors and qualitative considerations»[41], che saranno oggetto di specifica disamina nel § 4.1.1.

Il punteggio economico e quello politico formano il *profilo economico-politico*, che attiene alla «capacità di resistenza dell'economia di un paese, alla solidità e alla stabilità delle istituzioni governative e all'efficacia delle sue politiche»[42]. Il punteg-

che l'agenzia Standard & Poor's, specializzatasi nel campo, è passata dal valutare una cinquantina di Stati nel 1997 a valutarne, da sola, 123 su 193 riconosciuti dalle Nazioni Unite nel 2011.

[40] STANDARD AND POOR'S 2014b, 2 (corsivo nostro).

[41] STANDARD AND POOR'S 2014c, 4.

[42] STANDARD AND POOR'S 2014b, 3.

gio esterno, quello fiscale e quello monetario determinano il *profilo di flessibilità fiscale e performance*, che attiene alla «sostenibilità dell'equilibrio fiscale e dell'onere del debito di un governo, alla luce della posizione esterna del paese»[43].

Considerando unitariamente questi due profili si ottiene il *livello indicativo di* rating, come mostrato dalla tabella seguente[44]:

Table 2
Indicative Rating Levels From The Combination Of The Institutional And Economic Profile With The Flexibility And Performance Profile

		Institutional and economic profile										
Flexibility and performance profile	*Category*	Superior	Extremely strong	Very strong	Strong	Moderately strong	Intermediate	Moderately weak	Weak	Very weak	Extremely weak	Poor
Category	Assessment	1	1.5	2	2.5	3	3.5	4	4.5	5	5.5	6
Extremely strong	1 to 1.7	aaa	aaa	aaa	aa+	aa	a+	a	a-	bbb+	N/A	N/A
Very strong	1.8 to 2.2	aaa	aaa	aa+	aa	aa-	a	a-	bbb+	bbb	bb+	bb-
Strong	2.3 to 2.7	aaa	aa+	aa	aa-	a	a-	bbb+	bbb	bb+	bb	b+
Moderately strong	2.8 to 3.2	aa+	aa	aa-	a+	a-	bbb	bbb-	bb+	bb	bb-	b+
Intermediate	3.3 to 3.7	aa	aa-	a+	a	bbb+	bbb-	bb+	bb	bb-	b+	b
Moderately weak	3.8 to 4.2	aa-	a+	a	bbb+	bbb	bb+	bb	bb-	b+	b	b
Weak	4.3 to 4.7	a	a-	bbb+	bbb	bb+	bb	bb-	b+	b	b-	b-
Very weak	4.8 to 5.2	N/A	bbb	bbb-	bb+	bb	bb-	b+	b	b	b-	b-
Extremely weak	5.3 to 6	N/A	bb+	bb	bb-	b+	b	b	b-	b-	'b-' and below	'b-' and below

Assigning 'CCC+', 'CCC', 'CCC-', and 'CC' ratings is based on "Criteria For Assigning 'CCC+', 'CCC', 'CCC-', And 'CC' Ratings," Oct. 1, 2012.

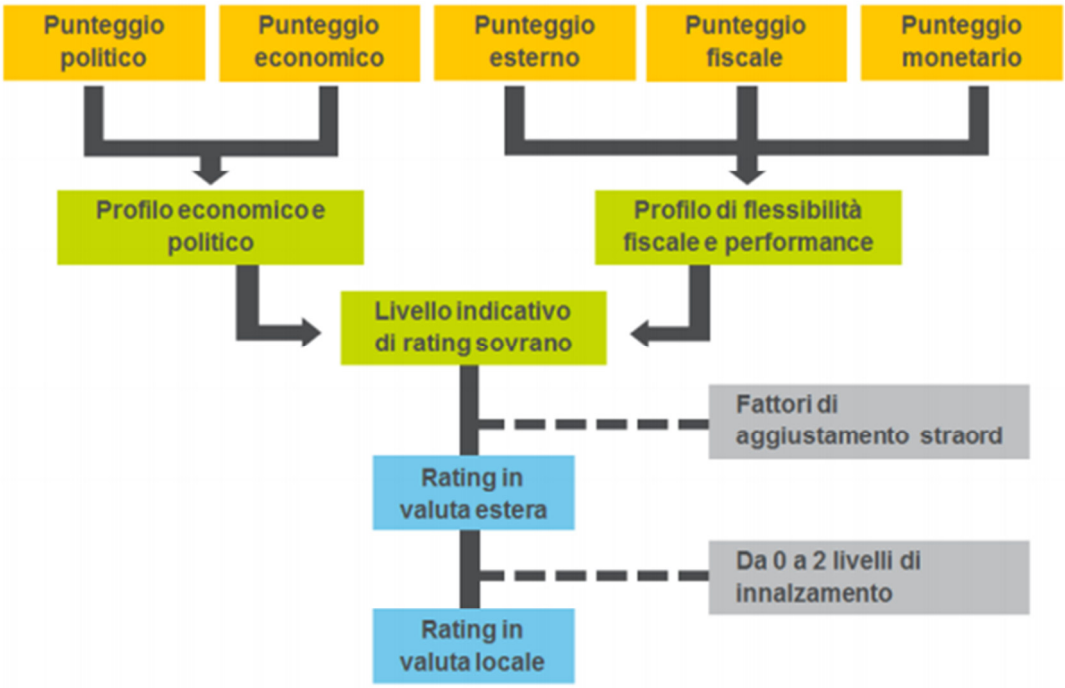
Il livello indicativo di *rating* viene, eventualmente, corretto alla luce della presenza di uno o più *fattori di aggiustamento straordinario* per ottenere il *rating in valuta estera*[45].

A questo punto, è possibile ottenere il *rating* in valuta locale applicando da zero a due livelli di innalzamento tenendo conto di due ulteriori fattori: politica monetaria indipendente e profondità dei mercati dei capitali in valuta locale. Va preci-

[43] Standard and Poor's 2014b, 3 s.
[44] Standard and Poor's 2014c, 7.
[45] In particolare, i fattori considerati sono: estrema debolezza della liquidità esterna o della situazione fiscale, eccezionale ampiezza della posizione patrimoniale netta generale di un Paese; rischio politico molto elevato e onere del debito alto; rischio di riscadenziamento; rischio di sicurezza alto; gravi catastrofi naturali.

sato, comunque, che per i Paesi membri di un'unione monetaria, quale è quella europea, il *rating* in valuta locale corrisponde al rating in valuta estera.

Lo schema seguente riassume le fasi principali del processo appena descritto.



3. *Il ruolo delle agenzie di* rating *nel discorso pubblico*

Dalla sintetica esposizione delle metodologie per il calcolo dei *ratings* sovrani è emerso che i fattori presi in considerazione sono di diversa natura. Questi vanno da considerazioni di natura strettamente finanziaria a valutazioni di carattere economico, monetario, politico e istituzionale. Come precedentemente accennato, proprio per la multidimensionalità dei parametri adottati dalle agenzie, i *ratings* sovrani hanno assunto un'importanza centrale non solo come indicatore della futura solvibilità del creditore pubblico, bensì anche come "pagella di buona reputazione"[46] e di credibilità internazionale degli Stati e interna dei governi.

A partire da tale presupposto, in questo terzo paragrafo si cercherà di sostenere che le agenzie di *rating* sono *percepite* alla stregua di autorità *epistemiche* (§ 3.1) dagli attori del discorso pubblico innanzi individuati, in base a ragioni di carattere giuridico ed economico-fattuale (§ 3.2).

[46] Secondo LEWKOWICZ 2013, 186, i *ratings* delle agenzie si sono consacrati «non seulement comme un indicateur de la solvabilité des emprunteurs, mais encore comme une véritable mesure du respect d'une norme mondiale de comportement pour ceux qui – entreprises comme États – souhaitent faire certifier leur bonne réputation».

3.1. *Le agenzie di* rating *come autorità epistemiche*

Questo tipo di *percezione* può essere evocata ricorrendo dapprima ad un significativo caso concreto. Nel 1996, l'Egitto ricevette una deludente valutazione di Ba2 da parte di *Moody's*. Nell'occasione, l'ex-ministro dell'economia egiziano commentò che un *rating* cattivo è «comunque meglio che nessun rating»[47]. Questa paradossale affermazione fu presto chiarita dal rappresentante in Egitto del Fondo Monetario Internazionale, il quale sottolineò che «avere un rating è di per sé importante, giacché segnala l'impegno dell'Egitto ad integrarsi nell'economia mondiale e la volontà di osservare le sue regole»[48].

In effetti, dichiarazioni come queste sono comprensibili soltanto all'interno di un modello in cui alle agenzie viene riconosciuto lo *status* di "autorità", mentre agli Stati quello di entità soggette a quella stessa "autorità". Il modello in questione fa naturalmente riferimento alla sfera economica del discorso pubblico e all'attuale fase della globalizzazione caratterizzata dall'estrema mobilità dei capitali e dall'altrettanto estrema pervasività e complessità del mercato finanziario globale. In questo quadro, com'è stato opportunamente sottolineato, la competizione fra Stati per l'accesso ai capitali determina una situazione nella quale i mercati hanno sempre più l'autorità «to reward or punish according to their judgment of how any government manages its money supply, its fiscal deficit, its foreign debts, or, through deregulation of cozy banking cartels, improves the efficiency of its banks and its local credit market»[49]. Tuttavia, è bene specificare in che senso è possibile parlare di una posizione autoritativa delle agenzie di *rating*.

Con il termine "autorità" si intende comunemente indicare quella particolare relazione di potere[50] che si contraddistingue per una pretesa di legittimità[51] (*claim of legitimacy*[52]). In questo senso, il concetto di autorità in questione è classicamente

[47] Financial Times, *Egypt challenges Moody's debt rating Ba2 level 'does not reflect true potential*, 23 ottobre 1996 (citazione tratta da LEWKOWICZ 2013, 194 s.).

[48] Financial Times, *Egypt challenges Moody's debt rating Ba2 level 'does not reflect true potential*, 23 ottobre 1996 (citazione tratta da LEWKOWICZ 2013, 194 s.).

[49] STRANGE 1997, 11.

[50] A riguardo, è stato evidenziato che, in prospettiva storica, l'uso del termine "autorità" è rimasto piuttosto intricato, «mentre è generalmente rimasto lo stretto legame con il concetto di potere. [...] Talora si è negato, esplicitamente o implicitamente, che esista il problema di identificare l'autorità e di descrivere i rapporti tra autorità e potere: in particolare da coloro che hanno usato "potere" e autorità" come sinonimi. Ma la tendenza di gran lunga più generale è quella di distinguere tra potere e autorità, considerando quest'ultima come una specie del genere di potere o anche, ma assai più di rado, come una semplice fonte del potere» (STOPPINO 1976, 63).

[51] *Ex multis*, cfr. anche STOPPINO 1976, 63 s. In proposito, si veda anche VIOLA 2006, 921, secondo il quale «l'autorità [...] è il fondamento di legittimità di un dominio politico o, più esattamente, il fondamento della pretesa di legittimità del soggetto dominante».

[52] Si vedano, ad esempio, HALL, BIERSTEKER 2002a, 4, là dove affermano che «What differentiates authority from power is the legitimacy of claims of authority». In questo senso, si può sostenere che il

richiamato, in ambito politico, per connotare l'autorità pubblica dello Stato[53]. Quest'ultima si caratterizza per le modalità pubbliche con cui si identifica il soggetto che riveste una posizione autoritativa («public way of identifying the persons whose utterances are to be taken as "authoritative"»[54]).

Tuttavia, più in generale, si può parlare propriamente di pretesa di legittimità e, quindi, di "autorità" quando le espressioni linguistiche di uno degli attori sono percepite dagli altri, anche limitatamente a un determinato ambito, come "autoritative", nel senso di destinate a «indicare come ci si debba comportare o che cosa si debba credere o ritenere per vero, cioè [a] guidare con la modalità dell'obbligo i comportamenti o le credenze altrui»[55]. Tale situazione si determina al prodursi di due condizioni: *riconoscimento* e *consenso sociale* da parte degli attori soggetti all'autorità stessa[56]. Poiché entrambe le suddette condizioni possono riscontrarsi anche nei confronti di soggetti diversi da quelli pubblici, la letteratura più recente ha evidenziato la crescente importanza delle *autorità private*[57], rilevando che oggi i decisori pubblici statali non sono più gli unici (e forse nemmeno i principali) attori a svolgere un ruolo latamente "autoritativo", tanto in campo economico, quanto in quello politico. Infatti, nell'attuale fase di globalizzazione finanziaria, è sempre più necessario rimodellare questi paradigmi stato-centrici per dar conto del ruolo autoritativo del mercato e degli attori non-statali che fondano la loro pretesa di legittimità sul livello economico del discorso pubblico

concetto di autorità implica un certo grado di credenza normativa, da parte di uno degli attori della relazione di potere, che una data regola o norma *debba* essere obbedita. Una ricostruzione per certi versi analoga, dal punto di vista giuridico-politico, è fornita da RAZ 1979, 8 s., il quale sostiene che «the notion of legitimate authority is presupposed by that of effective authority. A person needs more than power (as influence) to have de facto authority».

[53] Cfr., ad esempio, CUTLER et al. 1999, 18.

[54] FRIEDMAN 1990, 64.

[55] VIOLA 2006, 918. Allo stesso modo, secondo SCHIAVELLO 2015, 51, l'autorità «è un particolare tipo di relazione tra individui in cui qualcuno indica a qualcun altro come deve comportarsi o cosa deve credere».

[56] HALL, BIERSTEKER 2002b, 204. Più specificamente, gli stessi autori affermano che «a growing number of actors – actors other than the state – appear to have taken on authoritative roles and functions in the international system. Many of these new actors have often been closely associated with the practices associated with the phenomenon of globalization. They include, but are not restricted to, the apparent authority exercised by global market forces, by private market institutions engaged in the setting of international standards, by human rights and environmental non-governmental organizations, by transnational religious movements, and even by mafias and mercenary armies in some instances» (HALL, BIERSTEKER 2002a, 4). Dunque, secondo questa ricostruzione, sarebbe possibile distinguere almeno tre casi particolari nel *genus* delle autorità private: autorità del mercato (ad esempio, le agenzie di *rating*), autorità morali o religiose (ad esempio, la Chiesa cattolica) e autorità illecite (ad esempio, la criminalità organizzata transnazionale).

[57] Si veda, ad esempio, CUTLER et al. 1999, 18, secondo cui «Private authority can thus evoke a sense of legitimacy and achieve a high degree of acceptance through recognition by others of specific knowledge, expertise, and representational skills». Sul punto cfr. anche WATT 2016, 325 ss. Con particolare riferimento al ruolo autoritativo delle agenzie di *rating* cfr. ROUGHAN 2016.

(c.d. «market-based actors or institutions»[58]). Tra questi, le agenzie di *rating*. Queste ultime, sotto il profilo del *riconoscimento sociale*, da un lato, sono percepite come autorità nel discorso pubblico (e come tali vengono menzionate da ministri e rappresentanti di istituzioni internazionali) e, dall'altro, sono esplicitamente menzionate da leggi, regolamenti, accordi internazionali e contratti come parametro di valutazione dei titoli finanziari. Sotto il profilo del *consenso*, una prospettiva di questo tipo non appare *ex se* in contrasto con la sovranità dell'attore statale se si considera che il consenso, da parte del decisore sovrano, al soggetto cui si riconosce autorità può anche avvenire in forma implicita[59]. In tal senso, Hurd ha opportunamente rilevato che «[t]o the extent that a state accepts some international rule or body as legitimate, that rule or body becomes an "authority"»[60].

Alcuni hanno parlato anche di posizione di "controllo"[61] o di "potere sociale"[62] da parte delle agenzie. A nostro avviso, al di là delle diverse denominazioni rinvenibili in dottrina, è importante chiarire che le agenzie non godono di alcun potere diretto nei confronti degli Stati. Come si vedrà a breve, sul piano *economico* la relazione di potere-soggezione si instaura, più propriamente, tra gli operatori finanziari (creditori) e gli Stati (debitori) in forza del rapporto di credito-debito tra essi sussistente. Mentre, sul piano normativo e *giuridico-politico*, l'impatto sul discorso pubblico è mediato dall'influenza che la loro posizione riesce a esercitare sul decisore politico e sull'opinione pubblica. Cionondimeno, le agenzie esplicano, in una certa misura, un "potere riflesso" per via dell'influenza che la loro valutazione ha sugli attori del discorso pubblico in genere e, in particolare, nei confronti delle scelte di investimento finanziario (le quali contribuiscono a determinare il grado di onerosità del ricorso al credito per gli Stati)[63]. In questo senso, i criteri per l'elaborazione dei *ratings* possono

[58] HALL, BIERSTEKER 2002a, 6.

[59] A riguardo, è stato incisivamente sostenuto che «States are often complicit in the creation of the market as authoritative. When state leaders proclaim that the "forces of the global market" give them little room for maneuver or independent policy choice, they are participating in the construction of the market as authoritative. They are not only ceding claims of authority to the market; they are creating the authority of the market» (HALL, BIERSTEKER 2002a, 6).

[60] HURD 1999, 381. Similmente, HALL, BIERSTEKER 2002a, 10 affermano che *non-state actors*, («such as enterprises, transnational social institutions, international organizations, and non-governmental organizations») stanno acquisendo crescente potere nell'economia politica internazionale, e di riflesso sul piano politico e sociale, e che «to the extent that their power is not challenged, they are implicitly legitimated as authoritative».

[61] Cfr., ad esempio, FRYDMAN 2013, 177.

[62] In proposito, si veda almeno la distinzione tra potere sociale e potere normativo: «Social power is the capacity to affect the interests of agents. Normative power is the capacity to affect their normative relations, such as their rights or duties» (GREEN 2000, 703).

[63] In tempi di crescita economica e di solide finanze pubbliche, questo tipo di potere riflesso si rivela sopito o blando in funzione della scarsa capacità di influenzare l'opinione pubblica e le procedure di *decision-making* statale. Lo stesso riacquisisce al contrario vigore nei momenti di crisi economica (quando verosimilmente maggiore sarebbe per lo Stato il bisogno di spesa in deficit per rilanciare l'economia) o ancor di più quando si tratti di una vera e propria "crisi del debito", come quella che hanno recentemente attraversato alcuni Stati

essere percepiti dall'opinione pubblica quali vere e proprie norme che esprimono un modello di "buone politiche" richieste dal mercato finanziario agli Stati.

Infine, la bontà del modello, qui proposto, di comprensione delle relazioni tra Stati e agenzie di *rating* necessita di alcune precisazioni in ordine al tipo autorità che viene incarnato dalle agenzie.

Secondo una classificazione proposta da Raz[64], si darebbero tre significati propri di autorità. Nel primo di essi, per "autorità" si intende il diritto di determinare regole destinate ad influenzare il comportamento di coloro i quali sono soggetti all'autorità. In questo senso, l'autorità «fornisce ragioni per agire; si tratta, dunque, di un'autorità pratica»[65].

Un secondo significato di autorità fa riferimento al concetto di "autorità normativa", la quale corrisponde al «diritto, prodotto da un permesso, di fare qualcosa che altrimenti sarebbe proibita»[66]. In questa accezione, un'autorità è tale in quanto è stata autorizzata da una norma di competenza (*power-conferring rule*[67]) ad esercitare un determinato potere. Come sostenuto da Kelsen, «tale diritto o potere può venir conferito ad un individuo soltanto da un ordinamento normativo»[68].

Infine, un ultimo significato fa riferimento alle "autorità epistemiche". Si tratta, in questo caso, di un'autorità che «fornisce ragioni per credere qualcosa»[69] e che corrisponde essenzialmente all'autorità "teoretica" dell'esperto e di chi abbia particolari competenze specialistiche[70].

Per comprendere in quale di questi significati il termine "autorità" possa appropriatamente essere utilizzato a proposito del ruolo svolto dalle agenzie di *rating*, è preliminarmente necessario stabilire il rapporto di *relazione* cui il concetto di autorità fa inevitabilmente riferimento[71]. In questo senso, si può distinguere a seconda che si

dell'Eurozona. Proprio in questi momenti di crisi, questo "potere" indiretto delle agenzie può facilmente giungere a condizionare l'esito del discorso pubblico e, per il tramite dell'opinione pubblica, le scelte politiche, economiche e istituzionali degli Stati.

[64] RAZ 1990.

[65] SCHIAVELLO 2015, 51. Dello stesso autore cfr. anche SCHIAVELLO 2016, 70.

[66] SCHIAVELLO 2015, 51.

[67] Cfr. HART 1961, 79-99. In proposito, si veda anche PINO 2010, 94, secondo cui le norme di competenza sono quelle «norme che stabiliscono le condizioni alle quali possono essere prodotti atti giuridici validi: in particolare, le norme che conferiscono poteri stabiliscono a quali condizioni un soggetto può validamente istituire, modificare o estinguere posizioni soggettive altrui (o eventualmente anche proprie)».

[68] KELSEN 1945, 389.

[69] Si veda SCHIAVELLO 2016, 70, il quale precisa che «l'autorità di emanare regole di condotta [...] può essere collegata all'autorità epistemica».

[70] Si veda, ad esempio, SCHIAVELLO 2015, 51, secondo il quale, in questo senso, «ha autorità l'esperto che, in quanto tale, è in grado di garantire l'affidabilità di certe informazioni sulla realtà. Lo storico dell'arte che certifica l'autenticità di un dipinto, ha autorità in questa accezione».

[71] Sul punto, si veda *ex multis* STOPPINO 1976, 63, per il quale l'autorità, considerata come una specie del potere, può essere definita come «un rapporto di potere stabilizzato o istituzionalizzato nel quale i sottoposti» prestano «(almeno entro certi limiti) un'obbedienza incondizionata». In senso analogo, si veda HALL, BIERSTEKER 2002a, 5: «There is an implicit social relationship between those who claim or

tratti dell'ambito economico del discorso pubblico o di quello politico.

Nel primo caso, si ricordi che le agenzie sono il soggetto *che valuta* (i titoli sovrani), gli operatori del mercato finanziario sono il soggetto *che decide* (su quali titoli investire), gli Stati sono il soggetto *valutato*. Si possono, perciò, esaminare due coppie relazionali: agenzie di *rating*/operatori del mercato finanziario e agenzie di *rating*/Stati emittenti titoli di debito sul mercato. In entrambe le coppie le agenzie possono essere accostate alle categorie delle autorità epistemiche. Esse *forniscono ragioni* affinché gli investitori *credano* che un determinato titolo abbia una determinata affidabilità o un determinato livello di rischio. Nella seconda coppia, le agenzie *forniscono ragioni* affinché gli Stati *credano* che determinate politiche (individuate nei criteri per l'elaborazione del *rating* o negli *outlooks*, ad esempio) possano determinare una maggiore o minore attrattività dei titoli sovrani e, dunque, una maggiore o minore onerosità del ricorso all'emissione di titoli di debito pubblico.

Con riferimento all'ambito politico del discorso pubblico, si aggiunge una terza coppia relazionale: agenzie di *rating*/opinione pubblica. In questo contesto relazionale, le agenzie forniscono all'opinione pubblica ragioni e argomenti per credere che l'adozione di determinate politiche da parte del "decisore politico" istituzionale sortiranno un determinato effetto sulla capacità dello Stato di potersi finanziare sul mercato e di ottenere una determinata "pagella di buona reputazione".

Dunque, è evidente che, se si vuole esprimere in termini di autorità la relazione tra le agenzie e gli altri attori del discorso pubblico, si deve far riferimento alla nozione di autorità epistemica. Infatti, quando le agenzie presentano agli investitori, agli Stati e all'opinione pubblica le proprie valutazioni sul merito di credito (in base a certi criteri, peraltro resi pubblici) "forniscono ragioni per credere", in virtù delle particolari e specialistiche competenze tecniche dei loro analisti, che il titolo emesso da quel dato emittente sovrano ha una certa affidabilità.

Come accennato in precedenza, le agenzie svolgono questo tipo di ruolo nel discorso pubblico per via della particolare congiuntura di condizioni *de jure* e *de facto* che esamineremo nel prossimo sottoparagrafo.

3.2. *Ragioni* de facto *e* de jure

Le agenzie di *rating* sono percepite come autorità *epistemiche* nel mercato finanziario per via di considerazioni di carattere *giuridico* e *fattuale*.

Partiamo dagli aspetti giuridici. La capacità di influenzare (o, talvolta, determinare) la facilità di accesso al credito da parte degli Stati è *de jure* attribuita da

exercise authority and those who are subject to, or recognize, authority». Ancor più esplicitamente, è stato sostenuto che «L'Autorità [...] è necessariamente una relazione (fra agente e paziente): è un fenomeno essenzialmente sociale (e non individuale); perché vi sia Autorità bisogna essere almeno in due» (KOJÈVE 2004, 20). Cfr. anche SCHIAVELLO 2015.

alcune norme giuridiche (anche di carattere pubblicistico), di cui alcune molto risalenti. Già dagli anni Trenta il *rating* è presente nella regolamentazione statunitense: si tratta, prevalentemente, di norme volte a stabilire restrizioni d'investimento per alcune categorie di investitori quali banche d'investimento e fondi pensione. In particolare, vi sono casi in cui tali soggetti possono investire soltanto in strumenti c.d. *investment grade*[72] ed altri in cui, pur essendo loro consentito di investire in strumenti non qualificati come *investment grade*, o possono investire solo una minima parte del loro capitale o sono obbligati all'accantonamento di somme extra a fini prudenziali[73]. In Europa la situazione era molto simile sino all'intervento della direttiva UE n. 14/2013, la quale mira a limitare l'utilizzo meccanico e automatico del *rating* nelle scelte di investimento di enti pensionistici aziendali e professionali, e in generale di tutti i fondi pensione, e anche di gestori di organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM) e di fondi di investimento alternativi (FIA)[74]. Ancora in Europa, il riferimento al *rating* è stato utilizzato in diverse comunicazioni della Commissione Europea relative all'applicazione degli artt. 87 e 88 del trattato CE, per determinare se una garanzia o un finanziamento prestato da uno stato membro ad un'impresa nazionale costituisca un aiuto di stato[75]. A livello internazionale, è opportuno ricordare il già menzionato accordo di Basilea II come momento di consacrazione globale delle agenzie. La previsione normativa riguarda il metodo di calcolo del patrimonio di vigilanza delle banche: non più una percentuale determinata *a priori*[76], bensì ancorata al grado di rischiosità dei debitori con cui le banche intrattengono rapporti. Tale grado di rischiosità è valutato in base alla probabilità attesa di *default*, per la cui determinazione lo strumento principale è, appunto, il *rating*. Un ampio utilizzo del *rating* può essere riscontrato anche in numerosi contratti: per esempio sotto forma di particolari clausole denominate *rating triggers*. Queste ultime sono molto diffuse nella prassi dei contratti di finanziamento e prevedono che, qualora il merito di credito dell'emittente scenda al di sotto di una predeterminata soglia di *rating* (attribuito da una o più agenzie individuate nel contratto), spetta ai creditori, al fine di tutelare le proprie pretese, il diritto di imporre all'emittente determinate azioni (come, per esempio, l'anticipazione del pagamento, l'aumento del tasso di interesse etc.)[77].

Per quanto riguarda, invece, le condizioni *de facto*, l'autorità delle agenzie risiede in una particolare combinazione di fattori di carattere economico e giuridico che

[72] Al di sopra della soglia BBB- per S&P, Baa3 per Moody's, BBB per Fitch.

[73] FERRI, LACITIGNOLA 2009, 163.

[74] Cfr. Direttiva UE n. 14/2013. La direttiva è stata recepita in Italia con d.lgs. 66/2015.

[75] Comunicazione della Commissione Europea n. 155/2008, pp. 10-22; Comunicazione della Commissione Europea n. 14/2008, pp. 6-9.

[76] Il precedente accordo di Basilea (1988) prevedeva l'accantonamento a patrimonio di vigilanza dell'8%.

[77] Per la definizione di *rating trigger* cfr. PARMEGGIANI 2013, 428. Per una classificazione dei tipi più diffusi di *triggers* cfr. PARMEGGIANI 2013, 430.

caratterizza l'attuale fase della globalizzazione[78]. In primo luogo, un presupposto fondamentale per il rafforzarsi del ruolo delle agenzie di *rating* è dato dall'attuale fase di "finanziarizzazione dell'economia". Quest'ultima formula fa riferimento al *trend* in atto di drenaggio di capitali dall'economia reale a quella finanziaria, per il quale mentre il PIL mondiale è raddoppiato negli ultimi dieci anni, attestandosi a poco più di 75 mila miliardi di dollari, il volume delle transazioni finanziarie è triplicato, raggiungendo la più che ragguardevole cifra di un milione di miliardi di dollari[79]. Ciò, di per sé, accresce notevolmente l'impatto delle decisioni degli operatori del mercato finanziario sull'economia in genere e con esso la rilevanza delle agenzie di *rating*. L'effetto risulta, per altro verso, amplificato dalla composizione di tale volume di transazioni finanziarie: una parte relativamente piccola del milione di miliardi complessivo è data dalla compravendita di strumenti finanziari primari, mentre il 70% circa è costituito da titoli derivati (ossia, oltre 700 mila miliardi di dollari)[80]. Sia i titoli derivati[81] sia alcune particolari categorie di titoli primari sono in genere abbastanza complessi[82] e difficilmente maneggiabili da un investitore non professionale, così che il ricorso a strumenti di valutazione altrettanto complessi – che siano allo stesso tempo di facile intelligibilità (come quelli proposti dalle agenzie di *rating*) – diventa (quasi) imprescindibile al fine di orientare le scelte di investimento. Questa particolare condizione di complessità e pervasività del mercato finanziario è, a sua volta, frutto del noto fenomeno di deregolamentazione del mercato finanziario[83], attuato con particolare intensità a cominciare dagli anni Ottanta, in coincidenza con la cosiddetta "svolta neoliberista". Infine, un ultimo fattore *de facto* che rafforza la

[78] Si veda, ad esempio, LEWKOWICZ 2013, 190, secondo il quale il potere detenuto dalle agenzie nei confronti degli Stati, è «le résultat d'un contexte particulier, marqué par le mouvement mondial de dérégulation financière et de désintermédiation bancaire, qui détermine une logique d'ensemble».

[79] Questi dati sono aggiornati all'inizio del 2015 e tratti da PANARA 2015.

[80] Questi dati sono aggiornati all'inizio del 2015 e tratti da PANARA 2015.

[81] I derivati sono «sono contratti il cui valore dipende dall'andamento di una o più variabili (il "sottostante"): tassi di interesse, azioni o indici azionari, merci, tassi di cambio» (SIGNORINI 2015, 3). Sebbene siano stati concepiti per finalità di copertura dei rischi, negli ultimi decenni del Novecento «la funzione di riduzione del rischio per cui i derivati erano nati è divenuta relativamente marginale rispetto a quella speculativa» (GALLINO 2011, 60). Il potenziale insidioso dell'enorme ammontare di derivati (con funzione speculativa) in circolazione si è palesato in occasione dell'esplosione della crisi iniziata nel 2007/2008: sul massiccio ricorso alla finanza derivata come causa della crisi, si vedano, ad esempio, D'ORLANDO 2012, 32-36 e GALLINO 2011, 60 s. e 64-67.

[82] I titoli primari sono contratti che regolano direttamente i trasferimenti di moneta o di denaro. Per quanto riguarda i titoli primari, esempi di strumenti particolarmente diffusi e complessi sono le Cdo (*Collateral Debt Obligations*: obbligazioni che hanno per collaterale un debito). Si tratta di strumenti finanziari costituiti non da un singolo titolo, bensì da un insieme eterogeneo di titoli diversi: da alcune centinaia (i c.d. *Assets Backed Securities*, i quali, peraltro, sono già titoli compositi che raggruppano un centinaio di singoli debiti di un determinato tipo), nel caso di Cdo "semplici", a svariate migliaia di titoli nel caso Cdo "al quadrato" (Cdo formate da altre Cdo). L'estrema numerosità ed eterogeneità dei titoli in esse contenuti, com'è ovvio, rende difficilissimo il calcolo del profilo di rischio del titolo "contenitore" (cfr. GALLINO 2011, 62-64).

[83] A riguardo cfr., *ex multis*, D'ORLANDO 2012, 22-24 e 32-36 e DI GASPARE 2011, 28-31 e 121 ss.

posizione di autorità epistemica delle agenzie di *rating* nella valutazione dei debiti sovrani è proprio l'enorme ammontare di questi (circa 60 miliardi di dollari) rispetto al volume complessivo dell'economia reale mondiale. Infatti, considerando che il debito pubblico raggiunge quasi un'annualità del PIL mondiale, si potrebbe dire che le stesse politiche economiche degli Stati sono fondate in larga parte sul ricorso all'indebitamento. Se a ciò si aggiunge il debito detenuto a livello mondiale dalle famiglie, dalle imprese e dagli operatori del mercato finanziario, il debito mondiale complessivo raggiunge le tre annualità del PIL mondiale. Per tali ragioni, in un'economia fondata sul debito, pare del tutto ragionevole che gli Stati percepiscano *de facto* come un'autorità le agenzie di *rating*, in ragione del loro potere di influenzare (o, talvolta, determinare) le scelte di investimento attraverso le loro valutazione sul "merito di credito". In questo senso, come si chiarirà meglio nel paragrafo successivo, i *ratings* sovrani formulati dalle agenzie esplicano l'*effetto* normativo di fissare un "codice globale di buona condotta del debitore", anche laddove quest'ultimo sia un ente sovrano (*superiorem non recognoscens*).

4. *Effetti normativi e sanzionatori dei* sovereign ratings

In virtù della loro posizione autoritativa, le agenzie di *rating* sono capaci di esplicare effetti normativi (§ 4.1) e sanzionatori (§ 4.2) nei confronti degli Stati attraverso l'influenza che le stesse esercitano sulle scelte degli altri attori del discorso pubblico, come gli operatori finanziari e l'opinione pubblica. Questo tipo di posizione di "controllo"[84] ricoperta dalle agenzie di *rating*, infatti, è strettamente legata alle condizioni *de facto* e *de jure* innanzi esposte e agli effetti che le valutazioni delle agenzie (in particolare sui titoli sovrani) effettivamente esplicano nel mercato finanziario globale. Tali effetti, in relazione agli Stati valutati, sono essenzialmente di tre tipi.

In primis, il solo fatto di assegnare un *rating* ad uno Stato sovrano equivale a riconoscere lo Stato in questione come membro di quella comunità che corrisponde al mercato finanziario globale. Questo primo effetto del *rating* potrebbe essere chiamato "di *membership*" o "di riconoscimento"[85], ed è, ad esempio, evidenziabile nel caso del *rating* egiziano menzionato in apertura di paragrafo.

In secondo luogo, le agenzie di *rating* assolvono al loro compito principale: valutare la «volontà e capacità di un governo di onorare il proprio debito alla scadenza stabilita e in maniera integrale»[86].

[84] Così, ad esempio, FRYDMAN 2013, 176.

[85] Naturalmente questo effetto è limitato esclusivamente al campo di relazioni economico-finanziario, in quanto questa stessa funzione di riconoscimento in campo politico compete agli stessi Stati sovrani, secondo le norme del diritto internazionale.

[86] STANDARD AND POOR'S 2014b, 2.

Nel far ciò, esse finiscono per esplicare degli effetti normativi nei confronti degli Stati in ambito economico, istituzionale, fiscale etc. Infatti, ogni *rating* produce naturalmente in chi è valutato un certo grado di conformità rispetto ai criteri in base ai quali la valutazione stessa è elaborata[87].

In terzo luogo, l'autorità delle agenzie include anche il compito di sorvegliare il rispetto delle direttive (o delle "regole" per usare le parole del già citato rappresentante dell'FMI in Egitto) da esse stesse elaborate. Infatti, qualora queste ultime non siano rispettate da uno Stato, le agenzie di *rating* possono "sanzionare" il comportamento attraverso un *downgrade* o un *outlook negativo* (quest'ultimo può essere visto come una sorta di ammonizione agli Stati "trasgressori"). È questo un effetto sanzionatorio che le agenzie di *rating* determinano, per lo più, indirettamente, in virtù della forte influenza che le stesse esercitano sulle scelte d'investimento. In altri termini, potremmo dire che con un *downgrade* le agenzie "comminano una sanzione" i cui effetti negativi sullo Stato destinatario del declassamento si determinano in forma automatica o mediata.

Nei prossimi due sottoparagrafi, si analizzeranno più approfonditamente queste ultime tipologie di effetti.

4.1. *Effetti normativi*

Per poter compiutamente sostenere che l'operato delle agenzie di *rating* produce degli effetti normativi, è opportuno effettuare alcune precisazioni di carattere teorico e preliminare su alcuni concetti fondamentali, a cominciare da quello di "norma". La letteratura in materia è quanto mai ampia; pertanto si procederà ad un'esposizione inevitabilmente selettiva funzionale ad una miglior comprensione del fenomeno.

Partendo da una definizione di massima, per "norma" si può intendere «il significato di un enunciato [la disposizione] in funzione prescrittiva»[88]. Occorre evidenziare che, in questa prima definizione, il termine prescrittività è usato in senso "debole", come prerogativa di un sistema volto a influire sui comportamenti dei soggetti parte del sistema in questione, non essendo necessario, dunque, che i singoli enunciati che ne fanno parte siano essi stessi "genuinamente" prescrittivi (o prescrittivi in senso "forte"). In tal senso, ciò che rileva è la possibilità di formulare *qualsiasi* norma attraverso la proposizione condizionale "se F allora C", dove F rappresenta la fattispecie e C la conseguenza che vi si ricollega: tale conseguenza non necessariamente consiste in una modalità deontica di obbligo o divieto[89]. È proprio la presenza di quest'ultima, infatti, a permettere, con la concorrenza

[87] Sulla "reattività sociale" ai criteri di valutazione, si veda in particolare ESPELAND, SAUDER 2007. Lo stesso aspetto è posto in rilievo anche in LEWKOWICZ 2013, 196.
[88] PINO 2013, 157.
[89] Cfr. PINO 2013, 160-164.

degli ulteriori requisiti che stiamo per vedere, la qualificazione di una norma prescrittiva "in senso forte" come tale. Le altre caratteristiche sono: la produzione con atto normativo intenzionale; la statuizione espressa mediante una formulazione autoritativa, generalmente scritta; la descrizione della fattispecie come un insieme di fatti o uno stato di cose determinato; la previsione di una sanzione in caso di trasgressione[90].

Rispetto alla breve ricostruzione tratteggiata sulla norma in generale, si può intanto osservare che anche i criteri delle agenzie di *rating* sono formulabili sotto forma di proposizione condizionale, dove F è rappresentato da "adozione di misura y/rispetto di parametro z" e C da "punteggio x". Inoltre, il sistema che abbiamo ricostruito attraverso i due campi di relazione, pur non essendovi specificamente finalizzato, appare *di fatto* idoneo ad influire direttamente sui comportamenti e sulle scelte degli investitori e, per il tramite di questi, sui comportamenti e sulle scelte degli Stati (quando ciò non avvenga pure automaticamente per effetto, ad esempio, di previsioni normative positive che contemplino il *rating* come strumento regolamentare): ciò spiega la scelta di riferirsi specificamente ad *effetti* normativi, tenendo, quindi, distinto l'aspetto strettamente teleologico.

D'altra parte, per quanto riguarda il *tipo* di norma, i criteri adottati dalle agenzie non sembrano diretti a determinare la volontà del destinatario attraverso un obbligo o un divieto, come nel caso delle prescrizioni in senso forte. Essi, piuttosto, si limitano ad indicare agli Stati un mezzo (misura x/parametro y) per arrivare a un fine (punteggio x): non sono diretti a indirizzarne la volontà, ma a render loro noto che essa è condizionata. Proposizioni di questo tipo sono definite da von Wright "norme tecniche"[91] e sono composte, nella struttura, dalla menzione della volontà del destinatario e dalla condizione a cui è subordinata la sua realizzazione[92]: nel nostro caso, la formulazione sarebbe "se si vuole avere il punteggio x, adottare misura y/rispettare parametro z". Ogni norma tecnica è logicamente collegata ad un'asserzione anankastica, ossia un asserto descrittivo che indica che «qualcosa [il mezzo] è (o non è) una condizione necessaria per qualcos'altro [il fine]»[93]. Come si vedrà a breve, le agenzie possono affermare, per esempio, sotto forma di proposizione anankastica che una bassa spesa pubblica su pensioni e sanità o la capacità e volontà di accrescere le entrate attraverso aumenti delle aliquote fiscali, etc. sono (tra le altre) condizioni necessarie per (concorrere a) ottenere un buon *rating*. La relativa norma tecnica seguirà, dunque, la formulazione "se si vuole avere un buon *rating*, si deve ridurre la spesa per pensioni e sanità, alzare le aliquote fiscali, etc."[94].

[90] Cfr. PINO 2013, 165 s.
[91] Cfr. VON WRIGHT 1963, 9.
[92] Sul punto cfr. anche NINO 1980, 59.
[93] VON WRIGHT 1963, 10.
[94] Non mancano, comunque, opinioni divergenti da quella di von Wright secondo cui non vi è alcuna differenza sostanziale tra asserzioni anankastiche e norme tecniche poiché queste ultime sono da

A ben vedere, in determinate condizioni, dette norme possono presentare delle similitudini anche con la categoria delle norme genuinamente prescrittive. Infatti, la necessità per lo Stato di ottenere un buon *rating* varia in funzione di due fattori: capacità delle agenzie di influenzare gli attori del discorso pubblico (in particolare, investitori e opinione pubblica) e fabbisogno finanziario dello Stato in questione. Per quanto riguarda il primo fattore, per le condizioni *de facto* e *de jure* esaminate precedentemente, si riscontra attualmente un alto grado di legittimazione delle agenzie come autorità epistemiche e, di conseguenza, un'alta capacità delle agenzie di influenzare gli altri attori del discorso pubblico e, in particolare, gli investitori. Per quanto riguarda il fabbisogno finanziario, esso varia da Stato a Stato in base all'esposizione debitoria dello stesso e alla sostenibilità del proprio debito (anche in relazione al suo andamento economico). In altri termini, è evidente che l'impatto, in termini di effetti normativi dei criteri per l'elaborazione dei *ratings* sovrani, risulterà amplificato in un'economia debole (ad esempio, quella della Grecia), mentre risulterà piuttosto ridotto in un'economia più solida (come, ad esempio, quella tedesca). Dunque, se, da una parte, è vero che agli Stati non viene imposto o vietato un certo comportamento, dall'altra, l'effetto di conformità deriva dal fatto che, nelle condizioni attuali e, in particolare per i Paesi con economie relativamente deboli, l'ipotesi "se si vuole il (buon) punteggio x" risulta essere una via quasi obbligata e, di conseguenza la condizione "adottare misura y/rispettare parametro z" diventa pressoché necessaria.

Infatti, al discostarsi da parte di uno Stato dai criteri adottati dalle agenzie può conseguire il *downgrade*. Quest'ultimo, come si vedrà più analiticamente nel successivo paragrafo, per gli effetti nefasti che produce (soprattutto) sulle economie nazionali meno solide, rappresenta un vero e proprio spettro, una minaccia incombente capace allo stesso tempo di ridurre le possibilità di finanziamento e accrescere contestualmente il costo del debito pubblico: si sosterrà, attraverso un percorso argomentativo che sarà esposto poco più avanti (vedi *infra*, § 4.2), che il *downgrade* produce un "effetto sanzionatorio" per lo Stato che lo subisce. Dunque, è in questo senso che gli Stati "devono" (in un senso che si avvicina a quello prescrittivo) conformarsi ai criteri politici, economici e istituzionali (pro)posti dalle agenzie. Per tutte queste ragioni, la definizione che ci appare più appropriata per i criteri formulati dalle agenzie di *rating* è quella di "norme tecniche a carattere para-prescrittivo".

4.1.1. *Fattori quantitativi e criteri qualitativi nei* ratings *sovrani: discrezionalità tra matematica e politica*

Del contenuto di tali norme si è già parlato, seppur genericamente, nel § 2.3.1, dove si è descritta sinteticamente la metodologia utilizzata da S&P per arrivare all'emis-

considerarsi proposizioni descrittive: cfr., *ex multis*, POWELL 1967, 37.

sione del *rating* attraverso la combinazione di diversi punteggi attribuiti a cinque fattori chiave. Nella valutazione di ciascun fattore chiave, si tiene conto di ulteriori sub-fattori. Proprio da essi, dunque, si ricavano le norme che lo Stato deve di volta in volta rispettare per non rimanere escluso dal mercato obbligazionario e, quindi, dalla possibilità di finanziarsi. È attraverso alcuni esempi sui fattori rilevanti ai fini del calcolo del *rating*, pertanto, che sarà possibile avere un'idea del contenuto delle norme in questione.

Tuttavia, non tutti i sub-fattori hanno carattere latamente normativo. Infatti, come precisato dalla stessa S&P, ogni fattore «is based on a series of quantitative factors and qualitative considerations»[95] ed è solo per queste "considerazioni qualitative" che è dato rinvenire criteri di valutazione delle politiche degli Stati. Più precisamente, «Some factors, such as the robustness of political institutions, are primarily qualitative, while others – such as those relating to the real economy, debt, and external liquidity – use mostly quantitative indicators»[96].

I fattori "quantitativi" si rivelano piuttosto avulsi dal linguaggio propriamente normativo. Essi si limitano, infatti, a calcolare ed aggregare in forma descrittiva dati (numerici) inerenti alle performance degli Stati concernenti i profili esaminati. Tra i cinque fattori considerati dalle agenzie per la valutazione sui titoli sovrani, tre sono basati principalmente su criteri quantitativi e, dunque, su parametri e indici essenzialmente oggettivi. Gli stessi assumono come un dato le politiche commerciali, fiscali e monetarie attuate dagli Stati e ne misurano gli effetti "a valle", le performance, in base a determinati indici. Un esempio, emblematico di fattore chiave calcolato su base essenzialmente quantitativa è l'*economic assessment*. Infatti, il punteggio iniziale di quest'ultimo è calcolato in base ad un unico criterio: il livello di reddito, misurato in PIL pro capite[97]. Questo punteggio base dell'*economic assessment* può ricevere in seguito un aggiustamento positivo o negativo (fino a due categorie) in relazione alle prospettive di crescita economica[98] e alla sua concentrazione e volatilità[99]. Tutti questi criteri sono in qualche modo

[95] STANDARD AND POOR'S 2014c, 4. Cfr. anche VERNAZZA, NIELSEN 2015, in cui si distingue tra "componente oggettiva" e "componente soggettiva" relativamente ai criteri adottati dalle tre principali agenzie.

[96] STANDARD AND POOR'S 2014c, 9.

[97] STANDARD AND POOR'S 2014c, 13 s.: «We derive an initial assessment based on a country's income level, as measured by its GDP per capita», poiché «With higher GDP per capita, a country has broader potential tax and funding bases upon which to draw, which generally support creditworthiness».

[98] L'aggiustamento in base alle prospettive di crescita economica si basa su parametri altrettanto quantitativi e relativamente oggettivi, comunque legati alla misurazione del PIL in un determinato arco temporale: «A sovereign's economic assessment is one category worse or better than the initial assessment when its growth prospects are well below or above those of sovereigns in the same GDP per capita category. The key measure of economic growth is real per capita GDP trend growth» (STANDARD AND POOR'S 2014c, 16).

[99] Anche l'aggiustamento operato in base alla volatilità e concentrazione della crescita economica viene calcolato in base a fattori essenzialmente quantitativi: «a sovereign's economic assessment would be one category worse if it carried significant exposure to a single cyclical industry (typically accounting for

dati sulla prestazione economica di un determinato Stato sovrano, calcoli aritmetici che forniscono una rappresentazione in termini *descrittivi* di un certo stato delle cose. Un fattore come l'*economic assessment* non *valuta* le politiche adottate "a monte" da un determinato Stato, bensì valuta quali effetti "a valle" esse hanno prodotto in termini di determinati indici numerici (come il PIL).

Al contrario, due dei cinque fattori chiave (in particolare, *institutional assessment* e *fiscal flexibility*) si determinano essenzialmente sulla base di *valutazioni* di carattere qualitativo. In criteri di questo tipo, le politiche adottate sono oggetto diretto della valutazione ("a monte"). In altri termini, le politiche (in quanto tali) ricevono una sorta di "pagella" che rispecchia la minore o maggiore *conformità* ad uno *standard* predeterminato (e in una qualche misura discrezionale) di buona "flessibilità fiscale" e di *market-friendliness* dell'"assetto istituzionale". È proprio in ciò che risiede l'effetto normativo prodotto dalle agenzie, intese quale *standard setters*: gli Stati hanno più o meno possibilità di accedere al credito sul mercato finanziario globale in base alla loro "capacity and willingness" di adeguarsi a determinati "modelli di comportamento" fissati dalle agenzie. Questi criteri di carattere qualitativo coinvolgono, infatti, valutazioni, considerazioni e scelte di carattere eminentemente politico, proprio perché sono le politiche stesse (e non i loro effetti a valle) a essere valutate in base a norme *tecniche* del tipo "se lo Stato vuole ottenere il fine X e dunque il *rating* xxx, deve mettere in atto la politica Y" (a volte riformulate e presentate come le proposizioni anankastiche sottese).

Per quanto riguarda il metodo di determinazione del *punteggio politico* (*institutional assessment*), S&P spiega che essa si snoda attraverso due fasi: l'analisi di un fattore primario ed uno secondario (che aggiunge al primo informazioni addizionali) mediante una tabella che indica per ciascun punteggio (da 1 a 6) le caratteristiche attese in relazione a ciascun fattore[100]. L'agenzia precisa che «the assessment of these factors relies mostly on our qualitative analysis, which may be informed by external sources such as the World Bank or the IMF»[101]. Per ragioni di economia espositiva, ci soffermeremo solo sul fattore primario[102], ed in particolare su uno dei quattro elementi che concorrono alla sua determinazione. Il fattore primario è individuato nella «effectiveness, stability, and predictability of policymaking, political institutions, and civil society»[103] e uno degli elementi determinanti alla sua valuta-

more than about 20% of GDP) or if its economic activity were vulnerable due to constant exposure to natural disasters or adverse weather conditions» (STANDARD AND POOR'S 2014c, 17).

[100] Il punteggio risultante può, eventualmente, subire correzioni al ribasso se interviene uno dei due fattori di aggiustamento previsti, o entrambi.

[101] STANDARD AND POOR'S 2014c, 11.

[102] Per completezza, si fa menzione degli altri tre: il fattore secondario è identificato nella «transparency and accountability of institutions, data, and processes as well as the coverage and reliability of statistical information»; i due fattori di aggiustamento eventuali sono «sovereign's debt payment culture» e «external security risks» (cfr. STANDARD AND POOR'S 2014c, 9).

[103] STANDARD AND POOR'S 2014c,12.

zione concerne «la storia del Paese nel gestire le passate crisi politiche, economiche e finanziarie, nel mantenere una legislazione prudente e nel guidare una crescita economica bilanciata»[104]. Tutto ciò comporta, secondo S&P, «la puntuale realizzazione di varie riforme (come ad esempio sulla sanità o sulle pensioni, per garantire la sostenibilità delle finanze nel settore pubblico nel lungo periodo), una gestione prudente della politica monetaria, e una gestione efficace delle pressioni esterne»[105]. Secondo quanto risulta dalla relativa tabella, ottiene il punteggio massimo (1) lo Stato che dimostra, tra le altre cose, di avere «capacità e volontà di attuare riforme che assicurino finanze pubbliche sostenibili e una crescita economica nel lungo periodo»[106] e «alta probabilità che le istituzioni e le politiche rimarranno stabili nel tempo assicurando la prevedibilità delle risposte alle future crisi»[107]. Il punteggio scende a 2 se il governo dimostra «minore capacità di attuare riforme a causa di un processo decisionale lento o complesso»[108] o sono in atto «cambiamenti nel panorama politico o nel quadro istituzionale, i quali comportano incertezze sulla capacità di sostenere una crescita economica stabilmente nel lungo periodo»[109]. La valutazione sfiora il minimo quando il governo effettua delle «scelte politiche che probabilmente ridurranno la capacità e la volontà di mantenere finanze pubbliche sostenibili»[110]. Come si denota dall'analisi di questo criterio inserito nell'*institutional assessment*, i punteggi assegnati nei *ratings* sovrani dipendono dal grado di aderenza da parte degli Stati ai "modelli del buon debitore" elaborati dalle agenzie anche individuando delle politiche ben precise (come le riforme su pensioni e sanità) che gli Stati devono attuare per avere un buon punteggio.

Ad analoghe conclusioni si può pervenire scandagliando il metodo di attribuzione del punteggio fiscale. L'analisi è suddivisa in due segmenti separatamente valutati (*fiscal performance and flexibility* e *debt burden*), la cui media costituisce il punteggio finale. La scelta di soffermarsi, qui di seguito, sulla *fiscal performance and flexibility* è motivata dalla più marcata presenza, in questo segmento di valutazione, di fattori qualitativi. Ad un punteggio iniziale ottenuto tramite un calcolo che tiene in considerazione il PIL, infatti, vengono applicate delle correzioni al rialzo o al ribasso (fino a due punti) sulla base di una serie di fattori *primarily qualitative*[111]. Ottiene una correzione al rialzo lo Stato che, per esempio, dimostra una «maggiore capacità e volontà di accrescere le entrate attraverso aumenti delle aliquote fiscali, nella copertura fiscale o mediante la vendita di cespiti nel breve

[104] STANDARD AND POOR'S 2014c,12 (traduzione nostra).
[105] STANDARD AND POOR'S 2014c, 12 (traduzione nostra).
[106] STANDARD AND POOR'S 2014c, 10 (traduzione nostra).
[107] STANDARD AND POOR'S 2014c, 10 (traduzione nostra).
[108] STANDARD AND POOR'S 2014c, 10 (traduzione nostra).
[109] STANDARD AND POOR'S 2014c, 10 (traduzione nostra).
[110] STANDARD AND POOR'S 2014c, 11 (traduzione nostra).
[111] STANDARD AND POOR'S 2014c, 26.

termine (generalmente a partire da circa il 3% del PIL), rispetto a governi di Paesi con un livello di sviluppo simile»[112]. S&P spiega che la stima riguarda i due fronti su cui il governo può agire: la *revenue flexibility* e la *expenditure flexibility*. La prima è una valutazione qualitativa che si basa «on the government's policy or track record, but also taking into account potential constitutional, political, or administrative difficulties, as well as potential economic or social consequences of such measures»[113]. La seconda viene determinata avendo riguardo a «the level and trend of public-sector wages and entitlement expenditures (pensions and health care), the mix of operating and capital expenditures, and the government's track record and policy with regard to implementing expenditure cuts when needed»[114]. Il punteggio iniziale sarà corretto, invece, al ribasso quando il Paese ha una carenza nei servizi basilari per la popolazione e nelle infrastrutture tale da far prevedere delle spese per un lungo periodo di tempo o quando affronta delle spese *age-related*, come ad esempio per pensioni e sanità[115].

Le scelte politiche oggetto di valutazione negli esempi esposti sono, dunque, varie ed eterogenee: dall'assetto istituzionale al *welfare*, dall'"efficienza" delle procedure legislative alla pressione fiscale.

Grazie a uno studio statistico che coinvolge 138 Stati valutati dalle tre grandi, possono ottenersi delle informazioni aggiuntive su quali siano le scelte preferite dalle agenzie in termini di politiche economiche e commerciali. Lo studio ha per oggetto i *rating announcements*[116] pubblicati da queste ultime, ossia dichiarazioni in cui vengono spiegate le motivazioni che hanno condotto a eventuali cambiamenti nella valutazione di un determinato Stato e/o fornite indicazioni in merito alle politiche future che possono influire su tali cambiamenti. Il periodo preso in considerazione ai fini dell'indagine va dal 1995 al 2011 per Moody's e Standards & Poor's, mentre Fitch Ratings ha iniziato a pubblicare i propri annunci dal 1999. In quest'arco di tempo, gli *announcements* pubblicati, e quindi i relativi *ratings* emessi, sono stati 1223. In 450 dei 1223 *announcements* vengono espressi 647 giudizi che menzionano l'attuazione di una specifica politica economica: le politiche menzionate più frequentemente sono privatizzazione e deregolamentazione, seguite dall'abbattimento delle barriere commerciali, liberalizzazione degli IDE[117] e liberalizzazione

[112] STANDARD AND POOR'S 2014c, 26.
[113] STANDARD AND POOR'S 2014c, 26.
[114] STANDARD AND POOR'S 2014c, 26.
[115] Cfr. STANDARD AND POOR'S 2014c, 27.
[116] Dalla metà degli anni '90 le agenzie hanno pubblicato un annuncio per ogni *upgrade/downgrade* di un *rating* esistente o per ogni nuovo *rating* assegnato.
[117] «[I]nvestimento diretto estero. Flusso di investimenti effettuati dagli operatori in Paesi diversi da quello dove è insediato il centro della loro attività. In particolare, sono definiti i. d. e., anche noti con la sigla IDE, gli investimenti internazionali volti all'acquisizione di partecipazioni "durevoli" (di controllo, paritarie o minoritarie) in un'impresa estera (mergers and aquisitions) o alla costituzione di una filiale all'estero (investimenti greenfield), che comporti un certo grado di coinvolgimento dell'investitore nella

in conto capitale; nella maggior parte dei casi, ciascuna di queste politiche viene valutata positivamente o, nel caso di *rating outlook*, "suggerita"[118].

Una volta identificati la struttura ed il contenuto delle "norme" in questione, per comprendere le ragioni per cui, pur in assenza di una formulazione deontica, lo Stato sia indotto a conformarsi ad esse, è indispensabile soffermarsi sul profilo degli effetti sanzionatori collegati all'inottemperanza ai criteri di *rating* e ai "modelli" posti dalle agenzie.

4.2. *Effetti sanzionatori*. Downgrade *e* Outlook

Nel § 4.1 si è argomentata la definizione di "norme tecniche a carattere para-prescrittivo" sulla base, tra l'altro, dell'*effetto sanzionatorio* prodotto dai meccanismi del *downgrade/upgrade* e del *rating outlook* (come conseguenze dell'inosservanza dei criteri adottati dalle agenzie). L'utilizzo di tale locuzione necessita, naturalmente, di una premessa teorica relativa al termine "sanzione" e di alcune precisazioni utili alla definizione del nostro modello.

Per quanto riguarda la sanzione essa può essere definita in senso stretto o in senso ampio. Per sanzione in senso stretto si intende «la minaccia di un danno che l'autorità normativa può collegare alla prescrizione in caso di inadempimento»[119].

Adottando, invece, un senso ampio di sanzione essa può genericamente essere definita come la «risposta di un ordinamento ai comportamenti difformi (sanzioni negative) o a quelli conformi (sanzioni positive)»[120]. A parte la tradizionale distinzione tra sanzioni negative e positive[121], ciò che è immediatamente possibile estrapolare dalla definizione fornita è il carattere di "reazione" che contraddistingue la sanzione. Il comportamento cui è ricollegata l'applicazione della sanzione, infatti, è, a seconda che si tratti di sanzione negativa o positiva, scoraggiato o incoraggiato dall'ordinamento[122]: scopo della sanzione è, appunto, quello di «rafforzare l'osservanza o prevenire l'inosservanza»[123] delle norme di quel dato ordinamento. Per farlo, nel caso di sanzioni negative verrà prospettata la minaccia di un danno, nel caso di sanzioni positive la promessa di un premio.

Tuttavia, è bene effettuare una precisazione.

L'effetto di conformità, come è stato chiarito sopra, si realizza indipendentemente dall'intenzionalità delle agenzie e per effetto di una serie di fattori: uno di

direzione e nella gestione dell'impresa partecipata o costituita. È uno degli aspetti centrali del fenomeno di globalizzazione dell'economia mondiale» (si veda DE SANTIS 2012)

[118] Cfr. CORDES 2012, 16-23.

[119] NINO 1980, 68.

[120] JORI, PINTORE 1988, 120.

[121] Cfr., fra tanti, BOBBIO 1977, 28 s. e ROVERSI 2016, 23.

[122] Cfr. BOBBIO 1977, 26 ss.

[123] JORI, PINTORE 1988, 120.

essi è la consapevolezza, da parte dello Stato, della possibilità di subire una certa conseguenza a seguito di un proprio comportamento. In questo senso, si può ben dire che il *downgrade/upgrade* e l'*outlook* (positivo o negativo) costituiscono, per gli Stati, quei "motivi addizionali" per agire (in un modo piuttosto che in un altro) che i sociologi individuano nelle sanzioni[124].

In maniera altrettanto involontaria e automatica si realizza l'effetto sanzionatorio che consegue all'attribuzione di un *downgrade/upgrade* o di un *outlook* positivo/negativo. L'effetto sanzionatorio consiste, appunto, nel verificarsi di un "danno" nel caso di *downgrade/outlook* negativo (sanzione negativa, che si concretizza verosimilmente in una maggiore onerosità del debito pubblico e della sua collocazione sul mercato finanziario) o nel poter beneficiare di un "premio" nel caso di *upgrade/outlook* positivo (sanzione positiva, la quale si concretizza viceversa in tassi d'interesse più favorevoli per le finanze di quello Stato e una maggiore facilità nel piazzare i propri titoli di debito sul mercato).

Anche se nella prosecuzione del paragrafo ci soffermeremo ad approfondire il caso (classico) della sanzione negativa, discorso analogo potrebbe essere sviluppato anche per il caso della sanzione positiva. Infatti, l'efficacia nel discorso pubblico di un eventuale "premio" del mercato espresso attraverso un *upgrade* o un *outlook* positivo appare del tutto analoga all'efficacia dissuasiva di una sanzione negativa. In altri termini, nel discorso pubblico, da parte dei competitori dell'agone politico, una stessa politica può sia essere supportata facendo leva sull'argomento di un possibile *upgrade* da parte delle agenzie, sia essere avversata agitando lo spauracchio di un aumento devastante del costo del debito pubblico a seguito di un ipotetico *downgrade*.

Di seguito, ci occuperemo principalmente proprio dell'ipotesi del *downgrade* quale caso emblematico di sanzione *in senso stretto*.

Quando un'agenzia di *rating* ritiene che uno Stato si trovi, in un dato momento, nella condizione di offrire minori garanzie di solvibilità rispetto ad un momento precedente, poiché quest'ultimo sta discostandosi da uno o più criteri da essa stabiliti, effettua il *downgrade* del *rating*. Quando l'agenzia fa una previsione (da 6 mesi a 2 anni) sull'andamento del *rating*, prevedendo che esso dovrà essere abbassato poiché lo Stato in questione ha alte probabilità di disattendere i criteri prestabiliti, emette un *outlook* negativo. In quest'ultimo caso va precisato che l'effetto sanzionatorio vero e proprio è più debole di quello, come si vedrà a breve, molto più dirompente realizzato dal *downgrade*. Benché gli effetti in termini sanzionatori di un *outlook* negativo siano più blandi di un *downgrade*, tuttavia, un *outlook* si caratterizza paradossalmente per la capacità di esplicare effetti normativi amplificati: esso, infatti, rappresenta la proiezione di un *rating* futuro sulla base di poli-

[124] Dal punto di vista sociologico, le sanzioni «appartengono alle tecniche di controllo della condotta umana; esse forniscono al destinatario della norma un motivo addizionale per osservarla» (JORI, PINTORE 1988, 120).

tiche da intraprendere (o da poco intraprese ma i cui effetti si vedranno nel medio-lungo termine). Perciò, è verosimile che l'*outlook* intervenga nel discorso pubblico su un processo di *decision-making* ancora in atto. Per questa ragione, l'*outlook* è, al pari o ancor più del *rating*, suscettibile di essere utilizzato come argomento a favore o contro l'approvazione di una determinata riforma.

Per quanto riguarda l'effetto sanzionatorio, si può distinguere tra effetti immediati o automatici ed effetti mediati. I primi sono detti automatici perché si producono indipendentemente dalle scelte di investimento degli operatori: a causa dell'uso regolamentare e nella prassi contrattuale dei *ratings*. Infatti, il divieto per certe categorie di investitori di detenere titoli al di sotto della soglia *investment-grade*, così come la negatività delle conseguenze cui può andare incontro il debitore i cui titoli siano oggetto di un contratto contenente le c.d. clausole *rating triggers* (vedi *supra* § 3.2), non fanno altro che produrre un'automatica diminuzione del bacino di finanziatori dello Stato.

Per quanto concerne gli effetti che abbiamo definito mediati, la loro rilevanza si può comprendere, invece, alla luce del potere complessivamente detenuto dall'enorme numero di investitori finanziari che si affidano alle agenzie di *rating*: essi sono mediati, appunto, dal comportamento degli investitori. Un titolo che presenta un maggior profilo di rischio è naturalmente meno appetibile per un investitore, che, a parità di prezzo, preferirà acquistarne uno più garantito. Dunque, una volta incassato il *downgrade* (o l'*outlook* negativo), diminuisce il prezzo dei titoli obbligazionari degli Stati declassati. La diminuzione del prezzo di un'obbligazione produce un proporzionale aumento del tasso d'interesse[125]: il che si traduce in un aumento del costo del debito pubblico, a cui consegue una maggiore difficoltà nel pagare il debito.

Naturalmente, così come nel caso degli effetti normativi, l'intensità delle conseguenze sanzionatorie varia in funzione della solidità economica e dell'esposizione

[125] La relazione tra il prezzo dell'obbligazione e il tasso di interesse è esaustivamente illustrata da LIEBERMAN, HALL 2001, 623 s.: «Quando una grande impresa o lo Stato vogliono prendere denaro in prestito, emettono una nuova obbligazione e la vendono nel mercato a un dato prezzo; in questo modo l'ammontare del prestito è pari al prezzo pagato per l'obbligazione. Consideriamo un esempio molto semplice: un'obbligazione che prometta di pagare al suo possessore $ 1000 esattamente dopo un anno. Supponete di acquistare tale obbligazione dall'emittente [in questo caso lo Stato] per $ 800: prestate $800 all'emittente per essere rimborsati di $ 1000 dopo un anno. [...] Otterrete $ 200 in più di quanto prestate, quindi questo è il pagamento di interesse che ricevete; il tasso di interesse è pari al rapporto tra il pagamento dell'interesse e l'ammontare del prestito, ossia $200/$800 = 0,25 o 25%. E se, invece di $ 800, aveste pagato un prezzo di $ 900 per la stessa obbligazione? Essa vi prometterebbe ancora di rimborsarvi di $ 1000 dopo un anno, quindi il pagamento di interesse che ricevereste sarebbe ora di $ 100 e il tasso di interesse pari a $ 100/$ 900 = 0,11 o 11%. Come potete vedere, il tasso di interesse che guadagnerete dalla vostra obbligazione dipende interamente dal prezzo dell'obbligazione: [...] quando il prezzo di una obbligazione aumenta, il tasso di interesse diminuisce; quando il prezzo dell'obbligazione diminuisce, il tasso di interesse aumenta».

debitoria del Paese considerato[126]. Un esempio in tal senso è costituito dai Paesi coinvolti dalla crisi finanziaria asiatica degli anni 1997-98, rispetto alla quale è stato seccamente (ed autorevolmente) affermato che «rating agencies aggravated the East Asian crisis»[127]. All'indomani dell'esplosione della crisi, infatti, alle agenzie era stato rimproverato di non essere state capaci di avvertire i mercati in tempo della situazione finanziaria asiatica. Queste, dal canto loro, probabilmente per salvaguardare la reputazione incrinata dal fallimento nel prevedere tale crisi e per mantenere la loro legittimazione[128], declassarono i *ratings* di Corea del Sud, Indonesia e Thailandia più di quanto le circostanze richiedessero, al di sotto della soglia *investment-grade*: questo provocò un picco del costo del debito, riducendo oltremodo le possibilità degli Stati di ottenere capitali in prestito proprio nel momento di maggior bisogno e dando una durissima stangata alle già sofferenti economie asiatiche[129].

Non mancano, poi, esempi più vicini a noi e più recenti: emblematico il caso Grecia. All'indomani della scoperta dell'enorme debito occultato dal bilancio "truccato", dal 2009, iniziò il declassamento progressivo dei titoli greci. Nel giro di pochi mesi, per la Grecia ottenere dei soldi in prestito dai mercati diventò difficilissimo e la necessità di affrontare le spese portò all'inizio delle trattative in seno all'Unione Europea per concedere alla Grecia un prestito. Già nel 2010 veniva definito un pacchetto di 110 miliardi di euro di aiuti in 3 anni, da parte dei paesi della zona euro. Il colpo di grazia arrivò nel 2011, quando Moody's, Standard & Poor's e Fitch tagliarono ulteriormente il *rating* portandolo rispettivamente a Caa1 (insolvente), a CCC (debito altamente speculativo) e a CCC (vulnerabile): circostanza che rendeva quasi impossibile ottenere prestiti sul mercato obbligazionario, costringendo il governo ad effettuare nuovi tagli per 6,5 miliardi di euro e nuove privatizzazioni al fine di ottenere nuovi prestiti da parte dell'Unione europea e del Fondo Monetario Internazionale. Solo nel 2017, il governo della Grecia annuncia che per la prima volta dal 2014 tornerà a rivolgersi ai mercati per finanziare il suo debito, tra lo scetticismo degli analisti.

[126] Inoltre, come osserva FREITAG 2015, 328 s., «there is a dynamic element in the rating change, usually leading to an increased probability of rating changes in the future, given that there is a rating change happening now. This might lead to a vicious circle, where financially troubled economies are further downgraded, leading to a higher cost of borrowing which in turn leads to more financial distress».

[127] FERRI et al. 1999, 335.

[128] In tal senso, cfr. FERRI et al. 1999. In VAALER, MCNAMARA 2004, inoltre, si sostiene che i *ratings* attribuiti ai Paesi emergenti nei periodi di crisi tendono generalmente al ribasso.

[129] Sull'eccessivo pessimismo dei *ratings* attribuiti e sul contributo di questi al peggioramento delle relative economie cfr. FERRI et al. 1999. In aggiunta, in tali Paesi e, in generale, nei Paesi emergenti sottoposti al giudizio delle agenzie, l'impatto negativo del *downgrade* è spesso amplificato dall'effetto "contagio" tra diversi Stati della stessa area geografica o tra diversi strumenti di uno stesso mercato: sul punto cfr. KAMINSKY, SCHMUKLER 1999 e KAMINSKY, SCHMUKLER 2002.

Se, da una parte, come osservato da alcuni studiosi, spesso i *ratings* attribuiti agli Stati riflettono quello che i mercati già pensano[130], dall'altra, ciò che qui si intende evidenziare è che è esclusivamente in virtù dello *status* di "autorità epistemica" delle agenzie che tali giudizi assumono, nel discorso pubblico, la valenza di potenti argomenti per orientare l'opinione a favore o contro l'adozione di una determinata politica[131]. Tanto il *downgrade* quanto l'*upgrade* possono validamente rappresentare, per il governo in carica, un importante strumento di "legittimazione" in relazione alle politiche intraprese. Tali circostanze, se per un verso possono verificarsi in virtù della posizione di "autorità" ricoperta dalle agenzie di *rating*, per altro verso contribuiscono a rafforzare significativamente la percezione e la rilevanza di tale "autorità" nell'opinione pubblica, attraverso la diffusione mediatica che suole accompagnare il dibattito politico su questioni del genere.

5. *Conclusioni*

La presente ricostruzione ha cercato di mettere a fuoco il ruolo svolto dalle agenzie di *rating* nel discorso pubblico. In particolare, si è mostrato che i *ratings* (o gli *outlooks*) sui titoli sovrani possono essere usati come potenti argomentazioni a favore o contro l'adozione di una determinata politica e possono comportare l'esplicarsi di effetti (latamente) normativi e sanzionatori nei confronti degli Stati.

Si è visto che questo tipo di situazione discende dal particolare assetto dell'attuale globalizzazione finanziaria: deregolamentazione del mercato finanziario, sviluppo ipertrofico di titoli sempre più complessi, ridimensionamento del ruolo di intermediazione svolto dalle banche hanno affidato alle agenzie una posizione accostabile a quella di un'*autorità epistemica* rispetto a creditori e debitori del mercato finanziario. A queste ragioni di carattere fattuale, si possono aggiungere considerazioni di carattere giuridico positivo: alcune norme, volte a regolare il livello di rischio di determinati investitori, operano rimando automatico alle valutazioni delle agenzie di *rating* come parametro regolamentare.

Le agenzie non detengono un vero e proprio *potere* nei confronti degli Stati. Semmai, all'ora di elaborare i criteri per *rating* sui titoli sovrani, esse fissano dei "modelli di comportamento" in base a cui si formulano valutazioni che possono incidere, oltre che sulla "reputazione" dello Stato, sul costo del debito pubblico e

[130] Per esempio, in SHEN, HUANG 2010 si dimostra che i prezzi dei CDS reagiscono più prontamente, rispetto ai *ratings*, alle variazioni nell'affidabilità di un dato ente e che, spesso, vi è convergenza tra gli uni e gli altri.

[131] Così argomentava l'allora Presidente del Consiglio Matteo Renzi l'inopportunità di un eventuale *referendum* sul Jobs Act: «Il Jobs Act non si tocca. Reintrodurre l'articolo 18 sarebbe come dire: ragazzi abbiamo scherzato. Il giorno dopo arriverebbe un downgrading per l'Italia dalle agenzie di rating». Si veda LA MATTINA 2016.

sulla sua sostenibilità. La relazione potere-soggezione si instaura più propriamente nella sfera economica tra creditori (pubblici e privati) e debitore sovrano. Tuttavia, i primi, data l'elevata complessità del mercato finanziario, sono orientati nelle proprie scelte d'investimento dalle agenzie di *rating*, in funzione della posizione di *autorità epistemiche* rivestita da queste ultime: esse forniscono le "ragioni per credere" che un certo titolo di Stato abbia un determinato livello di affidabilità[132].

La capacità di influenzare il discorso pubblico produce effetti normativi sulle politiche adottate dagli Stati. Infatti, da un lato, quando i criteri per la formazione del *rating* prendono in considerazione i fattori qualitativi, determinate politiche (esempio emblematico sono gli investimenti pubblici in pensioni e sanità) vengono qualificate dalle agenzie lungo una graduazione della dicotomia di approvazione-disapprovazione da parte del mercato. L'argomento delle "ragioni del mercato" per l'adozione (o la mancata adozione) di una determinata politica trova, in questo senso, una sua formalizzazione nelle valutazioni offerte dalle agenzie.

Dall'altro lato, strumenti come *downgrade-upgrade* (o *outlook* positivo-negativo) possono essere percepiti nel mercato finanziario globale e, di conseguenza, nel discorso pubblico, alla stregua di sanzioni (negative o positive). Questo tipo di effetti "sanzionatori", conseguenti a *ratings* o *outlooks* delle agenzie, consistono nel fornire ragioni per adottare/non adottare una determinata politica.

L'efficacia persuasiva sugli attori del discorso pubblico e gli effetti normativi e sanzionatori che ne derivano sono di intensità proporzionale a due variabili. La prima è legata alla centralità del ruolo delle agenzie di *rating* come autorità epistemiche e dipende dall'impatto complessivo di due sub-fattori: la credibilità delle valutazioni delle agenzie e il grado di dipendenza del mercato finanziario dai *ratings* stessi. La seconda variabile consiste invece nel grado di dipendenza dello Stato dal mercato finanziario, tale per cui gli effetti normativi e sanzionatori sono tanto più intensi quanto più lo Stato versi in situazione di forte indebitamento o di vera e propria crisi del debito.

A riprova della bontà della ricostruzione qui proposta circa il ruolo dei *ratings* sovrani nella sfera politica e nel discorso pubblico, nel già citato *Considerando* n. 45 del Regolamento UE n. 462/2013 si afferma che le «agenzie di rating del credito dovrebbero astenersi da qualsiasi raccomandazione diretta o esplicita sulle politiche delle entità sovrane». Il regolamento segue cronologicamente l'esplosione della crisi del debito sovrano e sottolinea, oltre all'esigenza di contenere i «rischi di un ecces-

[132] Questo profilo potenzialmente problematico, legato all'eccessivo affidamento nel *rating* e all'eccessiva dipendenza del mercato dallo stesso (cd. *over-reliance*), è stato tematizzato nell'agenda pubblica già nel 2010 dal Financial Stability Board. Sul punto cfr., VELLA 2012, 325, secondo il quale «con il documento Principles for reducing rating reliance [...] in sintesi, si richiede una maggiore responsabilizzazione del risk management e l'utilizzo, da parte delle banche di autonomi e trasparenti criteri di verifica del credito, e da parte degli investitori di una propria due diligence nelle scelte effettuate con contemporanea riduzione dei portafogli basati unicamente sulle valutazione delle agenzie di rating».

sivo affidamento ai rating del credito», la «necessità di rivedere i requisiti di trasparenza e procedurali, nonché la tempistica di pubblicazione inerenti in modo specifico ai rating sovrani». Alla luce del tenore dell'intervento promosso dall'Unione Europea, appare verosimile che il legislatore europeo muova da presupposti che, almeno in parte, sono contenuti nelle tesi sin qui sostenute: nell'affermare, ad esempio, che «la trasparenza dei rating sovrani non dovrebbe indurre a formulare conclusioni sugli indirizzi delle politiche nazionali»[133] si fa emergere la preoccupazione nei confronti della capacità delle agenzie di influenzare (in maniera spesso determinante) le scelte politiche di uno Stato e, dunque, si ammette implicitamente la possibilità che si verifichino quegli "effetti normativi" cui si faceva innanzi riferimento. Allo stesso tempo, questo tipo di approccio da parte dell'Unione Europea palesa la volontà di contenere non solo gli "effetti normativi" ma anche quelli "sanzionatori". In quest'ultimo senso andrebbe letto il tentativo dell'UE di imporre alle agenzie il rispetto di un certo calendario con giorni e orari prestabiliti per la pubblicazione dei *ratings* sovrani (motivata dall'esigenza di ridurre la capacità delle agenzie di produrre panico e volatilità sui mercati con annunci improvvisi su *ratings* e *outlooks* dei titoli di debito sovrano).

Più in generale, crediamo che le considerazioni innanzi svolte mostrino come sia necessario rifuggire da un duplice riduzionismo semplicistico, per difetto e per eccesso:

> «dal non cambiare nulla mantenendo un insoddisfacente status quo, magari con l'alibi di un'autoregolazione già dimostratasi inefficace; al togliere immediatamente ogni valore regolamentare ai ratings senza neppure chiedersi se essi rispondano ad un qualche bisogno ed, eventualmente, come quest'ultimo possa essere altrimenti soddisfatto»[134].

Per quanto sia apprezzabile l'intenzione del legislatore europeo di fornire delle risposte alle problematiche analizzate, riteniamo che la soluzione delle criticità sollevate in merito alla pratica dei *ratings* sovrani non possa prescindere dalla drastica riduzione della "dipendenza da *rating*". A tal fine, dovrebbero essere intraprese azioni in grado di incidere su due livelli, sia a valle che a monte. Per quanto riguarda le risposte a valle, nell'ambito dell'Unione Europea, sia la Direttiva UE n. 14/2013 sia il Regolamento UE n. 462/2013 contengono disposizioni volte a limitare l'uso del *rating* come strumento regolamentare e ad evitare l'utilizzo esclusivo[135] ed automatico del *rating* per certe categorie di investitori[136]. La portata di

[133] Regolamento UE n. 462/2013, *Considerando* n. 45.
[134] PRESTI 2012, 252.
[135] Sulle «alternative credibili» al *rating* quali canoni di informazione e valutazione, si veda VELLA 2012, 331 ss.

simili interventi, tuttavia, è destinata a sortire effetti piuttosto limitati se non si affronta la questione a monte. Come già rilevato, la posizione privilegiata nel settore della valutazione del merito di credito di cui godono le agenzie di *rating* sussiste principalmente a causa della smisurata dimensione e complessità del mercato finanziario: una sorta di giungla, per l'investitore, in cui ci sono molti rischi e niente regole e in cui il *rating* è l'unico (o il principale) appiglio degli operatori. In questo contesto sarebbero auspicabili una serie di interventi, possibilmente di livello internazionale, volti a semplificare e regolamentare l'attuale mercato finanziario globale, al fine di diminuire il rischio che i *ratings* sovrani abbiano un'influenza tale da condizionare gli esiti del discorso pubblico.

[136] Peraltro, secondo VELLA 2012, 331, «si tratta, quindi, di un processo che va affrontato con la necessaria gradualità, in assenza della quale la immediata e drastica eliminazione del rating potrebbe fortemente indebolire lo scrutinio sui rischi degli emittenti e sulla qualità e il merito di credito».

Riferimenti bibliografici

BOBBIO N. 1977. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977.

CORDES T. 2012. *Sovereign Ratings and Economic Liberalisation*, APSA 2012 Annual Meeting Paper, disponibile in https://ssrn.com/abstract=2106616 (consultato il 10/01/2018).

CUTLER C., HAUFLER V., PORTER T. 1999. *Private Authority and International Affairs,* in ID. (eds.), *Private Authority and International Affairs,* Albany, State University of New York Press, 1999, 1 ss.

D'ORLANDO F. 2012. *Recessione: i colpevoli, i complici, le vittime,* Napoli, Edizioni Centro Autori, 2012.

DE SANTIS R. 2012. *Investimento diretto estero*, in *Dizionario di Economia e Finanza Treccani*, disponibile in http://www.treccani.it/enciclopedia/investimento-diretto-estero_ %28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/ (consultato il 10/01/2018).

DIRITTO BANCARIO2015, *Lo IOSCO pubblica i nuovi principi sul merito di credito e l'utilizzo dei rating esterni,* disponibile in http://www.dirittobancario.it/news/finanza/lo-iosco-pubblica-i-nuovi-principi-sul-merito-di-credito-e-l-utilizzo-dei-rating-esterni (consultato il 10/01/2018).

DI GASPARE G. 2011. *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, Padova, CEDAM, 2011.

ESMA 2011, *Draft RTS on the Assessment of Compliance of Credit Methodologies with CRA Regulation*, disponibile in https://www.esma.europa.eu/document/final-report-draft-rts-assessment-compliance-credit-rating-methodologies-cra-regulation (consultato il 10/01/2018).

ESPELAND W.N., SAUDER M. 2007. *Rankings and Reactivity: How Public Measures Recreate Social Worlds*, in «American Journal of Sociology», 113, 2007, 1 ss.

FERRI G., LACITIGNOLA P. 2009. *Le agenzie di rating – tra crisi e rilancio della finanza globale,* Bologna, il Mulino, 2009.

FERRI G., LACITIGNOLA P. 2012. *Concorrenza e agenzie di rating: il dibattito economico,* in «Analisi Giuridica dell'Economia», 2, 2012, 299 ss.

FERRI G., LIU L.G., STIGLITZ J.E. 1999. *The Procyclical Role of Rating Agencies: Evidence from the Asian Crisis*, in «Economic Notes», 28, 3, 1999, 335 ss.

FITCH 2016, *Fitch Affirms Italy at 'BBB+'; Outlook Stable*, disponibile in https://www.fitchratings.com/site/pr/1003085 (consultato il 10/01/2018).

FREITAG L. 2015. *Procyclicality and Path Dependence of Sovereign Credit Ratings: The Example of Europe*, in «Economic Notes», 44, 2, 2015, 309 ss.

FRIEDMAN R.B. 1990. *On the Concept of Authority in Political Philosophy*, in RAZ J. (ed.), *Authority*, New York, Basil Blackwell, 1990, 56 ss.

FRYDMAN B. 2013. *Le pouvoir normatif des agences de notation*, in COLMANT B. (ed.), *Les agences de notation financière: entre marchés et Etats*, Bruxelles, Larcier, 2013, 173 ss.

GAILLARD N. 2011. *A Century of Sovereign Ratings*, Berlino, Springer, 2011.

GALLINO L. 2011. *Finanzcapitalismo*, Torino, Einaudi, 2011.

GREEN L. 2000. *Power,* in CRAIG E. (Ed.), *Concise Routledge Encyclopedia of Philosophy,* London, Routledge, 2003, 703 ss.

HABERMAS J. 1992. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini, 1996 (ed. or. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1992, trad. it. L. Ceppa).

HALL R.B., BIERSTEKER T.J. 2002a. *The Emergence of Private Authority in Global Governance,* in ID. (eds.), *The Emergence of Private Authority in Global Governance,* Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 3 ss.

HALL R.B., BIERSTEKER T.J 2002b. *Private Authority as Global Governance,* in HALL R.B., BIERSTEKER T.J. (eds.), *The Emergence of Private Authority in Global Governance,* Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 203 ss.

HART H.L.A. 1961. *The Concept of Law*, 2 ed., Oxford, Clarendon Press, 1994.

HARVEY D. 2005. *Breve storia del neoliberismo,* Milano, Il Saggiatore, 2005 (ed. or. *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford, Oxford University Press, 2005, trad. it. di P. Meneghelli).

HURD I. 1999. *Legitimacy and Authority in International Politics*, in «International Organization», 53, 1999, 379 ss.

JORI M., PINTORE A. 1988. *Introduzione alla filosofia del diritto*, 3. ed., Torino, Giappichelli, 2014.

KAMINSKY G.L., SCHMUKLER S. 1999. *What Triggers Market Jitters?*, in «Journal of International Money and Finance», 18, 1999, 537 ss.

KAMINSKY G.L., SCHMUKLER S. 2002. *Emerging Market Instability: Do Sovereign Ratings Affect Country Risk and Stock Returns?*, in «World Bank Economic Review», 16, 2, 2002, 171 ss.

KELSEN H. 1945. *Teoria generale del diritto e dello stato*, Etas, Milano, 2009 (ed. or. *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1945, trad. it. S. Cotta e G. Treves).

KOJÈVE A. 2004. *La nozione di autorità*, Milano, Adelphi, 2011 (ed. or. *La notion de l'autorité*, Parigi, Éditions Gallimard, 2004, trad. it. di M. Filoni).

LAMANDINI M. 2014. *Le agenzie di rating: alcune riflessioni in tema di proprietà e conflitto di interessi*, in PRINCIPE A. (ed.), *Le agenzie di rating*, Milano, Giuffrè, 2014, 179 ss.

LA MATTINA A. 2016. *Renzi detta la linea: "Il governo non ha agenda, il Jobs Act è intoccabile"*, disponibile in: http://www.lastampa.it/2016/12/15/italia/politica/renzi-detta-la-linea-il-governo-non-ha-agenda-il-jobs-act-intoccabile-KIxSmeQLO rnnFuw6q8fqFP/ pagina.html (consultato il 10/01/2018)

LEWKOWICZ G. 2013. *Les agences de notation financière contre les États: une lutte globale pour le droit à l'issue incertaine,* in COLMANT B. (ed.), *Les agences de notation financière: entre marchés et Etats,* Bruxelles, Larcier, 2013, 185 ss.

LIEBERMAN M., HALL R.E. 2001. *Economia. Principi e applicazioni*, 6 ed., Milano, Apogeo Education, 2015 (ed. or. *Principles and Applications of Economics, international edition*, 6 ed.,

Mason (USA), South Western Cengage Learning, 2001, trad. it. E. Di Benedetto).

MOODY'S 2016a, *Moody's changes outlook on Italy's Baa2 issuer rating to negative*, disponibile in https://www.moodys.com/research/Moodys-changes-outlook-on-Italys-Baa2-issuer-rating-to-negative--PR_358690 (consultato il 10/01/2018)

MOODY'S 2016b, *Moody's: Italy's Baa2 rating balances large, diversified economy and other credit strengths against challenges including a large government debt burden*, https://www.moodys.com/research/Moodys-Italys-Baa2-rating-balances-large-diversified- economy-and-other--PR_357645 (consultato il 10/01/2018)

NINO C.S. 1980. *Introduzione all'analisi del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996 (ed. or. *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980, trad. it. di M. Barberis et al.).

OLIVERI G. 2012. *I servizi di rating tra concorrenza e regolazione,* in «Analisi Giuridica dell'Economia», 2, 2012, 283 ss.

PANARA M. 2015. *Finanza, un trilione che soffoca l'economia reale*, disponibile in: http://www.repubblica.it/economia/affarifinanza/2014/10/27/news/finanza_un_trilione_di_dollari_che_soffoca_leconomia_reale-99097465/ (consultato il 10/01/2018).

PARMEGGIANI F. 2013. *Rating Triggers, Market Risk and the Need for More Regulation*, in «European Business Organization Law Review», 14, 2013, 425 ss.

PASSERIN D'ENTREVES M. 1999. *Legittimità e democrazia deliberativa*, in «Ragion Pratica», 12, 1999, 211 ss.

PECK J. 2017. *Neoliberalism*, in RICHARDSON D., CASTREE N., GOODCHILD M.F., LIU W., KOBAYASHI A., MARSTON R.A. (eds.), *The Wiley-AAG International Encyclopedia of Geography*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2017, 1 ss.

PINO G. 2010. *Diritti e interpretazione*, Bologna, il Mulino, 2010.

PINO G. 2013. *Norma giuridica*, in PINO G., SCHIAVELLO A., VILLA V. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 2013, 144 ss.

POWELL B. 1967. *Knowledge of Actions*, Sydney, Allen & Unwin, 1967.

PRESTI G. 2012. *Take the "AAA" Train: note introduttive sul rating,* in «Analisi Giuridica dell'Economia», 2, 2012, 251 ss.

RAZ J. 1979. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality,* Oxford, Oxford University Press, 2009.

RAZ J. 1990. *Introduction*, in Id. (ed.), *Authority*, Oxford, Basil Blackwell, 1990, 1 ss.

ROUGHAN N. 2016. *From Authority to Authorities: Bridging the Social/Normative Divide,* in R. COTTERELL R., DEL MAR M. (eds.), *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*, Celtenham, Edward Elgar Publishing, 2016, 280 ss.

ROVERSI C. 2016. *Norme giuridiche*, in FARALLI C. (ed.), *Argomenti di teoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 2016, 14 ss.

SCHIAVELLO A. 2015. *Autorità*, in RICCIARDI M., ROSSETTI A., VELLUZZI V. (eds.), *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, Roma, Carocci, 2015, 51 ss.

SCHIAVELLO A. 2016. *Il positivismo esclusivo,* in BONGIOVANNI G., PINO G., ROVERSI C., *Che cosa è il diritto: ontologia e concezioni del giuridico,* Torino, Giappichelli, 2016, 61 ss.

SENATO FRANCESE 2012, *Agences de notation: pour une profession règlementée*, disponibile in http://www.senat.fr/rap/r11-598-1/r11-598-1_mono.html) (consultato il 10/01/2018).

SHEN C.H., HUANG A.Y.H. 2010. *Sovereign Credit Default Swaps vs. Credit Ratings: Evidence from Error Correction Model*, in «The 2010 Taiwan Econometric Society Annual Meeting», 2010, 1 ss.

SIGNORINI L.F. 2015. *Indagine conoscitiva sugli strumenti finanziari derivati*, disponibile in https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-direttorio/int-dir-2015/Signorini-150615.pdf (consultato il 10/01/2018).

SINCLAIR T. 2003. *Global Monitor. Bond Rating Agencies*, in «New Political Economy», 8, 1, 2003, 147 ss.

STANDARD & POOR'S 2014a. *La regolamentazione delle agenzie di rating nel resto del mondo*, disponibile in https://www.spratings.com/documents/20184/798040/La+regolamentazione+delle+agenzie+di+rating+nel+resto+del+mondo/553850dc-a1e7-4502- aee6- 5cb9a9a50bcc (consultato il 10/01/2018).

STANDARD & POOR'S 2014b. *I criteri per l'assegnazione dei rating ai paesi sovrani*, disponibile in https://www.spratings.com/documents/20184/798040/I+Criteri

+Per+ Lassegnazione+Dei+Rating+Al+Paesi+Sovrani.pdf/6c90ef21-d152-4494-b9fe-b9afb5f3b7e0 (consultato il 10/01/2018).

STANDARD & POOR'S 2014c. *Sovereign Rating Methodology*, disponibile in https://enterprise.press/wp-content/uploads/2017/05/Sovereign-Rating-Methodology.pdf (consultato il 10/01/2018).

STANDARD & POOR'S 2017. *S&P Global Ratings Definitions*, disponibile in http://www.standardandpoors.com/en_US/web/guest/article/-/view/ sourceId/504352 (consultato il 10/01/2018).

STOPPINO M. 1976. *Autorità*, in BOBBIO N., MATTEUCCI N., PASQUINO G., *Dizionario di Politica*, Torino, Utet, 2016, 62 ss.

STRANGE S. 1997. *Territory, State, Authority, and Economy: A New Realist Ontology of Global Political Economy*, in COX R.W. (ed.), *The New Realisms: Perspectives on Multilateralism and World Order*, Tokyo, United Nations University Press, 1997, 1 ss.

VAALER P.M., MCNAMARA G. 2004. *Crisis and Competition in Expert Organizational Decision Making: Credit-Rating Agencies and Their Response to Turbulence in Emerging Economies*, in «Organization Science», 15, 6, 2004, 687 ss.

VELLA F. 2012. *Il rating: alla ricerca di una "terza via"*, in «Analisi Giuridica dell'Economia», 2, 2012, 323 ss.

VERNAZZA D.R., NIELSEN E.F. 2015. *The Damaging Bias of Sovereign Ratings*, in «Economic Notes», 44, 2, 2015, 361 ss.

VIOLA F. 2006. *Autorità*, in MELCHIORRE V., BERTI E., GILBERT R., LENOCI M., PIERETTI A., MARASSI M. (Eds.), *Enciclopedia filosofica*, Bompiani, Milano, 2006, 918 ss.

VON WRIGHT G.H. 1963. *Norm and Action: A Logical Enquiry*, London, Routledge & Kegan Paul, 1963.

WATT H.M. 2016. *Theorizing Transnational Authority: A Private International Law Perspective*, in COTTERELL R., DEL MAR M. (eds.), *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*, Celtenham, Edward Elgar Publishing, 2016, 325 ss.

INTERLEGALITÀ.
L'INTERCONNESSIONE TRA ORDINI GIURIDICI, IL DIRITTO, E IL RUOLO DELLE CORTI

GIANLUIGI **PALOMBELLA**

&dq

Interlegalità. L'interconnessione tra ordini giuridici, il diritto, e il ruolo delle corti

Interlegality. The Interconnectedness Among Legal Orders, the Law, and the Role of Courts

GIANLUIGI PALOMBELLA

Professor of Applied Legal Theory, Scuola Sant'Anna di Pisa.
E-mail: g.palombella@santannapisa.it

ABSTRACT

Intento di questo articolo è proporre la nozione di interlegalità, come una peculiare prospettiva *sul diritto*, giungendo infine a identificarne attraverso casi e pronunce delle alte corti sia le visibili tracce sia i potenziali sviluppi. Nel moltiplicarsi di ordini e regimi giuridici che si confrontano in assenza di una effettiva gerarchia, i paradigmi basati esclusivamente sui concetti di validità e sistema giuridico siano essi monisti, dualisti o pluralisti sono ancora in grado di riflettere la complessità contemporanea? La principale constatazione che suggerisce un approccio di interlegalità non riguarda solo il fatto della coesistenza tra legalità che appartengono a mondi normativi paralleli (il commercio internazionale, la sicurezza, la salute, l'ambiente, i diritti umani, il *welfare* statale, e così via) ma soprattutto l'inesorabile interconnessione materiale, relativa alla sostanza degli oggetti da essi regolati, la quale finisce per suscitare domande essenziali circa natura e funzione della legalità. Senza cedere alla tentazione ricorrente tra gli studiosi di disegnare teorie che aspirano a realizzare promesse di costituzionalismi globali, mettere a fuoco l'interlegalità consente di modificare la prospettiva epistemica sul diritto. Interlegalità promuove una cornice teorica che non solo sfugga allo stallo dell'alternativa tra monismo e dualismo, ma rielabori l'eredità e le "scoperte" del pluralismo giuridico, muovendo al di là di esse.

This article suggests a peculiar perspective on law, that is, "interlegality". Amidst the plurality of orders, regimes, legal systems, and the overlapping of legalities, hardly arbitrated by hierarchy, are the system-based paradigms, be they monist, dualist or pluralist, still capable of reflecting present complexity? The main concern triggering an inter-legality approach is not the coexistence among legalities as they create parallel worlds of normativity (that of global trade, of world health, of state welfare, of regional security, and so forth) but the resilience of the material interconnectedness that comes to affect the nature and functioning of legality. Without giving into the mainstream temptation of drawing a global constitutional promise, interlegality attempts at changing the epistemic perspective on law. To do so, it draws some theoretical frame that not only has to avoid the monist-dualist alternatives, but also relocates the achievements of legal pluralism and steps beyond it.

KEYWORDS

Giustizia, diritto internazionale, governance globale, nozione di diritto e di sistema, interlegalità, monismo, dualismo

Justice, international law, global governance, the notion of law & system, interlegality, monism, dualism

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Interlegalità

L'interconnessione tra ordini giuridici, il diritto, e il ruolo delle corti

GIANLUIGI PALOMBELLA

Introduzione – 1. *Premesse* – 2. *Le legalità: i frammenti, il diritto, le materie* – 3. *Modelli di legalità: teorizzare l'interlegalità* – 4. *Sulla "prospettiva del diritto"* – 5. *L'indirizzo inclusivo dell'interlegalità e i compiti delle corti*.

Introduzione

Questo saggio espone la nozione di *interlegalità*, sia nella sua portata descrittiva sia nella sua portata normativa. Esso muove da una rapida ricognizione degli elementi di novità che negli ultimi decenni hanno trasformato il mondo del diritto oltre lo Stato, generando nuovi problemi concettuali e inedite tipologie di ordini o regimi giuridici che entrano in svariati rapporti con gli ordinamenti giuridici statali. La pluralità di legalità e la loro interferenza costituiscono un dato le cui conseguenze richiedono un'approfondita riflessione.

Dopo aver sottolineato l'interconnessione tra contenuti normativi che disciplinano materie inevitabilmente legate da profonde relazioni sostanziali (e.g. sicurezza-accesso alla giustizia; commercio-diritti umani, e via seguendo) evidenzierò le difficoltà che tradizionali teorie giuridiche relative ai rapporti tra ordinamenti (il monismo, il dualismo, il pluralismo) incontrano e che nascono dal conflitto e dalla sovrapposizione tra ordini giuridici, dall'incertezza interpretativa e dall'unilateralità delle decisioni, che sembra minare le aspettative di giustizia. Proporrò dunque l'interlegalità come una teoria normativa intesa a spostare la prospettiva epistemica, dall'idea di sistema alla legalità come un tessuto composito, determinato dalle relazioni di convergenza o di conflitto che di volta in volta corrono tra legalità diverse. Infine, tratterò più in concreto le potenzialità e il significato dell'approccio dell'interlegalità, soffermandomi su alcuni esempi tratti da importanti casi decisi da corti nazionali e sopranazionali. Il senso prescrittivo dell'idea di interlegalità sta infatti nell'indirizzare l'accertamento del diritto ad una visione comprensiva delle legalità concorrenti nei casi.

1. *Premesse*

Da tempo si riconosce che la contemporanea "amministrazione del mondo tramite regole"[1] ha trasformato progressivamente lo scenario westphaliano e hobbesiano

[1] Tra molti, segnalo i contributi in DUNOFF, TRACHTMAN 2009.

che ruotava attorno all'esclusivo baricentro degli Stati. Questa trasformazione non è mai completa[2], così che, tra le altre cose[3], gli Stati mantengono la loro presa in numerosi campi, anche attraverso organismi inter-governativi, testimoniando del ruolo essenziale che le comunità nazionali devono ancora svolgere.

Certamente, le principali responsabilità degli Stati continuano a includere la produzione e la tutela di "beni politici" e quindi le garanzie della sicurezza e dell'ordine, le prestazioni fondamentali relative alla salute, all'educazione, al *welfare*, e in generale alla tutela degli interessi dei cittadini.

Anche nella perdurante crisi economica mondiale, innanzi alle conseguenze perverse della globalizzazione finanziaria, si è fatto appello nuovamente agli Stati, alle loro funzioni tradizionali e alla loro capacità di protezione: un "ritorno dello Stato", dunque, tale da suscitare anche il sospetto che in realtà esso non si fosse mai ritirato, nonostante quanto preconizzassero le dominanti teorie neo-liberali (DELWAIDE 2011). Come Jose Alvarez ha scritto:

> «[T]he Westphalian system may be a blink of an eye in the scope of human history but we are living in its time. No one unfortunate enough to be outside Koskenneimi's "wonderful artificiality" of statehood believes that it is a myth. Ask a Palestinian. As Michael Walzer put it in a recent lecture, only those lucky enough to live in a functioning state can afford to suggest that it is "withering away."» (ALVAREZ 2011, 263)

D'altro canto, gli Stati hanno visto ridursi enormemente le proprie capacità di controllo, e proprio a causa dell'inarrestabile insorgere di questioni per loro natura eccedenti i confini, in infiniti ambiti di emergente o consolidato rilievo: dai mercati finanziari alla sicurezza, dalla protezione dei dati al controllo climatico, all'ambiente in generale, alla salute, il commercio, i diritti umani, il patrimonio culturale e artistico, e molto altro (cfr. CASSESE 2009, PALOMBELLA 2012).

Peraltro, al tradizionale ruolo dei *Signori dei Trattati* si affianca il pervasivo sviluppo di un diritto internazionale che, oltre la disciplina dell'indipendenza esterna, interviene ormai costantemente nell'*autonomia* statale interna, definisce e protegge *beni comuni globali* (KRISCH 2014, NOLLKAEMPER 2012) ed è irriducibile al solo perseguimento degli interessi nazionali, o al dogma della disponibilità del diritto alla mera volontà degli Stati[4].

In aggiunta, la proliferazione di regimi regolativi extra-statali e di organizzazioni internazionali, dotate spesso di organi para-giurisdizionali o giurisdizionali

[2] Ho denominato l'arena globale "*Penelope's public*": costantemente sospesa tra la formazione e la destrutturazione di una cornice normativa "pubblica" in PALOMBELLA 2013.

[3] Un'analisi teorica complessiva in WALKER 2014. Walker elabora ciò che definisce la "*intimated*" *quality* dell'ordine globale, emergente e incompiuto, eppure "*inexorable*".

[4] PCIJ, *Lotus* Case (France vs Turkey), 1927.

(HOWSE, TEITEL 2009), prolunga e spesso dissolve la catena di controllo statale, sotto svariati profili. L'autonomia e l'indipendenza delle organizzazioni internazionali sono andate crescendo, in parte con l'obiettivo di dotare di maggiore imparzialità, e dunque legittimazione, le loro decisioni, in parte al fine di migliorare la coerenza e l'efficienza dei propri processi deliberativi: i quali richiederebbero – secondo le logiche loro proprie – modalità eminentemente tecniche, carattere apolitico, orientato al "*problem-solving*", e svincolato dalle strategie realiste e autointeressate con cui le parti in causa usano confrontarsi[5] (il paradigma internazionalista hobbesiano).

L'insieme delle circostanze sin qui richiamate indica che l'ambiente extrastatale ha esso stesso, e da tempo, avviato un proprio percorso verso "norme", nel tentativo di varcare la linea tra disordine e ordine, tra privato, o unilaterale, e pubblico, o multilaterale. La *World Trade Organisation*, o l'Unione Europea, la *United Nation Convention for the Law of the Sea*, la *European Convention on Human Rights*, la *Codex Alimentarius Commission*, la *World Intellectual Property Organisation*, la *International Standard Organization* (e un impressionante numero di entità simili, e tra loro diverse per scopi e struttura) richiamano la nostra attenzione su un complessivo fenomeno che non rientra nella ristretta cornice del "pubblico" composto di Stati e che non è spiegabile con la consueta visione realista delle relazioni politiche internazionali. Si tratta di un insieme di autorità e di organismi che non possiedono le strutture istituzionali degli Stati, ma esercitano un potere intenso di regolazione sovranazionale, non vi dipendono necessariamente, e certo non sono comprensibili se rappresentati come la mera proiezione di accordi tra Stati.

Con riguardo alla dimensione sociale delle rispettive pratiche normative, esse dipendono da e costruiscono interazioni collettive inedite, che non solo sono indipendenti, di diritto o di fatto, dagli Stati, ma raccolgono attori e interessati, in modo trasversale, senza riguardo al *demos* cui appartengono, e secondo percorsi transnazionali[6]. Quanto più tali percorsi si consolidano, tanto più si svilupperebbe, secondo alcuni osservatori, una sorta di spazio pubblico autonomo, fatto di peculiari *constituency* e *stakeholders*, i cui rapporti sarebbero assimilabili a un "*deliberative representative*" *space* (DRYZEK, NIEMEYER 2008; SABEL, ZEITLIN 2010). Comunque sia, è pacifico che per molti aspetti, la divisione "funzionale" dei compiti di regolazione abbia effettivamente affiancato e alle volte sostituito la separazione territoriale[7].

Queste ed altre premesse costituiscono fattori eterogenei ma convergenti in un ambiente promiscuo che intreccia regimi regolativi, ordini giuridici di differente

[5] Sulla questione dell'effettiva indipendenza, cfr. JOHNSON 2014. Con riferimento alla "*regulatory governance*" nell'EU, MAJONE 1996.

[6] Sul loro ruolo costruttivo e di stabilizzazione delle aspettative nello spazio globale e delle relazioni internazionali, KEHOHANE 2010.

[7] Pone in evidenza il carattere ibrido del sistema in cui strutture di "*government*" e strutture di "*governance*" si intrecciano e giocano ruoli complementari KJAER 2010.

livello territoriale, politico, sociale, dotati di distinte strutture organizzative e normative, capaci virtualmente di raggiungere in modo autonomo destinatari diversi su uno spettro variabile da subnazionale a statale, internazionale, regionale, globale.

L'uso del termine "interlegalità" al fine di richiamare questo contesto, appare, a prima vista, appropriato, a condizione che non si risolva in un mero, e facile, espediente per raccogliere fenomeni diversi, nel complesso confusi. Interlegalità, peraltro, non dovrebbe usarsi per catturare semplicemente la coesistenza tra legalità diverse che creano ambiti e livelli normativi paralleli (*global trade*, *world health*, *State welfare*, *regional security*, e via seguendo) e auto referenziali (*self-contained*). Come mi appresto a mostrare, la nozione di interlegalità può essere utilmente adoperata per mettere a fuoco un ulteriore, e decisivo, aspetto: l'*interconnessione* tra legalità, al plurale (PALOMBELLA 2012, 107 ss.; SCODITTI 2013).

2. *Le legalità: i frammenti, il diritto, le materie*

Una tale idea d'interconnessione, tuttavia, non rispecchia affatto né i modi in cui sono organizzati né le prospettive da cui sono concepiti gli ordini giuridici. Questi ultimi sono piuttosto costruzioni artificiali il cui senso sta proprio nel districare le interconnessioni materiali e separarle in diverse sfere di legalità. Differenti insiemi normativi, regimi regolativi, entità di amministrazione e coordinamento, convenzioni per la protezione di beni statutariamente specificati sono istituiti con lo scopo di ordinare, governare e razionalizzare[8] su scala transnazionale la densa complessità della realtà materiale; la logica seguita, della differenziazione funzionale, si sviluppa (o spontaneamente o secondo un preordinato *divide et impera*) separando campi d'azione in base a beni e obiettivi distinti per contenuto e natura: ad autorità dedicate in settori funzionali separati, entità jusgenerative, regimi regolatori pubblici, privati o ibridi, si sono allocati fini limitati e obiettivi tematici specializzati (che dunque non comprendono quella "totalità" di possibili interessi di un'intera collettività, la quale resta ancora associata agli ordinamenti statali e "costituzionali"). Perciò, mentre gli ambiti dei fini perseguiti appaiono discreti e ridotti, i potenziali destinatari e l'estensione dei soggetti interessati appaiono virtualmente senza limiti: indipendentemente dai territori, e su scala regionale o globale, viene raggiunto (o colpito) un indefinito novero di attori, individui, istituzioni, imprese, Stati, comunità politiche, ordinamenti.

In confronto a ciò, la nozione di legalità, o meglio, la produzione di norme, nel contesto degli Stati, va descritta proprio in termini opposti: limitazione territoriale

[8] Ciò che determina la diversità dei regimi e la loro irriducibile pluralità è la sottostante diversità di *ratio* e le separate razionalità che incorporano. Tra i primi a segnalarlo FISCHER-LESCANO, TEUBNER 2006; TEUBNER 1997.

da un lato e dall'altro lo spettro onnicomprensivo del corrispondente ordinamento, costruito per abbracciare una totalità di bisogni e una generalità di fini: questo significa, soprattutto, che il perseguimento di nessuno di quei fini può avvenire senza riguardo per gli altri, isolato dagli altri e trattato come se non si dovesse far fronte anche a quelli. Il diritto, come tale, si pensa sempre in connessione con una circoscritta "giurisdizione", all'interno della quale esso ruota attorno all'illuministica idea di legislazione, generale e de-individualizzata, riferita all'intero orizzonte di materie che interessano la vita individuale e collettiva.

Al contrario, le forme relativamente nuove di regolazione sovra- e trans-statale, si distaccano totalmente da quel venerabile profilo del diritto, mutando e abbandonando il suo carattere olistico, che rappresentava e rappresenta, nello Stato, l'interesse pubblico, sottoposto al controllo della comunità politica.

Nondimeno, le nette differenziazioni funzionali e la relativa chiusura delle diverse sfere di legalità, adatte ad assolvere utili compiti di coordinazione ultra-statale, non possono operare sino al punto di cancellare il reale, sottostante, stato delle cose: quelli che esse fruttuosamente costruiscono come domini normativi paralleli e autoreferenziali, in profondità continuano, inevitabilmente ("materialmente"), a interferire uno sull'altro.

Ora, la nozione di interlegalità, in primo luogo, serve a render conto del fatto che praticamente nessuna delle legalità o regimi, attivi a livelli diversi, opera compiutamente ed efficacemente da sé sola. Il suo isolamento funzionale è, alla fine, un mito. Sia dal punto di vista materiale, ossia della connessione/relazione di contenuti e di oggetti, sia dal punto di vista giuridico, le varie legalità sembrano, prese da sole, insufficienti o incomplete, e l'effettività delle loro funzioni resta "sospesa" sino al momento in cui esse si rivolgono ai propri interlocutori: e tra questi interlocutori ci sono, invero, altre legalità. Neanche l'Unione Europea può far nulla da sola: ha bisogno che gli Stati membri facciano anche per essa, la quale, appunto "non fa, fa fare" (CASSESE 2002, 11). La *European Convention of Human Rights* potrà anche concepirsi come una sorta di ordine costituzionale a se stante (SADURSKI 2009), ma la sua efficacia ordinante dipende dai modi in cui "altri" sistemi giuridici accettano e implementano le sue norme e le decisioni della sua Corte.

In secondo luogo, come Martti Koskenniemi osservò, ormai alcuni anni fa, tra le conseguenze della frammentazione del diritto internazionale, i vari "*particular regimes*" restano come contrapposti l'uno all'altro:

> «trade against environment, human rights against humanitarian law, law of the sea against European community law. Whether some issue is qualified as a "trade" or "health" problem (e.g. European Community – Measures concerning Asbestos and Asbestos Products 2001, p. 61 para 168), or whether its dominant concerns are those of "human rights" or "security", involves struggle for competence to decide [...]» (KOSKENNIEMI 2005).

Che si tratti di relazioni orizzontali tra ordini sopranazionali o internazionali, o verticali, tra essi e lo Stato, il problema nasce dalla limitata adeguatezza o dal relativo fallimento della concezione di legalità "chiusa". Non occorre indugiare ulteriormente sul quadro risultante da questa preliminare analisi. Quel che intendo concluderne qui è che più di qualche volta questo quadro, per essere realistico, dovrebbe rappresentare il risultato *composito* delle legalità concorrenti, come *inter-legalità*.

Data l'inevitabile complessità, molti dei problemi giuridici da affrontare sono solo artificialmente (o fittiziamente) questioni isolate relative a un singolo settore regolativo, e al contrario sono più spesso inquadrabili da prospettive normative multiple ispirate da logiche e finalità interferenti.

Per questo "interlegalità" dovrebbe registrare, sul piano giuridico, la resilienza delle interconnessioni materiali tra diversi ambiti funzionali, e le ripercussioni di tale interconnessione nella presunta sfera chiusa, nella stessa coerenza interna, di ciascun ordine giuridico.

L'interconnessione materiale eccede la sistemazione giuridica e ad un tempo la permea, oltrepassa le linee di separazione e la chiusura normativa qualificante un assetto di ordini distinti e discreti. Essa non può essere facilmente "domata", e ancor meno ignorata, giunge a incidere su natura e funzionamento della legalità, nonostante il fatto che regimi differenti siano nati proprio al fine di "governare" aree circoscritte, e siano come immunizzati da obiettivi esterni.

Inter-legalità dovrebbe essere usata per denominare la sovrapposizione tra regimi e ordini in conseguenza dell'interconnessione materiale. L'esempio più noto in tempi recenti è quello del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite che nel perseguire i propri obiettivi di pace e sicurezza, e nel combattere il terrorismo, opera collocando in secondo piano diritti umani, entrando sovente in collisione con le obbligazioni internazionali che ne sono poste a protezione. Il che accade per il contrasto sia con "altre" norme della stessa Carta delle Nazioni Unite, sia verso "legalità" diverse (ed esterne come, per esempio, la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo). Qui il punto non sta nel chiedersi se legalità diverse finiranno per intrecciarsi, ma piuttosto osservare come esse siano già di fatto *interconnesse*.

Ancora una volta, l'esperienza dello Stato ha insegnato molto a questo riguardo. Entro lo Stato, quelle interconnessioni normalmente si riflettono sul piano giuridico, poiché un ordinamento "unitario" non può rinunciare a una qualche coerenza logica, materiale e sostanziale. La salute pubblica non può essere affrontata attraverso norme di settore in violazione di regole di bilancio, o di principi posti a tutela di beni fondamentali concorrenti; le politiche economiche a loro volta incidono sulle stesse strutture sociali e inevitabilmente devono entrare in un qualche equilibrio con le norme a tutela dei diritti. Uno Stato non può avere successo (in qualunque modo lo si valuti) se riesce a compiere progressi in un campo d'azione solo al costo di danneggiarne irreparabilmente ogni altro. In breve, come "ente a fini generali" uno Stato ha la *responsabilità* per l'*insieme* e non può assolvere ad una

particolare funzione a spese delle altre: frammentazioni e frammenti – in teoria – qui non devono prodursi e non dovrebbero essere concepibili. E per la verità, essi non esprimerebbero nemmeno la struttura reale delle cose: risulterebbero semmai dall'approccio ideologico, ed epistemico, da noi adottato, anziché precederlo.

Nell'ambiente extra-statale, invece, una prospettiva generale "comprensiva" diventa una sorta di impossibile metafisica: la differenza non è dovuta tanto alla natura dei problemi o degli oggetti, ma prevalentemente alla loro non confinabile dimensione e alla conseguente impossibilità di ricondurre le questioni e le materie sotto un unico angolo visuale e un unitario centro di responsabilità.

Mentre l'interconnessione si approfondisce e prospera, le nostre idee di legalità restano tuttavia come ancorate a se stesse, e nella loro obsolescente immobilità finiscono per mostrarsi incapaci di rispondere allo stato delle cose con mezzi giuridici, ossia attraverso il diritto. Se guardiamo ai "fatti" assumendo i panni di Mr. Kadi[9], il più famoso tra i sospettati fiancheggiatori di *Al Quaeda* secondo il Comitato delle Sanzioni del Consiglio di Sicurezza, saremo alquanto delusi nel constatare che i nostri diritti (di proprietà, di accesso a un giudice e di difesa) risultano coerenti (e protetti) solo entro la sfera del diritto dell'Unione Europea, non di quello delle Nazioni Unite; o secondo il regime internazionale dei diritti umani, non il diritto internazionale in generale, e via seguendo. Tali diverse legalità si concepiscono come più o meno indipendenti, e in termini dottrinali possono determinare esiti contrastanti eppure coesistere felicemente, così da rendere per Mr. Kadi la ricerca della giustizia un'intrapresa senza fine. Se relativa a ciascuna particolare legalità, che solo in parte governa i fattori normativi confluenti nel caso, la giustizia coinciderà sempre con un verdetto zoppo.

3. *Modelli di legalità: teorizzare l'interlegalità*

3.1. "Interlegalità" raccoglie il senso del quadro disegnato sin qui, e assumerne il punto di vista può fare la differenza: ad esempio, rispetto all'alternativa tra monismo e dualismo, che ha diviso le teorie circa la relazione tra diritto interno e internazionale, e che rimane un luogo di tradizionali controversie.
Se è vero che, nella prospettiva di sostenere e valorizzare il diritto internazionale, le posizioni "moniste" sembrano utilmente diffondersi, e le corti statali

> «such as the German *Bundesverfassungsgericht*, are assuming a role in the "dédoublement fonctionnel" of their domestic and international functions, regarding themselves as

[9] Si veda la decisione del suo caso alla (allora) ECJ, Joined Cases C-402/05 P, Judgment of 3 September 2008.

> guardians not only of domestic, but also of international law within their jurisdiction» (PAULUS 2012, 8 s.),

nondimeno, come Andreas Paulus nota, esse non usano il diritto internazionale «but domestic law as their normative system of reference. International law does feature only in their jurisprudence if and to the extent permitted by their domestic law» (PAULUS 2012, 8 s.). Se pertanto le corti nazionali applicano il diritto o eseguono decisioni internazionali, «they do so because domestic law requires it, not because they are organs of the international community»; ed infine, ancor più preoccupante per il monismo è il fatto che il diritto internazionale, pur in assenza di effettive gerarchie, «contains within itself several distinct legal orders, from the UN Charter to international criminal law, from human rights to investment law», e là dove una gerarchia sembra esistere «as in Article 103 of the UN Charter, it appears increasingly problematic [...]» (PAULUS 2012, 8 s.).

Alternativamente, sposando l'altra venerabile tesi, quella dualista, si deve assumere che ordinamenti diversi dal nostro vivano a proprio titolo, ma debbano considerarsi da un punto di vista necessariamente esterno, come *meri fatti*: la loro natura *normativa* è infatti come invisibile, almeno sino a quando non risulti incorporata o ri-autorizzata e convertita entro il novero dei "nostri" imperativi *interni*.

Ma questo implica, innanzitutto, che le legalità siano come cerchi che corrono in parallelo e separatamente (TRIEPEL 1899, 11); in secondo luogo, che ciascuna disponga della possibilità di scegliere se entrare in rapporto con le altre. Tuttavia, anche per quanto ricordato nelle sezioni precedenti, è un dato acquisito che molto spesso una tale opzione sia di fatto indisponibile. Come cautamente Nollkaemper ricorda, vi è ormai consenso sul fatto che, sebbene la fondamentale distinzione in termini di fonti persista

> «(even though the traditional sources doctrine has been transformed in a much more complex system of validation), in principle, substance and subjects have come to overlap with domestic legal systems. This might open the door for at least a limited acceptance of a less dualistic relationship between international and national law» (NOLLKAEMPER 2014).

La nozione di interlegalità riconosce che, quando diversi attori normativi (e fonti diverse) sono di fatto concorrenti, è alquanto astratto e formalistico assumere che le "altre" fonti sono per noi solo "meri fatti"[10]. In un certo senso, il carattere *normativo* di ciò che ha per fonte *altri ordinamenti* sfugge alla nostra *decisione* piuttosto che dipendervi.

[10] Secondo Antonio Cassese, estensore dell'*Order of International Tribunal for the Former Yugoslavia*, 1996 (3 April), «the old and artificial doctrine whereby "from the standpoint of international law and the Court which is its organ, municipal laws are merely facts" (PCIJ) cannot any longer be adhered to» (§ 6, 3-4).

Sebbene lo Stato sia sovente dipinto con un doppio volto, sull'assunto che ciò che esso è nell'ordine internazionale è inconferente rispetto a ciò che è nel diritto nazionale, naturalmente una decisione della *European Court of Human Rights* possiede una forza normativa in sé, che non è in discussione (almeno per i membri della Convenzione, tanto quanto il Consiglio di Sicurezza per i membri delle Nazioni Unite).

Il pericolo nascosto del teorizzare "altri" ordinamenti come meri fatti risiede nel confondere due elementi differenti, e cioè da un lato la comprensione di qualcosa come normativo (il riconoscimento del suo carattere normativo) e dall'altro l'applicazione (accettazione) di esso nel nostro universo (contesto). La prima è cosa diversa dalla seconda. Norme (pretese normative) possono essere comprese e prese sul serio anche senza garantire loro necessariamente un'incondizionata applicazione, la conformità, nel nostro orizzonte giuridico. Come Jürgen Habermas ha insegnato (in polemica con l'ermeneutica di Hans Georg Gadamer), se questa *applicazione* può essere "sospesa", nessuna delle parti (*interpretans* o *interpretandum*) assume una superiorità *senza condizioni*. Se comprensione e applicazione – di una pretesa normativa – si concepiscono come la stessa cosa, alla parte che la solleva si attribuisce una supremazia *a priori*, che sia determinata dalla fede (come per un testo sacro o biblico, per esempio), dal diritto stesso, o altrimenti in ragione del suo potere[11].

Infine, circostanze di fatto, relative al potere politico o economico, impediscono ad alcune parti una scelta libera circa il conformarsi a norme ed autorità esterne. È piuttosto consueto ammettere che, per esempio, l'ambito di controllo (i soggetti interessati) di regole come quelle provenienti dall'ISO o dal WTO, o da altri regimi globali, include popoli e Stati, direttamente o indirettamente coinvolti, e per questi entrare o uscire da quell'ambito è cosa che di fatto eccede spesso il loro potere di scelta.

La relazione tra ordini giuridici, vista in termini fattuali, ossia delle condizioni e dei poteri materiali che vi sono sottesi, non è, in conclusione, sempre paritaria, né costituisce sempre il frutto di una libera scelta; e dunque il fatto che le legalità sono sostanzialmente intrecciate nelle questioni che di volta in volta si esaminano è una constatazione che induce a porre domande nuove, circa lo *status* e il tenore "giuridico", non solo fattuale, di tali relazioni. Anticipando quel che più avanti espliciterò, la nozione di interlegalità va intesa nel senso di riflettere tali domande.

[11] Per H.G. Gadamer, comprensione delle pretese altrui diventa accettazione del loro significato (di norma, di valore, di verità), nel nostro proprio contesto (GADAMER 1960, 395). Al contrario, per Habermas, essendo interessato alla comprensione «l'interprete non può comprendere il contenuto di significato di un testo finché non sia in grado di aver presenti le ragioni che l'autore in circostanze adeguate avrebbe potuto addurre. E poiché la plausibilità delle ragioni [...] non è identica con il ritenerle plausibili, l'interprete non può affatto aver presenti le ragioni *senza giudicarle*, senza prendere posizione su di esse in senso affermativo o negativo» (HABERMAS 1986, I, 216). La comprensione di ciò che è normativo richiede dunque una sospensione di qualsiasi applicazione nel nostro orizzonte.

Assumendo che il piano giuridico proponga per tali relazioni uno scenario diverso da quello controllato dal mero potere materiale delle rispettive parti, la nozione di interlegalità predispone un'opportunità "emancipatoria", nella misura in cui essa muove dal mutuo riconoscimento, tra legalità esterne e concorrenti, del carattere normativo che ognuna possiede, senza necessariamente condurre all'incondizionata accettazione delle relative pretese: in luogo di quest'ultima, richiede una ponderazione delle ragioni di tutte e di ciascuna, e di conseguenza favorisce un equilibrio basato su tale considerazione critica. Nella sua prospettiva servono argomenti e ragioni, e il loro confronto su una base di correttezza giuridicamente garantita.

La celebrata alternativa al dualismo, sopra richiamata, ossia il monismo[12], in linea di principio introduce uno scenario del tutto diverso, rendendo impossibile proprio per l'"inter" in "interlegalità" venire in alcun modo in superficie. Allo stesso tempo la varietà plurale delle legalità svanisce, semplicemente perché il loro stesso *status* è privato di autonomia in ultima istanza, e reso dipendente da una più alta forma-cornice da cui discende per derivazione logico-normativa o per delegazione (KELSEN 1970). Dal punto di vista del diritto internazionale, il monismo deve considerare ogni diverso ordinamento come parte di uno, unico ordine comprensivo, così sottraendo legittimità e titolo alle legalità che contrastassero con la coerenza dell'ordine giuridico mondiale. In questo ipotetico mondo (*civitas maxima*), una sorta di *monarchia* giuridica richiederebbe non solo la kelseniana strutturazione formale di catene di autorizzazioni normative, ma anche una convergenza sostanziale, un'armonia di contenuto e visioni di merito condivise che appaiono evidentemente indisponibili.

L'*inter*connessione sulla quale mi sono soffermato è tale perché può nascere solo da una larga varietà (non unità). Su questa, a differenza del monismo, ha invece a lungo insistito il *pluralismo*.

Se si tenta di render conto della narrazione *pluralista* degli ordini giuridici, che sia in edizione *soft* o *radical*[13], istituzionale o sistemica[14], viene immediatamente in primo piano il superamento, per così dire, della prospettiva dell'"uno" (monismo) o del "due" (nel dualismo), attraverso un'indefinita serie plurale: si scopre finalmente la possibilità di guardare al mondo giuridico in termini di autonomie e di

[12] Cfr. sulla coppia monismo/dualismo, POLAKIEWICZ 2011.

[13] È fondamentale il riferimento al pluralismo di Neil MacCormick che alla fine giunge a un *soft pluralism* sotto il diritto internazionale, ma che aveva preso le mosse da una forma di pluralismo radicale riconoscendo l'esistenza di ordini differenti dotati di proprie *rules of recognition*: cfr. MACCORMICK 1993; MACCORMICK 1995; MACCORMICK 1998; MACCORMICK 1999.

[14] Terminologia suggerita da Nico Krisch, che scrive: «the "institutionalist" variant of pluralism represents less an alternative to than a continuation of constitutionalist themes» poichè essa fa riferimento a un «common, constitutional framework», che il «systemic pluralism» rigetta «in favour of a decentred management of diversity». Alla fine, il *systemic pluralism* differisce dal dualismo poiché non sottoscrive lo schema basato su *due* ordini (KRISCH 2010, 77).

sovrapposizioni[15]. Ciò nonostante, resta piuttosto difficile, come preciserò, per il paradigma pluralista offrire un resoconto *giuridico* dell'*interconnessione*.

In ogni caso, si deve riconoscere che una teoria dell'interlegalità, per quanto diversa rispetto al pluralismo, non rigetta in blocco le premesse che esso offre.

Si tratta di mettere a fuoco un aspetto specifico della pluralità di ordini. In particolare, di render conto del fatto che sovente o le norme che disciplinano un caso determinato derivano da un contesto differente e un diverso ordine giuridico, oppure le norme da applicare appartengono a un ordine giuridico concorrente. In tutti i casi, proprio questo fatto non può essere studiato né semplicemente portato alla luce, come tale, se non *prima* che vi si *applichino* le lenti del monismo, del dualismo e anche del pluralismo. Evitare di applicare sin dall'inizio i loro schemi conoscitivi, equivale ad astenersi dall'adozione del modello interpretativo, dello schema ordinante, qualificativo, che in fondo li accomuna, e che ruota, fondamentalmente, attorno alla logica del *sistema*. Abbiamo bisogno di un punto di partenza che non muova dal sistema, dall'idea di ordini chiusi, ma piuttosto dall'intreccio di circostanze attraverso cui la legalità appare *in re*, come una realtà in sé composita, non il risultato predeterminato di una costruzione teorica, *top-down*, del mondo giuridico (inteso come uno, due o molti sistemi giuridici).

3.2. Al fine di esporre l'atteggiamento epistemico qui implicato si può ricorrere a una metafora politico-istituzionale. Aristotele definì le forme di governo secondo il criterio dell'uno, di alcuni, dei molti, e sottolineò l'orientamento all'interesse pubblico. Ma il prevalere di interessi egoistici, il costruire la ricchezza o il potere a beneficio esclusivo di chi governa, di certi individui o gruppi, produrrebbe in ogni caso forme di dispotismo, qualunque sia la "formula" adottata. Come Aristotele sostiene,

> «[D]eviazioni delle forme ricordate sono, la tirannide del regno, l'oligarchia dell'aristocrazia, la democrazia della politia. La tirannide è infatti una monarchia che persegue l'interesse del monarca, l'oligarchia quello dei ricchi, la democrazia poi l'interesse dei poveri: al vantaggio della comunità non bada nessuna di queste» (Aristotele, *Politica*, III, 7).

Credo si possa convenire che, alla fine, a fare la differenza non è la forma (o la formula numerica) della costituzione in sé, ma, in qualunque caso, il perseguimento virtuoso dell'interesse pubblico.

Ciò che Aristotele scrive può essere liberamente interpretato nel senso che colloca al posto d'onore la prospettiva epistemica: ciò che appare determinante è abbandonare il punto di vista dell'interesse dei governanti, che si tratti del monarca, degli ottimati o dei molti, e assumere sempre quello del bene comune, il quale diventa il

[15] Per questo, estesamente, KRISCH 2010.

parametro di valore ultimo, un parametro il cui rispetto non è automaticamente garantito, o intrinseco, nelle formule di costituzione, visto che esse possono condurre a forme devianti da quel parametro. Ed è proprio su quel parametro che si sposta la prospettiva epistemica essenziale per la convalidazione delle costituzioni.

Mutatis mutandis, e similmente, se si vuole cogliere la varietà e l'interconnessione come un fatto caratterizzante l'universo giuridico, la prospettiva che muove dal "sistema" (uno, due o molti), nell'ottica sopra ricordata, tanto più è decisiva quanto più è – a questi fini – fuorviante, e assumerne la esclusività può ben precludere un'adeguata comprensione delle cose.

In questo senso, l'interlegalità dovrebbe meglio condurre a un'ulteriore prospettiva epistemica. Come sostengo, essa porta ad assumerne direttamente un'altra, la prospettiva *del diritto*.

4. *Sulla "prospettiva del diritto"*

4.1. Intendo dunque con l'interlegalità un punto di vista non-sistemico, che assume la prospettiva *del diritto*. Quest'ultima infatti non deve necessariamente partire dai sistemi. Per gli aspetti che qui rilevano, i sistemi si connettono alla domanda circa la "validità", e di tale connessione peraltro qui non si pongono in discussione i contorni: la validità, per essere brevi, dipende da un fatto o da una norma concernente l'accreditamento di (altre) norme, con riferimento a un dato sistema.

Piuttosto, si può dubitare della possibilità che la prospettiva dei sistemi (uno, due, molti) possa realmente esaurire il tema della legalità, rispondere alle nuove domande, e consentirci di padroneggiare o almeno di affrontare l'intero spettro del problema che ci occupa. Per chiarire il punto, sono utili alcune considerazioni che espongano la differenza da un lato rispetto a una concezione "sociologica" dell'interlegalità, e dall'altro rispetto alle conclusioni cui può giungere una visione pluralista degli ordini giuridici.

De Sousa Santos enunciò la propria idea di *interlegality* come "legal porosity" e ne descrisse così il senso: «multiple networks of legal orders forcing us to constant transitions and trespassing. Our legal life is constituted by an intersection of different legal orders, that is, by interlegality» (DE SOUSA SANTOS 1995, 473). Ma, come si può notare, l'accento cade sul "noi", ossia sul fatto che siamo contemporaneamente coinvolti in molteplici sfere di legalità. "Noi" possiamo avvalerci di esse intendendole come *chances* concorrenti: il punto di vista sociologico mette a fuoco la posizione degli individui, dei soggetti, e la possibilità che essi imparino ad usare della oggettiva, data, pluralità e della sovrapposizione di legalità ponendole l'una contro l'altra, e acquisendo così un'opportunità di controllo "dal basso" (DE SOUSA SANTOS 2005). Questa prospettiva è centrata *sull'uso soggettivo* delle contraddizioni tra gli ordini giuridici concepiti come meri strumenti di (contro-)

potere, più che sull'interlegalità come una forma inedita in cui le strutture dell'oggetto "diritto" si manifestano.

È necessario pertanto modificare questa direzione, orientata sul profilo sociologico e sul "noi" che in de Sousa Santos è il vero fulcro dell'interlegalità, e focalizzare direttamente invece l'ambito e il tessuto della "legalità". Su questo diverso piano, interlegalità indica che le interconnessioni costituiscono come la trama di un "diritto composito", che risulta dai contenuti di fonti separate in un ampio novero di ricorrenti occasioni.

È poi necessario considerare l'interlegalità in un confronto con il paradigma pluralista, anche allo scopo di differenziare la prospettiva dei "sistemi" da quella del "diritto".

Riconoscendo la differenziazione dei sistemi giuridici, come indipendenti e autosufficienti, la versione più genuina del pluralismo giuridico, quella "radicale", evita di ricadere in accomodamenti monisti: rigetta l'idea che la pluralità debba alla fine essere contenuta entro una cornice comune di coerenza, ospitata entro un ordine comprensivo, capace di risolvere conflitti all'interno di uno schema costituzionalistico o internazionalistico (come nella proposta di Neil MacCormick dopo la svolta internazionalista). Nella visione pluralista radicale, l'interferenza o il conflitto (tra sistemi di norme), che non sono a loro volta addomesticati in un modo o nell'altro, devono essere lasciati alla negoziazione tra le parti. L'assenza di norme sovraordinate, prefissate, di confronto rende possibili soluzioni aperte e innovative, favorisce interlocuzioni, basate prevalentemente su premesse politiche, porta alla luce ideologie e pretese, e le ragioni che corrono tra i diversi sistemi, tra, per esempio, sottostanti culture neoliberali orientate al primato delle (de-)regolazioni globali e gli interessi "democratici" dei governi locali, e simili confronti.

Di conseguenza, l'alternativa corre tra il sopportare l'instabilità e l'incertezza che derivano da un pluralismo sistemico radicale e all'opposto convertirne la teoria in un pluralismo controllato (che sia sotto la comune autorità di norme costituzionali di soluzione delle controversie o sotto il diritto internazionale come il sistema giuridico di riferimento). Nel primo caso, del pluralismo sistemico, le sovrapposizioni si risolverebbero attraverso canali fondamentalmente politici; nel secondo caso sono trattate semplicemente rinunciando al pluralismo *sine glossa*, perché le legalità coinvolte sono chiamate a subordinarsi a un più ampio ordine giuridico che le contiene.

Evidenziando una pluralità non addomesticata di sistemi *autonomi*, nessuno dei quali in possesso di alcun primato, come Krisch sostiene, «pluralism favors pragmatic, incremental processes of mutual accommodation and potential convergence» (Krisch 2011, 407). Ma, ciò detto, anche in questa sua versione più netta, il pluralismo assume comunque, innegabilmente, una sua visione "sistemica" del diritto. Certamente, partire da "molti" (sistemi) rivoluziona, di per sé, l'approccio delle teorie precedenti, e determina l'abbandono dell'inclinazione o del precon-

cetto "appropriativi" che in modi differenti sono come intrinseci al monismo e al dualismo. Il pluralismo infatti non comporta l'assorbimento, come nel monismo, o l'appropriazione e la conversione, normalmente operate dal dualismo, delle legalità "esterne", dal momento che ne presuppone l'autonoma autorità e l'indipendenza, senza colonizzarle sotto un unico universo normativo o farne dipendere il riconoscimento da una discrezionale scelta di incorporazione.

In conclusione, sullo sfondo del paradigma pluralista c'è da un canto la pluralità come fatto, dall'altro l'auspicata possibilità che sistemi molteplici "imparino" l'uno dall'altro e più concretamente rintraccino produttive vie di comunicazione. Ma il punto è che essi non hanno alcun obbligo di farlo, e nell'ottica pluralista non dispongono di mezzi e percorsi per farlo in termini giuridici.

4.2. Come anticipato in apertura di questa sezione, la nozione di interlegalità conduce a quella che ho chiamato la "prospettiva del diritto".

Certo, il modello (contrario) del "sistema" (giuridico) offre garanzie d'ordine, basate sull'autonomia, l'esclusività, la completezza. Kelsen stesso aveva insegnato che il significato oggettivo di diritto (KELSEN 1970, 201 ss.) non può essere distaccato dal presupposto della validità sistemica e dalla "chiusura" che essa richiede.

Per la verità la dottrina kelseniana potrebbe a prima vista essere evocata proprio in relazione all'enfasi sulla prospettiva *del diritto*. Kelsen decentrava la scienza giuridica rispetto allo Sato, si spostava effettivamente dallo Stato al diritto, all'*ordinamento*, sino al punto da porre l'*ordinamento* statale solo come conseguenza del carattere non-statale del più ampio e sovraordinato *ordinamento* internazionale. Ma in questo ben noto capovolgimento kelseniano, appunto verso la prospettiva del diritto, non accade che la sfera del sistema sia superata ma semplicemente che essa sia confermata, ampliata e spostata, oltre lo Stato.

Nella cultura giuridica dei secoli recenti, il concetto di Stato estende la sua ombra tradizionalmente a coprire il dominio stesso del diritto. Nelle parole di uno dei maestri del primo Novecento, che compaiono nel contesto del dibattito internazionale, «the compulsory nature of the rules in force, whatever their remote origin may be, appears henceforth as the effect of th[at] centralizing will [...] a true and proper subject [...] the State», un soggetto che reclama «exclusiveness rendered necessary in order to assure the unity of the system» (DEL VECCHIO 1937, 8 s.).

Sebbene costruito principalmente sullo Stato[16], il modello del sistema oggi indubbiamente abbraccia anche il diritto internazionale, dato che questo ha acquisito le sue norme di "chiusura", le sue regole di riconoscimento[17]. Tuttavia, ciò che

[16] Presupposto che è tra le ragioni della difficoltà di Hart a riconoscere il diritto internazionale come un ordinamento maturo: HART 1997, cap. X.

[17] Cfr. BESSON 2010; WALDRON 2013. Mehrdad Payandeh ha descritto il diritto internazionale come un sistema hartiano: perché esso affronta «the problems of uncertainty, of the static character of the social

si scorge attraverso quest'unico tipo di lenti corrisponde alla realtà del diritto solo sino a un certo punto.

A questo riguardo è utile, per esempio, esaminare la tesi proposta tempo fa da Benedict Kingsbury con riguardo al concetto di diritto nell'ambiente extra-statale. Interrogandosi circa la *legalità* di un eterogeneo insieme di regolazioni di fonti disparate e inedite (regionali e/o globali), Kingsbury suggeriva di adottare criteri di verifica, o di riconoscimento, che consentano di ascrivervi una natura in senso lato pubblica (*publicness*), criteri riferiti sia alla qualità della fonte sia al contenuto normativo. Quest'ultimo andrebbe sottoposto al controllo di requisiti quali razionalità, proporzionalità, rispetto di diritti fondamentali, del principio di legalità, del *rule of law* (KINGSBURY 2009, 12). Come si può notare, alla domanda circa la *legalità* (se qualcosa sia o non sia "diritto") si risponde come se si tratti di una questione di (criteri di) *validità*. La domanda circa la nozione di legalità è posta nell'ottica del proliferante diritto amministrativo globale (GAL) (cfr. PALOMBELLA 2012), il cui spettro e la cui dimensione sono giustamente concepiti come in larga misura eccedenti i confini del diritto internazionale, inteso come ordinamento conchiuso e a se stante. Proprio per questo, tuttavia, la soluzione appare imperfetta poiché, oltre quell'ordinamento, deve ipotizzare l'esistenza di un *set* di norme di riconoscimento "globali", praticate e condivise, di cui ammette l'assenza. La proposta rimane dunque in qualche modo indecisa ed ambigua: essa mostra chiaramente però la radicata tendenza a rispondere alla questione della legalità unificandola con quella della validità (relativa a un *sistema*), e adottando criteri adatti a quest'ultima. Il che, come si può notare, non rappresenta una via sempre conducente.

Mentre possiamo ben riconoscere ciò che rende qualcosa "diritto" in un dato "sistema giuridico" (proprio in base ai suoi propri requisiti di validità), sappiamo tuttavia anche che *diritto* può eccedere i requisiti di validità relativi a un ordine giuridico determinato, come da tempo varietà di studi sul pluralismo giuridico ha mostrato[18].

Si deve al pluralismo giuridico tradizionale non solo il riconoscimento della concorrenza e compresenza di sistemi giuridici molteplici, ma anche quello di pratiche sociali normative vissute e sentite come diritto dai gruppi sociali rilevanti, spontanee, create attraverso *private-ordering*, mutuate da prassi religiose, e via seguendo. Quel che il pluralismo non sembra riuscire a porre in primo piano e valorizzare, tuttavia (come già *supra*, § 4.1), è il fatto dell'*interconnessione*, su cui invece l'interlegalità si concentra.

Nelle più recenti versioni del pluralismo giuridico, sopra richiamate, che muovono dai fenomeni ordinamentali contemporanei, principalmente relativi all'affermazione dell'ordine giuridico dell'Unione Europea (come nel caso di MacCormick)

rules, and of the inefficiency of the system in enforcing the rules»; e cioè «the three functions which Hart deems necessary for the existence of a legal system» (PAYANDEH 2010, 981).

[18] Cfr., da una prospettiva sociologica realista, TAMANAHA 2016; TAMANAHA 2017.

o della pluralità di regimi regolativi globali, il superamento degli schemi internazionalisti, del monismo e del dualismo, si accompagna al permanere di visioni (pluri-) sistemiche del diritto, nel senso stabilito dalle teorie hartiane o kelseniane, in virtù delle quali la legalità è strutturata solo circoscrivendo confini, ha come una natura segmentaria e "discreta". Il *bias* sistemico definisce il fatto che la legalità riguarda l'interno di ciascun ordine preso in considerazione, e fiorisce solo entro i suoi limiti. Coerentemente, anche il pluralismo qui ricordato giunge alla soglia dell'identificazione delle multiple legalità, ma oltre essa la prospettiva *giuridica* resta come muta, se non impossibile da concepire.

Comune alle prospettive esaminate è il fatto che il "giuridico" si conclude con le separate pretese sollevate da diverse, discrete, legalità: gli incroci, gli incontri, le interconnessioni restano un *puzzle* perché date le premesse non si vede come estendervi una natura o una possibile codificabilità giuridiche. Ma nell'ottica dell'interlegalità, l'interconnessione è essa stessa una situazione giuridica, relativamente autonoma, in sé e per sé.

5. *L'indirizzo inclusivo dell'interlegalità e i compiti delle corti*

5.1. Come spiegherò, *interlegalità* dovrebbe essere descritta come la dimensione in cui il diritto non deriva né può farsi dipendere in modo esclusivo da uno tra i singoli ordini giuridici o regimi che emergano come simultaneamente rilevanti in casi concreti. Se, per richiamare il tema discusso sopra, *legalità* si distacca da validità, e se ne riconosce lo spettro più ampio, essa è visibile in un *continuum*, di cui consiste, che abbraccia l'insieme del diritto (per quanto diversificato per fonti o "sistemi") determinante il quadro giuridico di una questione da risolvere.

Non si potrebbe non riconoscere, per esempio, che nel celebre caso *Kadi*, il diritto "rilevante" non è solo quello dell'Unione Europea e dei suoi diritti fondamentali, entro il cui perimetro la Corte di Giustizia ha deciso, ma allo stesso tempo le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza e le norme che lo disciplinano; e inoltre, non soltanto le norme che attribuiscono al Consiglio compiti circa la sicurezza mondiale, ma anche quelle della Carta che difendono i diritti umani sul piano internazionale.

Risuonano qui non del tutto peregrine analogie risalenti al diritto medievale, spesso rievocato per la pluralità di legalità che lo caratterizzavano (BULL 1977, 254-265): la regola del giusto e dell'ingiusto doveva mostrarsi nella *ratio* derivante dalle *cose stesse* (CORTESE 1964; GROSSI 2000). La ricerca del diritto, ai fini della decisione, doveva raggiungere uno strato di giuridicità che arbitra, armonizza o seleziona tra più legalità contrapposte, orientata dall'*aequitas*, quale nozione concreta e contestuale.

Ma, al di là delle analogie, si tratta comunque di tenere in conto (anziché ignorare) la sovrapposizione di diverse razionalità normative come qualcosa che ha bisogno di una sua misura di giustizia.

Se due o più regimi o sistemi giuridici si sovrappongono, le lenti del tradizionale positivismo (nella linea Austin-Hartiana) sembrano inadeguate ad affrontare il problema, che nasce dalla natura o dall'estensione *ultra*-sistemica della legalità. Ciascun sistema è in grado di identificare quali norme siano valide ed applicabili in base alle proprie "regole di riconoscimento", ma queste ultime restano mute e inadatte a rispondere a questioni che invece *sorgono tra più sistemi*, questioni la cui soluzione è posta precisamente "al di là" di ciascuno di essi, e dunque, può essere trovata solamente in termini inter-sistemici: i quali contraddicono il destino dell'*aut-aut* (essere di "un sistema o niente") e configurano la legalità come un *continuum*. L'interlegalità abbraccia il complesso delle norme rilevanti (ciascuna convalidata in base ai criteri del "proprio" sistema di fonti) spogliandole tuttavia della loro esclusività e alternatività formale, e considerando gli effetti della loro interazione e interconnessione.

Nelle pagine che seguono, cercherò di articolare ulteriormente questo argomento.

5.2. Il dogma dell'esclusività degli ordinamenti, notoriamente legato alla pienezza della sovranità, mostra i propri limiti. Tutto questo colloca i giudici in una posizione delicata.

Essi sono responsabili dell'applicazione delle norme che ricadono sotto la loro giurisdizione, e devono dunque operare dall'interno dell'ordinamento cui appartengono. Ma abbondano realtà che non "accadono" in un singolo "luogo", o sotto singoli "sistemi", ma all'intersezione tra essi: in assenza di autorità terze e di un arbitro. Innanzi al sovrapporsi di sistemi normativi, giurisdizioni, beni e finalità divergenti, dobbiamo sempre aspettarci che le corti assumano un'ottica parziale, inevitabilmente unilaterale, passando così sotto silenzio la reale sostanza delle cose, imbrigliate in un contesto di legalità contraddittorie? È ancora "responsabile" la decisione che non ne tenga conto? È ancora sufficiente che le corti lavorino per conto del proprio sovrano, seguendo la mera logica dei *gate-keeper*?

La prospettiva dell'interlegalità semplicemente mostra la sopravvenuta inadeguatezza dell'idea secondo cui la legalità si configura soltanto nei termini di un sistema singolo e conchiuso. Interlegalità non è una sorta di costrutto *a priori*, ma innanzitutto una costatazione empirica, è al contempo un'esplorazione e una ricognizione della realtà giuridica. Conseguentemente, essa accede alle relazioni tra le cose, "dal basso", facendo tesoro dell'insegnamento dei casi e della funzione di giustizia che vi è connessa. Qui essa richiede un approccio che accoglie l'intera estensione delle legalità che controllano il tema della decisione (una legalità intesa come composita e integrata, dunque). L'attenzione si sposta dalla regola valida in una "giurisdizione"-ordinamento (con cui le corti normalmente operano) al diritto

rilevante nel caso e che di fatto lo governa (e le due cose, come ho sostenuto sin qui, non sempre coincidono).

Dal punto di vista del ragionamento giuridico, è consueto riconoscere agli interpreti che la decisione in contesti complessi che coinvolgono principi in conflitto, anche in ordinamenti costituzionali, sfugge alla mitologica certezza delle predizioni basate su regole (cfr. PALOMBELLA 2006). La decisione è un risultato derivante meno dall'applicazione di una *regola* valida che da un itinerario più ampio che arbitra *rationes* diverse, principi concorrenti, e punta alla ricerca del diritto del caso, della legalità che lo contraddistingue e regola[19].

Ciò richiede una considerazione d'insieme, ma non di muovere da una "perfetta" idea di giustizia definita una volta per tutte, da un sistema giuridico universale di principi; si tratta piuttosto di una ricerca della giustizia nel senso reso celebre da Amartya Sen, una ricerca che innanzitutto eviti l'ingiustizia, e si avvalga di un «critical scrutiny from the perspective of others» (SEN 2009, 197). La giustizia è una questione di responsabilità[20] per l'insieme, in contesti dati, che richiede di raccogliere le diverse sensibilità, di raggiungere visioni il più ampie possibile delle cose, di scongiurare l'unilateralità, e permettere che la prospettiva degli "altri" possa essere ascoltata. In mancanza di ciò, istituzioni perfettamente disegnate potrebbero comunque funzionare in modo ingiusto.

Appunto in questo stesso senso, almeno le più alte corti e quelle sopranazionali dovrebbero poter "giudicare" secondo una duplice funzione, e cioè adempiendo ai propri doveri di fedeltà istituzionale, ma anche considerando le ragioni sostenute da concorrenti ordini normativi.

5.3. Tra gli esempi che possono introdurci alla discussione di quest'ordine di problemi è il caso sorto innanzi alla Corte Internazionale di Giustizia (ICJ) tra lo Stato italiano e quello tedesco. La Germania ha condotto l'Italia innanzi alla Corte invocando la consuetudine internazionale che stabilisce l'immunità degli Stati. Tribunali italiani avevano infatti accolto cause civili per il risarcimento dei danni dovuti dallo Stato tedesco a vittime di crimini della seconda Guerra mondiale. La ICJ[21] ha "accertato" che è effettivamente esistente la norma consuetudinaria che garantisce l'immunità degli Stati per *acta jure imperii*, e che ad essa non fanno eccezione nemmeno gli atti che integrino gravi crimini di guerra. La Corte ha poi

[19] In questa direzione muove da tempo il costituzionalismo contemporaneo, e in quest'orbita si spiega lo sviluppo giurisprudenziale della ragionevolezza, della proporzionalità, o dei numerosi *topoi* di interconnessione o di coordinamento, tra corti operanti in diversi regimi giuridici: si pensi al margine di apprezzamento, alle teorie dei controlimiti, all'*equal protection*, e così via.

[20] Credo che in questa direzione possano essere intese le ricerche sulla virtù degli operatori del diritto, da Lawrence Solum a Jan Klabbers a Amalya Amaya.

[21] ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece Intervening), 3 February 2012, disponibile in: http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf.

assunto che la regola dell'immunità così formulata sia dotata di priorità logica, avendo natura *procedurale*, e che pertanto essa preclude la discussione *nel merito* della causa. I crimini contro l'umanità e i crimini di guerra commessi dalla Germania, in violazione di norme fondamentali di diritto internazionale (reputate nel novero delio *jus cogens*) non fanno venire meno il suo diritto all'immunità, persino se, come in questo caso, alle vittime non resti altro rimedio o mezzo di riparazione.

La debolezza di questa pronuncia della ICJ è alla radice delle questioni giudiziarie successive, e in particolare di quella poi sollevata innanzi alla nostra Corte Costituzionale. Come ho osservato altrove (PALOMBELLA 2015; PALOMBELLA 2016b), la Corte internazionale vuole intendere il proprio ruolo in modo ristretto, così da non dover prendere in considerazione la complessità del caso e le norme perentorie che proibiscono i crimini internazionali e proteggono i diritti umani più basilari. Appaiono ancora più lontani, dopo quasi un secolo, gli ammonimenti del giudice Hersch Lauterpacht, a considerare sempre «the entirety of international law and the necessities of the international community» (LAUTERPACHT 1933, 327), o quelli, nel XXI secolo, di un altro giudice della Corte, Rosalyin Higgins: «The judicial lodestar, whether in difficult questions of interpretation of humanitarian law, or in resolving claimed tensions between competing norms, must be those values that international law seeks to promote and protect»[22].

Fermarsi all'accertamento dell'*esistenza* di una norma (consuetudinaria) è tutto tranne che una posizione neutra. E la ICJ decise di arrestarsi là dove il suo ragionamento avrebbe dovuto invece incominciare[23], confinando se stessa[24] a mero arbitro (non una Corte, dunque) tra gli argomenti resi dalle parti. Questo modo di pensare rende evidente la tensione tra la tradizionale impostazione interstatale delle contese giudiziali da un lato e dall'altro la ormai mutata natura del diritto internazionale, che pone in primo piano beni comuni globali e interessi collettivi, comunitari, irriducibili, come è stato osservato, a «bilateral schemes» (NOLLKAEMPER 2012, 771). Quella tensione corre quindi «between the collective, multilateral nature of substantive principles that the Court may be asked to litigate, and the bilateral nature of its procedures» (NOLLKAEMPER 2012, 771). E tutto ciò allontana la possibilità che il diritto internazionale venga inteso nella sua integrità, nella completezza del suo tessuto normativo dato (LAUTERPACHT 1933, 66 s.).

Ad ogni modo, ciò che è più importante per la questione dell'interlegalità è la replica a distanza della Corte Costituzionale italiana[25], la quale decide per la tutela dei diritti della persona e di accesso alla giustizia, ed è da molti assunta a esempio

[22] R. Higgins, *Dissenting Opinion*, on *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996, ICJ 226, 587 (July 8), § 41, p. 370.

[23] Peraltro, essa ha persino riconosciuto l'insufficienza del suo verdetto e suggerito – osservando l'assenza di effettivi rimedi per le vittime – di riaprire negoziazioni politiche (*Ibid.*, § 104).

[24] In generale, sulle attitudini della ICJ, cfr. GLEIDER 2013.

[25] Corte Costituzionale, n. 238 del 22 ottobre 2014.

di un atteggiamento meramente dualista e autoreferenziale[26]. A mio modo di vedere, tuttavia, quella pronuncia riguarda anche i principi del diritto internazionale che la ICJ avrebbe potuto salvaguardare, oltre che i principi costituzionali supremi[27] (compito da cui la Corte deve trarre comunque la propria legittimazione). Inoltre, a differenza di decisioni tipicamente dualiste, che riguardano costituzionalità o legittimità di norme *interne*, evitando ogni interferenza e lo scrutinio delle norme internazionali (come la Corte di Giustizia dell'Unione nel caso *Kadi*, 2008), la Corte italiana deve invece sottoporre a un test di compatibilità proprio una norma *internazionale*, che grazie all'art. 10 Cost., e la sua prescrizione generale di incorporazione, giunge immediatamente alle porte del nostro ordinamento. La Corte deve così muovere sul limine tra due sistemi, aprire un confronto, arbitrarne e bilanciarne le norme e le ragioni[28].

Infine, nei termini del portato oggettivo della pronuncia, essa mostra che la deferenza alla Corte Internazionale di Giustizia deve essere affiancata e se del caso negata, com'è accaduto, da una considerazione delle interazioni normative e sostanziali in gioco, tra i due ordinamenti, considerazione che esclude una gerarchia *a priori* tra norme, basata sul "sistema" cui appartengono.

In ogni caso, resta il punto che, in tema di interlegalità, sono cruciali l'atteggiamento delle corti e i loro argomenti innanzi a questioni che sono all'incrocio tra ordinamenti e tra giurisdizioni.

Ragionerò dunque più da vicino, su due esempi, l'uno è il caso *Tadic* presso l'*International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (ICTY) e l'opinione circa la "*jurisdiction*"[29], l'altro è nell'argomentazione offerta dalla *European Court of Human Rights* nel caso *Al Dulimi*[30].

5.4. Il caso *Tadic* viene sovente citato per la famosa affermazione della *Appeals Chamber* del ICTY sul carattere *self contained* dei tribunali internazionali, e quale

[26] Robert Kolb, ha scritto «The gist of decision no 238/2014 is a separatist treatment of the two legal orders involved. It is a high peak of a new form of robust dualism» (KOLB 2014). Si veda anche PETERS 2014.

[27] Una recente *Harvard Law Review* "*Note*" ha inteso confutare l'idea che la decisione della ECJ nel caso *Kadi*, nonché la decisione della Corte Costituzionale n. 238/2014 rappresentino prove di un eccezionalismo europeo assimilabile a quello statunitense per il loro scarso riguardo verso il diritto internazionale. Secondo la *Note* entrambe le corti avrebbero sì svolto una funzione di *gate–keeper*, ma senza mettere in discussione il diritto internazionale perché si tratta di casi eccezionali, riguardanti principi supremi del proprio ordinamento: "Constitutional Courts and International Law: Revisiting the Transatlantic Divide", *Note* in (Mar 10) 2016, 129 *Harv. L. Rev.* 1362, disponibile in: http://harvardlawreview.org/2016/03/constitutional-courts-and-international-law-revisiting-the-transatlantic-divide/ (consultato il: 06/12/2018).

[28] È ben evidente che la Corte tutto può fare tranne che ignorare (dualisticamente, appunto) la norma internazionale. Più estesamente, in PALOMBELLA 2015. Inoltre, con riguardo al *rule of law* internazionale, PALOMBELLA 2016a.

[29] *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-I, *Decision on Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, § 11 (Oct. 2, 1995).

[30] ECHR, chamber judgment of 26 November 2013 in *Al-Dulimi*, No. 5809/08.

riconoscimento della natura frammentata del diritto extra-statale, nel quale regimi diversi assumono posizioni indipendenti e su ambiti "separati". Questo non è tuttavia né l'unico né il vero argomento della decisione, che affronta in realtà il tema dell'estensione della giurisdizione della Corte. La sua lezione è che una corte, nell'adempiere alla sua funzione giudiziale propriamente intesa, non può evitare di sottoporre al proprio sindacato anche atti o norme formalmente estranei alla sua giurisdizione, se ciò appare come necessario al compito di conoscere e rendere il proprio giudizio.

Il contesto di riferimento è dato dalla questione della legittimità dell'istituzione del Tribunale internazionale (ICTY). A differenza della *Trial Chamber* – secondo la quale tale questione doveva ritenersi estranea alla sua giurisdizione, implicando lo scrutinio di un atto del Consiglio di Sicurezza – il ragionamento della *Appeals Chamber* mostra che il "*lawful establishment*" del Tribunale rientra nella sua giurisdizione.

Secondo il Presidente Cassese la giurisdizione deve intendersi come il «legal power to state the law» e, a differenza di quanto accade negli ordinamenti nazionali – qui siamo al noto passaggio menzionato sopra –

> «International law, because it lacks a centralized structure, does not provide for an integrated judicial system operating an orderly division of labour among a number of tribunals, where certain aspects or components of jurisdiction as a power could be centralized or vested in one of them but not the others. In international law, every tribunal is a self-contained system (unless otherwise provided)» (§ 11).

Pertanto, in assenza di un'ordinata divisione dei compiti, e di una generale gerarchia, ciascun tribunale potrebbe doversi curare di «certain aspects or components» che in un sistema regolato da competenze potrebbero spettare ad altri tribunali. Quel famoso passaggio non sostiene dunque che certe questioni debbano essere dismesse o respinte perché eccedenti il frammento del diritto extra-statale cui il tribunale appartiene, ma semmai raccomanda il contrario. Secondo il Presidente, pensare come la *Trial Chamber* sarebbe come «totally ignoring any residual powers which may derive from the requirements of the "judicial function" itself» (§ 14). Ed inoltre, assumere che la giurisdizione del Tribunale sia limitata dalle intenzioni del Consiglio di Sicurezza che lo istituì, renderebbe l'ICTY un mero organo sussidiario, servente, del Consiglio, e sotto il suo potere[31].

[31] Secondo la *Appeals Chamber*, una tale visione deve essere rigettata, innanzitutto perché [citando la *dissenting Opinion* del giudice Cordova: advisory opinion on Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO,1956 ICJ Reports, 77, 163 (23 October)] la *Kompetenz Kompetenz*, ossia il potere di decidere circa la propria stessa giurisdizione, inerisce alla giurisdizione stessa del Tribunale, come pure secondo l'opinione della ICJ: «[T]his principle, which is accepted by the general international law in the matter of arbitration, assumes particular force when the international tribunal is no longer an arbitral tribunal

Il senso non sta dunque nel trasformare ciascun tribunale in una sorta di corte costituzionale che giudichi della legalità di atti emessi da altri poteri, incluso il Consiglio di Sicurezza, ma nel ribadire il potere di esercitare la propria giurisdizione estendendola a tutte le questioni incidentali in senso lato che è necessario affrontare se il tribunale deve giungere a una decisione e determinare il diritto nel caso che ha di fronte, nell'orbita della propria competenza primaria e sostanziale. Argomentare in modo contrario renderebbe impossibile per il tribunale assolvere propriamente alla sua funzione giudiziale.

I problemi che queste corti si trovano ad affrontare possono essere presentati ed "elaborati" in modi alquanto diversi. Si pensi, per esempio, al ragionamento della *Corte di Prima Istanza* dell'Unione (oggi *General Court)* nella decisione del 2005 sulla prima fase del caso *Kadi*. La Corte escludeva che la legalità delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza ricadesse sotto la sua giurisdizione. Purtroppo, però, tale questione era invece, ed evidentemente, una necessaria premessa per definire la legittimità del regolamento dell'Unione Europea che attua una risoluzione. E comunque, la Corte di Prima Istanza non fu coerente abbastanza da sostenere sino in fondo la propria tesi circa la subordinazione gerarchica al Consiglio di Sicurezza (ex art. 103 Carta ONU), secondo il *rule of international law*. Sorprendentemente, essa ammise la sua competenza infatti nel caso che il Consiglio di Sicurezza compisse più gravi violazioni, di norme di *jus cogens*.

Il caso *Kadi* offriva così uno tra i più significativi esempi delle circostanze nelle quali l'interconnessione tra regimi differenti genera esiti parziali e problematici.

Successivamente, la decisione della Corte di Giustizia dell'Unione (allora ECJ, oggi CJEU), nel 2008, negò anch'essa l'interconnessione tra ordinamenti, assumendo che, da un'ottica evidentemente dualista, ciò cui la Corte aveva titolo consistesse nell'accertamento – nei limiti del suo proprio sistema –, dei diritti di Kadi, e nella verifica del regolamento europeo in base ai criteri interni di legittimità; e tale valutazione non poteva implicare alcunché circa la legittimità della risoluzione del Consiglio di Sicurezza né in alcun modo estendersi ad essa, nella sfera separata dell'ordine internazionale.

Si adottava dunque una lettura formale del caso e si finiva per negare che il contenuto normativo delle risoluzioni del Consiglio fosse materialmente incidente sul caso sollevato innanzi alla Corte (sebbene, per la verità, senza di quelle esso non sarebbe mai nemmeno sorto).

In breve, l'argomento della Corte intende far prevalere il diritto primario dell'Unione sulle obbligazioni derivanti dal diritto internazionale (trascurando l'opposta prescrizione dell'art. 103 della Carta ONU). Al di là della virtuosa difesa dei

[...] but is an institution which has been pre-established by an international instrument defining its jurisdiction and regulating its operation.» (Nottebohm Case (Liech. v. Guat.), 1953 ICJ Reports 7, 119 (21 March).) (*Tadic*, supra n. 30, § 18).

diritti fondamentali nell'Unione, il ragionamento della ECJ equivale a un pronunciamento dissimulato sul *primato* tra i due ordinamenti giuridici, scelta incompatibile con quella di affrontare invece una divergenza di merito in una questione cruciale (tra principi di sicurezza e diritti alla giustizia), o una approfondita valutazione di ciò che la negazione di diritti umani significava in quella sfera in cui i due ordinamenti e le loro complesse priorità si sovrappongono ed entrano in relazione.

Le corti sono sovente chiamate a trattare casi che per loro natura non si genererebbero se due o più legalità non entrassero in concorrenza o in conflitto. Gli ultimi decenni hanno mostrato che esse portano su di sé una più alta responsabilità in tali circostanze, la quale dovrebbe indurle a superare la *visione* "limitata" dai confini del "proprio" sistema, nonostante che sia tecnicamente inappropriato chiedere loro di giudicare partendo da una *posizione* che non sia quella di riferimento istituzionale.

Un importante e istruttivo esempio è nella sentenza della *European Court of Human Rights* (ECtHR) nel caso *Al Dulimi*. Dal momento che lo stato svizzero[32] aveva respinto le richieste di Mr. Al Dulimi e ritenuto di non poter far altro che procedere alla confisca del suo patrimonio in ottemperanza alle prescrizioni del Consiglio di Sicurezza, la ECtHR decise che la Svizzera, membro della Convenzione, si fosse così resa responsabile della violazione dell' art. 6 (accesso alla giustizia), nonostante che su di essa gravasse l'obbligo di dare seguito alle sanzioni ONU, e che a questo riguardo non disponesse di alcun margine di discrezionalità.

Secondo la ECtHR, a Mr. Al Dulimi non era stata offerta – né presso le istituzioni ONU né nel corso delle procedure in sede nazionale – alcuna possibilità di sottoporre ad un giudice la questione della propria responsabilità come fiancheggiatore di *Al Quaeda*. Il diniego di accesso alla giustizia, anche se in ragione dei legittimi obiettivi della pace e della sicurezza mondiale, venne ritenuto *sproporzionato* rispetto alla necessità di perseguire concretamente quegli obiettivi.

Sebbene il proprio compito istituzionale in senso stretto copra le norme della Convenzione e riguardi esclusivamente la tutela dei diritti degli individui presso gli stati membri, la Corte, in continuità con la posizione assunta nel precedente caso *Al-Jedda*[33], non ha assunto dunque una posizione meramente esterna rispetto al *corpus* delle norme ONU. Essa le ha invece considerate valorizzandone il significato e gli scopi cui sono preordinate. Il ragionamento della Corte non si è fatto scudo del proprio confine di giurisdizione, ma si è fatto carico di una ponderazione "comprensiva", che si estende oltre la considerazione delle sole norme della Convenzione. Ha così dichiarato, innanzitutto, che obbligazioni apparentemente in conflitto, tra la Carta delle Nazioni Unite e la ECHR, devono, per quanto possibile, essere armonizzate (secondo quanto peraltro prescrive l'art. 31(3) lett. c)

[32] Tribunale Federale Svizzero (BGE 2A.783/784/ 785 /2006; tutte del 23 Genn. 2008).
[33] ECtHR, *Al-Jedda v. The United Kingdom*, Application n. 27021/08, 7 July 2011 (*Al-Jedda*).

VCLT) (§ 112). Inoltre, l'arco del suo apprezzamento ha trasceso effettivamente la giurisdizione delimitata dalla Convenzione e i criteri di validità che la definiscono. Certo, interpreti di fede monista ben potrebbero notare che sia il Consiglio di sicurezza sia la Convenzione sono parte dell'ordinamento giuridico internazionale, inteso come un tutto. Ma, come Andreas Paulus ha ricordato (PAULUS 2012), questa circostanza non è più decisiva, dato il carattere *self-contained*, l'autonomia di autorità e regimi giuridici sovranazionali, e la crescente separazione "acustica" che ne caratterizza le relazioni.

In *Al-Dulimi* la ECtHR s'impegna in un giudizio di proporzionalità, ossia in una valutazione contestuale tra due divergenti sfere di norme-principio che appartengono a due diversi ordini giuridici, un giudizio che eccede i limiti del proprio orizzonte istituzionale. Questo giudizio implica una revisione critica della legittimità della risoluzione del Consiglio di Sicurezza, rispetto alla quale, come abbiamo visto, le corti dell'Unione si erano ritratte, ricorrendo all'argomento della propria incompetenza.

Una giustificazione, per argomenti che presuppongano un'*estensione* giurisdizionale (o un *jurisdictional overstepping),* è proprio nel fatto che situazioni di interlegalità, come ho ricordato in apertura, sfuggono ad alcune tradizioni concettuali consolidate e richiedono, per le loro caratteristiche, approcci conseguenti, che "inseguano" il diritto lì dove esso si presenta, e dunque anche dove si intreccino i confini *di più ordini* normativi e i loro diversi obiettivi di principio. Né è più sufficiente che le corti "rispondano" solo nell'ordinamento cui appartengono, poiché assolvere a compiti di giustizia impone una nuova responsabilità nel sostenere l'intero arco delle complessità normative in gioco, nell'evitare ingiustizia e parzialità delle decisioni, e porre in primo piano gli effetti su coloro che sono sottoposti alla loro autorità.

Riferimenti bibliografici

ALVAREZ J. 2011. *The return of the state*, in «Minnesota Journal of International Law», 20, 2011, 263 ss.

BESSON S. 2010. *Theorizing the sources of international law*, in BESSON S., TASIOULAs J. (eds.), *The philosophy of international law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 164 ss.

BULL H. 1977. *The anarchical society*, Basingstoke, Palgrave, 1977.

CASSESE S. 2002. *Democrazia e Unione europea*, in «Giornale di Storia Costituzionale», 3, 2002, 9 ss.

CASSESE S. 2009. *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009.

CORTESE E. 1964. *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milano, Giuffrè, 1964.

DEL VECCHIO G. 1937. *On the statuality of law*, in «Journal of Comparative Legislation and International Law», 19, 1937, 1 ss.

DELWAIDE J. 2011. *The return of the state?*, in «European Review», 19, 2011, 69 ss.

DE SOUSA SANTOS B. 1995. *Law: a map of misreading*, in ID., *Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*, London, Routledge, 1995, 473 ss.

DE SOUSA SANTOS B. 2005. *Beyond neoliberal governance: the world social forum as subaltern cosmopolitan politics and legality*, in DE SOUSA SANTOS B., RODRÍGUEZ-GARAVITO C.A. (eds.), *Law and globalization from below*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 29 ss.

DRYZEK J.S., NIEMEYER S. 2008. *Discursive representation*, in «American Political Science Review», 102, 2008, 481 ss.

DUNOFF J.L., TRACHTMAN J.P. (eds.) 2009. *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

FISCHER-LESCANO A., TEUBNER G. 2006. *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 2006.

GADAMER H.G. 1960. *Verità e metodo*, Milano, Bompiani, 1983 (ed. or. *Wahrheit und Methode*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1960, trad. it. di. G. Vattimo).

GLEIDER I.H. 2013. *A reluctant guardian: the International Court of Justice and the concept of international community*, in «The British Yearbook of International Law», 83, 2013, 13 ss.

GROSSI P. 2000. *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

HABERMAS J. 1986. *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, il Mulino, 1986.

HART H.L.A. 1997. *The Concept of Law*, 2 ed., with a "Postscript", Oxford, Oxford University Press, 1997.

HOWSE R., TEITEL R. 2009. *Cross-judging: tribunalization in a fragmented but interconnected global order*, in «New York University Journal of International Law and Politics», 41, 2009, 959 ss.

JOHNSON T. 2014. *Organizational progeny: why governments are losing control over the proliferating structures of global governance*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

KEHOHANE R. 2010. *Social Norms and Agency in Global Politics*, Strauss Institute WP, 07/2010.

KELSEN H. 1970. *Pure theory of law*, transl. by M.Knight (on the Second German Edition), Berkeley, University of California Press, 1970.

KJAER P. 2010. *Between governing and governance*, Oxford, Hart, 2010.

KOSKENNIEMI M. 2005. *Global legal pluralism: multiple regimes and multiple modes of thought*, 5 March 2005, Lecture Harvard University.

KRISCH N. 2010. *Beyond constitutionalism: the pluralist structure of postnational law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

KRISCH N. 2011. *Who is afraid of radical pluralism? Legal order and political stability in the postnational space*, in «Ratio Juris», 24, 2011, 386 ss.

KRISCH N. 2014. *The decay of consent: international law in an age of public goods*, in «American Journal of International Law», 108, 2014, 1 ss.

KINGSBURY B. 2009. *The concept of «law» in global administrative law*, in «European Journal of International Law», 20, 2009, 12 ss.

KOLB R. 2014. *The relationship between the international and the municipal legal order: reflections on the decision no 238/2014 of the Italian Constitutional Court*, in «Questions of International Law», 2014, 5 ss.

LAUTERPACHT H. 1933. *The Function of law in the international community*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

MACCORMICK N. 1993. *Beyond the sovereign state*, in «Modern Law Review», 56, 1993, 1 ss.

MACCORMICK N. 1995. *The Maastricht-Urteil: sovereignty now*, in «European Law Journal», 1, 1995, 259 ss.

MACCORMICK N. 1998. *Risking constitutional collision in Europe?*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 18, 1998, 517 ss.

MACCORMICK N. 1999. *Questioning sovereignty: law, state, and nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

MAJONE G. 1996. *Regulating Europe*, London, Routledge, 1996.

NOLLKAEMPER A. 2012. *International adjudication of global public goods: the intersection of substance and procedure*, in «European Journal of International Law», 23, 2012, 769 ss.

NOLLKAEMPER A. 2014. *Inside or out: two types of international legal pluralism* in KLABBERS J., PIIPARINEN T. (eds.), *Normative pluralism and international law: Exploring Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 94 ss.

PALOMBELLA G. 2006. *Dopo la certezza. Il diritto tra giustizia e democrazia*, Bari, Dedalo, 2006.

PALOMBELLA G. 2012. *È possibile una legalità globale? Il rule of law e la governance del mondo*, Bologna, Il Mulino, 2012.

PALOMBELLA G. 2013. *The (re-)constitution of the public in a global arena*, in MACAMLAIGH C., MICHELON C., WALKER N. (eds.), *After Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, Chp 14.

PALOMBELLA G. 2015. *Senza identità. Dal diritto internazionale alla Corte costituzionale tra consuetudine, jus cogens e principi «supremi»*, in «Quaderni Costituzionali», 35, 2015, 815 ss.

PALOMBELLA G. 2016a. *The rule of law at home and abroad*, in «Hague Journal on the Rule of Law», 8, 2016, 1 ss.

PALOMBELLA G. 2016b. *German war crimes and the rule of international law*, in «Journal of International Criminal Justice», 14, 2016, 607 ss.

PAULUS A. 2012. *National courts and the international rule of Law (remarks on the book by André Nollkaemper)*, in «Jerusalem Review Legal Studies», 2012, 5 ss.

PAYANDEH M. 2010. *The concept of international law in the jurisprudence of H.L.A. Hart*, in «European Journal of International Law», 2010, 21 ss.

PETERS A. 2014. *How to make the best out of sentenza No. 238 of the Italian Constitutional Court for a global legal order*, 2014. Disponibile in: https://www.ejiltalk.org/let-not-triepel-triumph-how-to-make-the-best-out-of-sentenza-no-238-of-the-italian-constitutional-court-for-a-global-legal-order-part-i/ (consultato il: 06/12/2018).

POLAKIEWICZ J. 2011. *International law and domestic (municipal)law, law and decisions of international organizations and courts*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011. Disponibile in: goo.gl/JcbjMu (consultato il: 06/12/2018).

SABEL C.F., ZEITLIN J. (eds.) 2010. *Experimentalist governance in the European Union: towards a new architecture*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

SADURSKI W. 2009. *Partnering with Strasbourg: constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the accession of central and east European States to the*

Council of Europe, and the idea of pilot judgments, in «Human Rights Law Review», 9, 2009, 397 ss.

SCODITTI E. 2013. *Legalità al plurale*, in «Quaderni Costituzionali», 33, 4, 2013, 1031 ss.

SEN A. 2009. *The Idea of Justice*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2009.

TAMANAHA B. 2016. *What is law?*, in «Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper», no. 15-01-01. Disponibile in: https://ssrn.com/abstract=2546370 (consultato il: 06/12/2018).

TAMANAHA B. 2017. *A realistic theory of law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

TEUBNER G. 1997. *Global Bukowina: legal pluralism in the world society*, in ID. (ed.), *Global law without a state*, Dartmouth, Aldershot, 1997, 3 ss.

TRIEPEL H. 1899. *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Verlag von C.L. Hirschfeld, 1899.

WALDRON J. 2013. *International law: "A relatively small and unimportant" part of jurisprudence?*, New York University public law and legal theory working papers, working paper n. 427, 2013. Disponibile in: https://core.ac.uk/download/pdf/18469649.pdf (consultato il: 06/12/2018).

WALKER N. 2014. *Intimations of global law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

RECENSIONI E DISCUSSIONI

Discussione su Democrazia, potere e diritto *di Alf Ross*

DEMOCRAZIA O BARBARIE.

IL CONTRIBUTO DI ALF ROSS AL (NOSTRO) DIBATTITO ODIERNO

ALBERTO **ANDRONICO**

&dq

Democrazia o barbarie.
Il contributo di Alf Ross al (nostro) dibattito odierno

Democracy or Barbarism.
Alf Ross' Contribution to (Our) Contemporary Debate

ALBERTO ANDRONICO

Professore Odinario di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Catania.
E-mail: andronico@lexunict.it

ABSTRACT

Pur trattandosi di scritti d'occasione pubblicati tra il 1957 e il 1974, alcuni dei contributi raccolti in *Democrazia, potere e diritto* sembrano parlare del nostro presente, persino più che del presente di Ross. Ed è su tali contributi che questo saggio intende fermare l'attenzione, approfittandone per sottolineare ulteriormente i pregi della democrazia rappresentativa, i rischi della democrazia diretta (ed elettronica) e il nesso costitutivo della democrazia con la libertà (e l'uguaglianza).

Although some of the texts collected in *Democrazia, potere e diritto* were written between 1957 and 1974, they seem to address our present more than they do Ross's. It is on these writings that the author of this contribution focuses, using them to emphasize the merits of representative democracy, the risks of direct (and electronic) democracy and the constitutive nexus between democracy and liberty (as well as equality).

KEYWORDS

Democrazia rappresentativa, Democrazia diretta, Democrazia elettronica, Libertà, Uguaglianza

Representative democracy, Direct democracy, Electronic democracy, Liberty, Equality

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Democrazia o barbarie.
Il contributo di Alf Ross al (nostro) dibattito odierno

ALBERTO ANDRONICO

1. *Un altro Ross* – 2. *Un paio di piacevoli sorprese* – 3. *Una profezia ministeriale* – 4. *Un elogio della competenza* – 5. *Per non prendere fischi per fiaschi* – 6. *Un uomo che amava la libertà* – 7. *Una piccola parentesi* – 8. *La lezione (forse) più importante.*

«Je suis un journaliste»
(M. FOUCAULT)

1. *Un altro Ross*

Marcuse non è uno dei miei francofortesi preferiti. Nella sua scrittura sento sempre un certo frastuono di sanpietrini e non riesco a riconoscergli la spietata lucidità di un Adorno o il rigore diagnostico di un Horkheimer, per non parlare della fulminante genialità di Benjamin. Eppure, nonostante tutto, sono convinto che *L'uomo a una dimensione* sia ancora oggi un libro prezioso per comprendere il nostro presente e la trasformazione antropologica che lo contraddistingue[1]. Ciò per dire che il mio primo approccio con il testo a cui è dedicato questo *forum* non è stato facile. Questa raccolta di scritti di Ross si apre, infatti, proprio con un durissimo attacco a Herbert Marcuse, alla sua "farsa intellettuale" e al suo "incomprensibile linguaggio hegeliano"[2]. Cosa che, lo confesso, mi ha portato inizialmente a mettermi un po' di traverso. Poi, però, sono andato avanti. E più andavo avanti, più questo Ross mi piaceva. Tanto che alla fine mi ha (quasi) convinto.

A proposito, dico "questo Ross" perché Alessandro Serpe, con la sua traduzione, mi ha offerto l'opportunità di conoscere un autore che io – francamente – ignoravo. Mi era capitato in passato di dedicare alcune pagine della mia tesi di dottorato al Ross lettore (e critico) di John Langshaw Austin e autore del celebre *On Law and Justice*. E ho pensato che questa potesse essere l'occasione giusta per tirarle finalmente fuori dal cassetto. Ma mi sbagliavo. Questo Ross è, appunto, un altro Ross. O almeno un Ross diverso da quello già noto ai più. Peraltro, decisamente non meno interessante. Cosa che – sia detto tra parentesi – rende per me ancora più inspiegabili le ragioni per cui questo autore non abbia goduto, in fondo, quantomeno sul piano della storia degli effetti, della stessa fortuna riservata ad altri suoi colleghi (ovvio il riferimento a Herbert Hart, ma non solo).

E ora parliamo del libro di cui dobbiamo parlare.

[1] Cfr. MARCUSE 1964.
[2] Cfr. ROSS 1974, 3 e 11.

2. *Un paio di piacevoli sorprese*

Democrazia, potere e diritto consiste nella raccolta di una serie di scritti d'occasione pubblicati da Alf Ross tra il 1957 e il 1974, a cui Alessandro Serpe ha opportunamente aggiunto, in appendice, altri due preziosi testi dal tono più accademico. Già dal titolo si capisce che il campo da gioco è, per usare un eufemismo, piuttosto ampio. Eppure, ecco una prima sorpresa: strano a dirsi, ma in questa raccolta è davvero possibile trovare, se non proprio tutto quello che c'è da sapere sulle tre parole del titolo (non esageriamo), almeno tutte (o quasi) le questioni fondamentali che vi ruotano intorno. Del resto, scrive Ross: «dobbiamo abituarci a vivere senza risposte»[3]. Ed è difficile dargli torto.

Il sottotitolo è a dir poco intrigante: *Contributi al dibattito odierno*. Solo che anche qui devo confessare di avere dovuto superare una mia personale resistenza. Credo, infatti, che la nostra generazione si trovi davvero davanti a una sfida dal sapore epocale: quella di doversi rimboccare le maniche e inventare qualcosa di nuovo, se non altro per non perseverare nell'errore di continuare a comprendere il nostro mondo con categorie ormai prive di presa sulla realtà che ci circonda. Così, quando ho letto quel sottotitolo, ho pensato subito che difficilmente potesse ancora funzionare, così com'è, a distanza di quasi mezzo secolo. E invece, altra sorpresa, mi sono dovuto ricredere: funziona, anche per noi, qui e oggi.

Beninteso, il presente di Ross non è il nostro. È ovvio ed è inutile ricordarlo. Il Sessantotto è alle nostre spalle, per non parlare del Vietnam e dell'anti-americanismo di quegli anni. Ciò nonostante alcuni dei contributi raccolti in questo volume sembrano davvero parlare del nostro presente, forse persino più che del presente di Ross. Uno, in particolare. Ed è da questo che vorrei prendere le mosse. Si intitola *Il romanticismo politico del nostro tempo* ed è una magistrale lezione di stile e di lucidità intellettuale. In poco più di quattro paginette Ross riesce a dire ciò che non sempre abbiamo il coraggio di dire quando parliamo (o sentiamo parlare) di democrazia diretta. Anzi, ci riesce in una sola e lapidaria battuta: «La democrazia diretta non ha, certamente, niente di ideale»[4]. *Chapeau*.

3. *Una profezia ministeriale*

Vengo subito al punto. Scrive Ross: «Il sogno che la democrazia diretta possa realizzarsi con la meraviglia dei computer è il romanticismo politico dei nostri giorni»[5]. E fa una certa impressione pensare che queste righe si trovino in un articolo

[3] ROSS 1974, 118.
[4] ROSS 1974, 24.
[5] ROSS 1974, 27.

comparso il 12 marzo del 1971. Quarantasette anni, insomma, e non sentirli. Ross, allora, prendeva le mosse da un passo di una relazione del Ministro degli affari culturali, che è il caso di riprendere per esteso:

> «I computers possono produrre effetti sulle funzioni della democrazia. La pesante macchina elettorale, le code ai seggi elettorali, il laborioso conteggio dei voti, e così via, potranno essere evitati con l'utilizzo del sistema di telecomunicazione. Pigiando alcuni tasti si può indicare sì, no, astensione. Sarà dunque possibile e più semplice di adesso l'appellarsi agli elettori. *Ci si potrà in tal modo avvicinare ad una democrazia diretta nella quale tutti i cittadini votano per l'approvazione delle leggi*»[6].

Parole dal sapore decisamente profetico. Quel futuro è il nostro presente. O, almeno, sono in tanti a crederlo. Cosa che rende quanto mai attuale la pungente chiosa di Ross: «Io non so se c'è furbizia o ingenuità quando in questo passo – senza discussione e senza argomentazioni – si presuppone tacitamente, quasi come se fosse una conseguenza, essere la *democrazia diretta* un ideale, il fine da raggiungere»[7]. Questione, oggi, più scottante che mai: sono più furbi o più ingenui gli attuali sostenitori della democrazia elettronica e gli apostoli del culto dell'immediatezza? Difficile dirlo, oggi come ieri. Ma, in fondo, il punto davvero importante è un altro. Si tratta di spiegare perché mai la democrazia diretta non avrebbe nulla di ideale. Soprattutto in un momento, come il nostro, in cui lo spirito del tempo sembra soffiare proprio in questa direzione, ritenendo la cara e vecchia democrazia rappresentativa fonte di ogni male.

Ross lo fa da par suo, giocando con la classica (e a dire il vero un po' scolastica) contrapposizione tra Rousseau – il ginevrino, non la piattaforma – e Stuart Mill. Ross difende le ragioni di quest'ultimo, evidentemente. E seppure a malincuore, visto che Rousseau resta uno dei miei autori di culto, credo sia importante ricordarlo:

> «Gli organi rappresentativi sono qualcosa d'altro e più di un espediente temporaneo. Ufficio del popolo non è il legiferare e il governare, ma, soltanto, il guidare, in altre parole quello di esercitare la più alta autorità di controllo e di decidere, nelle grandi linee, la "direzione"»[8].

Detto in una battuta: «Il popolo è l'organo che nomina, non l'organo che decide»[9]. Del resto, mi permetto di aggiungere, Hobbes *docet*: a differenza di ciò che accade nella rappresentanza giuridica, nella rappresentanza politica è l'unità del rappre-

[6] Citato in ROSS 1974, 23.
[7] ROSS 1974, 23 s.
[8] ROSS1974, 25.
[9] ROSS 1974, 24.

sentante a costituire l'unità del rappresentato, e non viceversa. Senza rappresentanza politica, insomma, non c'è neanche popolo. Resta sulla scena soltanto la moltitudine. E forse, nonostante tutto, lo sospettava persino Rousseau.

4. *Un elogio della competenza*

Ecco, dunque, la prima ragione per cui la democrazia diretta non ha nulla di ideale: perché non c'è democrazia che possa fare a meno di organi rappresentativi. E a chi lo nega, per furbizia o per ingenuità, faremmo sempre bene a ricordare che non c'è nulla di più pericoloso per la democrazia che la perdita di fiducia in tali organi. In fondo, è la storia di Weimar. E io non riesco a togliermi dalla testa l'idea che la nostra situazione non sia poi tanto diversa da quella della Germania tra le due guerre. Pensiero apocalittico, lo so, ma le analogie sono davvero tante e tutte piuttosto inquietanti. Comunque sia, tengo a freno questi miei pensieri e ritorno a Ross: «L'idea dell'autodeterminazione può e deve andare unita al riconoscimento del ruolo della *leadership* e alla necessità di *competenza* nella vita politica»[10]. È per questo che il popolo deve nominare e guidare, ma non (sempre) può decidere: per la semplice ragione che ci sono decisioni che richiedono, appunto, specifiche competenze. Che ci piaccia o meno, insomma, ci sono questioni la cui soluzione non può essere demandata al popolo. E, guarda caso, Ross fa proprio l'esempio delle decisioni in materia di politica monetaria, finanziaria e commerciale. A buon intenditor poche parole.

«La necessità della competenza – scrive Ross – è cosa ovvia»[11]. Ci sarebbe da chiedersi se sia ancora così anche per noi. Temo di no. Ed è soprattutto per questo che è bene ricordarlo: «Accanto al bisogno di indipendenza, vi è il bisogno umano di fiduciosa confidenza nell'essere guidati da coloro che sono più esperti»[12]. Con questa puntuale precisazione:

> «Mentre la democrazia diretta è costruita sul bisogno di indipendenza e la dittatura soltanto su quello della *leadership*, i due approcci si uniscono armonicamente nella democrazia rappresentativa: la *leadership* è assoggettata al controllo del popolo ed è condizionata dal fatto che essa continui ad essere in grado di mantenere la fiducia del popolo sulla base della critica libera e della manifestazione di opinioni. Quest'ultima cosa deve essere ampiamente sottolineata. Il *leader* democratico non è un "Führer" auto-nominato»[13].

[10] ROSS 1974, 25.
[11] ROSS 1974, 26.
[12] ROSS 1974, 25.
[13] ROSS 1974, 25 s.

Ideale dell'autodeterminazione, bisogno di *leadership* e necessità della competenza. Questo è ciò che la democrazia deve tenere insieme. E soltanto la democrazia rappresentativa può riuscirci (o, almeno, provarci). L'alternativa è il caos o la dittatura. E spesso, se non sempre, il primo conduce inevitabilmente alla seconda. Del resto, mi ero ripromesso di restare dentro il testo di Ross, senza andare troppo in giro, ma non resisto alla tentazione di ricordare questo prezioso monito di Bobbio: «Nulla rischia di uccidere la democrazia più che l'eccesso di democrazia»[14]. Un monito che, del resto, arriva proprio alla fine di un passo in cui Bobbio parla di quella che noi, oggi, chiamiamo democrazia elettronica:

> «L'ipotesi che la futura computer-crazia, com'è stata chiamata, consenta l'esercizio della democrazia diretta, cioè dia a ogni cittadino la possibilità di trasmettere il proprio voto a un cervello elettronico è puerile. A giudicare dalle leggi che vengono emanate ogni anno in Italia il buon cittadino dovrebbe essere chiamato a esprimere il proprio voto almeno una volta al giorno. L'eccesso di partecipazione [...] può avere per effetto la sazietà politica e l'aumento dell'apatia elettorale. Il prezzo che si deve pagare per l'impegno di pochi è spesso l'indifferenza di molti. Nulla – conclude, appunto, Bobbio – rischia di uccidere la democrazia più che l'eccesso di democrazia»[15].

Impossibile dirlo meglio.

5. *Per non prendere fischi per fiaschi*

A questo punto, però, è bene anche ricordare di cosa parliamo (o dovremmo parlare) quando parliamo di democrazia. Ross lo spiega in modo magistrale nei due testi pubblicati in appendice, dedicati proprio a ritagliare questo concetto in modo da non prendere, come dice lo stesso Ross, fischi per fiaschi. In particolare, in questo passo:

> «Quel che è importante capire – scrive Ross – è che essa [la democrazia politica] è un concetto *formale*, un concetto giuridico. Essa denota una determinata forma di Stato oppure una forma costituzionale, in altre parole il modo con cui la cosiddetta volontà statale si forma e, così, il potere politico si esercita. Essa denota anche un metodo politico, un metodo procedurale, il come, non il contenuto, ed il cosa»[16].

[14] BOBBIO 1984, 14.
[15] BOBBIO 1984, 14. Sul tema, da ultimo, si veda l'ottimo GOMETZ 2017.
[16] ROSS 1974, 131.

L'eco del suo maestro, Hans Kelsen, non potrebbe essere più evidente: la democrazia è, appunto, una forma, un metodo, una procedura, e in quanto tale ha a che fare con *il come*, e non con *il cosa*. Ormai lo sappiamo, si potrebbe dire. Anche e soprattutto grazie al nostro Norberto Bobbio, verrebbe da aggiungere. Ma siccome stiamo correndo il rischio di dimenticarcelo, non è mai inutile ripeterlo. Proprio per svelare gli inganni di chi, ancora oggi, parla di democrazia scambiando, appunto, fischi per fiaschi.

Beninteso, allora Ross se la prendeva con i comunisti. Erano loro a ritenere che un'espressione come "socialismo democratico" altro non fosse se non un puro e semplice truismo. Ed è contro la loro confusione concettuale che Ross rivendica con forza la necessità di tenere distinta quella forma politica che prende il nome di democrazia da quell'ordine economico che prende il nome di socialismo. Solo che di comunisti, oggi, non sembra che ne siamo rimasti ancora molti in giro. E da questo punto di vista la partita sembra essere chiusa. Ma non è così. A ben vedere, sono soltanto cambiati i nemici.

Del resto, la profezia di Ross secondo la quale «se si aspetta, verrà il giorno in cui il socialismo ci cadrà addosso come un frutto maturo»[17], non pare che si sia avverata. E quel che ci è caduto addosso, finora, è piuttosto quel tradimento radicale delle istanze autenticamente liberali costituito dal neo-liberismo, unica grande narrazione rimasta ormai sulla scena del mondo, almeno di quello occidentale. Così, se ieri si poteva legittimamente pensare che la democrazia fosse minacciata da coloro i quali la confondevano con una forma di "autarchia socialista", oggi può sorgere il sospetto che il pericolo sia quello di confondere la democrazia con una sorta di "autarchia capitalistica". Ci tenevo a dirlo e l'ho detto, ma sono consapevole (almeno) del fatto che questo discorso meriterebbe ben altro approfondimento. Per cui mi limito a trarre da Ross questa lezione: l'unica vera alternativa alla barbarie, con buona pace di Rosa Luxemburg, non è il socialismo (e neanche il capitalismo), ma – appunto – la democrazia, intesa come concetto giuridico, e il rispetto per le istituzioni rappresentative.

6. *Un uomo che amava la libertà*

Ora, se ci si chiede quale fosse il motivo per cui Ross ci teneva così tanto a difendere la democrazia nella sua declinazione formale e procedurale, la risposta è semplice: perché era un uomo che amava, innanzitutto, la libertà. Questo suo tratto, direi persino caratteriale, costituisce una sorta di basso continuo presente in tutti i contributi raccolti in questa opera e, soprattutto, di quelli che compongono la sezione

[17] Ross 1974, 155.

conclusiva, la terza. Questa sezione si apre, infatti, con uno scritto dedicato proprio all'annosa questione dei rapporti tra diritto (penale) e morale e ai limiti della libertà di espressione, che prende spunto da una *querelle* giurisprudenziale sorta in occasione della pubblicazione in Danimarca di un classico della letteratura pornografica.

Qui Ross scrive:

> «La mia opinione personale è che la indignazione morale non meriti protezione privilegiata rispetto agli interessi altrui. La porrei come una regola generale raccomandabile, quella secondo cui un atto la cui dannosità degli effetti si basi esclusivamente sul fatto che esse siano condannate moralmente dagli altri, non dovrebbe essere vietato, tanto meno essere punito. In termini più semplici: si deve essere liberi di porre in essere quegli atti che non toccano gli altri, a prescindere dal fatto che essi siano considerati peccaminosi. Oppure: un atto non deve essere vietato esclusivamente in base al fatto che altri si sentano offesi. Questo è il cuore del principio di tolleranza»[18].

Per poi aggiungere, qualche riga dopo: «In forza di questo principio, esigo il diritto ad essere blasfemo»[19]. E ancora, dopo qualche altra riga: «Ed in forza di questo principio, esigo anche di leggere tutta la letteratura pornografica che desidero»[20].

Bene, sulla letteratura pornografica, come si dice, *nulla quaestio*. Anche se, personalmente, la trovo di una noia mortale, ma questa è un'altra faccenda. Sul diritto ad essere blasfemo, francamente, non so: io oggi forse sarei più cauto, non sono così sicuro che si possa distinguere così facilmente il sentimento del pudore, «offeso da ciò a cui *si assiste*», da una generica indignazione morale, «destata anche solo dal *sapere* di qualcosa che stia equivocamente avvenendo», ma non è neanche questo il punto[21]. È interessante, piuttosto, confrontarsi con la sua idea di libertà. La libertà di cui parla Ross, infatti, è la libertà di Stuart Mill e non quella di Rousseau, giusto per riprendere ancora una volta questa annosa contrapposizione. È la libertà intesa nei termini dell'indipendenza, secondo la tradizionale lezione del liberalismo moderno, e non dell'autonomia.

Questa è libertà che Ross amava. Una libertà senza limitazioni, almeno se intesa come libertà della parola e dello spirito, e non certo come uso della violenza:

> «La libertà di espressione deve valere per tutto, anche contro quello che per noi è più sacrosanto. È vero che la libertà senza limiti comporta un rischio di abuso della libertà. Ma *ciò* è

[18] ROSS 1974, 104.
[19] ROSS 1974, 105.
[20] ROSS 1974, 105.
[21] Cfr. ROSS 1974, 110.

> proprio l'essenza della libertà. Una libertà che non sia anche libertà di sbagliare o di peccare non è la libertà che noi dovremo difendere»[22].

E se ci si chiede come si possa proteggere questa libertà dai suoi nemici, la risposta di Ross è chiara:

> «In primo luogo: io credo – scrive Ross – che una difesa della democrazia del tipo di quella che i sostenitori dei divieti sperano di ottenere sia una difesa puramente illusoria. In secondo luogo: io credo che qualsiasi limitazione alla libertà possa immaginarsi conduca a conseguenze infelici, anche se non intenzionali, né previste»[23].

7. *Una piccola parentesi*

Solo la libertà, insomma, è garanzia di libertà. Ed è proprio perché difende la democrazia per amore della libertà che Ross ci ricorda che solo difendendo la libertà si protegge la democrazia. L'imposizione di limiti e di divieti è inutile, a suo dire, oltre che pericolosa. Detto in una battuta: la libertà (di espressione) va riconosciuta anche ai nemici della libertà. Non solo perché «si può chiudere la bocca alla gente, ma non tenere legati i loro pensieri», ma anche perché condannare alla clandestinità i nemici della democrazia rischia di alimentarne il potere di seduzione, conferendogli una sorta di misterioso fascino[24]. Del resto, è triste forse riconoscerlo, ma è difficile negarlo:

> «Se le idee democratiche non hanno profonde radici nella gente al punto tale che essa non osi esporsi anche a favore dell'agitazione anti-democratica, questa gente non è matura per la democrazia. Un tale divieto può, al massimo, essere giustificato, come forse è accaduto in Germania, quale forma di difesa per gente che è ancora immatura e non maggiorenne sotto il profilo politico»[25].

Certo, ieri come oggi, resta da capire quando la gente possa essere considerata o meno matura per la democrazia, e soprattutto chi possa stabilirlo, ma questo interrogativo ci porterebbe troppo lontano. O forse troppo vicino.

A ogni modo, lo ripeto, Ross non amava Rousseau e ancora meno i suoi epigoni, primo fra tutti Marcuse. E su questo mi permetto di aprire, prima di concludere, una rapida parentesi. Di Rousseau, infatti, si può pensare quel che si vuole. E di certo quel passo del *Contratto sociale* in cui si dice che «si forzerà a essere libero» colui il quale

[22] ROSS 1974, 21.
[23] ROSS 1974, 20.
[24] Cfr. ROSS 1974, 20 s.
[25] ROSS 1974, 21.

non dovesse obbedire alla volontà generale non può non destare una qualche inquietudine[26]. Ma c'è anche quest'altro, che io continuo a ritenere splendido:

> «Se si cerca in che cosa precisamente consista il più grande di tutti i beni, quello che deve essere il fine di qualunque sistema di legislazione, troveremo che ci si ridurrà a questi due oggetti principali: la libertà e l'uguaglianza. La libertà, perché ogni dipendenza particolare è altrettanta forza tolta al corpo dello stato, l'uguaglianza perché senza di questa la libertà non può esistere»[27].

Ecco, se dovessi dire che cosa non mi convince nell'idea di libertà difesa da Ross, chiave di volta del liberalismo economico, è proprio questo: io, con Rousseau, continuo a pensare che sia l'uguaglianza a essere condizione della libertà, e non viceversa. Specie se per uguaglianza si intende questo:

> «Per quanto riguarda l'uguaglianza non bisogna interpretare questo termine nel senso che i gradi di potenza e di ricchezza debbano essere assolutamente uguali per tutti, ma, quanto alla potenza, che questa sia al di sopra di ogni violenza e non si eserciti mai se non in virtù del grado e delle leggi, e, quanto alla ricchezza, che nessun cittadino sia tanto ricco da poterne comprare un altro e nessuno tanto povero da esser costretto a vendersi: ciò richiede da parte dei grandi moderazione di beni e di credito, da parte dei piccoli moderazione di avidità e di brame»[28].

Chiusa parentesi.

8. *La lezione (forse) più importante*

Comunque sia, si può essere o meno d'accordo con Ross, in merito alla sua definizione della libertà e su altro, ma ho l'impressione che questo volume ci consegni comunque, tra le tante, una preziosa lezione che ha a che fare con il senso stesso del nostro mestiere. Mi piace sottolinearla, in conclusione. E la riassumerei così: il compito di chi si occupa di parole e di concetti è, innanzitutto, quello di comprendere il proprio presente. Proprio come dei "giornalisti", per riprendere la battuta di Michel Foucault citata in epigrafe. Del resto, a questo serve pulire le lenti attraverso le quali guardiamo la realtà. A guardare la realtà, appunto. Non ad altro. Con una postilla: quello che Ross ci insegna è anche che ci sono momenti in cui, proprio per comprendere al meglio il mondo che ci circonda, è necessario prendere posizione e avere il coraggio di esporsi in prima persona.

[26] ROUSSEAU 1762, 67.
[27] ROUSSEAU 1762, 101 s.
[28] ROUSSEAU 1762, 102.

Da questo punto di vista, e non solo, il contributo forse più prezioso dell'intera raccolta lo si trova alla fine, prima delle appendici. È una sorta di testamento morale che racchiude, come notato da Serpe nell'introduzione, «tutte le figure d'una intera vicenda intellettuale»[29]. Sono poche pagine, piene di vita, pubblicate da Ross il 21 giugno 1974, pochi anni prima della sua scomparsa. Il titolo è bellissimo: *Credo*. E contengono proprio questo: una professione di fede. Potere creativo del pensiero, democrazia, libertà morale (e connessa responsabilità), economia liberale (non priva di un controllo sociale), ma anche egoismo umano, brama di potere e, *last but not least*, giustizia quale «virtù del giudice» e «ideale professionale dei giuristi»[30]. Questo è ciò in cui Ross credeva. E non si può non provare una sincera ammirazione per un uomo che ha avuto la forza di consegnarci un lascito così vibrante: «La vita diventa insopportabile senza il conforto della fede? No. La consapevolezza del grande vuoto permea la vita, con amara dolcezza, della preziosità per cui essa può essere vissuta soltanto una volta»[31].

[29] Ross 1974, XXXI.
[30] Ross 1974, 116-118.
[31] Ross 1974, 119.

Riferimenti bibliografici

BOBBIO N. 1984. *Il futuro della democrazia*, 2 ed. Torino, Einaudi, 1991.

GOMETZ G. 2017. La democrazia elettronica. Teoria e tecniche, Pisa, ETS, 2017.

MARCUSE H. 1964. *L'uomo a una dimensione*, Torino, Einaudi, 1999 (ed. or. *One-Dimensional Man*, Boston, Beacon Press,1964, trad. it. di L. Gallino e T. Giani Gallino, introduzione di L. Gallino).

ROSS A. 1974. *Democrazia, potere e diritto. Contributi al dibattito odierno*, Torino, Giappichelli, 2016 (ed. or. *Demokrati, magt og ret*, Copenhagen, Lindhardt og Ringhof, 1974, trad. it. e introduzione di A. Serpe).

ROUSSEAU J.J. 1762. *Il contratto sociale*, Milano, Rizzoli, 1974 (ed. or. *Du contrat social: ou principes du droit politique*, Amsterdam, 1762, trad. it di V. Gerratana).

IL CIELO VUOTO DEI REALISTI.

QUALCHE NOTA SUL PENSIERO POLITICO-GIURIDICO DI ALF ROSS

TOMMASO **GRECO**

&dq

Il cielo vuoto dei realisti.
Qualche nota sul pensiero politico-giuridico di Alf Ross

The Realists' Empty Sky.
Notes on Alf Ross' Political and Legal Thought

TOMMASO GRECO

Professore Ordinario di Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Pisa.
E-mail: tommaso.greco@unipi.it

ABSTRACT

Nei suoi scritti politici Alf Ross impiega efficacemente le sue principali idee politiche e giuridiche. In questo intervento si sottolinea che le sue idee relative alla democrazia, al potere e al diritto – messe a confronto con quelle di altri teorici del Novecento – confermano una visione realista, dalla quale emergono alcuni "limiti" tipici di questo approccio.

In his political writings, Alf Ross effectively employs his main political and legal ideas. This paper underscores that his ideas on democracy, power, and law – compared with those of other twentieth-century theorists – confirm a realistic vision, and notes some "limits" that are typical of this approach.

KEYWORDS

Democrazia, potere, diritto, giustizia, realismo politico e giuridico

Democracy, power, law, justice, political and legal realism

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Il cielo vuoto dei realisti.
Qualche nota sul pensiero politico-giuridico di Alf Ross

TOMMASO GRECO

1. *Premessa* – 2. *Democrazia* – 3. *Potere/Diritto* – 4. *E la Giustizia?*

1. *Premessa*

Gli scritti raccolti da Alf Ross in *Demokrati, magt og ret* (1974), e ora tradotti per la prima volta in italiano da Alessadro Serpe[1], dimostrano che il giurista e filosofo scandinavo, come altri grandi teorici del diritto del Novecento – penso a Kelsen, ad Hart, a Bobbio –, non si è sottratto al dibattito pubblico[2]. Il che, per converso, dimostra che un tempo c'era un dibattito pubblico che prendeva in considerazione le opinioni dei grandi giuristi e dei grandi pensatori, a differenza di ciò che avviene oggi, quando, almeno in Italia, gli epiteti ingiuriosi rivolti dalla politica alla cultura si sprecano – "professoroni", "parrucconi", ecc. – segno che si è perduto del tutto il legame fecondo che ha caratterizzato i rapporti tra politica e cultura (accademica, ma non solo) fino a qualche decennio fa.

Un ruolo, peraltro – quello ricoperto da Ross fin dai primi anni del dopoguerra[3], e che emerge da questi scritti – giocato nel modo più opportuno, interpretando cioè al meglio il compito che l'intellettuale è chiamato a svolgere sulla scena del dibattito pubblico: quello di andare controcorrente; e non per il gusto della contraddizione e dello scandalo, ma per portare nelle discussioni quelle ragioni e quegli argomenti che, sebbene siano appunto ragionevoli, difficilmente diventano "di moda", e quindi vengono accolti dall'opinione pubblica.

2. *Democrazia*

Per procedere all'analisi di questi scritti, pubblicati su quotidiani e riviste tra il 1957 e il 1974, mi farò guidare in parte dal confronto tra le cose scritte da Ross e quelle scritte dagli altri importanti pensatori che ho citato poco fa, e in particolare da Norberto Bobbio, col quale è dato riscontrare delle incredibili consonanze. Dico incredibili, perché Bobbio è un kelseniano, più di quanto non lo sia Ross, che pure

[1] ROSS 2016.
[2] Come emerge chiaramente dal racconto della vita di Ross: cfr. EVALD 2014.
[3] Cfr. SERPE 2017a.

è stato allievo di Kelsen. Seguirò lo schema del titolo del volume, per sottolineare gli aspetti che mi sembrano più rilevanti.

La riflessione sulla democrazia rappresenta senza dubbio l'elemento centrale degli scritti di questo volume. Una riflessione che riguarda sia i *fondamenti*, sia le *regole* dello stato democratico e che parte (come sembra inevitabile, considerato l'oggetto) dalla fatidica domanda: che cos'è la democrazia?

Prima di procedere, può essere utile una notazione preliminare, di carattere per così dire teorico-metodologico: Ross – anche stavolta, come Kelsen e in parte anche Bobbio – inserisce i suoi ragionamenti sulla democrazia dentro uno schema dicotomico, allontanandosi dallo schema classico, che com'è noto era tricotomico: «contrapposta a democrazia, come forma politica di Stato, è l'autarchia o la dittatura, in altre parole quella forma di Stato in cui è una singola classe o una singola persona ad esercitare il potere politico»[4]. Questa mossa non è senza significato: parlare della democrazia in contrapposizione alla dittatura vuol dire quanto meno cercare di definire meglio il confine che separa i regimi nei quali il potere sale dal basso verso l'alto da quelli nei quali esso scende invece dall'alto verso il basso[5]. Non è detto che ci si riesca, ma l'intenzione è quella: rendere il senso di un'alternativa netta tra due regimi dai caratteri opposti. È un modo, per dirla con Bobbio, per sottolineare il carattere *sovversivo* della democrazia rispetto alle altre concezioni del potere[6].

Ad ogni modo, per Ross la democrazia è certamente il classico "governo del popolo", come vuole l'etimologia, ma essa è per lui essenzialmente e sostanzialmente una forma di governo che si distingue dalle altre – dalla dittatura – per via delle procedure che mette in campo. Anche per Ross, in altre parole, a distinguere la democrazia dalle altre forme di Stato/governo è l'insieme di quelle che Bobbio chiamava «le regole del gioco». Se questo, come nota Serpe, è un modo per sottolineare che la democrazia «deve restare un concetto prettamente giuridico»[7], esso è anche un passaggio fondamentale per poter difendere la democrazia soprattutto da coloro che – per troppo amore, e nel suo stesso nome –, vorrebbero portarla alla morte. Non c'è democrazia là dove le decisioni politiche vengano prese "in nome del popolo" ma non "dal popolo"[8].

Parlare di decisioni prese "dal popolo", d'altra parte, per un realista come Ross, non vuol dire minimamente cedere alle lusinghe della democrazia diretta. Anzi, il

[4] ROSS 1974, 131.
[5] Cfr. BOBBIO 1985, 130.
[6] Cfr. BOBBIO 1976, 53.
[7] SERPE 2016, IX.
[8] «Non è sufficiente che il potere politico sia esercitato nel nome del popolo: se questo dovesse essere la democrazia, allora svanirebbe ogni limite, e finanche l'Assolutismo o la dittatura tedesca sarebbero classificabili come democrazie nel senso che entrambe, con qualche diritto, potrebbero rivendicare una legittimazione popolare. Si tratterebbe di una democrazia nominale, vuota di realtà» (ROSS 1974, 131).

giurista danese è piuttosto netto nel criticare questo ideale che «non ha niente di ideale» e che affonda le sue radici nel «primitivismo romantico di Rousseau», basando le sue critiche soprattutto sulla necessità, per la vita politica, della *leadership* e della *competenza*[9]. Anzi, a dire il vero, Ross sembra fare della *leadership* addirittura una sorta di bisogno fondamentale dell'animo umano[10], che serve a contemperare quello dell'autonomia. Un contemperamento di principi psicologici, dunque, che ha una proiezione immediata sul piano della teoria delle istituzioni. Infatti, secondo Ross, se la democrazia diretta è incardinata sull'assolutizzazione del principio di autonomia, e la dittatura su quella della *leadership*, la virtù della democrazia rappresentativa sta proprio nella sua capacità di tenere insieme autonomia e competenza, dal momento che la *leadership* è qui «assoggettata al controllo del popolo ed è condizionata dal fatto che essa continui ad essere in grado di mantenere la fiducia del popolo sulla base della critica liberale e della manifestazione di opinioni»[11]. Una preferenza di principio, questa espressa da Ross, che non può essere messa in crisi dall'avvento di una possibile computercrazia, che Ross considera (si badi, in un articolo del 1971) «il romanticismo politico dei nostri giorni», criticandone la propaganda con un argomento che sembra fatto apposta per entrare nel dibattito (non solo politico, ma anche scientifico)[12] attuale: «più la vita di una comunità e i problemi politici si fanno tecnicamente più complicati, più la *leadership* e la competenza si fanno necessari, e più diventa impossibile affidare le decisioni ai *referendum*, con o senza computer»[13].

Ross tuttavia non procede ad un'analisi dettagliata di quali siano le regole della democrazia rappresentativa, anche se in più luoghi dei suoi scritti richiama come essenziali il voto libero ed uguale, il principio della rappresentanza, la regola della maggioranza[14]. Sebbene su ognuna di queste regole ci si potrebbe soffermare per fare qualche considerazione, mi sembra siano altre le questioni più "urgenti" e anche più centrali nel discorso del nostro Autore.

Le questioni più rilevanti, infatti, anche nel senso di più discusse da Ross, non sono tanto quelle riguardanti le regole, bensì quelle che guardano ai *fondamenti* della democrazia stessa. Ross dimostra in tal modo (verrebbe da dire "involontariamente") che la concezione procedurale – dai critici spesso sminuita e criticata, appunto, perché troppo "fredda" e meccanica – è in realtà una concezione piuttosto

[9] Cfr. ROSS 1974, p. 24-25. Si tratta di argomenti sviluppati più ampiamente da Ross nel suo lavoro più sistematico dedicato alla democrazia. Cfr. ROSS 1952, in particolare 202 ss.

[10] «Difficilmente possono esserci dubbi sul fatto che il bisogno di una *leadership* politica si fondi su qualcosa che è presente nella natura umana, fondamentale quanto il bisogno, per se stessi, di essere padroni del proprio destino. Accanto al bisogno di indipendenza, vi è il bisogno umano di fiduciosa confidenza nell'essere guidati da coloro che sono più esperti» (ROSS 1974, 25).

[11] ROSS 1974, 26.

[12] Cfr. da ultimo GOMETZ 2017, oltre a RODOTÀ 1997.

[13] ROSS 1974, 27.

[14] Cfr. ad es. ROSS 1974, 131.

"calda", in quanto presuppone tutta una serie di valori, che ne rappresentano il fondamento e che sono allo stesso tempo l'obiettivo di tutela delle regole stesse.

Non è irrilevante il fatto che gli scritti di Ross siano occasionati principalmente da una polemica anti-marxista e anti-comunista. La prima tappa di questa incursione nei valori riguarda infatti il rapporto tra democrazia e verità. L'analisi polemica degli scritti di Marcuse, soprattutto, dimostra che Ross condivide con Kelsen l'idea che la pretesa di possedere la verità non è compatibile con un sano sentimento democratico:

> «la miope e superba credenza di possedere *la verità*, la verità morale, ha in ogni epoca sostenuto e giustificato le peggiori persecuzioni, le peggiori dittature, le più palesi disumanità. Perché colui che agisce in nome della verità si esime da responsabilità. Costui eseguirebbe meramente una legge oggettiva dell'ordine delle cose. Tutti coloro che si pongono contro siffatta verità devono essere sciocchi oppure criminali e meritano la rieducazione forzata oppure lo sterminio»[15].

La democrazia, diremmo oggi con linguaggio attualizzato, presuppone il relativismo, e fin qui è difficile non essere d'accordo con Ross e con Kelsen (e anche con Bobbio e con moltissimi altri), anche se forse rimane ancora non del tutto chiaro il passaggio, ritenuto da questi autori evidente e necessario, dalla *credenza* in una determinata verità al *voler imporre* questa verità ad altri attraverso gli strumenti della politica e della coercizione. Là dove Ross dice che

> «*se* si pensa davvero *che* esista un Dio, la cui volontà decida cosa è giusto e cosa è sbagliato; *che* noi, nella nostra coscienza, siamo capaci di conoscere con indubitabile sicurezza quella volontà; e *che* Dio punirà con pene eterne coloro che non obbediscono e non fanno valere la sua volontà, è certo che, alla luce di questi presupposti, segua logicamente la pretesa della società di punire le condotte che suscitano indignazione morale»[16],

ebbene, probabilmente egli considera come necessario ciò che necessario non è. Quanto meno, dobbiamo notare, Ross (come del resto fece Kelsen)[17] evita di considerare le molte ragioni che possono spingere anche un credente ad essere tollerante[18].

[15] ROSS 1974, 6.
[16] ROSS 1974, 108.
[17] Cfr. lo scritto su *Assolutismo e relativismo nella filosofia e nella politica*, in KELSEN 1984, 441 ss. La teoria kelseniana, su questo punto, è efficacemente criticata in ZAGREBELSKY 1995, su cui mi sono soffermato in GRECO 1995.
[18] Su queste ragioni si è invece soffermato, con il solito acume analitico, Norberto Bobbio. Cfr. BOBBIO 1994, 55 ss.

Questa convinzione apre alla riflessione sul secondo presupposto/valore, costituito dalla libertà, un altro dei temi portanti del volume. Ross ne ha una concezione ampia; talmente ampia da portarlo a rifiutare qualsiasi idea relativa ai vincoli della libertà e della democrazia. Alla classica domanda sulla tollerabilità degli intolleranti, e cioè sulla ammissibilità per una democrazia di ammettere alla lotta democratica anche i nemici della democrazia stessa, Ross risponde che non è lecito limitare la libertà, sia perché la libertà deve poter includere la possibilità di scegliere "il male"[19], sia anche perché, quando si cominciano a porre dei limiti, si sa dove si comincia ma non si sa dove si finisce, e per Ross si finisce sempre male: «*fin dove* arriva il limite e *chi* lo stabilisce? Oggi è stato introdotto il divieto di avanzare critiche aggressive ai fondamenti politici della democrazia. Ma perché fermarsi qui? [...] E così la strada conduce direttamente alla dittatura»[20]. È un rischio, quello della libertà, che la democrazia deve sapersi assumere e che non può essere evitato con regole astratte. Si tratta, di fatto, di una chiamata alla responsabilità dei cittadini, oltre che dei governanti.

> «Coloro che vogliono difendere la popolazione dalla propaganda antidemocratica sono come Odisseo che tappò le orecchie dei suoi marinai con la cera in modo che non potessero ascoltare e lasciarsi richiamare dal canto pericoloso delle Sirene. Non credo che in questo modo si possa rendere eterna la democrazia. Se le idee democratiche non hanno profonde radici nella gente al punto tale che essa non osi esporsi anche a favore dell'agitazione anti-democratica, questa gente non è matura per la democrazia»[21].

Ross usa il medesimo criterio con riguardo alla domanda circa la legittimità di vietare, e punire penalmente, comportamenti ritenuti immorali da alcuni, che però «non recano effetti dannosi sugli interessi di altri uomini». La vecchia questione, già al centro del famoso dibattito tra Herbert Hart e Lord Devlin[22], viene anch'essa ripresa da Ross per affermare la regola generale secondo cui «un atto la cui dannosità degli effetti si basi esclusivamente sul fatto che essi siano condannate moralmente dagli altri, non dovrebbe essere vietato, tanto meno essere punito». Insomma, «un atto non deve essere vietato esclusivamente in base al fatto che altri si sentano offesi». Il principio di tolleranza, in altre parole, implica secondo Ross «il diritto ad essere blasfemo»[23].

Non si può non notare come questa convinzione entri, se non in vera e propria contraddizione, quanto meno in frizione con un'altra convinzione di Ross, sulla

[19] ROSS 1974, 19.
[20] ROSS 1974, 21.
[21] ROSS 1974, 21.
[22] Cfr. HART 1963.
[23] ROSS 1974, 104 s.

quale ha richiamato più volte l'attenzione nei suoi scritti Alessandro Serpe[24]: la convinzione secondo la quale la democrazia presuppone, affinché possa funzionare davvero «un certo accordo quanto ai valori fondamentali»:

> «Il voto, le elezioni e le procedure parlamentari presuppongono un sentire comune nelle valutazioni e negli atteggiamenti, tali da far sì che anche la minoranza avverta che la decisione sia la propria o della nazione. Far sì che le votazioni siano decisive quando due blocchi, pieni di livore, si fronteggino l'uno l'altro, è come dare ad uno il diritto di punire con la morte l'altro e viceversa. In tali circostanze la decisione a maggioranza non ha alcun significato perché la decisione cui fosse giunta una maggioranza non può essere interpretata come espressione della volontà comune»[25].

Una considerazione, però, che in Ross sembra rinviare più alle precondizioni sociali e culturali della democrazia che a un obiettivo che la democrazia deve perseguire attraverso regole apposite.

C'è dunque un solo vero limite alla libertà, che secondo Ross anche in democrazia non può non essere imposto: ed è quello dell'uso della violenza. «Le opinioni si confrontano solo con le opinioni»[26], scrive il nostro Autore, il che significa che la violenza è costitutivamente estranea alla democrazia: proprio il fatto che la violenza non può essere considerata un argomento, né uno strumento della democrazia, costituisce un altro elemento distintivo rispetto alla dittatura. Nella democrazia, «facendo sì che il potere politico sia il prodotto della maggioranza del popolo, attraverso elezioni libere e dibattito libero, la violenza è come ridotta al minimo [...]. Nella dittatura, al contrario, è il timore il filo conduttore, la coercizione la forma di potere predominante»[27].

La democrazia, in tal modo, viene a configurarsi come una forma di governo fondata su, e chiamata a garantire soprattutto, libertà e autonomia, senza che a questi valori possano essere imposti limiti esterni. Ciò ha a che fare non solo con le procedure ma anche con i contenuti delle decisioni democratiche. Una delle affermazioni più forti – e forse anche più problematiche – contenuta negli scritti rossiani è quella secondo cui «non sta scritto da nessuna parte che dovrebbero esistere barriere assolute riguardo a quello che possa essere realizzato entro le cornici della democrazia»[28]. In particolare, la questione riguarda i rapporti con il socialismo, di cui si discuteva intensamente negli anni a cavallo tra i Sessanta e i Settanta. Sebbene sia – anzi: proprio perché *è* – chiarissimo che il socialismo è

[24] Cfr. ad es. SERPE 2017b, 425.
[25] ROSS 1974, 96-97.
[26] ROSS 1974, 20.
[27] ROSS 1974, 57. Cfr. anche ROSS 1952, 96 s.
[28] ROSS 1974, 143.

cosa diversa dalla democrazia, dal momento che esso individua un contenuto, mentre la democrazia riguarda la forma politica, e dunque non può esistere alcuna forma politica che possa chiamarsi "democrazia socialista"[29], per Ross diviene possibile pensare a una democrazia che assuma il socialismo come suo contenuto. «L'obiettivo non è *scambiare* la nostra democrazia politica con un socialismo economico, ma *unificarli*»[30]. Anche su questo punto, egli sembra pensarla, da un lato, come Kelsen, nel tenere distinti (e separati) il sistema politico e il sistema economico, ritenendo, come scriveva il teorico della dottrina pura del diritto, che «né il capitalismo né il socialismo sono essenzialmente, vale a dire per loro natura, collegati con un determinato sistema politico»[31]; e dall'altro lato come Bobbio, assumendo che quello tra democrazia e socialismo possa essere considerato come «un rapporto fra mezzo e fine, dove la democrazia svolge la parte del mezzo e il socialismo del fine»; una considerazione nient'affatto scontata dal momento che i critici con i quali entrambi – sia Ross che Bobbio – avevano a che fare erano spesso fautori piuttosto di una visione contraria, individuando nella democrazia il fine da raggiungere attraverso il socialismo, nella convinzione che «la democrazia reale o integrale [potesse] essere realizzata soltanto attraverso una riforma socialista della società»[32].

Nel discorso di Ross si può addirittura trovare una risposta preventiva (e positiva) ad un dubbio sollevato da Bobbio: se il filosofo torinese sosteneva che l'assunzione della democrazia come mezzo per arrivare al socialismo non potesse non avere conseguenze sulla maniera stessa di pensare quest'ultimo come fine, Ross sottolineava l'importanza di un programma, come quello del Partito socialista danese, «che unifica gli obiettivi socialisti – eguaglianza e libertà economica – con la preservazione delle nostre tradizioni democratiche – eguaglianza e libertà politica –, con i grandi valori umani, dunque, che ad essi si connettono»[33]. Il che conferma che i mezzi hanno sempre effetti sui fini, ma suona anche come un'ammissione che in definitiva, sì, la democrazia non conosce limiti esterni, ma non può mai rinunciare ad essere se stessa – e quindi, non può mai rinunciare ai suoi valori fondamentali e alle sue regole costitutive – se vuole continuare ad essere ciò che è. La democrazia, in altre parole, non può vivere senza dei *vincoli*[34], il che però non può non mettere in crisi l'ampiezza del concetto di libertà cui fa riferimento Ross nei suoi scritti.

[29] Cfr. ROSS 1974, 132.
[30] ROSS 1974, 147.
[31] KELSEN 1984, 327.
[32] BOBBIO 1976, 104.
[33] ROSS 1974, 146.
[34] BOBBIO 1984, 55 ss.

3. *Potere/diritto*

Per come ci è stata presentata, la democrazia è una forma di governo – e quindi anche di potere – fondata su una serie di regole giuridiche[35], le quali permettono di incanalare e regolare l'uso della violenza. Da questo punto di vista, la democrazia è la forma certamente più compiuta dello stato di diritto, nel quale «il potere si distacca dai singoli individui che lo esercitano e si identifica con una funzione esercitata di volta in volta da questa o quella persona», e nel quale, soprattutto, «il potere si vincola e si canalizza in modo tale da non poter essere esercitato arbitrariamente, ma in conformità ad un insieme di regole»[36]. Il principio fondamentale dell'ordinamento democratico, dice ancora Ross, è «quello secondo cui i cittadini non debbano essere abbandonati all'arbitrario esercizio del potere delle autorità, ma che dalle Corti possano ottenere la tutela dei loro diritti e la certezza che le leggi e la Costituzione siano rispettate»[37].

È qui che Ross usa un'espressione che è identica a quella usata spesso da Bobbio e che rappresenta il cuore stesso della filosofia politico-giuridica del filosofo torinese: «Diritto e potere [sono] due facce della stessa medaglia»[38]. Una frase che suona familiare, e persino rassicurante, che però assomiglia molto ad una soluzione retorica che nasconde una miriade di problemi. Basta domandarsi di quale diritto e di quale potere si sta parlando – cioè cosa si intenda per diritto e potere – e immediatamente si capisce che la medaglia che abbiamo in mano non è una medaglia qualsiasi ma è una medaglia nella quale le due facce – *quelle* due facce – stanno insieme solo perché le si è disegnate in una maniera determinata.

Il rapporto inscindibile tra diritto e potere si basa, qui, sulla convinzione che «il diritto non è mai esistito soltanto come una idea, ma sempre come un correlato della forza fisica, della violenza». Ecco perché «è fuorviante parlare di diritto e potere come due cose contrapposte, indipendenti l'una l'altra. Esse sono due facce della stessa medaglia. Il diritto è niente se non lo si fa valere con la forza fisica, la violenza»[39].

Il diritto, dunque, ha a che fare inevitabilmente con il potere, perché senza la forza e la violenza, che in questo si esprimono, esso rimarrebbe soltanto nel mondo delle idee. Perciò, delle due facce della medaglia ce n'è una che ha un rilievo maggiore, e naturalmente è quella del potere, alla quale la faccia del diritto viene

[35] «Quel che è importante capire è che essa è un concetto *formale*, un concetto giuridico. Essa denota una determinata forma di Stato oppure una forma costituzionale, in altre parole il modo in cui la cosiddetta volontà statale si forma e, così, il potere politico si esercita. Essa denota anche un metodo politico, un metodo procedurale, il come, non il contenuto ed il cosa» (ROSS, 1974, 131).

[36] ROSS 1974, 57.

[37] ROSS 1974, 47.

[38] Cfr. ad es. ROSS 1974, 57 e 67.

[39] ROSS 1974, 67.

ricondotta: «senza potere – dice Ross convintamente – non esiste diritto». E questo vale sul piano oggettivo («lo Stato è l'apparato di potere per il mantenimento di un ordinamento giuridico») così come sul piano soggettivo («anche per il singolo individuo il diritto significa una posizione di potere»)[40].

Sono parole che trovano una quasi ovvia conferma nel capolavoro di Ross, *Diritto e giustizia*, nel quale si afferma in maniera chiara che «il diritto è uno strumento del potere ed il rapporto fra coloro che decidono che cosa è diritto e coloro che sono soggetti al diritto, è un rapporto di forza». Il potere, infatti – continua Ross – «non è qualcosa che sta "dietro" il diritto, ma qualcosa che agisce attraverso il diritto»[41].

Lasciando da parte l'oscillazione presente anche in questo scritto tra due concezioni del rapporto tra diritto e forza, centrate, la prima, sull'idea che la forza sia l'*oggetto* del diritto, e la seconda sull'idea che il diritto sia lo *strumento* della forza[42], non si può non evidenziare come dalle parole di Ross emerga una visione del diritto e del potere che, se non stride con l'ideale della democrazia, quanto meno getta una luce ulteriore – limitandone alcune potenzialità – sul concetto rossiano di questa forma di governo.

La visione del diritto e del potere presentataci da Ross, infatti, è una visione che definirei esclusivamente (e riduzionisticamente) *verticalistica*, dal momento che insiste sulla possibilità dell'uso della coercizione e della forza come requisito unico nel quale consiste, non solo la possibilità di rinforzare l'efficacia del diritto[43], ma anche il suo momento puramente normativo. Il potere, dice Ross, è possibilità di costringere, di dominare, di istituire con l'altro – un altro che è sempre un

[40] ROSS 1974, 58.

[41] ROSS 1958, 56.

[42] Sono le due concezioni messe ben in luce nel noto saggio di Norberto Bobbio, *Diritto e forza*, pubblicato originariamente nel 1966 e ora in BOBBIO 2012, 101 ss. Nella sua *Teoria dell'ordinamento giuridico* (1960), fresco della lettura di *On law and justice* (1958), Bobbio riconosce in Ross uno dei teorici della forza come "oggetto" del diritto. Cfr. ora BOBBIO 1993, 197 s. Sul rapporto tra diritto e forza in Ross, cfr. BONSIGNORI 1973, 126 s.

[43] Anche laddove sembra disposto ad ammettere una obbedienza al diritto non generata dal timore delle sanzioni (giuridiche o extragiuridiche), Ross la riconduce comunque ad un elemento ideologico, che egli chiama «coscienza giuridica formale» e che è cosa ben diversa da un atteggiamento motivato dalla giustizia materiale dell'ordinamento. Dal punto di vista della scienza del diritto, per Ross, «è comunque impossibile distinguere un "ordinamento giuridico" da un "regime di violenza", perché la qualità con la quale si vorrebbe contraddistinguere il diritto non è una qualità oggettiva dell'ordinamento stesso, ma soltanto una espressione del modo in cui esso è sentito da un individuo» (ROSS 1958, 54). Dunque, non solo il diritto viene riportato al potere, ma quest'ultimo diventa indistinguibile dalla violenza e dalla forza, che sembrano costituire il fondamento ultimo dell'ordinamento giuridico: un discorso che mi sembra vada tenuto presente anche nel valutare il contributo di Ross sulle "credenze" che stanno alla base delle nostre categorie giuridiche e del loro impiego nel discorso scientifico (ROSS 1951) e che avvicina la teoria rossiana dell'obbedienza al diritto più al "modello del bandito" che a quella "dell'autonomia" (cfr. SCHIAVELLO 2010), non diversamente peraltro da quanto avviene in un autore come Olivecrona (cfr. OLIVECRONA 1939; CASTIGNONE 1974, 174 ss.).

"assoggettato" – una relazione di dominio[44]. Ed è a un potere come questo che è legata la concezione del diritto. Non è concepibile, in altre parole, un diritto che stia fuori da questo cerchio del potere. Questa è la ragione per la quale Ross non riesce a immaginare, ad esempio sul piano internazionale, un diritto che si affermi indipendentemente dalla costituzione delle Nazioni Unite come effettivo centro di potere. Qualunque dimensione *orizzontale* del diritto – qualunque idea di normatività che possa derivare dal fatto stesso della relazione tra soggetti-individui o tra stati – è impensabile, in questa prospettiva.

Ma questa è pure la ragione per la quale, anche nel pensiero di Ross, non può non prodursi un paradosso, tipico di ogni concezione che – positivistica o realistica che sia – riduca il diritto al potere: il paradosso secondo cui, se è vero che «chi ha potere ha anche responsabilità», allora «più grande è il potere, più grande sarà il rischio che non ci sia nessuno che possa far valere la responsabilità»[45]. Perché, evidentemente, quando si "costringe" il diritto dentro la nozione della coazione, e quindi della forza, sembrano inevitabili le conclusioni alle quali giungeva Bobbio nello stesso anno in cui Ross pubblicava la versione inglese di *On Law and Justice*. Se infatti è naturale che, risalendo i piani dell'ordinamento, si passi «dalla fase in cui la forza è rivolta ad *applicare* il diritto a quella in cui serve a *produrlo*, e pertanto passiamo dal concetto di forza come sanzione di un diritto già stabilito (cioè mezzo per rendere il diritto efficace) al concetto di forza come produzione di un diritto che deve valere in avvenire», allora sarà del tutto naturale ammettere (ed accettare) che le norme superiori non siano sanzionate, non solo per «l'impossibilità di costringere con la forza chi detiene la fonte stessa della forza», ma anche – il che appare francamente più grave e nettamente più problematico –

> «per una ragione di diritto: quando coloro che agiscono agli apici del potere agiscono in modo non conforme ad una norma del sistema, questo loro comportamento non è la *violazione* di una norma precedente, ma la *produzione* di una norma nuova, cioè una modificazione del sistema, e pertanto cade come improponibile il problema della sanzione, la quale presuppone un illecito. Non è detto insomma che un comportamento difforme sia sempre un illecito: può essere la posizione di una nuova liceità, nel qual caso la sanzione è giuridicamente impossibile»[46].

Posizione cristallina e inequivocabilmente logica, alla quale altrettanto logicamente si può rimproverare, come ha fatto Nicola Matteucci, di essere lontana, se non addirittura «opposta a quella del costituzionalismo antico e moderno, il quale

[44] ROSS 1974, 55.
[45] ROSS 1974, 58. Coerentemente, del resto, con una nozione di responsabilità in base alla quale affermare che «"*A* è responsabile di *x*" implica che *A* può essere giustamente punito per *x*», come spiega Ross stesso in ROSS 1970, 41.
[46] BOBBIO, *Teoria della norma giuridica* (1958), ora in BOBBIO 1993, 137.

ha sempre aspirato a porre una legge come limite a chi detiene di fatto il monopolio della forza, a rendere sovrane le leggi e non gli uomini»[47].

Le ragioni per le quali questo avviene – e sistematicamente – in autori come Ross (insieme a tanti altri), discendono dal fatto che si tratta di autori che hanno la "pretesa" di spiegarci che le cose del mondo vanno in una maniera diversa da quella che gli "idealisti" immaginano o sognano; autori che hanno capito bene come funziona la realtà – basti ricordare la *verità effettuale* di Machiavelli – e che a questa realtà si rifanno per trarne concetti e concezioni. Sono gli autori del realismo politico; autori che guardano con disincanto, e quindi con occhi più sinceri, «i puri fatti della politica, del potere e delle forze che non conoscono la vergogna»[48].

Il *tic* degli autori realisti tuttavia è sempre il solito. Ci dicono che bisogna guardare alla realtà, e in questa realtà trovano tutti la stessa cosa. Nello stesso momento in cui ci dicono che «dobbiamo abituarci a vivere senza risposte», però, ci danno risposte che ritengono indiscutibili e inconfutabili. Immancabilmente, infatti, questi autori – da Tucidide a Machiavelli, da Hobbes a Ross – ci descrivono l'uomo come un soggetto dall'«egoismo sconfinato» e cercano di convincerci che credere nell'amore fra gli uomini «appartiene ai nobili ideali che sono così distanti dalla realtà da dover essere ciechi nel credere che essi non siano altro che un sogno irraggiungibile»[49]. «La fiducia e la speranza sono bellissime – dice ancora Ross –, ma la *verità* è più grande e deve essere accettata per quanto spiacevole essa sia»[50].

Convinzioni che pretendono dunque di presentarsi come verità e che hanno conseguenze decisive sulla teoria del diritto e del potere, minandone innanzi tutto la pretesa conoscitiva: la portata normativa di queste teorie, è bene sottolinearlo, non è inferiore a quella delle teorie che esse criticano.

4. *E la Giustizia?*

Non bisogna stupirsi se, in un discorso sulla democrazia, il potere e il diritto, si finisce a parlare degli uomini e dei loro sentimenti, perché questi – o meglio, la loro considerazione da parte degli autori (realisti o no) – sono sempre alla base delle nostre concezioni giuridiche e politiche, talvolta esplicitamente, talvolta solo in maniera occulta. Non è fuori luogo, dunque, che Ross abbia inserito nella sua raccolta di scritti quello "strano" articolo intitolato *Credo*, nel quale troviamo il passaggio che ho citato. Un passaggio illuminante, che insieme ad altri meno espliciti di cui il testo è disseminato ci fa capire che Ross ha (e si compiace di

[47] MATTEUCCI 1963, 57.
[48] ROSS 1974, 66.
[49] ROSS 1974, 117.
[50] ROSS 1974, 64 s.

avere) una visione piuttosto negativa della natura umana e che, come tutti gli autori che lo hanno preceduto e seguito su questo piano, vede nel potere essenzialmente quell'aspetto demoniaco che lo rende un oggetto privilegiato della brama degli uomini, e che può essere vòlto in positivo nel momento in cui, attraverso il diritto, diviene un freno alle passioni negative degli uomini stessi.

> «Io credo nella brama di potere degli uomini. In altre parole credo che l'egoismo assuma essenzialmente la forma di volontà d'acquisire potere, e ciò vuol dire possibilità di dispiegarsi, dimostrare la propria superiorità ed usarla al fine di dominare e disporre del destino proprio e di quello altrui. Il potere ha a che fare col rapporto tra uomo ed uomo (per non parlare del rapporto fra uomo e donna!). Lo stesso avviene in politica, non di meno nella grande politica. Per cosa gli Stati combattono guerre sanguinose? Il potere, il dominio e per altre cose soltanto nella misura in cui siano delle condizioni del potere. E perciò credo tanto poco nella giustizia quanto nell'amore, qualora la giustizia sia intesa come qualcosa di ideale per l'allocazione "equa" del male e del bene fra gli uomini»[51].

Il motivo per cui ho insistito su questo punto è che qui sta la ragione, a mio parere, che conduce Ross ad una visione anch'essa verticalistica della democrazia. La quale risulta evidente, non solo e non tanto là dove egli critica l'idea della democrazia diretta e afferma l'ineludibilità delle *élites*[52] – del resto, l'elitismo democratico ha sempre a che fare con il realismo –, quanto là dove schiaccia il concetto di *democrazia* sul concetto di *stato* (e di stato sovrano), considerando solo quest'ultimo come spazio politico nel quale la democrazia è pensabile e negando invece legittimità ad ogni "espansione" degli spazi democratici.

Certamente, qui Ross la pensa in maniera molto diversa rispetto al Bobbio che includeva tra le "promesse non mantenute" della democrazia quella dello "spazio limitato"[53]; ma non è questo che mi interessa sottolineare. Mi interessa di più il fatto che Ross attribuisca solo allo stato la natura di ente "*assolutamente* autonomo", mentre considera tutte le altre comunità e tutti gli altri enti come dotati di «una autonomia *relativa*, entro la cornice dell'organizzazione dello statuale, in altre parole, dietro approvazione dello stato e sotto la sua supervisione e il suo controllo»[54]. Sono parole che riprendono la sostanza del capitolo XXII del *Leviatano* di Hobbes, nel quale veniva appunto esplicitato che solo lo stato può essere ritenuto *assoluto* e *indipendente*, venendo tutti gli altri sistemi ad essere

[51] ROSS 1974, 117.
[52] ROSS 1974, 24 ss.
[53] Cfr. BOBBIO 1984, 14 s.
[54] ROSS 1974, 32.

considerati «dipendenti, vale a dire subordinati a un qualche potere sovrano, a cui tutti, compreso il loro rappresentante, sono *soggetti*»[55].

Queste parole ci danno la misura di un pensiero essenzialmente monistico, incapace quindi di riconoscere l'originaria giuridicità dei gruppi che vivono sotto e sopra lo stato, e quindi di vedere in questo una "società di società", o comunque, una realtà policentrica e poliarchica, piuttosto che una realtà monolitica e omogenea. Lo schema di Ross in altre parole – il che suona come una conferma di quanto detto sino ad ora – non può includere il pluralismo giuridico. Una incapacità che deriva appunto, in Ross come in altri, dalla caparbia convinzione che non si possa concedere all'uomo il minimo spiraglio in termini di capacità di relazionarsi pacificamente – e quindi anche giuridicamente – se non dentro la cornice fornita coattivamente dalle strutture dello stato.

Talmente rigido appare questo schema che non può non risultare dissonante rispetto all'insieme quel vero e proprio "elogio della giustizia" che Ross include nel suo *Credo*, immediatamente dopo la frase riportata poc'anzi, nella quale egli diceva di non credere nella giustizia né all'amore tra gli uomini. Ross ha infatti appena finito di dirci che non crede nella Giustizia (quella con la maiuscola) e ci dice invece, stavolta, che crede «fermamente nella giustizia come virtù del giudice, in altre parole come disponibilità ad una equa, ben fondata ed imparziale valutazione dei conflitti in applicazione di regole e principi presupposti». Ma se fin qui siamo dentro lo schema appena ricostruito – quello di una giustizia "dall'alto", istituzionalmente e statualisticamente pensata, peraltro in un contesto teorico che fa perno tradizionalmente proprio sulla figura del giudice –[56] subito dopo Ross scrive le parole seguenti, leggendo le quali non si può non rimanere sorpresi:

> «È giudice ognuno di noi ogni giorno nella convivenza con gli altri uomini nel momento in cui avanziamo richieste oppure quando indirizziamo rimproveri contro di loro. La giustizia è l'esigenza secondo la quale noi, in determinate situazioni, non pensiamo soltanto come una parte, ma anche come giudici, e lo facciamo in modo equo, onesto ed obiettivo. In questa accezione la giustizia è un ideale, ma non nel cielo blu. Ci si può allenare per onorarla»[57].

Ecco: questo elogio della giustizia nei rapporti quotidiani mi sembra presupponga una disposizione umana – una "esposizione" all'altro, una vera e proprio *inclinazione*[58], verrebbe da dire – molto diversa da quella su cui Ross ha basato, come abbiamo visto, tutto il suo discorso teorico e politico. Per quanto egli sottolinei che la giustizia non è qualcosa che viva nel cielo blu degli ideali, il fatto che egli pensi

[55] HOBBES 1651, 187.
[56] Cfr. FARALLI 2004 e SERPE 2008.
[57] ROSS 1974, 118.
[58] CAVARERO 2013.

che possa essere praticabile, e che addirittura ci si possa "allenare per onorarla" spingerebbe a credere che quel cielo – che Ross non vede popolato dagli Dei, ma che in ogni caso sta sopra il diritto e la giustizia e con cui essi sono sempre chiamati a confrontarsi, se non altro perché gli uomini continuano a rivolgervi lo sguardo – possa, malgrado tutto, e malgrado ciò che pensano i realisti, divenire "sempre più blu", come cantava qualche decennio fa un cantautore italiano morto troppo giovane. Quel cantautore opponeva proprio il blu del cielo alle miserie quotidiane nelle quali gli uomini sono invischiati, nella convinzione, probabilmente non del tutto fallace, che gli ideali non servano tanto a edulcorare la realtà e le sue miserie, come sembrano (voler far) credere i realisti, quanto a far vedere meglio e più a fondo nella realtà stessa, mettendo in luce proprio ciò che in essa può servire a contraddirne il racconto. Nella realtà, in altre parole, ci sono più cose di quelle che i realisti raccontano, e il cielo blu degli ideali può servire quanto meno a renderle presenti. Se, come dice Ross coerentemente col suo ateismo[59], la migliore cura alla "fuga dalla realtà" costituita dalla «fede in un dio onnipotente» è rappresentata dal "diventare adulti", e cioè «dall'accettare il mondo e l'esistenza senza compromessi, per quello che sono, compresi i nostri limiti, le nostre miserie e le nostre sconfitte», scoprire che gli uomini possono essere "giudici giusti" nelle loro relazioni è un modo per vedere – malgrado Ross, ma attraverso Ross –, una realtà diversa da quella che Ross ha voluto tanto insistentemente descrivere, finendo anche per legittimarla attraverso i concetti della sua teoria del diritto e della politica.

[59] «Alf Ross had remained an atheist throughout his life. A belief in God could not be combined with his scientific world-view» (EVALD 2014, 351).

Riferimenti bibliografici

BOBBIO N. 1976. *Quale socialismo? Discussione di un'alternativa*, Torino, Einaudi, 1976.

BOBBIO N. 1984. *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Torino, Einaudi, 1984.

BOBBIO N. 1985. *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 1985.

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

BOBBIO N. 1994. *Verità e libertà*, in ID., *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Milano, Linea d'ombra edizioni, 1994, 61 ss.

BOBBIO N. 2012. *Saggi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 2012.

BONSIGNORI F. 1973. *L'ideologia della definizione del diritto e il pensiero di Alf Ross*, Pisa, Pacini, 1973.

CASTIGNONE S. 1974. *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Milano, Edizioni di Comunità, 1974.

CAVARERO A. 2013. *Inclinazioni. Critica della rettitudine*, Milano, Cortina, 2013.

EVALD J. 2014. *Alf Ross. A life*, Copenhagen, DJØF Publishing, 2014.

FARALLI C. 2004. *Il giudice e il diritto. Ermeneutica e realismo a confronto*, in «Materiali per una Storia della Cultura Giuridica», 2, 2004, 531 ss.

GOMETZ G. 2017. *La democrazia elettronica. Teorie e tecniche*, Pisa, Ets, 2017.

GRECO T. 1995. *È Gesù il vero democratico? Il dibattito sulla democrazia tra religione filosofia e politica*, in «Teoria Politica», 3, 1995, 129 ss.

HART H.L.A. 1963. *Law, liberty and morality*, Stanford, Stanford University Press, 1963.

HOBBES, T. 1651. *Leviatano, o la materia, la forma e il potere di uno stato ecclesiastico e civile*, a cura di A. Pacchi, Roma-Bari, Laterza, 1989 (ed. or. *Leviathan, or the matter, form and power of a Commonwealth, ecclesiastical and civil*, 1651, trad. it. di Agostino Lupoli, Maria Vittoria Predaval e Riccarda Rebecchi).

KELSEN H. 1984. *La democrazia*, Bologna, il Mulino, 1984.

MATTEUCCI N. 1963. *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, Bologna, il Mulino, 1996 (ed. or. in «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile», 1963, 3, 985 ss.).

OLIVECRONA K. 1939. *Il diritto come fatto*, Milano, Giuffrè, 1967 (ed. or. *Law as fact*, Londra, Oxford University Press, 1939, trad. it. di Silvana Castignone).

RODOTÀ S. 1997. *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, Laterza, 1997.

ROSS A. 1951. *Tû-tû*, in SCARPELLI U. (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Edizioni di Comunità, 1976, 165 ss. (ed. or. *Tû-tû*, in USSING H., BORUM O., ILIUM K. (eds.), *Festskrift til Henry Ussing*, Kobenhavn, Juristforbundet, 1951).

ROSS A. 1952. *Why Democracy?*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1952.

ROSS A. 1958. *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 2001 (ed. or. *On law and justice*, London, Stevens, 1958, trad. it. di Giacomo Gavazzi).

ROSS A. 1970. *Colpa, responsabilità e pena*, Milano, Giuffrè, 1972 (ed. or. *On guilt, responsibility and punishment*, Berkley and Los Angeles, University of California Press, 1970, trad. it. di Birgit Bendixen e Pier Luigi Lucchini).

ROSS A. 1974. *Democrazia, potere e diritto. Contributi al dibattito odierno*, Torino, Giappichelli, 2016 (ed. or. *Demokrati, magt og ret*, Kobenhavn, Lindhardt og Ringhof, 1974, trad. it. di A. Serpe).

SCHIAVELLO A. 2010. *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, Pisa, Ets, 2010.

SERPE A. 2008. *Il realismo giuridico in Danimarca e Norvegia*, in «Materiali per una Storia della Cultura Giuridica», 1, 2008, 63 ss.

SERPE A. 2016. *Introduzione*, in ROSS A., *Democrazia, potere e diritto. Contributi al dibattito odierno*, Torino, Giappichelli, 2016, V ss.

SERPE A. 2017a. *Giù dalla torre d'avorio? Ross difensore della democrazia nel dibattito danese degli anni del dopoguerra*, in «Rivista di Filosofia del Diritto», 2, 293 ss.

SERPE A. 2017b. *I "credo" di Alf Ross. Scienza, democrazia, giustizia nelle pagine del* Demokrati, magt og ret, in «Materiali per una Storia della Cultura Giuridica», 2, 421 ss.

ZAGREBELSKY G. 1995. *Il "crucifige!" e la democrazia,* Torino, Einaudi, 1995.

LA FILOSOFIA “SCIENTIFICA” DI ALF ROSS

ALDO **SCHIAVELLO**

&dq

La filosofia "scientifica" di Alf Ross

The "Scientific" Philosophy of Alf Ross

ALDO SCHIAVELLO

Professore Ordinario di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Palermo.
E-mail: aldo.schiavello@unipa.it

ABSTRACT

Demokrati, magt og ret è una raccolta di articoli comparsi sui quotidiani danesi in un arco temporale di poco meno di vent'anni, dal 1957 al 1974. Il tratto comune di questi articoli è la loro evidente riconducibilità alla filosofia "scientifica" di Ross. In questo saggio mi concentro su alcune questioni filosofiche e filosofico-giuridiche salienti che fanno capolino in modo ricorrente negli articoli raccolti nel volume che qui si commenta. Si tratta, in particolare, 1) del rifiuto delle certezze metafisiche; 2) dell'importanza della chiarezza linguistica; 3) della relazione tra diritto e potere e, infine, 4) della distinzione tra punto di vista interno e punto di vista esterno.

Demokrati, magt og ret is a collection of articles published by Danish newspapers in a period of just under twenty years, from 1957 to 1974. In all these articles, Ross' "scientific" philosophy is clearly traceable. In this paper, I focus on some relevant philosophical and legal-philosophical questions recurring in the articles collected in *Demokrati, magt og*. I deepen in particular 1) the rejection of metaphysics; 2) the importance of linguistic clarity; 3) the relation between law and power and, finally, 4) the distinction between internal and external aspect of norms.

KEYWORDS

Realismo giuridico, positivismo giuridico, diritto e potere, diritto e morale, epistemologia giuridica

Legal realism, legal positivism, law and power, law and moral, legal epistemology

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

La filosofia "scientifica" di Alf Ross

ALDO SCHIAVELLO

Io credo nella libertà morale
degli uomini e nella responsabilità
(Alf Ross, *Credo*)

1. *Premessa* – 2. *Il rifiuto delle certezze metafisiche* – 3. *L'importanza della chiarezza linguistica* – 4. *Diritto e potere* – 5. *Validità delle norme e punto di vista interno*.

1. *Premessa*

In una lettera scritta nel 1923 alla moglie, Else-Merete Helweg-Larsen, Alf Ross riconosce a quest'ultima il merito di avere capito che lo studio della filosofia del diritto rappresenta per lui il modo attraverso il quale approfondire e dare consistenza alla sua "filosofia della vita" (EVALD 2014, 13-17). In due parole, la filosofia di Ross è caratterizzata da un rifiuto della metafisica e dalla convinzione che la logica si applichi a tutti gli ambiti della conoscenza e, più in generale, dell'esistenza. Si tratta dunque di una filosofia scientifica della vita o, per i critici, scientista. Da qui, il titolo di questo contributo.

Demokrati, magt og ret è una raccolta di articoli comparsi sui quotidiani danesi in un arco temporale di poco meno di vent'anni, dal 1957 al 1974 (ROSS 1974). Alessandro Serpe, che ha mirabilmente curato e introdotto la versione italiana di questa raccolta, pubblicata solo nel 2016 col titolo *Democrazia, potere e diritto*, fa menzione di una lettera del 1974 di Ross a Vittorio Frosini da cui si evince l'imminente pubblicazione in italiano di questo libro. Quel progetto di traduzione non fu tuttavia portato a compimento. C'è dunque una domanda preliminare che non può essere elusa e che è bene non rimandare: ha senso oggi, a distanza di più di quarant'anni dall'edizione originale, proporre la traduzione italiana di questi saggi?

Gli articoli contenuti in *Democrazia, potere e diritto* hanno natura diversa; alcuni affrontano questioni di carattere generale, altri sono più legati all'attualità del tempo e ad accadimenti contingenti. Per chi fosse interessato ad approfondire la figura di Ross, questa raccolta è importante perché restituisce una immagine compiuta ed articolata degli interessi, non strettamente accademici, dell'autore danese (SERPE 2017). Dalla lettura di questi articoli si evince chiaramente che Ross non era certo un conformista ed è divertente immaginare come i benpensanti del tempo avranno reagito ad alcune sue provocazioni (WAABEN 2003, 673). Un aneddoto, raccontato da ROSS (1974, 101-105) in uno dei saggi è, al riguardo, emblematico (e, al tempo stesso, divertente per chi si occupa di filosofia del diritto). Ross riferisce delle

difficoltà del professor Genaro Rubén Carrió, acuto filosofo del diritto argentino e traduttore in castigliano del suo *Diritto e giustizia*, di fronte alla parola "prostituta"[1] associata al diritto naturale; Carrió alla fine optò per edulcorare l'espressione, utilizzando "cortigiana", ma questo non gli evitò le critiche dei genitori degli studenti i quali non desideravano che i loro pargoli leggessero libri che «facevano cenno a cose immorali». Queste le osservazioni di ROSS (1974, 101): «conosciamo bene questi buoni cattolici sudamericani, e la loro santità, il loro culto della donna e la loro doppia moralità, come si vede nelle loro fiorenti case di tolleranza. Quanto mi sento sollevato nel vivere con un popolo che si è in gran parte liberato dalla paura sessuale della tradizione cristiana e da tutto il disgusto che ne deriva».

Il tratto comune di questi articoli è la loro evidente riconducibilità alla filosofia scientifica dell'autore. Ross, del resto, non è un individuo a compartimenti stagni. Jens Evald ci informa che Ross applicava la sua filosofia scientifica anche al suo matrimonio e, più in generale, alla sua vita privata. Ciò è stato più spesso fonte di infelicità che di felicità ma, certamente, è il marchio inequivocabile di un uomo che attribuisce alla coerenza un valore non trascurabile. Gli articoli contenuti in *Democrazia, potere e diritto* ci dicono molto sulla filosofia del diritto e sulla filosofia generale di Ross. Questo li rende attuali ancora oggi e meritevoli di essere letti e studiati. In questa sede intendo soffermarmi proprio su alcune questioni filosofiche e, soprattutto, filosofico-giuridiche, trattate nelle pagine di questa raccolta.

Prima di procedere, è opportuno esplicitare le tesi salienti della filosofia scientifica di Ross: una concezione neo-empirista della scienza giuridica; una prospettiva sofisticata di giusrealismo che tenta la conciliazione tra il realismo comportamentista e quello psicologico; l'idea che i concetti giuridici siano, in realtà, pseudo-concetti.

Ross difende una concezione radicalmente neo-positivista della scienza giuridica che è stata anche denominata "positivismo logico". Secondo questa concezione, l'istanza paradigmatica di conoscenza è rappresentata dalle scienze empiriche, le quali adottano il principio di verificazione. Quest'ultimo diviene dunque il principio metodologico fondamentale di ogni ambito della conoscenza. Come la proposizione "questo è gesso" implica che se si osserva un pezzo di gesso al microscopio si paleseranno alcune qualità strutturali, allo stesso modo la proposizione "l'art. 62 *dell'Uniform Negotiable Instruments Act* è diritto valido dell'Illinois" implica che i giudici dell'Illinois, date certe condizioni, si comporteranno in un certo modo (ROSS 1958, 38-49). Il neopositivismo propugna dunque una metodologia monista; per dirla con le parole di ROSS (1958, 65), «ogni scienza si riferisce al medesimo corpo di fatti, ed ogni affermazione scientifica circa la realtà [...] è soggetta alla prova sperimentale». La concezione della scienza giuridica proposta da Ross è

[1] Giacomo Gavazzi, che ha tradotto il libro in italiano, ha invece usato la parola "sgualdrina", rendendo se possibile ancora più vivida l'espressione di Ross.

chiaramente prescrittiva; egli ci dice come i giuristi *devono* agire per conoscere il diritto, non come essi agiscono nel mondo reale.

Da questo modello di scienza giuridica discende una determinata concezione della validità delle norme: una norma è valida se è applicata dai giudici. Più precisamente, per stabilire se una norma sia valida bisogna sia osservare il comportamento e le azioni delle corti sia individuare l'ideologia che induce i giudici a trattare la norma in questione come socialmente vincolante. Il giusrealismo di Ross è dunque una sintesi tra realismo psicologico e realismo behavioristico. Il realismo psicologico afferma che una norma è valida se è accettata dalla coscienza giuridica popolare. Secondo questa concezione del realismo giuridico, ciò che è diritto valido dipende principalmente dalle opinioni dei giuristi, i quali sono considerati «i guardiani delle tradizioni giuridiche». Questa versione del giusrealismo sottovaluta l'importanza dell'attività giudiziaria, riconduce la validità delle norme giuridiche alla psicologia individuale e, di conseguenza, «converte il diritto in un fenomeno individuale al pari della moralità» (Ross 1958, 69). Il realismo behaviorista sostiene invece che una norma è valida se è usata dai giudici per prendere le loro decisioni. Tuttavia, la mera osservazione del comportamento e delle azioni dei giudici non consente di prevedere come i giudici agiranno in futuro, così come non è possibile comprendere il gioco degli scacchi limitandosi ad osservare le mosse dei giocatori. Per Ross, affermare che una norma è valida significa fare una previsione circa il fatto che i giudici, date certe circostanze, utilizzeranno tale norma per le loro decisioni future; una siffatta previsione si fonda sul comportamento passato dei giudici e sulla conoscenza della loro ideologia normativa. Alla luce di questa ricostruzione si può affermare che la teoria della validità giuridica proposta da Ross è riduzionista, nella misura in cui riduce la validità all'efficacia. Ancora, da questa concezione della validità è possibile ricavare una definizione del diritto come l'insieme dei fatti psico-sociali dei giudici.

Un aspetto importante della filosofia del diritto di Ross riguarda il ruolo dei concetti giuridici. Seguendo la strada tracciata da altri eminenti giusrealisti scandinavi, tra i quali Karl Olivecrona, Ross sostiene che i concetti giuridici sono parole vuote che non denotano nulla. Nonostante ciò, essi ricoprono un ruolo importante nella pratica giuridica in quanto consentono di ricondurre, in modo veloce e cumulativo, un insieme complesso di fatti giuridici a un insieme complesso di conseguenze giuridiche. Inoltre, noi attribuiamo ad alcune parole una forza magica e mistica. È quello che facciamo, per quanto qui rileva, quando usiamo alcune espressioni o parole quali "diritto soggettivo", "proprietà", "pretesa" e così via. Ad esempio, le frasi «se si concede un prestito nasce una pretesa» e «se esiste una pretesa il pagamento deve essere fatto alla scadenza dovuta» possono essere sostituite dalla frase «se si concede un prestito, il pagamento deve essere fatto alla scadenza dovuta». Ciò significa che "pretesa" è una parola priva di riferimento semantico. L'uso di tali parole svolge tuttavia una importante funzione: sfruttando le corde più

ancestrali del nostro essere, induce in noi la credenza che porre in essere certi comportamenti sia un qualcosa di ineluttabile. In definitiva, l'uso dei concetti giuridici, in virtù della forza magica di questi ultimi, favorisce e rafforza l'acquiescenza nei confronti del diritto (ROSS 1957; SERPE 2008, 138-145; SCHIAVELLO 2010, 44-48).

Questa è la prospettiva filosofica che sta sullo sfondo di *Democrazia, potere e diritto*. In questa sede mi concentrerò su alcune questioni filosofiche e filosofico-giuridiche salienti che fanno capolino in modo ricorrente negli articoli raccolti nel volume che qui si commenta. Si tratta, in particolare, del rifiuto delle certezze metafisiche, dell'importanza della chiarezza linguistica, della relazione tra diritto e forza e, infine, della dialettica tra punto di vista interno e punto di vista esterno.

2. *Il rifiuto delle certezze metafisiche*

Ross esprime le sue idee circa la metafisica in almeno quattro articoli contenuti in *Democrazia, potere e diritto*. In due di questi – *Allora leggete il Marcuse!* e *Araldo del fascismo di sinistra* – egli si scaglia, con coraggio ed una buona dose di anticonformismo per quegli anni, contro «il leader profetico della rivolta giovanile dominante» (ROSS 1974, 3); in uno – *Omaggio a Fanny Hill* – difende la libertà di espressione e critica l'*enforcement of morals* con argomenti milliani; nell'ultimo – *Credo* – il più filosoficamente denso tra tutti gli articoli della raccolta, ci consegna il suo testamento spirituale.

In *Allora leggete il Marcuse!*, la critica principale che Ross muove all'esponente della Scuola di Francoforte e, in particolare alle tesi da questi espresse in *A Critique of Pure Tolerance*, riguarda l'idea che la vera libertà di espressione presupporrebbe che la discussione sia condotta tra uomini intelligenti e illuminati, che sappiano distinguere il bene dal male. Questa è secondo Ross un'idea pericolosa perché «[...] la miope e superba credenza di possedere la verità, la verità morale, ha in ogni epoca sostenuto e giustificato le peggiori persecuzioni, le peggiori dittature, le più palesi disumanità» (ROSS 1974, 6). In *Araldo del fascismo di sinistra* ribadisce il medesimo concetto osservando che «Gli alti ideali legittimano la grande crudeltà» (ROSS 1974,11).

In *Omaggio a Fanny Hill*, ROSS (1958, 246) reitera la sua osservazione, contenuta in *Diritto e giustizia*, che «come una sgualdrina la legge naturale è a disposizione di tutti». A partire da una prospettiva emotivista, Ross si chiede come si possa distinguere tra affermazioni metafisiche corrette e affermazioni metafisiche scorrette. Ovviamente, la domanda è retorica perché l'idea di Ross è, appunto, che non esistano criteri affidabili: le nostre convinzioni morali sono costruzioni per sostenere atteggiamenti emotivi soggettivi e per soddisfare certi bisogni. Insomma, per dirla con David HUME (1739-40, 436 e 437), «la ragione è, e deve essere, schiava delle passioni e non può rivendicare in nessun caso una funzione diversa da quella

di servire e obbedire a esse» e, ancora, «non è contrario alla ragione che io preferisca la distruzione del mondo intero piuttosto che graffiarmi un dito; né è contrario alla ragione che io scelga la mia completa rovina per risparmiare il più piccolo dolore a un indiano o a una persona che mi è del tutto sconosciuta».

In *Credo*, ROSS (1974, 115) esprime compiutamente, anche se in breve, il suo rifiuto della metafisica: «è per me più importante dirvi che mi è estranea qualsiasi certezza di fede di natura metafisico-religiosa. Ritenere che qualcosa sia vera senza avere dalla sua buone ragioni è a mio avviso senza significato».

Insomma, le convinzioni metafisiche non sono dimostrabili e, dunque, non sono né vere né false. Questo è un pezzo non trascurabile della filosofia scientifica di Ross. Alcuni autori sostengono che il fatto che le convinzioni morali siano controverse e che non sia possibile dimostrare la loro correttezza non sia un argomento decisivo contro l'oggettivismo e il cognitivismo etico. Tuttavia si deve almeno convenire con Jeremy WALDRON (1992, 173) che «il disaccordo morale rimane una difficoltà persistente per il realismo [morale], anche se non implica che esso sia falso, nella misura in cui non è in grado di stabilire connessioni tra l'idea di verità oggettiva e l'esistenza di procedure per risolvere il disaccordo».

Il rifiuto della metafisica è dunque un tratto caratterizzante del positivismo giuridico di Ross e, in generale, del positivismo giuridico sino ad Herbert Hart. Nella prima metà del XX secolo tutti i principali giuspositivisti condividevano l'idea che il positivismo giuridico presupponesse necessariamente una meta-etica soggettivista e non-cognitivista. Hans Kelsen nella *Reine Rechtslehre* del 1960 asserisce che la validità degli ordinamenti giuridici non può dipendere dalla morale perché non esiste una morale assoluta e la giustizia è un ideale irrazionale. Ross stesso, nel suo celebre saggio intitolato *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, pubblicato originariamente nella *Revista Juridica de Buenos Aires* nel 1961, spiega che una tesi fondamentale del positivismo giuridico è la negazione dell'esistenza del diritto naturale e che tale tesi presuppone, più in generale, una prospettiva etica non-cognitivista. Norberto Bobbio pubblica un corso di lezioni sul positivismo giuridico in cui inserisce autori come Hobbes, Bentham ed Austin tra i precursori del positivismo giuridico, e non tra i giuspositivisti *tout-court*, proprio per la loro convinzione relativa alla possibilità di stabilire un'etica oggettiva. Uberto Scarpelli, in *Cos'è il positivismo giuridico* del 1965 nega che esistano norme e valori assoluti e sostiene che questa sia una importante acquisizione della filosofia morale di quel tempo. Alla luce di ciò, per Scarpelli, non è più possibile essere giusnaturalisti. Ne *L'etica senza verità* SCARPELLI (1982, 104) scrive: «[n]on è concesso fondare un'etica con gli strumenti della ragione, la logica e le prove empiriche. [...] L'etica, dunque, non è razionale, ma è al di qua o al di là della ragione». Pur non potendo approfondire questo punto, ritengo che la crisi del positivismo giuridico dipenda, tra le altre cose, dalle concessioni fatte, a partire da Hart, ad una metaetica cognitivista.

Nei saggi in cui si scaglia contro Marcuse, Ross individua, inoltre, anche ragioni prudenziali che lo spingono a rifiutare la metafisica. Su questo punto vi sono molte analogie tra Ross e un campione del liberalismo come Isaiah Berlin. BERLIN (1978, 35-157) riprende il frammento di Archiloco «[l]a volpe sa molte cose, ma il riccio ne sa una grande» e lo usa per distinguere tra i filosofi e gli scrittori che riconducono tutto a una visione centrale e ad un sistema coerente (i "ricci") e quelli invece che perseguono molti fini che non vengono unificati da un principio morale o estetico (le "volpi"). La preferenza di Berlin (e anche di Ross) va alle volpi. Come anticipato, ci sono buone ragioni prudenziali per guardare con benevolenza alle volpi: se si crede di possedere l'unica *Risposta Vera*, è facile ritenere di dovere procedere spediti seguendo la direzione indicata dalla *Verità* senza curarsi degli eventuali ostacoli che potrebbero incontrarsi prima di raggiungere la meta (che viene spostata sempre un po' oltre). Per usare una celebre metafora di BERLIN (1990, 38), cucinare una buona *omelette* richiede che si sia disposti a rompere molte uova, e anche ove l'*omelette* rimanesse invisibile «le uova sono rotte, e si diffonde l'abitudine di romperle».

Il rifiuto delle certezze metafisiche, che condivido sia per ragioni teoriche sia per una mia predilezione personale per le società aperte, aiuta anche a guardare al diritto nel modo giusto. Se si accetta il presupposto che «[...] l'universo etico è un universo irriducibilmente plurale, popolato da una molteplicità di valori, e ideali, che inevitabilmente entrano in conflitto gli uni con gli altri» (CELANO 2005, 175), allora bisogna riconoscere che il diritto non si limita a rendere più determinati, a specificare, i valori morali, ma esso entra "a gamba tesa" nell'universo etico, operando bilanciamenti necessariamente discrezionali tra i valori; così facendo, non può che incidere con prepotenza sulla vita degli individui (cfr. anche § 4). Esistono infatti diverse concezioni del bene e quella adottata di volta in volta dal diritto è solo una tra le possibili.

Questa consapevolezza rafforza la convinzione che il diritto sia un male necessario; infatti, benché il legame tra diritto e morale sia per certi versi un legame effettivamente inscindibile, come sostiene il giusnaturalismo, bisogna evitare di indulgere nella visione, irenica e pericolosa, secondo cui il diritto possa incarnare l'unica morale corretta.

3. *L'importanza della chiarezza linguistica*

È noto che Rudolf Carnap nel suo fondamentale saggio del 1932, *Il superamento della metafisica mediante l'analisi logica del linguaggio* seleziona alcuni passaggi tratti da *Che cos'è la metafisica* del 1929 di Martin Heidegger allo scopo di mostrare, con grande soddisfazione, che essi sono privi di significato. Ricordo ad esempio:

«[c]ome sta la cosa con il Nulla? Il nulla nulleggia». Per Carnap, "*il nulla nulleggia*" è senza senso. È una pseudoproposizione.

Un trattamento analogo a quello che Carnap riserva a Heidegger, Ross lo riserva al solito Marcuse. ROSS (1974, 3) cita il seguente passo del saggio di Marcuse *Sulla Tolleranza*: «L'autentica *ouvre* non è e non può essere una propaganda dell'oppressione e la sua pseudoarte (che può essere una tale propaganda) non è arte». Qui, oltre all'oscurità linguistica c'è un uso volutamente distorto del linguaggio che sfrutta l'apprezzamento positivo collegato ad alcune parole o nozioni per veicolare ideologie che nulla hanno a che fare con quelle nozioni. Ad esempio, Marcuse parla di tolleranza liberatrice, che significa, banalmente, intolleranza dei movimenti di destra e tolleranza dei movimenti di sinistra.

Ancora, la insofferenza di Ross per il linguaggio oscuro e "filosofico" va di pari passo con il rifiuto di qualsiasi forma di idealismo e, più in generale, di tutta la filosofia che si sforza di ricondurre la realtà ad una idea sistematica e per molti versi idiosincratica (ritornano, ancora, le volpi e i ricci). Marcuse (ROSS 1974, 11) ad esempio scrive:

> «[i] mutamenti intervenuti nella composizione della classe operaia, e il fatto che sia stata largamente integrata nel sistema, alterano il ruolo politico attuale della classe operaia, non quello potenziale. Classe rivoluzionaria "in sé" ma non "per sé", oggettivamente ma non soggettivamente, la sua radicalizzazione dipenderà da forze catalizzatrici poste fuori di essa».

Il commento di ROSS (1974, 11) è, a dir poco, caustico: «[s]e il lettore non capisce la differenza fra quello che la classe operaia è "in sé" e "per sé" è perché gli manca la conoscenza dell'incomprensibile linguaggio hegeliano. Ma il significato è dopotutto chiaro: visto che gli operai non vogliono farla loro la rivoluzione, altri – le forze catalizzatrici – dovranno riuscire a farla».

Ross avrebbe certamente sottoscritto la considerazione di Karl POPPER (1994, 91) che

> «[noi intellettuali] vogliamo metterci in mostra e parliamo un linguaggio incomprensibile ma che fa una notevole impressione, un linguaggio dotto, artificioso che abbiamo ripreso dai nostri insegnanti hegeliani e che unisce tutti gli hegeliani. Questo è l'inquinamento della lingua, l'inquinamento della lingua tedesca in cui gareggiamo fra noi. È l'inquinamento che rende addirittura impossibile parlare ragionevolmente con noi intellettuali, e dimostrarci che spesso diciamo sciocchezze e peschiamo nel torbido».

Un esercizio encomiabile di chiarificazione linguistica lo ritroviamo nel già citato *Credo*, articolo cruciale per chi voglia conoscere la filosofia della vita di Ross (SERPE 2017). L'articolo nasce dalla richiesta da parte di un giornale danese all'eminente giurista di esplicitare le cose in cui egli crede. Prima di rispondere,

Ross ritiene necessario distinguere tre significati di "credere". In primo luogo, nella frase "credere che...", in relazione ad assunti quotidiani, si fa riferimento ad asserzioni supportate da ragioni, più o meno buone, rispetto alle quali tuttavia permangono dei dubbi. Io credo che domani pioverà (perché il cielo è coperto, perché lo prevede la meteorologia...), tuttavia è possibile che domani non piova. In secondo luogo, la stessa frase, in relazione ad ipotesi infondate, cioè indipendenti dalla conoscenza scientifica e dalla giustificazione razionale, esprime, paradossalmente, certezze sottratte al dubbio: "credo che Dio esista" significa "so che Dio esiste". Infine, c'è l'accezione per Ross più interessante, che è quella espressa dalla frase "credere in...": "credere in Dio" non significa soltanto (o, forse, per nulla) "so che Dio esiste", ma anche (o esclusivamente) "ho fiducia in Dio", "mi affido a Dio...". In questa terza accezione, la domanda "in cosa credi?" verte su ciò che dà senso alla vita e su ciò per cui si è disposti a scommettere l'esistenza. Si può credere intensamente a qualcosa, in questa terza accezione, senza il soccorso di consolatorie certezze metafisiche: «la vita diventa insopportabile senza il conforto della fede? No. La consapevolezza del grande vuoto permea la vita, con amara dolcezza, della preziosità per cui essa può essere vissuta soltanto una volta» (ROSS 1974, 119).

Da un certo punto di vista, la chiarezza linguistica è il marchio di fabbrica di uno stile e di un metodo filosofico che, poi, è quello della filosofia analitica. Le caratteristiche di questo stile sono almeno tre (VILLA 1993, 69-71): a) la predilezione dell'analisi rispetto alla sintesi. Il filosofo analitico muove sempre da una scomposizione e da una disarticolazione degli oggetti sottoposti ad indagine, per poi tentarne, eventualmente, una ricomposizione unitaria. In questo senso, il lavoro del filosofo analitico può essere paragonato a quello di un orologiaio che per vedere come funziona, e, quindi, riparare un orologio, lo smonta e ne esamina i singoli pezzi per poi rimetterli insieme ed esaminarne il funzionamento complessivo; b) la predilezione per uno stile particolarmente austero, orientato al rigore argomentativo, alla chiarezza nella formulazione dei problemi, alla precisione nelle definizioni, alla cura nelle distinzioni, e così via; c) l'uso dell'analisi del linguaggio per chiarire, risolvere e/o dissolvere i problemi filosofici.

Da un altro punto di vista, la chiarezza linguistica non è, per Ross, solo una preferenza stilistica, ma è l'unico modo per attribuire una certa valenza conoscitiva alla riflessione filosofica e per trattare i propri interlocutori con considerazione e rispetto.

4. *Diritto e potere*

Quella tra Ross e Hart è la storia di un amore non corrisposto. Nella sua recensione a *The Concept of Law*, ROSS (1962) esprime un giudizio molto lusinghiero sul libro e ripete più volte di condividere quasi tutte le tesi del collega inglese; dal suo

punto di vista, *On Law and Justice* e *The Concept of law* sarebbero due testi gemelli e per molti versi sovrapponibili.

Nella sua recensione a *On Law and Justice,* HART (1959), al contrario, evidenzia quelli che, dal suo punto di vista, sono gravi limiti della prospettiva giusfilosofica di Ross; in due parole, le critiche di Ross al giusnaturalismo sarebbero condivisibili ma poco originali, il suo rifiuto della metafisica è una forma di neo-empirismo ingenuo e la sua concezione del diritto, in fin dei conti, non molto diversa dal realismo americano. Quando HART (1959, 283) passa ai complimenti è, se possibile, ancora più implacabile: «[Ross] scrive in uno stile chiaro, intrigante e a tratti vivace; questi pregi possono tuttavia in parte dipendere dalla grande perizia del traduttore».

In questa sede, non è possibile – anche se sarebbe interessante – proporre una analisi dettagliata della filosofia del diritto dei due eminenti esponenti del positivismo giuridico del secolo scorso, al fine di valutare convergenze, divergenze ed eventuali fraintendimenti reciproci. In questo e nel prossimo paragrafo mi limiterò dunque a segnalare un paio di punti cruciali, che Ross discute anche in *Demokrati, magt og ret*, in cui la posizione del giusrealista danese è più convincente rispetto a quella di Hart.

Il primo punto riguarda i rapporti tra diritto e potere. In *Colui che ha potere ha anche responsabilità*, ROSS (1974, 57) osserva: «diritto e potere non sono, come si è inclini a credere, contrapposti ma due facce della stessa medaglia. Il diritto consta di regole per l'esercizio del potere, e il potere è in sé condizionato dalle concezioni giuridiche che trasformano le autorità politiche in autorità giuridiche, autorità queste, che possono pretendere autorità e rispetto».

Il legame tra diritto e potere, tra diritto e forza, è dunque, secondo Ross, un legame inscindibile, un legame concettuale. Fatte salve le differenze, su questo punto Ross è in linea con la tradizione del giuspositivismo, con la concezione imperativistica e con il normativismo kelseniano, nonché con l'idea weberiana che l'individuazione del diritto passi per l'individuazione di chi detiene il monopolio dell'uso legittimo della forza. Ross, come molti autori giusrealisti, evidenzia un aspetto molto interessante del rapporto tra diritto e forza che è invece negletto dalle altre tradizioni di pensiero riconducibili al positivismo giuridico; la forza esercitata dal diritto agisce sul comportamento individuale più "dietro le spalle" degli individui che davanti ai loro occhi, come ritiene, invece, l'imperativismo, che configura il rapporto tra governanti e governati come un rapporto tra individui razionali. Anche questo aspetto del realismo giuridico di Ross meriterebbe un approfondimento che non posso che rimandare ad altra sede.

Il legame necessario del diritto con la forza – il "lato oscuro" del diritto, se si vuole – è invece messo in questione da Hart. *The Concept of Law* può essere letto come il tentativo di individuare i collegamenti e le relazioni tra diritto, morale e coazione

garantendo al tempo stesso per il diritto uno spazio di autonomia[2]. L'esigenza di Hart nasce da due intuizioni confliggenti sul diritto. In primo luogo, sembra evidente che il diritto abbia una relazione così stringente sia con la coazione sia con la morale da indurre a identificare il diritto, a seconda dell'angolo visuale prescelto, o con la coazione o con la morale. In secondo luogo, sembra altrettanto evidente che proprio la prossimità del diritto alla coazione, induca a distanziarlo dalla morale, e viceversa. Il tentativo di Hart di garantire l'autonomia del diritto dalla coazione ha un esito fallimentare. Qui non mi interessa mostrare i limiti specifici della teoria hartiana su questo punto, ma evidenziare l'errore di prospettiva generale, che consiste nel considerare il diritto e la filosofia del diritto come entità a sé stanti rispetto al conflitto sociale, alle relazioni di dominio e alla filosofia politica. Per dirla con Bruno CELANO (2012, 424 s.),

> «Hart [...] non vede il diritto come strumento di, e sistema di, potere: non vede le varietà del potere [...] con le quali il diritto è, tipicamente [...], intrecciato. [...] Così la teoria del diritto viene rescissa dalla teoria politica, e dall'indagine su altre varietà del potere. Come se il diritto non avesse nulla a che fare con il dominio, il conflitto sociale, il controllo (al di là della coercizione, o anche, in generale, dell'uso della forza) sugli individui».

Si può, ritengo, concedere questo punto a ROSS (1974, 58): «senza potere non esistono diritto e giustizia, in effetti nemmeno la società».

5. *Validità delle norme e punto di vista interno*

Tra le tante analogie che Ross riscontra tra il suo giusrealismo e la concezione del diritto di Hart c'è la teoria della validità delle norme. Il realismo giuridico di Ross, che tende alla sintesi tra il realismo behavioristico e il realismo psicologico (cfr. § 1), distingue, così come la *practice theory of norms* di Hart, tra un aspetto esterno delle norme, che consiste in una regolarità di comportamento da parte dei giudici, e un aspetto interno, che consiste nell'accettazione delle norme come modello di condotta[3]. È sintomatico che sia HART (1961, 69) sia ROSS (1958, 16 s.) ricorrano ad un esempio tratto dal gioco degli scacchi per introdurre la distinzione tra punto di vista interno e punto di vista esterno. Affermare che i giocatori di scacchi hanno l'abitudine di muovere i pezzi sulla scacchiera in un certo modo non costituisce una descrizione adeguata della loro attività. I giocatori, infatti, non si limitano a

[2] Per una lettura del pensiero di Hart parzialmente diversa, cfr. PINTORE 2011, 7-26.

[3] L'analisi di Hart riguarda le regole sociali e dunque, tra le norme giuridiche, solo la regola di riconoscimento. In questa sede è possibile prescindere da un approfondimento di questo punto e delle conseguenze che ne discendono.

compiere certe mosse, ma hanno anche delle idee, delle convinzioni, riguardo a ciò che le regole del gioco permettono o proibiscono di fare. Tali idee si manifestano attraverso la richiesta di conformità e l'accettazione delle critiche altrui nel caso in cui si sia deviato dalla regola.

C'è tuttavia una importante differenza tra la teoria di Ross e quella di Hart, differenza che HART (1959) sottolinea con forza. Per HART (1961, 69), l'accettazione di una norma come modello di condotta non ha nulla a che vedere con i sentimenti: «[i] sentimenti non sono né necessari né sufficienti per l'esistenza di norme obbligatorie». Per Ross, al contrario, l'accettazione di una norma dipende da assunti di carattere ideologico e, dunque, da sentimenti. Nel già citato *Colui che ha potere ha anche responsabilità*, ROSS (1974, 57) è chiarissimo al riguardo:

> «[i]l potere dello Stato affonda le sue profonde radici nei sentimenti e nelle credenze degli uomini, in una somma di atteggiamenti di lealtà e di rispetto verso la Costituzione e le istituzioni di un paese, una credenza circa la "validità" della Costituzione che si è sedimentata, nel corso dei secoli, attraverso la vita comune, nella consapevolezza di essere un popolo».

Anche in questo caso, credo che Ross abbia ragione. A sostegno di tale affermazioni, è sufficiente valutare le conseguenze del tentativo di Hart di separare l'accettazione delle norme dai sentimenti e, in particolare, dall'adesione morale ad esse.

Hart elabora la *practice theory of norms* al fine di distinguere, in polemica con l'imperativismo, le regole sociali dalle mere abitudini, i comportamenti regolati da quelli regolari. Questa distinzione consente di spiegare, tra le altre cose, perché il diritto sia – o possa essere considerato – una autorità in grado di produrre obblighi genuini e non un semplice meccanismo (alla stregua dell'arma del rapinatore) per costringere gli individui a porre in essere certi comportamenti. I comportamenti regolari e quelli regolati hanno in comune l'aspetto esterno, vale a dire la regolarità empiricamente rilevabile di comportamenti convergenti. Le regole sociali, a differenza delle abitudini, presentano anche un aspetto interno, che consiste nell'accettazione di quella regola come modello di condotta. Per Hart, il punto di vista interno non consiste necessariamente nell'accettazione morale di un sistema giuridico e dei suoi principi fondamentali, ma soltanto in un generico atteggiamento critico riflessivo, empiricamente verificabile. Hart riconduce quindi alla prospettiva del partecipante situazioni molto diverse tra loro che sarebbe stato opportuno distinguere ed ordinare in modo seriale. Ad esempio, chi *accetta* le norme giuridiche esclusivamente perché lo fanno gli altri è, in base all'analisi di Hart, un partecipante a tutti gli effetti. Ciò che spinge il conformista ad accettare il diritto è, in definitiva, la paura della riprovazione sociale. La riprovazione sociale, tuttavia, non è altro che una sanzione non istituzionalizzata. La caratterizzazione in senso debole del punto di vista interno assottiglia le differenze tra la *practice theory of norms* e l'imperativismo. Se le ragioni per accettare il diritto stanno sullo stesso

piano, si può ipotizzare il caso in cui tutti i partecipanti accettino il diritto per conformismo e, ove ciò accada, la differenza tra "avere un obbligo" ed "essere obbligato" perde di consistenza.

L'unico modo per evitare la dissoluzione della *practice theory of norms* nell'imperativismo consiste nel caratterizzare l'accettazione del diritto in senso forte, vale a dire come accettazione morale.

Ciò significa non soltanto che i sentimenti sono necessari per l'esistenza di una norma, ma anche, e più precisamente, che l'esistenza di una norma presuppone che qualcuno la consideri opportuna o giusta da un punto di vista morale. Quando Ross parla di sentimenti di «lealtà e di rispetto» evoca proprio una sorta di accettazione morale del diritto.

Anche questo è un altro punto non trascurabile su cui Ross sembra avere ragione e Hart torto. La filosofia, tuttavia, non è una partita di tennis, in cui c'è chi vince e c'è chi perde. Quel che ho cercato di mostrare è soltanto che nel dibattito giusfilosofico c'è ancora molto spazio per Ross ed anche per una rilettura, attraverso nuove lenti, di alcune sue tesi.

Riferimenti bibliografici

BERLIN I. 1978. *Il riccio e la volpe*, Milano, Adelphi, 1998 (ed. or. *Russian Thinkers*, ed. H. Hardy, London, Penguin Books, 1978, tr. it. di G. Forti).

BERLIN I. 1990. *Il legno storto dell'umanità. Capitoli della storia delle idee*, Milano, Adelphi, 1994 (ed. or. *The Crooked Timber of Humanity. Chapters in the History of Ideas*, ed. H. Hardy, Princeton, Princeton University Press, 1990, tr. it. di G. Ferrara degli Uberti).

BOBBIO N. 1979. *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1979.

CARNAP R. 1932. *Il superamento della metafisica mediante l'analisi logica del linguaggio*, in PASQUINELLI A. (ed.), *Il neoempirismo*, Torino, Utet, 1969, 504 ss. (ed or. *Überwindung der Metaphysik durch logische Analyse der Sprache*, in «Erkenntnis», 2, 1932, 219 ss., tr. it. di R. Rossini).

CELANO B. 2005. *Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXV, 1, 2005, 161 ss.

CELANO B. 2012. *Hart's blind spot. Il tassello mancante in* The Concept of Law, in «Rivista di filosofia del diritto», 2, 2012, 405 ss.

EVALD J. 2014. *Alf Ross. A Life*, Copenaghen, DJØF Publishing, 2014.

HART H.L.A. 1959. *Scandinavian Realism*, in «The Cambridge Law Journal», 1959, 233 ss.

HART H.L.A. 1961. *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002 (ed. or. *The Concept of Law* Oxford, Clarendon Press, 1961, rev. ed. 1994, tr. it. M. Cattaneo).

HUME D. 1739-40. *Trattato sulla natura umana*, Roma-Bari, Laterza, 1992 (ed. or. *A Treatise of Human Nature*, ed. L.A. Selby-Bigge, Oxford, Clarendon Press, 1888, tr. it. di A. Carlini, E. Lecaldano, E. Mistretta).

KELSEN H. 1960. *Reine Rechtslehre*, 2 ed., Wien, F. Deuticke, 1960.

PINTORE A. 2011. A Rule-governed Gunman Writ Large? *Il posto della coercizione in* The Concept of Law, in «Sociologia del diritto», 2, 2011, 7 ss.

POPPER K. 1994. *La lezione di questo secolo. Intervista sul '900 con Giancarlo Bosetti*, Venezia, Marsilio, 1994.

ROSS A. 1957. *Tû-Tû*, in U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Edizioni di Comunità, 1976, 165 ss (ed. or. *Tû-Tû*, in «Harvard Law Review», 5, 1957, 812 ss, trad. it. di M. Piantelli rivista da M. Jori).

ROSS A. 1958. *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1990 (ed. or. *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons Ltd., 1958, tr. it. a cura di G. Gavazzi).

ROSS A. 1961. *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, in «Revista Juridica de Buenos Aires», 4, 1961, 8 ss.

ROSS A. 1962. *Review of The Concept of Law by H.L.A. Hart*, in «The Yale Law Journal», 71, 1962, 1185 ss.

ROSS A. 1974. *Democrazia, potere e diritto. Contributi al dibattito odierno*, Torino, Giappichelli, 2016 (ed. or. *Demokrati, magt og ret*, Copenaghen, Lindhardt og Ringhof, 1974, tr. it. e introduzione di A. Serpe).

SCARPELLI U. 1965. *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di comunità, 1965.

SCARPELLI U. 1982. *L'etica senza verità*, Bologna, il Mulino, 1982.

SCHIAVELLO A. 2010. *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, Pisa, ETS, 2010.

SERPE A. 2008. *Realismo nordico e diritti umani. Le "avventure" del realismo nella cultura filosofico-giuridica norvegese*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008.

SERPE A. 2017. *I "Credo" di Alf Ross. Scienza, democrazia, giustizia nelle pagine del* Demokrati, magt og ret, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XLVII, 2, 2017, 421 ss.

VILLA V. 1993. *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993.

WAABEN K. 2003. *Alf Ross 1899-1979: A Biographical Sketch*, in «European Journal of International Law», 14, 4, 2003, 661 ss.

WALDRON J. 1992. *The Irrelevance of Moral Objectivity*, in GEORGE R.P. (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1992, 158 ss.

SIC TRANSIT GLORIA MUNDI?

ALESSANDRO **SERPE**

&dq

Sic transit gloria mundi?

ALESSANDRO SERPE

Professore Associato di Filosofia del diritto, Università G. d'Annunzio di Chieti e Pescara.
E-mail: alessandro.serpe@unich.it

ABSTRACT

La fortuna e i trionfi della filosofia giuridica di Alf Ross sono stati transeunti? *Sic transit gloria mundi?* Dopo una protratta riluttanza danese a rispolverare Ross e i suoi temi, una fresca ondata di interesse sembra riavvolgerlo. La traduzione italiana di *Demokrati, magt og ret* si colloca tra i nuovi studi su Ross. L'intento del mio breve contributo è rimettere in campo Ross per riflettere su alcune omissioni testuali e discrepanze linguistiche tra le varie edizioni del suo *opus magum*, in particolare sul significato delle espressioni *gyldig ret* e *gældende ret* e sull'uso che Ross ne fa. Queste divergenze hanno avuto non poco peso nella lettura hartiana di Ross e nella sua sfortunata ricezione tra anglosassoni, anglofoni ed adepti della sua scuola. Ancora Ross per noi?

Have the fortune and triumphs of Ross's legal philosophy been transient? After a protracted reluctance by Danish scholars to blow dust away from Ross and his themes, a refreshing wave of interest surrounds him. The Italian translation of *Demokrati, magt og ret* is among the new studies on Ross. The aim of this contribution is to reflect upon some textual omissions and linguistic discrepancies occurred in the different editions of his *opus magnum*. In particular, the meaning of *gyldig ret* and *gældende ret* and Ross's use of such terms are put under a closer examination. The divergences have played a significant role in Hart's interpretation of Ross and partly caused his unfortunate reception among Anglo-Saxons, Anglophones and disciples of Hart. Ross' *gloria* is not passed yet.

KEYWORDS

Ross, "Demokrati, magt og ret", gyldig ret, gældende ret, Hart

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Sic transit gloria mundi?

ALESSANDRO SERPE

1. *Del perché d'un (appassionato) lavoro di traduzione* – 2. *Del (perché) ancora Ross.* Gyldig *e* gældende rett – 3. *Del (perché) di un amore non corrisposto* – 4. Sic transit gloria mundi?

1. *Del perché d'un (appassionato) lavoro di traduzione*

Il 31 agosto 1950, Vinding Kruse (1880-1963), insigne Professore di *Retslære* nella Facoltà di Giurisprudenza della Università di Copenhagen, andò in pensione. Il 23 febbraio 1950, fu convocato un Consiglio per discutere il suo successore alla cattedra. Il giorno precedente il Consiglio, Kruse e Ross si incontrarono in Facoltà. Kruse gli porse la mano in segno di saluto; Ross tenne il braccio rigido ed immobile. C'era nell'aria già odore di vittoria. Quando Ross avanzò la sua candidatura nessuno sollevò obiezioni. Si trattò di un passaggio naturale, ma non di morbida quiete. Kruse si accomiatò dai presenti senza strette di mano ed uscì sbattendo furiosamente la porta.

Sic transit gloria mundi: con queste parole di ghiaccio Ross commentava il gesto di Kruse in un'epistola inviata il giorno successivo alla moglie Else-Merete. Turbata e contrariata, Else-Merete gli rispondeva così il 28 febbraio:

> «Quando torneremo a casa discuteremo del tuo comportamento con Vinding Kruse. So bene che quell'uomo ti ha fatto tanto male ed arrecato grosse ingiustizie, ma sento che il non avergli corrisposto il saluto sia un gesto che non ha fatto altro che sminuirti. [...] È stata una dolce vendetta? *Rossibus* non è il lato che di te rispetto. Il tuo gesto è comprensibile da un punto di vista umano, ma non c'è nulla di cui vantarsi»[1].

La vittoria di Ross spense la gloria di Kruse, come un alito di vento su una fiammella. Kruse era stato l'ultima significativa voce d'un modo orgoglioso e chiuso di pensare diritto, memore degli insegnamenti del *founding father* della scienza giuridica danese, Anders Sandøe Ørsted (1778-1860).

Lascio da parte il Ross di Kruse, ed il Kruse di Ross[2]. Mi interessa, qui, lanciare e fermare questo punto: la fortuna e i trionfi che per decenni hanno abbracciato la

[1] EVALD 2010, 211 s.

[2] Sulle teorie østediane e sul loro impatto nella cultura filosofico-giuridica danese e norvegese, e sulle tempestose vicissitudini accademiche di Ross, rinvio al mio: SERPE 2008, 24-41, 48-55, 85-89.

filosofia giuridica di Alf Ross sono stati transeunti? *Sic transit gloria mundi*? Di Ross non resta che la penna spietata di *Rossibus*?

Questo è quello che si evince dal poscritto di Evald all'edizione danese *Alf Ross – et liv*, poscritto omesso nella versione inglese (EVALD 2010). Evald fornisce un esemplare e documentato profilo della vita e delle opere di Ross, in un meticoloso gioco di alternarsi di umori e depressioni, di gioie e trionfi. Il libro è storia di una filosofia, storia di una società, storia di una persona[3]. È storia di storie accademiche, generalizzabili, una storia tra le storie di tutti noi accademici, di rose e di spine. L'obiettivo pare esser stato quello di rappresentare l'intima profonda interrelazione tra vita ed *opere*. Il messaggio è questo: Ross aveva affidato se stesso alla scienza e difeso i suoi *credo* nelle sue opere, in un arco di circa sessant'anni, un'intera vita. Faccia da testimonianza il passo di una lettera che Ross scriveva alla sua promessa sposa nel giugno del 1923. Nell'imminenza dello *stipendiereise* egli le confidava: «in un certo qual modo sono attratto dai temi della filosofia del diritto perché è lì, nella filosofia del diritto, che rinvengono i grandi pensieri, una filosofia della vita, e non v'è solo un annegamento nei dettagli. [...] Devo osare? Posso? Sono abbastanza forte?»[4]. Filosofia del diritto, dunque, per una *sua* filosofia della vita.

Vita e opere. Opere e vita, in rapporto simbiotico. Tuttavia, già ad un primo sguardo pare che Evald ci abbia avvertiti di qualcosa di più singolare. Una prima formidabile spia è il titolo: *Alf Ross – una vita*. Nel titolo non compare la parolina "opere". Quasi che l'autore, sebbene ci avesse restituito un'immagine di Ross con tutto il suo peso di vita e opere e ci avesse rappresentato con dovizie di dettagli l'*œuvre* del danese, avesse, poi, volute tenerle, nel titolo, sotto coltre. Dove può risiedere la ragione di una tale scelta? Mi viene da dire in uno smilzo, ma essenziale passaggio del poscritto. Il poscritto danese è ispirato dall'idea d'un declino ineluttabile che come un drappo funebre ha avvolto, molti anni or sono, Ross, il suo scettro e le sue opere. Così scrive Evald a proposito di Ross: «Davanti a noi restano i risultati storici del tempo in forma di discussioni e temi presentati in articoli e libri che oggi si ritrovano o nella fossa comune delle biblioteche o, come capita agli autori dimenticati, compressi in uno scaffale»[5]. Evald stende su Ross il velo dell'oblio.

È ben indubbio che la figura di Ross, nella ricchezza e pienezza dei suoi profili, abbia ingenerato non pochi disagi nell'*ambiance* accademico danese. Passarono sotto le sue forche caudine Kruse, Illum, Geiger, Aubert, Goldschmidt, e, non in ultimo, il suo successore alla cattedra di *Jurisprudence*, Lauridsen. L'ostinato protrarsi di critiche e polemiche nei modi di una "reggenza a tempo pieno" valsero a Ross l'etichetta di "tiranno spirituale" e spiegano con ogni probabilità il pallido desiderio, in

[3] BLUME 2011, 28.
[4] EVALD 2010, 51 s.
[5] EVALD 2010, 371.

Danimarca, di "rispolverare" i suoi temi e lavori[6]. La brama di molti danesi di liberarsi polsi e caviglie ed eccitarsi alla "rivolta" non deve sorprendere. D'altronde, quando il gatto non c'è più...

Vi aggiungerei, ma non a contorno, la storica rivalità tra le Università di Aarhus e Copenhagen. È noto ai danesi il gusto di Ross di bastonare ricerche e ricercatori di Aarhus, piccola Università di provincia fondata nei primi anni Sessanta. Theodor Geiger (1891-1952), sociologo del diritto di origini tedesche costretto ad emigrare in Danimarca a seguito dell'occupazione nazista, lavorò congiuntamente al danese Knud Illum (1906-1983), giurista e teorico del diritto, alla costruzione di un ponte di collegamento fra diritto ed economia. Ross si era rivelato tremendamente ostile a Geiger: il suo operato in filosofia del diritto era stato giudicato un lavoro azzardato ed amatoriale, tipico di un debuttante[7]. Geiger tentò di schermirsi dalle agguerrite accuse. Ma a cospetto della *Grandeur* rossiana restò, penitente, all'ombra. Un medesimo destino travolse Illum. Si racconta che Illum, alla richiesta avanzatagli dall'allora studente Svend Gram Jensen, oggi noto giurista e criminologo, di studiare *Om ret og retfærdighed* (d'ora in poi, nel testo, con la sigla *RR*) [8] come testo dell'esame di teoria generale del diritto, abbia risposto: «Deve prima passare sul mio corpo!»[9]. Con indomita passione, Illum liberava il *suo* campo dagli ingombri di Copenhagen[10]. Un arco, allora, che va dal 1926 al 1979, lungo riassestamenti non insignificanti di filosofia di Ross e di *holmgang* accademiche contro mutevoli avversari[11].

La "reazione" negativa ad una ristampa di *RR* è disvelatrice di questo *milieu*. Complici, di non minore importanza, da un lato il fatto che per tradizione accademica danese l'autorevolezza del nuovo docente di cattedra rimpiazza "definitivamente" quella del predecessore e, dall'altro, lo svanito interesse nei confronti dell'empirismo logico. In realtà, già dagli inizi della seconda metà del Novecento l'empirismo logico, sia nella versione "conservatrice" di Moritz Schlick, che in quella più "liberale" di Otto Neurath e Rudolph Carnap, perse la sua fonte d'energia creatrice a favore della *ordinary language philosophy* sviluppatasi ad Oxford con i lavori di John Langshaw

[6] VON HOLTERMANN, RYBERG 2006, 10.
Ad onor del vero, non pochi autori scandinavi hanno resistito al fascino delle tesi e della scrittura di Ross, traendone profitto e creatività. Si pensi alla profonda ammirazione del suo allievo norvegese Nils Kristian Sundby (1942-1978), autore di un importante lavoro *Om normer* (SUNDBY 1974). Cfr. SERPE 2012.

[7] ROSS 1946b, 259-262.

[8] ROSS 1953.

[9] VON HOLTERMANN 2013, 14.

[10] La recensione di Illum a *RR* non fu meno forte. Illum evidenziava non solo quanto fosse azzardato sostenere che la "validità" di una norma giuridica dipendesse dal grado di probabilità con cui un giudice decidesse di porla alla base della propria decisione, ma anche quanto fosse scientificamente arduo verificare l'"esistenza" dell'ideologia normativa. Cfr. ILLUM 1953, 278 ss.

[11] VON HOLTERMANN, RYBERG 2006, 10. Secondo le leggi vichinghe, le *holmgang* erano duelli sanguinosi con finalità di risoluzione di dispute d'onore. *Holmgang* significa letteralmente "camminare (*gang*) su un isolotto (*holm*)": in origine i duelli si combattevano su piccole isole.

Austin e a Cambridge con quelli del (secondo) Wittgenstein e, non meno, d'un empirismo "senza dogmi" volgente al pragmatismo. *RR* nacque anzianotto. Anche Ross pare esserne stato consapevole. Tuttavia, non volle mai coinvolgersi in progetti di "aggiornamento" del testo. Così egli dichiarava nel 1969 alla rivista studentesca dell'Università di Copenhagen: «sono diventato troppo anziano per affrontare un sforzo così grande e poi voglio anche occuparmi di nuove tematiche»[12].

In occasione del centenario dalla nascita di Ross si pensò ad una ristampa dell'*opus magnum*, non più reperibile se non nelle librerie antiquarie. Il progetto arenò per il parere contrario di giuristi dell'accademia di Copenhagen[13]. Nello stesso anno, 1999, furono raccolti e ripubblicati alcuni saggi di Ross a cura dei professori Isi Foighel, Hans Gammeltoft ed Henrik Zahle: *Ret som teknik, kunst og videnskab – og andre essays* (FOIGHEL et. al. 1999). Nei primi anni del 2000 la nuova generazione di giuristi iniziò ad intravedere il bagliore ambrato e caldo di una nuova alba. Poi, un primo filo d'erba riuscì a traforare il nevaio. Nel 2006 vide la luce *Alf Ross. Kritisk gensyn*, a cura di Jakob von Holtermann e Jesper Ryberg (VON HOLTERMANN, RYBERG 2006). Pure in quell'occasione, alcuni accademici di Aarhus e di Copenhagen volsero il pollice all'ingiù declinando l'invito a partecipare. Il volume non ebbe affatto il sapore di una pomposa commemorazione né di una celebrazione di parte. Esso raccolse contributi critici e severe disamine delle tante questioni rossiane[14]. Ad onor del vero, il catalogo dei critici danesi di Ross è stato non piccolo: Lauridsen, Zahle, Høilund, Jensen, Jørgensen, i meno recenti; Ravnkilde, Evald &Schaumburg-Müller i più recenti.

Una fresca ondata di interesse avvolge di recente la filosofia giuridica rossiana. Nel segno d'una distensione dei rapporti tra i due poli accademici[15], è stato ristampato di recente *RR*, 2013, a cura di Jakob von H. Holtermann. Nella sua bella introduzione, Holtermann sottolinea l'originalità della vicenda speculativa rossiana riconoscendone una qualche attualità. L'interesse internazionale verso e per Ross non è mai del tutto scemato, in particolare in Italia e nei paesi di lingua spagnola e portoghese. Nel 2015 la rivista sud-americana *Utopía y Praxis Latinoamericana* ha dedicato un numero speciale alla filosofia giuridica di Ross. Il numero raccoglie, tra gli altri, importanti contributi di studiosi scandinavi. Il "nuovo" *On Law and Justice* (d'ora in poi, nel testo, con la sigla *LJ*)[16] edito da Jakob H. von Holtermann e tradotto da Uta Bindreiter per Oxford University Press è in corso di stampa. Nuove sollecitazioni provengono proprio da quel mondo anglosassone così tanto

[12] EVALD 2010, 369.

[13] VON HOLTERMANN 2011, 3; VON HOLTERMANN, RYBERG 2006, 9.

[14] Tra i contributi più critici di taluni aspetti del pensiero di Ross, si vedano, tra gli altri: RENDTORFF 2006, 15 ss.; CHRISTENSEN 2006, 79 ss.

[15] BLUME 2011, 31. Segnalo anche la traduzione in lingua inglese curata e commentata da H. Palmer Olsen, di un altro significativo lavoro rossiano di critica a Kelsen: ROSS 1936, 243 ss.

[16] ROSS 1959a.

sospettoso e ostile verso il nostro autore. Hart, e di questo dirò qualcosa nei prossimi paragrafi, fu il suo impietoso demolitore. I recenti studi di Brian Leiter su naturalismo e realismo giuridico e la "simpatetica riconsiderazione" di parte americana verso i "cugini" realisti scandinavi paiono aver riacceso i riflettori sulla filosofia giuridica di Ross. «Perhaps the Scandinavians – si domandava sornione Leiter in un'intervista – still have something to teach us? Certainly, they have not received sympathetic scrutiny within Anglophone jurisprudence»[17]. Leiter dice "scandinavi" ma ha il suo occhio "privilegiato" su Ross.

Da quanto emerge, mi pare difficile poter concludere che la filosofia giuridica di Ross abbia un mero significato storico[18] e riposi in un quieto, seppur nobile, esilio. Di Ross non resta solo *Rossibus*. La via che ho seguito traducendo ed introducendo *Demokrati, magt og ret* (ROSS 1974), i saggi *Kommunismen og Demokratiet* (ROSS 1945a) e *Socialismen och Demokratin* (ROSS 1947b) è tutta nel solco dei nuovi studi su Ross e ha voluto tenersi il più vicino possibile alle pagine ed ai contesti del nostro autore. L'intento è stato quello di ripresentare Ross all'audience italiano, muovere da alcuni altri suoi (poco noti) volti e segnalare non solo la simbiotica unione di vita privata e ricerca scientifica quanto il fatto che le *sue* sobrie professioni di scienza siano andate di pari passo con le sue lotte impavide contro il terrore, l'inumanità, i pregiudizi[19]. Ciò mi è parso da subito essere un esempio di straordinaria bellezza. La professione di scienza in Ross sta tutt'una con la professione di valori in un affascinante gioco corroborante la prova per cui il nichilismo dei valori non conduce nei vicoli bui di quello pratico. Nel suo denso contributo, Greco, oltre ad aver tracciato interessanti linee di consonanza tra Ross e Bobbio[20], ha richiamato

[17] LEITER 2007b, 7 s. Su realismo e naturalismo si vedano anche: LEITER 1997, 267 ss.; LEITER 2007a, 4 s., 191. In quest'ultimo lavoro Leiter, sulla scia dell'interpretazione hartiana di alcuni assunti di *LJ*, mostra titubanza quanto alla possibilità di collocare la filosofia giuridica rossiana, ispirata all'empirismo logico e al behaviourismo, entro i quadri del naturalismo di derivazione quineana.

[18] Questa è l'opinione di Evald e Schaumberg-Müller (da cui dissento) secondo i quali la filosofia del diritto di Ross, di stampo giuspositivista, e da troppo tempo abbandonata, conservi un mero valore storico. Cfr. EVALD, SCHAUMBERG-MÜLLER 2004, 58 ss.

[19] Secondo Ross, solo una sobria professione di scienza può conciliarsi con una pratica salubre dei valori. Filosofia critica e pensiero critico non si lasciano affatto conciliare con la metafisica, con le "missioni" storiche ed il settarismo del "modo" comunista. La professione di comunismo del noto empirista logico Jørgen Jørgensen (1894-1969) non poteva altro che suscitargli motivi di curiosità. Sul punto, cfr. ROSS 1948a, 219 ss.; ROSS 1948b, 255 ss.; JØRGENSEN 1945, 18 ss.; JØRGENSEN 1946.

[20] GRECO 2018. Riguardo a diritto e potere richiamo l'attenzione su una *querelle* tra Olivecrona e Ross. Ad avviso di Olivecrona, Ross aveva ingenerato negli studiosi italiani un severo malinteso, avendo attribuito erroneamente a Kelsen il merito di essere stato il "primo" a teorizzare la forza non quale strumento del diritto ma quale oggetto del diritto: le norme giuridiche concernono l'applicazione della forza. Per un confronto testuale: ROSS 1953, 100 nt. 27; ROSS 1959a, 53 nt. 1; ROSS 1965, 52 nt. 1. Questo malinteso era stato perpetrato da BOBBIO 1965 e, poi, ripetuto da CATANIA 1974. Olivecrona rivendicava la paternità della tesi (OLIVECRONA 1976, 548 ss). L'anno successivo, in una epistola a Ross, egli commentava, amareggiato, l'accaduto. Non era la prima volta che Olivecrona rivendicava a Ross la paternità di alcune

con grande acume l'attenzione su questo punto delicato. Le riflessioni eleganti di Andronico[21] hanno illuminato il percorso di pratica del valore democrazia in Ross, tra libertà ed eguaglianza.

Nel corso della sua intera vicenda intellettuale, Ross si è difeso a spada tratta dalle accuse di nichilismo pratico[22]. L'assunto del nichilista teorico *à la* Ross è questo: i valori non possono essere razionalmente conosciuti né dimostrati e quindi dirsi né veri né falsi in quanto coinvolgono stati emozionali del soggetto. I valori e le espressioni di valori sono *meningsløse*, privi di significato. Ma da ciò non segue né che i valori siano illusori, né che gli individui siano amorali e debbano piegare le loro azioni agli istinti e al puro senso di utilità, né, ancora, che si debbano disfare tutte le convinzioni e pratiche morali. A monte ci sono Hägerström, Hedenius, Tingsten, Myrdal, Weber[23]. Essi hanno di sicuro la loro parte anche in *Demokrati, magt og ret*[24]. Il volumetto affina e approfondisce queste acquisizioni testimoniando il concreto interesse ed impegno che Ross volge, nelle dirompenti inquietudini dei suoi anni, alla promozione dei valori di democrazia, uguaglianza, libertà, attraverso un percorso di demistificazioni, ipotesi e verifiche analitiche.

2. *Del (perché) ancora Ross.* Gyldig *e* gældende rett

Gli appassionati e raffinati contributi di Andronico, Greco e Schiavello forniscono, ognuno per sé stesso, chiavi critiche di lettura ed interpretazione di svariate note del pentagramma rossiano. Pur nella pluralità delle suggestioni, e per ragioni diverse, essi esibiscono un'intima affinità: l'idea di una non svanita attualità di Ross. Questa idea conforta le fatiche delle traduzioni e ne rinvigorisce l'idea germinatrice!

L'intento del mio breve contributo è raccogliere ulteriori note rossiane «per una rilettura – per dirla con Schiavello – attraverso nuove lenti»[25]. Le belle pagine suggestive di Schiavello intorno alla filosofia "scientista" di Ross e al confronto Ross/Hart mi hanno indicato quale via seguire qui. Provo a ricongiungere alcuni spunti disseminati in *RR* e mostrare dei nodi, forse tra i meno esplorati. Qualche "esercizio linguistico" ci farà compagnia.

sue tesi (EVALD 2010, 232-235). Su alcuni (altri) punti di convergenza tra Ross e Bobbio, mi permetto di rinviare a: SERPE 2015, 87 ss.

[21] ANDRONICO 2018.

[22] ROSS 1946b, 262-265; ROSS 1946a; ROSS 1959b, 215-220; ROSS 1952; ROSS 1963, 520.

[23] SERPE 2017a, 297-302; SERPE 2017b, 421 ss.

[24] ROSS 1974. SERPE 2016, vii-xvii. L'occasione mi è gradita per esprimere, ancora una volta, i miei sentimenti di gratitudine ai direttori della prestigiosa collana *Bibliotheca* per aver voluto accogliere questo lavoro. Un ringraziamento speciale devo rivolgerlo a Francesco Riccobono.

[25] SCHIAVELLO 2018, 390.

Nella edizione danese *RR*, Ross utilizza due termini, *gyldig* e *gældende* per denotare la nozione di *valido*. Le espressioni *gyldig ret* e *gældende ret* sono state tradotte, senza distinzione alcuna, in inglese con *valid law* ed in italiano con *diritto valido*. Da un punto di vista linguistico, a *gyldig* e *gældende* non corrispondono termini immediati e paralleli nelle lingue inglese ed italiano. Una digressione di natura linguistica può risultare particolarmente utile.

Nella lingua danese i termini *gyldig* e *gældende* sono etimologicamente connessi: mentre *gyldig* è un aggettivo, *gældende* è il participio presente del verbo *gælde* usato come aggettivo[26].

Gyldig (cui corrisponde il tedesco *gültig*, valido) può essere usato in senso attributivo e/o predicativo, proprio come avviene nella lingua inglese ed in quella italiana:

1) *Det er en gyldig kontrakt* (è un contratto *valido*);

2) *Denne kontrakten er gyldig* (questo contratto è *valido*).

Nella forma negativa si antepone *u* al termine *gyldig*: *Det er en ugyldig kontrakt* (è un contratto *invalido*). La *u* anteposta all'aggettivo trova corrispondenza in tedesco: *un*gültig; in inglese: *in*valid; in italiano: *in*valido. Il sostantivo è *u/gyldighed*: (*un*)gültigkeit, (*in*)validity, (*in*)validità. *Gyldig/gyldighed* può essere usato in vari contesti per denotare non l'efficacia bensì la validità di una norma positiva (l'uso del termine fa riferimento a norme individuali) e/o la giustificabilità di una proposizione, di un argomento o di un ragionamento:

3) *Normen X er gyldig* (La norma X è *valida*). In questo senso particolare, *gyldig* significa propriamente *valido* in quanto emanato da un'autorità legittimata secondo le procedure previste;

4) *Det er et formelt gyldig argument* (è un argomento *formalmente valido*). In questo senso specifico *gyldig* significa propriamente: logicamente vero e/o corretto.

Gældende (cui corrisponde il tedesco *geltend*) è il participio presente del verbo *gælde* e può essere anch'esso usato come aggettivo in senso attributivo e/o predicativo:

5) *Gældende ret*;

6) *Denne norm er gældende ret*.

Nella forma negativa non si antepone *u* al termine *gældende*, bensì l'avverbio di negazione *ikke* (*nicht*, *not*, *non*): *Denne norm er ikke gældende ret*. Nel linguaggio ordinario, non esiste alcun sostantivo corrispondente a *gældende* né alcuna forma corrispondente propriamente al sostantivo tedesco *Geltung*. Tuttavia, è linguisticamente possibile il termine tecnico *gælden*, forma sostantivata del verbo *gælde*. In tal caso, il significato proprio di *gælden* è strettamente connesso a fattori concettuali dello *user* e non può essere compreso se non alla luce della sua applicazione. Mentre per *gyldig* la connotazione principale è "valido", per *gældende* la connotazione principale è "efficacia" ed il suo ambito applicativo è prevalentemente giuridico. A

[26] Per un'analisi linguistica dei termini *gydig* e *gældende*, cfr. ENG 2011, 198-206.

differenza di *gyldig*, *gældende* è usato molto di rado in riferimento a norme individuali e, malgrado presenti la stessa radice di *gyldig*, non denota *validità* nei modi 1), 2), 3), 4), bensì, primariamente, la proprietà di essere empiricamente *efficace*.

In *RR*, Ross utilizza entrambi termini, *gyldig* e *gældende*, termini la cui forza e carica distintiva si è dissolta nelle rispettive traduzioni "*valid*" e "*valido*". In particolar modo, l'aver ridotto *gældende/gældende ret* a "*valid/valid law*" (e, poi, in italiano a "valido/diritto valido") ha finito per far intravedere, non a caso, esiti teorici fuorvianti e traditori. Ross l'aveva avvertito bene e manifestato in più d'una occasione. Nella recensione al *The concept of Law* di Hart, Ross si scusava per il malinteso e le difficoltà della traduzione. «Whereas *gyldig* functions in the same way as valid – scriveva Ross – the phrase *gældende ret* is used externally to designate the existing law, the law in force»[27]. Il medesimo commento è rimarcato, con un non minor disagio, in un altro luogo: «[...] I now understand that the Danish term *gældende ret* should not have been translated by the English phrase "valid law". I regret this lack on my part of sufficient feeling for English usage»[28].

Da uno studio più attento dell'edizione danese, emerge che Ross ha usato il termine *gældende* non solo per denotare la proprietà del diritto (e non di una norma individuale) di essere empiricamente efficace, vigente, in vigore, ma anche come termine tecnico in riferimento ad un particolare tipo di proposizioni giuridiche, quelle della scienza giuridica. A conferma di ciò, nella traduzione inglese, il termine *valid* è posto perlopiù tra virgolette proprio quando non è usato come termine tecnico[29], ossia quando *valid* corrisponde a *gyldig* ("valido" quale termine di uso comune impiegato da chi opera nel campo del diritto: giudici, studiosi del diritto, funzionari, giuristi praticanti e, non meno, l'uomo comune).

Come ho accennato poc'anzi, la connotazione principale del termine *gældende* è efficace, mentre il significato di *gælden* è strettamente connesso a fattori concettuali dello *user* e non può essere compreso se non alla luce della sua applicazione. Non è un caso che questa espressione sia stata emblematicamente usata da Ross come titolo del paragrafo 8 *Retssystemets gælden* (reso dal traduttore inglese con *The validity of the legal system*, e da quello italiano con *La validità del sistema giuridico*). Possiamo ora tirare qualche conclusione riguardo agli usi che Ross fa dei termini *gyldig* e *gældende*:

a) *gyldig* è un termine descrittivo che Ross impiega per denotare la validità di una norma (perlopiù) individuale nel significato comune di "conforme a, corretto";

b) *gældende* è, sì, un termine descrittivo impiegato per denotare l'efficacia empi-

[27] ROSS 1961b, 1190.

[28] ROSS 1961a, 86.

[29] ROSS 1959a, ix, 3, 18, 31, 53, 55, 57, 65, 68, 70, 92, 105, 158, 160, 179, 229, 298, 308, 313, 366, 368, 370. Sul punto, cfr. VON HOLTERMANN 2017, 23.

rica di una norma (perlopiù) non individuale[30]; ma è altresì un termine tecnico che Ross impiega per denotare l'uso da parte degli scienziati del diritto in riferimento alle (loro) proposizioni, nei modi del *suo* progetto filosofico-giuridico.

A mo' di esempio, nella tabella in basso (Tabella 1) riporto uno stralcio di *RR* e le traduzioni contenute, rispettivamente, in *LJ* ed in *Diritto e giustizia* (d'ora in poi, nel testo, con la sigla *DG*)[31]. Si noti quanto spesso il termine "validità" compari con "diversi abiti" danesi. Nella traduzione italiana ho reso, tra parentesi quadre ed in corsivo, le corrette connotazioni dei termini *gædende*, *gælder*, *gyldighed*, *gælden*:

RR (ROSS 1953, 63 s.)	LJ (ROSS 1959a, 18)	DG (ROSS 1965, 19)
Langt den overvejende del af al hidtidig retsfilosofi har hævdet, at begrebet "**gældende** (danske) ret" er noget der ikke forklares uden at gribe til det overnaturlige. Retten er herefter ikke et blot empirisk fænomen. At retten "**gælder**" refererer ikke blot til noget faktisk, iagttageligt, men også til en "**gyldighed**" af overnaturlig, usanselig art, en ren fornuftside af guddommelig oprindelse eller givet apriorisk (dvs. uafhængigt af erfaring) i menneskets oversenslige fornuft-natur, retsideen. Og betydelige retsfilosoffer der fornægter en sådan spirituel metafysik har dog ment, at rettens "**gælden**" ikke har noget med livets reale foreteelser at gøre, men kun kan forklares ved hjælp af specifikke postulater.	By far the greater part of all writers on jurisprudence up to the present have maintained that the concept "**valid** law" cannot be explained without recourse to the metaphysical. The law according to this view is not merely an empirical phenomenon. When we say that a rule of law is "**valid**" we refer not only to something factual, that can be observed, but also to a "**validity**" of a metaphysical character. This **validity** is alleged to be a pure concept of reason of divine origin or existing *a priori* (independent of experience) in the rational nature of man. And eminent writers on jurisprudence who deny such spiritual metaphysics have nevertheless been of the opinion that the "**validity**" of the law can only be explained by means of specific postulates.	La maggior parte degli scrittori di *jurisprudence* fino ai giorni nostri ha ritenuto che il concetto di diritto **valido** [*scientificamente valido/valido secondo la scienza giuridica*] non possa essere spiegato senza qualche ricorso alla metafisica. Quando diciamo che una norma giuridica è **valida** [*valida*], non solo ci riferiamo a qualcosa di fattuale che può essere osservato ma anche a una **validità** [*validità*] di carattere metafisico. Questa **validità** [*validità*], è concepita come un puro concetto di ragione, di origine divina o esistente *a priori* (indipendente dall'esperienza) nella natura razionale dell'uomo. Eminenti scrittori di *jurisprudence* che negano siffatta metafisica spiritualistica sono stati, ciò nondimeno, dell'opinione che la **validità** [*validità scientifica/secondo la scienza giuridica*] del diritto possa essere spiegata per mezzo di specifici postulati.

[30] Sulle differenze tra testo originale e traduzione inglese, ed in particolare sulla traduzione di *gældende (dansk) ret*, si vedano: PATTARO 1966, 1012-1014; JORI 1976, 118 nt. 8; MARIN 1982, 224-226.

[31] ROSS 1965.

Com'è ben noto, il programma filosofico del Ross di *RR* è ispirato all'empirismo logico. Ross si interroga sulla possibilità epistemologica della scienza giuridica. Nel suo quadro antimetafisico, la scienza giuridica non costruisce né è affidataria di "verità". L'unica via che essa ha da percorrere perché sia scienza, è che essa, pur restando normativa nel senso autentico di studio dottrinale *om normer* (concernente norme) e non *i normer* (di norme) sia, appunto, *norm-deskriptiv* (descrittiva di norme) e non *norm-ekspressiv* (espressiva di norme)[32]. E da qui Ross partiva per fondare la differenza tra asserzioni e direttive.

Di certo, gli errori grossolani nelle traduzioni e le omissioni, alterazioni e abbreviazioni di parole, frasi e intere parti del testo originale hanno fomentato fuorvianti letture. Si legga nel seguente passo di *RR*, con quanta cristallina chiarezza Ross delinea le *premesse* del suo studio. Nella seguente tabella (Tabella 2), aggiungo una mia proposta di traduzione:

RR (ROSS 1953, 92 s.)	LJ (ROSS 1959a, 45 s.)	DG (ROSS 1965, 45)	Mia traduzione
Den foretagne analyse af begrebet "danske **gældende** ret" har taget sigte på at tyde realinholdet af sætninger der efter deres mening og intention har karakter af videnskabelige påstande om, at en vis regel er gældende danske ret.	The foregoing analysis [...] has aimed at interpreting the real content of propositions which have the character [...] of assertions that a certain rule is **valid** Danish law.	L'analisi precedente [...] si proponeva di interpretare il contenuto reale di proposizioni che [...] asseriscono che una certa regola è diritto **valido**.	L'analisi precedente del concetto di "diritto **scientificamente valido**" è stata finalizzata ad interpretare il contenuto reale di proposizioni che secondo il loro significato ed intenzione hanno il carattere di asserzioni scientifiche circa il fatto che una certa regola sia diritto danese **scientificamente valido**.
Et andet spøgsmål er, om den juridiske doktrin således som den faktisk foreligger i gængse fremstillinger og behandlinger af dansk ret efter sin egen mening og intention går ud på at fremstille og begrunde påstande af denne art. Det er spørgsmålet om,	Another question is the extent to which the doctrinal study of law in the form in which it exists in current expositions [...] of National law systems does in fact consist of assertions of this kind. It is the question of the extent to which the	Diverso problema è fino a qual punto asserzioni di questo genere abbiano valore nella scienza giuridica quale è coltivata [...] nelle correnti esposizioni dei sistemi di diritto nazionali. Si tratta di sapere fino a che punto la scienza giuridica è e sarà uno stru-	Un'altra questione è se la dottrina giuridica nella forma in cui esiste attualmente nelle rappresentazioni accademiche e professionali e nelle esposizioni concernenti il diritto danese (secondo il loro significato ed intenzione) di fatto si propongano di presentare e spiegare asserzioni di questo tipo. La questione qui è se la dottrina giuridica è e vuole essere una

[32] ROSS 1953, 65; ROSS 1959a, 65; ROSS 1965, 20.

hvorvidt doktrinen er og vil være videnskab om gældende ret i den i det foregående definerede forstand.	doctrinal study is and will be a cognition of valid law in the sense in which it has been defined in the foregoing analysis.	mento per la conoscenza del diritto valido nel senso definito nella precedente analisi.	scienza circa il diritto valido nel senso precedentemente definito.

Ross adotta un modello *prescrittivo* di analisi, secondo il quale, affinché lo studio dottrinale del diritto possa assurgere al rango di scienza, esso debba consistere in asserzioni *descrittive* delle credenze circa la "validità" del diritto di un particolare gruppo (i giudici). Lo scienziato del diritto non *esprime* (non deve esprimere) la sua credenza riguardo l'esistenza di una norma giuridica o di un dovere giuridico, ma *descrive* (deve descrivere) la credenza di alcuni individui (i giudici) a riguardo. Il lavoro della scienza giuridica è pertanto indifferente ai valori di verità delle credenze: le proposizioni si limitano ad esporre la relazione intercorrente tra determinati agenti (giudici) e le loro credenze circa determinati contenuti normativi (norme/doveri giuridici).

Rileggo, in proposito, un altro passo danese, omesso nelle traduzioni. Ross, qui, segnala, nei modi della comparazione, la distanza tra le proposizioni della scienza e quelle della scienza giuridica, muovendo da un luogo del lavoro del civilista danese Henry Ussing (1886-1954), *Enkelte kontrakter* (USSING 1940) (Tabella 3):

RR (ROSS 1953, 52 s.)	LJ (ROSS 1959a, 6) / DG (ROSS 1965, 8)	Mia traduzione
Hvorfor stiller forholdet sig anderledes for ret og retsvidenskab?	Why is the position so different with respect to law [...]? / Perché la posizione è così diversa rispetto al diritto [...]?	Perché le cose tra diritto e scienza giuridica sono così diverse?
Hvorfor er rettens "natur" et problem der ligger udenfor den egentlige retsvidenskabs område?	Why is the problem of the nature of law one that lies outside the province of the doctrinal study of law, strictly speaking? / Perché il problema della natura del diritto è un problema interamente estraneo alla scienza del diritto in senso stretto?	Perché la "natura" del diritto è un problema estraneo al campo della scienza giuridica in senso stretto?
Hvad kan der siges om de retlige fænomeners "natur" ud over hvad der fremgår af den videnskab, retsvidenskaben i snævrere	What is there to be said about the "nature" of legal phenomena beyond that which emerges from the doctrinal study of law, which has these very	Cosa è possibile dire della "natura" dei fenomeni giuridici, oltre a quanto emerge dalla scienza – la scienza giuridica in senso stretto –

forstand, der har disse fænomener som sin genstand?	phenomena as its subject? / che cosa c'è da dire circa la natura dei fenomeni giuridici oltre quanto risulta dalla scienza del diritto, la quale ha per oggetto proprio quei fenomeni?	il cui oggetto di studio sono proprio questi fenomeni?
Et udgangspunkt til besvarelse af disse spørgsmål opnås ved en sammenligning af typiske sætninger, der tilhører henholdsvis retsvidenskaben og de andre nævnte videnskaber	[...]	Un punto di partenza per rispondere a queste domande è comparare proposizioni tipiche ricorrenti, rispettivamente, nel campo della scienza giuridica e nel campo delle altre scienze sopra menzionate.
Lad os fx betragte en fysisk sætning som denne:	[...]	Si legga, ad esempio, la seguente proposizione ricorrente nel campo della fisica:
En i beholder indelukket luftarts tryk og rumfang er omveldt proportionale;	[...]	*il volume di una determinata massa di gas è inversamente proporzionale alla pressione;*
eller en psykologisk sætning som denne:	[...]	oppure si legga la seguente proposizione ricorrente nel campo della psicologia:
Ved indlæring af et stof gennem et antal læsninger opnås det bedste resultat, når læsninger finder sted med passende mellemrum.	[...]	*la memorizzazione di un certo materiale per via di svariate letture realizza i migliori risultati se le letture vengono compiute ad intervalli adeguati.*
Vi behøver da ikke noget om de fysiske eller psykiske fænomeners "natur" for at forstå disse udsagns videnskabelige mening. Vi er nemlig klar over, hvilken erfaring disse sætninger refererer til, dvs. på hvilken måde vi skal gå frem for at efterprøve deres sandhed.	[...]	Non è necessario conoscere nulla della "natura" di questi fenomeni fisici e psichici per comprendere il significato scientifico di queste proposizioni. Noi sappiamo bene a quali esperienze tali proposizioni si riferiscono, ossia in quale modo procedere per verificare le loro verità.
Anderledes med hensyn til en typisk retsvidenskabelig sætning, fx denne hentet fra Ussing, *Enkelte Kontrakter*, s. 116:	[...]	Diversa è la situazione riguardo ad una proposizione tipica della scienza giuridica. Si prenda ad esempio la seguente, tratta dal libro di Ussing, *Contratti individuali* [*Enkelte Kontrakter*], p. 116:

Acceptanten er forpligtet til at betale vekslen på forfaldsdagen, if. vxl. §28. 1°.	[...]	*L'accettante è tenuto a pagare la cambiale alla data di scadenza, ex art. 28, 1, del Regolamento danese delle Cambiali.*
Lad os først se på *vxl. §28. 1°*, hvortil der henvises. Her finder vi følgende sætning: *Ved accepten forpligter trassaten sig til at betale vekslen pä forfaldsdagen*,	[...]	Verifichiamo anzitutto l'art. 28, 1, del Regolamento danese delle cambiali. Ivi è contenuta la seguente proposizione: *con l'accettazione il trattario si assume l'obbligo di pagare la cambiale alla data della scadenza*,
der altså omtrent er ligelydende med sætning hos Ussing [...]	[...]	la proposizione appare simile a quella di Ussing [...]

L'idea rossiana è che le proposizioni dottrinali sono solo in apparenza simili alle disposizioni normative. Ma è solo, appunto, apparenza. La "verità" delle proposizioni dottrinali va provata in altro modo: è questo il punto centrale. Ross lo avvertiva compiutamente nel passaggio ulteriore: il "dovere" non è verificato né tramite l'osservazione empirica (uno scarabocchio d'inchiostro su un pezzo di carta, il contratto) né tramite l'esistenza di una disciplina normativa (art. 28, 1, Regolamento delle cambiali).

Il passo che segue (anch'esso pretermesso) merita particolare attenzione. Esso è esplicativo come pochi del nesso di distinzione che Ross tiene tra scienza in senso proprio e scienza del diritto:

> «che la verità di un'"asserzione" sia vera perché contenuta in una proposizione è palesemente privo di significato. Una asserzione deve riferirsi ad aspetti fattuali ad essa esterni e la sua verità deve essere indipendente dal fatto che sia formulata in una proposizione. Altrimenti sarebbe pura magia: la parola che costruisce il suo oggetto e con esso anche la sua verità»[33].

Stanno tutte qui le premesse e gli obiettivi del suo progetto filosofico e, per così dire, la "direttiva metodologica" che Ross enuclea con estrema certezza e chiarezza.

3. *Del (perché) di un amore non corrisposto*

Forse per esigenze editoriali, forse per esigenze più interessate e travagliate di contraddizioni o conti col passato, sta di fatto che nelle traduzioni di *RR* non solo

[33] ROSS 1953, 53 (traduzione mia).

sono smontate, ridotte, o spesso omesse parole, frasi e intere parti del testo ma anche i riferimenti a luoghi, autori e dibattito danesi. Evaporano, così, Carl Goos, Vinding Kruse, Knud Illum, Theodor Geiger. Scompare anche Viggo Bentzon (1861-1937). Nella prefazione all'edizione danese, Ross, pur lamentando la debole stringenza logica dei suoi argomenti e la limitata portata filosofica, gli aveva tributato un grosso riconoscimento per la ispirante concezione realista e pragmatica di scienza giuridica. Dopo Kelsen ed Hägerström anche il danese Bentzon era annoverato tra i suoi Maestri[34]. È utile annotare che l'edizione danese del 1953 era destinata ad un pubblico di studenti e giuristi danesi. Diverse furono le ragioni dell'edizione inglese. Nella prefazione inglese (omessa nell'edizione italiana) Ross confidava la speranza che il suo lavoro, rivolto ad un pubblico anglosassone, avrebbe contribuito «to the strengthening of the ties between Nordic culture and the great traditions of the Anglo-Saxon world»[35].

Tra le ragioni delle infelici e perniciose omissioni, aggiungerei i segni del declino dell'empirismo logico e la fiorente nascita della filosofia del linguaggio ordinario. Com'è ben noto, fin già dalla prefazione al suo *The concept of law*, Hart aveva avviato il felice incontro tra analisi concettuale del diritto e studio degli usi linguistici: «in this field of study – scriveva Hart – it is particularly true that we may use, as Professor J.L. Austin said, "a sharpened awareness of words to sharpen our perception of the phenomena"»[36]. Forse, la tentazione di Ross era di rincorrere, con qualche ritardo, il *tidensånd* (lo spirito del tempo) di quel torno d'anni? Pare esser stato tutt'altro che accidentale l'omissione del sottotitolo dell'edizione danese, *En indførelse i den analytiske retsfilosofi* (Una introduzione alla filosofia analitica del diritto) nella traduzione inglese.

È con questi occhi e con questo spirito che Hart legge *LJ*, *quell*'Hart che fa carico a Ross d'aver santificato il behaviourismo e d'aver misconosciuto l'aspetto interno delle norme giuridiche.

I "mali" della traduzione e, non meno, il disperdersi della carica di significato delle parole è di non poco peso nella vicenda. Non che un'impeccabile traduzione avesse riallineato Ross e Hart: le "differenze" non sarebbero passate agevolmente ad "identità". Le discrepanze linguistiche hanno di sicuro la loro parte, ma non bastano a spiegare tutto. Bisognerà essere avvertiti ed andare cauti. Procediamo con ordine.

Se una *saeva indignatio*[37] contro metafisiche infestanti diritto e morale vibra, in fondo, nelle severe pagine di Ross, non meno indignato è Hart quanto alle "possibilità" del realismo. Attraverso gli strumenti del linguaggio e delle definizioni, nei

[34] ROSS 1953, 46. I riferimenti a Bentzon riguardano per lo più il suo maggiore lavoro: BENTZON 1907.

[35] ROSS 1959a, ix. L'intenzione di comunicare con l'audience anglosassone è la medesima che sorregge le traduzioni di *Virklighed og gyldighed i Retslæren* (ROSS 1934) e di *Hvorfor Demorati?* (ROSS 1946a).

[36] HART 1961, vii.

[37] HART 1959, 233.

modi propri della *Analytical Jurisprudence*, Hart intendeva salvare il *suo* positivismo dalle insidie dell'imperativismo austiniano e, non meno, delle concezioni realiste. D'un realismo a tinte nettamente americane, senza sbocco, Hart imputa Ross. Una prima bizzarria è nel titolo della recensione del 1959: *Scandinavian Realism* (HART 1959). I termini col suffisso in "ismo" celano grosse insidie e conducono a fuorvianti generalizzazioni. Quale real-*ismo*? È bene ricordare che Ross si era già in parte allontanato da Hägerström coi lavori *On the Illusion of consociousness. Do Mental Data («Phenomena of Consciousness») Exist?* (ROSS 1941), e *On the Logical Nature of Propositions of Value* (ROSS 1945b), volgendo verso l'empirismo logico. In una sorta di "paradosso dell'unità", Hart teneva Ross entro il realismo di scuola svedese e, al contempo, entro quello americano. L'obiettivo era chiaro: Ross nel mirino, per demolirli entrambi.

Voglio qui limitarmi a due annotazioni che valgono non tanto ad appianare un conflitto, quanto piuttosto a scomporlo in maniera critica. Per la prima di esse va sottolineato il contesto e le esigenze entro le quali Hart veniva a proporre il tema "diritto valido" e i percorsi di critica. Hart muoveva dalla filosofia del linguaggio ordinario. L'analisi del concetto di diritto è, così, sottoposta alla necessità di studio degli usi delle forme del linguaggio. È stato suo merito aver colto la significativa distinzione tra tipi di relazioni sociali e di averle portate alla luce entro il loro specifico contesto sociale di riferimento, per il tramite di un esame accurato degli usi delle espressioni linguistiche. Cito un passo, tra i più noti e stimolanti, in cui Hart pare "mettere alla prova" le norme di riconoscimento secondo (anche) la rispondenza a criteri di uso delle forme del linguaggio:

> «The use of unstated rules of recognition, by courts and others, in identifying particular rules of the system is characteristic of the internal point of view [...] the simplest of these [natural expressions], "It is the law that...", which we may find on the lips not only of judges, but of ordinary men living under a legal system, when they identify a given rule of the system. [...] The natural expression of this external point of view [the attitude of an observer who records *ab extra* the fact that a social group accepts such rules but not himself accept them] is not "It is the law that... but 'in England they recognize as law... whatever the Queen in Parliament enacts...'»[38].

L'esistenza della regola di riconoscimento *is shown* nella pratica "linguistica" di giudici, funzionari, privati. Hart aveva menzionato l'*interplay* tra *norm of recongition* e usi del linguaggio già nella recensione a Ross:

[38] HART 1961, 99.

> «When a pattern of behaviour is thus taken as a standard the criticism of conduct in terms of it and the claims and justifications based on it are expressed by the distinctive normative vocabulary of "ought", "must", "should", "may", "right", "wrong", and special variants like "duty" and "obligation"»[39].

Ross, lo s'è visto, lavora incessantemente nell'ansia di distinguere tra scienza e metafisica e sulle possibilità di riconfigurazione della scienza giuridica in modo tale da renderla degna di queste nome. Sondarne le possibilità, è, per Ross, sondare la "scientificità" delle proposizioni concernenti il "diritto valido". Lo si legge nelle parole limpide e stringenti contenute in un altro passo omesso (Tabella 4):

RR (Ross 1953, 56)	LJ (Ross 1959a) / DG (Ross 1965)	Mia traduzione
Vi har set: (1) At lovens sætning er et direktiv, ikke nogen påstand; (2) At den videnskabelig sætning hos Ussing tilsyneladende er af samme indhold og struktur som lovens sætning; hvoraf synes at følges: (3) At også den videnskabelige retssætning er et direktiv, ikke nogen påstand. [...] Nu er det imidlertid klart, at hvis man, som almindeligt, ved videnskab vil forstå noget i retning af systematisk ordnet erkendelse, kan videnskabelige sætninger ikke være direktiver, altså emotionelle udtryk der tjener som umiddelbare	[...]	Abbiamo visto che: (1) La proposizione giuridica è una direttiva, non un'asserzione; (2) La proposizione scientifica di Ussing presenta apparentemente lo stesso contenuto e la stessa struttura di quella giuridica: da ciò sembra implicarsi che: (3) anche la proposizione della scienza giuridica è una direttiva, e non un'asserzione. [...] Ora è chiaro che se si vuole intendere la scienza, in generale, nella direzione di una conoscenza organizzata sistematicamente, allora le proposizioni scientifiche non possono essere direttive, dunque espressioni

[39] Hart 1959, 238.

påtrykningspåstande. Videnskab gør krav på sandhedskvalitet, og en sådan kan kun tilkomme påstande. Videnskabelige sætninger må have repræsentativ mening. Vi nøds derfor til den konklusion, at om der overhovedet findes en retsvidenskab, om den det være en fejl i overnstående ræsonnement (1), (2), (3). Fejlen må søges i (2). Der må, trods den tilsyneladende lighed, være en afgørende forskel mellem lovens og doktrinens sætninger om ret.		emotive che servono da asserzioni con effetto persuasivo. La scienza esige qualità di verità e ciò può convenirsi solo alle asserzioni. Le proposizioni scientifiche devono avere un significato rappresentativo. È necessario, dunque, concludere che se esiste una scienza giuridica, allora deve esserci un errore nel ragionamento sopra riportato (1), (2), (3). L'errore è da rinvenirsi in (2). Nonostante l'apparente somiglianza, deve esserci una netta differenza tra proposizioni giuridiche e proposizioni dottrinali circa il diritto.

Nella sua linea di miro c'è primariamente quanto si legge (anche) in questo passo omesso, e non l'esigenza di una *proper definition* di "diritto valido" e di altri concetti giuridici[40]. Come abbiamo visto, della centralità della questione epistemologica della scienza giuridica si trae una importante conferma nell'altro passo danese omesso nelle traduzioni (Tabella 2). Questi sono, in termini brevi e netti, i loro avvii. Fuori da ciò – temo – Hart e Ross non si lasciano intendere.

La "cattiva" traduzione ha dispiegato effetti di tutto peso quanto all'interpretazione hartiana di Ross. La discrepanza fra *gyldig* e *gældende* non è sottile come un giunco. Il passo "incriminato" è quello riportato nella seguente tabella (Tabella 5). L'espressione sotto accusa è "*nugældende dansk ret*". Ho avanzato (in corsivo e tra parentesi quadre) una proposta di traduzione in linea con le avvertenze linguistiche esposte nel paragrafo precedente:

RR (ROSS 1953, 89)	LJ (ROSS 1959a, 42)	DG (ROSS 1965, 41)
realinholdet af: D = (vxl's. § 28) er **nugældende** dansk ret	The real content of the assertion: A = section 62 of the Uniform Negotiable Instruments Act is **valid** law at the present time of a certain	Il contenuto reale dell'asserzione: A = art. 62 dell'*Uniform Negotiable Instruments Act* è diritto attualmente **valido** [*scientificamente vali-*

[40] Che Ross non si sia coinvolto in "imprese lessicografiche" è anche opinione di von Holtermann. Sul punto, Cfr. VON HOLTERMANN 2015, 25.

	state	*do/valido secondo la scienza giuridica*] nel momento attuale in un certo stato,
er en forudsigelse om, at *dersom en sag indbringes for domstolene, i hvilken de i vxl's. § 28 angivne betingende kendsgerninger anses at foreligge, og dersom der ikke i mellemtiden er indtruffet ændringer i det forhold der begrunder P, vil det i vxl's. § 28 indeholdte direktiv til dommeren indgå som integrerende bestanddel af domsbegrundelsen.*	is a prediction to the effect that if an action in which the conditioning facts given in the section are considered to exist is brought before the courts of this state, and if in the meantime there have been no alterations in the circumstances which form the basis of A, the directive to the judge contained in the section will form an integral part of the reasoning underlying the judgment.	è la predizione che se un'azione in cui i fatti condizionanti enunciati nell'articolo [...] sono considerati esistenti è portata davanti alle corti di quello stato, e se nel frattempo non sono intervenute variazioni nelle circostanze che stanno a fondamento di A, la direttiva al giudice contenuta nell'articolo formerà una parte integrante del ragionamento che regge la decisione.
P anses for sand, dersom vi har god grund til at antage, at denne forudsigelse vil gå i opfyldelse.	A is regarded as being true if we have good reason to assume that this prediction will be fulfilled.	A è considerata vera se abbiamo buone ragioni per credere [*per assumere*] che la precondizione [*questa previsione*] sarà adempiuta.

Seguire, con qualche cura, la lettura hartiana di questo passo rossiano è indispensabile. Hart scriveva: «[...] even if in the mouth of the ordinary citizen or lawyer "this is a valid rule of English law" is a prediction of what a judge will do, say and/or feel, this cannot be in the mouth of a judge who is not engaged in predicting his own or others' behaviour or feelings»[41]. È indubbio che qui Hart legga "*valid law*" come un termine descrittivo che serve a denotare la validità di una norma individuale nel significato comune di "conforme a, corretto". Ciò sarebbe stato corretto se Ross avesse utilizzato il termine *gyldig* nella edizione originale. Ma non è stato così. Nel passo del testo danese Ross aveva impiegato il termine "*nugældende*" che, come ho avuto modo di rilevare, non denota "validità" nel senso inglese di *validity*, piuttosto l'efficacia empirica di una norma (perlopiù) non individuale. Ma – ancora più importante! – esso è un termine tecnico che Ross impiega per denotare la "validità" di una norma agli occhi della scienza giuridica (e non dei giudici). In altre parole, quando Ross usa "*gyldig*", si riferisce al significato di validità agli occhi (o: "*in the mouth*") del giudice; quando usa "*gældende*", si riferisce al significato di validità agli occhi (o: "*in the mouth*") dello

[41] HART 1959, 237.

scienziato del diritto[42]. Il modello rossiano di scienza giuridica è prescrittivo nel senso che Ross prescrive ad essa di descrivere il diritto in forma di predizioni[43]: *gældende* è il termine tecnico che serve questo scopo.

La "bocca del giudice" di Hart non parla di predizioni, profezie, emozioni e magie (ma lo stesso vale per Ross!): «he [the judge] is not predicting his own or others' behaviour or feelings»[44]. Tutt'altro. Scrive Hart: «when a judge recognises a statutory provision as "valid" he identifies this as a primary rule, using for this purpose an unstated rule of recognition or criteria of identification which might be formulated as "What the Queen in Parliament enacts is a legal standard of behaviour"»[45]. Aprirei la finestra su un altro intrigante paesaggio se ora cercassi di discutere l'ulteriore (e conseguente) critica hartiana riguardo alla "supposta" errata rappresentazione rossiana dell'aspetto interno «as a matter of "emotion" or "feeling"» collegata alla "supposta" errata rappresentazione degli *statements of legal validity* come *external statements* «of fact predicting judicial behaviour and feeling»[46]. Una risposta ad Hart può avere a che fare, ancora una volta, col "sapore linguistico" di *gældende*.

Tuttavia mi limito, qui, a rammentare la risposta di Ross ad Hart. A proposito dell'hartiano "*critical reflective attitude*" così tanto discordante – agli occhi di Hart! – con i rossiani «feelings of being socially bound», Ross ribatteva punzecchiandolo:

> «I am unable to understand how it is possible that a person could have an attitude as described – criticize himself for breaking the rule, and acknowledge that criticism on the part of his fellows is justified – and still feel free to act as he likes. I believe that the attitude and

[42] Sul punto, Cfr. VON HOLTERMANN 2015, 27. Sono pienamente d'accordo con von Holtermann il quale ha di recente sostenuto che, malgrado la non impeccabile coerenza di Ross nell'uso dei termini in questione, le espressioni in lingua inglese più prossime ai rossiani *gyldig ret* e *gældende ret/gælden rett* siano, rispettivamente, *valid law* e *scientifically valid law*. Cfr. VON HOLTERMANN 2018, 37 s.

[43] È interessante notare che a monte della *prediction theory* di Ross ci sono, senza dubbio, le acquisizioni teoriche di HOLMES 1897 e di FRANK 1930; FRANK 1949, ma, non da meno, quelle dei danesi Julius Lassen (1847-1923), professore di diritto dei contratti, e del civilista Henry Ussing. In ROSS 1953, 95 nt. 22, egli cita un frammento della (ultima) lezione magistrale che Lassen tenne presso l'Università di Copenhagen nel 1918. Lassen si interrogava sul suo ruolo di studioso e si rispondeva affermando che nelle vesti di scienziato del diritto non si era mai coinvolto in imprese valutative del diritto, piuttosto si era limitato a fornire una rappresentazione del *gældende danske ret*, del diritto vigente nella società danese, e a descrivere le norme poste a fondamento delle decisioni dei giudici. È chiaro che il modello di scienza giuridica di Lassen è prescrittivo. Ussing, a cui Ross fa spesso riferimento nell'edizione danese, aveva anticipato l'idea secondo cui «una regola è da dirsi valida ed esistente nella misura in cui sia possibile aspettarsi che le corti ed altre autorità la pongano alla base delle loro decisioni». Cfr. USSING 1949, 12. Il passo non è commentato da Ross. Ussing è meramente annoverato tra le file degli autori danesi, Bentzon, Geiger, Illum, ispirati a concezioni realiste. Cfr. ROSS 1953, 114.

[44] HART 1959, 239.

[45] HART 1959, 239

[46] HART 1959, 238.

reactions described by Hart are the overt manifestations of feelings engendered in the individual during his growth in the group»[47].

Proverei a dare spalla a Ross. Forse, questione di gradazione tra i due? Se Hart rifrena, con ostinazione anche, le "tracce" emotive dell'*attitude*, Ross, per parte sua, pur dando ad esse un peso rilevante, non misconosce i profili "razionali". Su ciò non avrei molti dubbi.

Come è noto, Ross fornisce una sintesi di behaviourismo e psicologismo. L'elemento normativo-ideologico che di fatto "governa e motiva" i giudici quando agiscono nelle vesti di giudici non è affatto ridotto a fenomeno di psicologia individuale, emozioni, irrazionalità. Segnalo che nella nota analogia del gioco degli scacchi, Ross – anticipando Hart di qualche anno – evidenzia con certezza il carattere di mutua socialità tra i partecipanti al gioco. Il punto, qui, è (anche) che Ross usa il termine danese *fællesskab*, quale «elemento costitutivo – traduco dal danese – di ciò che si vive/si sperimenta [*opleves*] nel gioco degli scacchi», per poi affermare, nel passo successivo, che «[*fællesskab*] si esprime anche nel carattere sovra-individuale delle regole del gioco degli scacchi»[48]. *Fælleskab* è stato reso in inglese con *fellowship*[49], e, con una qualche bizzarria, in italiano con "*presenza di un compagno*", "*necessità di un compagno*", "*gruppo*"[50]. *Fælleskab* non è una parolina semplice. Le traduzioni non sono state certamente qualcosa di arbitrario, ma credo che non abbiano colto pienamente la portata di significato del termine. A *fælleskab* non corrisponde il termine immediato *fellowship* né uno parallelo nella nostra lingua. Le "acrobazie" del traduttore italiano sono state, per l'appunto, emblematiche di questa difficoltà. In *fælleskab* non c'è solo, e di certo non in maniera esclusiva, una componente emotiva di sentimenti e impulsi; piuttosto c'è (anche) una condivisione "deliberata", una comunanza di intenti, di progettualità, di finalità e, perché no, di atteggiamenti critici[51]. *Fælleskab*, intersoggettività e metodo introspettivo concorrono a disegnare il carattere d'una "razionalità sociale". Facciano da sostegno a questa mia considerazione, due ultimi rilievi.

Il primo: Ross ha sottolineato, in un altro luogo, che il giudice oltre ad essere motivato dal «puro senso del dovere e non dal timore di sanzioni giuridiche», è mosso anche da "*uinteresserede impluser*"[52], impulsi disinteressati. Tale nozione riecheggia quella di "attitudini di comportamento disinteressate" teorizzata da Ross nel *Towards a Realistic Jurisprudence* (ROSS 1946c), a proposito degli "impulsi" che

[47] ROSS 1961b, 1188.
[48] ROSS 1953, 60.
[49] ROSS 1959a, 13.
[50] ROSS 1965, 14 s., 17.
[51] Trovo pertinente la proposta di Eng di rendere "*fellowship*" con "*perceived communality*". Sul punto cfr. ENG 2011, 217 nt. 40.
[52] ROSS 1953, 101; ROSS 1959a, 53; ROSS 1965, 52.

fondano un sistema giuridico quale ordinamento sociale[53]. Il secondo: la dottrina delle fonti del diritto. Tra i quattro fattori che influenzano e dirigono il processo decisionale del giudice, vi è la "*kulturtraditionen*" (tradizione culturale). Essa non corrisponde alla "*almindelige Retsbevidsthed*" (coscienza giuridica popolare) a cui teorici del diritto *à la* Illum si erano richiamati per fondare su basi psicologiche il concetto di validità[54]. La tradizione culturale è, per Ross, la radice di una comunità, un complesso di comuni fondamentali valutazioni e concezioni della realtà in reciproca cooperazione[55]. Il giudice non è un automa, ma un servitore della comunità che «legge ed interpreta il diritto nel proprio spirito» alla luce della tradizione che, vivendo e prosperando nella sua mente, dà origine ad una "coscienza giuridica materiale". La tradizione non è eliminabile, tant'è che essa, come in un "pentagramma di forze" può entrare in conflitto con l'altro vettore, la "coscienza giuridica formale"[56]. Questa profonda tensione ci offre più d'un motivo di significativo interesse perché non solo conferma la dimensione sociale del decidere, quanto piuttosto illumina gli elementi che *presuppongono* il decidere, cognizione e accettazione, e quelli che *dispiegano* il decidere, giustificazione, ponderazione, scelta.

Potrebbe avere il sapore d'un paradosso il fatto che tra le magre lusinghe rivolte da Hart a Ross e al suo *LJ*, ci sia proprio questa: «He writes in a clear, interesting and at times racy style; though these felicities may be in part due to the great skill of the translator»[57]. Che (solo) la cattiva maestra traduzione non abbia fatto da Cupido? Di certo, è vero che aver reso *gældende* con *valid* non è stata solo una buffa capriola. Tanta parte essa ha avuto nella ricezione di Ross tra anglosassoni, anglofoni ed adepti della scuola hartiana. Una lettura non generosa, quella di Hart, e di certo non senza acume strategico. Ciononostante, non è meno vero che, se Ross pensava secondo i canoni del suo venerato empirismo logico, Hart, per parte sua, leggeva Ross con quanto egli aveva a mente a proposito di filosofia del linguaggio ordinario e di "*gunman*" *theory of law*. Se Ross considerava essere la traduzione il vero pomo della discordia, Hart avvertiva qualcosa di ancora più decisivo. La scienza giuridica in Ross è scienza descrittiva di fatti psicologici; in Hart lo «statement that a particular rule is valid» è la conclusione normativa di una «chain of legal reasoning» a partire da una «unstated but accepted rule of

[53] ROSS 1946c, 76-93. La nozione di "impulsi disinteressati" è riversata nello studio dei concetti di "forza vincolante del diritto internazionale" e "fonti del diritto internazionale". Cfr. ROSS 1947a, 79-93.

[54] ILLUM 1945, 63 s, 118; ROSS 1953, 118; ROSS 1965, 69.

[55] "Comunità", declinata in "comunità di valori", "condivisione di sentimenti", "condivisione di atteggiamenti valutativi", "condivisione di esperienze" e così via, forma (anche) il substrato concettuale delle riflessioni rossiane sulla (pratica della) democrazia.

[56] ROSS 1965, 61, 94 s., 131.

[57] HART 1959, 233.

recognition»[58]. Più d'un amore non corrisposto, che sia stato un dialogo tra sordi? Sul perché dobbiamo tenerci, come dire, sospesi.

4. *Sic transit gloria mundi?*

Ritornare a Ross non significa necessariamente allineare Ross a voci dai toni simili né tanto meno farne un vate rinnovatore o un veggente a cui accreditare alcuni snodi della contemporaneità. Non significa nemmeno rammentarlo per il puro spirito di preservare la memoria dei fatti del passato. Ritornare a Ross significa ritornare ad un autore fascinoso trascurato da qualche decade che può ancora dirci tanto. L'originalità delle vicende speculative di un autore sollecita nuove chiavi di lettura e la ricerca di più puntuali connotazioni, quand'anche, esse, tra di loro divergenti. D'altro canto: non si interpreta per saperne di più dal proprio autore?

[58] HART 1961, 100-105.

Riferimenti bibliografici

ANDRONICO A. 2018. *Democrazia o barbarie. Il contributo di Alf Ross al (nostro) dibattito odierno*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 18, 2, 2018, 379-392.

BENTZON V. 1907. *Retskilderne*, København, G.E.C. Gad, 1907.

BLUME P. 2011. *Ross – for altid? I anledning af Jens Evald: Alf Ross – et liv*, in «Juristen», 1, 2011, 28 ss.

BOBBIO N. 1965, *Law and force*, in «The Monist», 49, 3, 1965, 321 ss.

CATANIA A. 1974. *Il diritto come organizzazione della forza*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del diritto», 51, 1974, 371 ss.

CHRISTENSEN J.P. 2006. *Ross og statsforfatningsrette,* in VON HOLTERMANN J.H., RYBERG J. (eds), *Alf Ross. Kritisk gensyn*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, 79 ss.

ENG S. 2011. *Lost in the System or Lost in Translation? The Exchange Between Hart and Ross*, in «Ratio Juris», 24, 2, 2011, 194 ss.

EVALD J. 2010. *Alf Ross – et liv*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010.

EVALD J., SCHAUMBERG-MÜLLER S. 2004. *Retsfilosofi, retsvidenskab & retskildelære*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004.

FOIGHEL I., GAMMELTOFT-HANSEN H., ZAHLE H. (eds.) 1999. *Alf Ross 1899-1999. Ret som teknik, kunst og videnskab – og andre essays*, København, Jurist- og økonomforbundets forlag, 1999.

FRANK J. 1930. *Law and the Modern Mind*, New York, Tudor Publishing Co., 1930.

FRANK J. 1949. *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1949.

GRECO T. 2018. *Il cielo vuoto dei realisti. Qualche nota sul pensiero politico-giuridico di Alf Ross*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 18, 2, 2018, xx.

HART H.L.A. 1959. *Scandinavian Realism*, in «The Cambridge Law Journal», 17, 2, 1959, 233 ss.

HART H.L.A. 1961. *The Concept of Law*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1961.

HOLMES O.W. 1897. *The Path of Law*, in «Harvard Law Review», 10, 1897, 457 ss.

ILLUM K. 1945. *Lov og Ret*, Kjøbenhavn, Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, 1945.

ILLUM K. 1953. *Alf Ross: Om Ret og retfærdighed*, in «Ugeskrift for Retsvæsen», 87, 1953, 278 ss.

JORI M. 1976. *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Giuffrè, Milano, 1976.

JØRGENSEN J. 1945. *Demokrati har ret til at forsvare sig*, in RASMUSSEN S.H., KAYSER NIELSEN N. (eds.), *Strid om Demokratiet. Artikler fra en dansk debat 1945-46*, Aarhus, Aarhus Universitetsforlag, 2003, 18 ss.

JØRGENSEN J. 1946. *Det demokratiske samfund. Grundtræk af en analyse*, København, Folaget Tiden, 1946.

LEITER B. 1997. *Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*, in «Texas Law Review», 76, 2, 1997, 267 ss.

LEITER B. 2007a. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

LEITER B. 2007b. *Brian Leiter: Interview About Legal Philosophy*, in NIELSEN M.E. (ed.), *Legal Philosophy: 5 Questions*, Public Law and Legal Theory Research, University of Texas School of Law, 120, 2007, 143 ss. Disponibile in: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=986606 (consultato il 14 agosto 2018).

MARIN R.H. 1982. *Diritto e scienza. Saggio su Alf Ross*, in PATTARO E. (ed.), *Contributi al realismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 1982, 172 ss.

OLIVECRONA K. 1976. *On the Problem of Law and Force in Recent Literature*, in «Rivista Internazionale di filosofia del diritto», 53, 1976, 548 ss.

PATTARO E. 1966. *Validità o verificabilità del diritto?*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 3, 1966, 1005 ss.

RENDTORFF J.D. 2006. *Ross og prognoseteorien*, in VON HOLTERMANN J.H., RYBERG J. (eds.), *Alf Ross. Kritisk gensyn*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, 15 ss.

ROSS A. 1934. *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren : en Kritik af den teoretiske Retsvidenskabs Grundbegreber*, København, Levin & Munksgaard, 1934.

ROSS A. 1936. *The 25th Anniversary of the Pure Theory of Law*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 31, 2, 2011, 243 ss. (ed. or. *Den rene retslæres 25-års Jubileum*, in «Tidsskrift for Retssvitenkap», 1936, 304 ss., trad. ing. di H.P. Olsen).

ROSS A. 1941. *On the Illusion of consociousness. Do Mental Data («Phenomena of Consciousness») Exist?*, in «Theoria», 7, 3, 1941, 171 ss.

ROSS A. 1945a. *Kommunismen og Demokratiet*, Køben hvan, Fremad, 1945.

ROSS A. 1945b. *On the Logical Nature of Propositions of Value*, in «Theoria», 11, 3, 1945, 172 ss.

ROSS A. 1946a. *Hvorfor Demokrati?*, Køben hvan, Munksgaard, 1946.

ROSS A. 1946b. *Sociolog som Retsfilosof. Theodor Geiger: Debat med Uppsala om moral og ret. Lund 1946. 247 Sider*, in «Juristen», 1946, 259 ss.

ROSS A. 1946c. *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law*, Copenhagen, Einar Munksgaard, 1946.

ROSS A. 1947a. *A Textbook of International Law. General Part I*, 3 ed., London/New York/Toronto, Longmans, Green and Co., 2013.

ROSS A. 1947b. *Socialismen och Demokratin*, in «Tiden», 39, 7, 1947, 392 ss.

ROSS A. 1948a. *Soviet Filosofi*, in «Verdens gang», 2, 1948, 219 ss.

ROSS A. 1948b. *Kan man være Socialist uden at være Marxist?*, in «Verdens Gang», 2, 1948, 255 ss.

ROSS A. 1952. *Why Democracy?*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1952.

ROSS A. 1953. *Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi*, 2 ed., København, Hans Reitzels Forlag, 2010.

ROSS A. 1959a. *On Law and Justice*, Berkeley & Los Angeles, University of California Press, 1959.

ROSS A. 1959b. *Anmeldelse af Theodor Geiger: Vorstudien zu einar Soziologie des Rechts*, in «Tidsskrift for Rettsvitenskap», 1959, 215 ss.

ROSS A. 1961a. *Validity and the Conflict Between Legal Postivism and Natural Law*, in «Revista Jurídica de Buenos Aires», 4, 1961, 46 ss.

ROSS A. 1961b. *Reviews. The concept of law. By H.L.A. Hart: The Clarendon Press, 1961. p .x, 263*, in «The Yale Law Journal», 71, 1961, 1185 ss.

ROSS A. 1963. *Naturrett contra Retspositivisme. A propos "Naturrecht oder Rechtspositivismus?" Heraus gegeben von Wermer Maihofer. Herman Gentner Verlag. Bad Hamburg vor der Höhe, 1962, 644 ss*, in «Tidsskrift for Rettsvitenskap», 1963, 497 ss.

ROSS A. 1965. *Diritto e giustizia*, (trad. di G. Gavazzi), Torino, Einaudi, 1965.

ROSS A. 1974. *Democrazia, potere e diritto. Contributi al dibattito odierno*, Torino, Giappichelli, 2016 (ed. or. *Demokrati, magt og ret. Indlæg i dagens debat*, København, Lindhardt og Ringhof, 1974, trad. it. di A. Serpe).

SCHIAVELLO A. 2018. *La filosofia "scientifica" di Alf Ross*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 18, 2, 2018, xx.

SERPE A. 2008. *Realismo nordico e diritti umani. Le 'avventure' del realismo nella cultura filosofico giuridica norvegese*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008.

SERPE A. 2012. *Fondazioni psicologiche delle norme. Internalizzazione, linguaggio, diritto nell'esperienza di Nils Kristian Sundby*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2018, 503 ss.

SERPE A. 2015. *Counteracting With Healing Antidotes. Beyond Kelsen, Towards Ross*, in «Utopía y Praxis Latinoamericana. Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social» (num. spec. a cura di A. Serpe), 71, 2015, 87 ss.

SERPE A. 2016. *Introduzione* a ROSS A. *Democrazia, potere e diritto. Contributi al dibattito odierno*, Torino, Giappichelli, 2016.

SERPE A. 2017a. *Giù dalla torre d'avorio. Ross difensore della democrazia negli anni del dopoguerra*, in «Rivista di Filosofia del diritto», 2, 2017, 293 ss.

SERPE A. 2017b. *I "credo" di Alf Ross. Scienza, democrazia, giustizia nelle pagine del* Demokrati, magt og ret, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2017, 421 ss.

SUNDBY N.K. 1974. *Om Normer*, Oslo, Universitetsforlaget, 1974.

USSING H. 1940. *Enkelte kontrakter*, København, Gads Forlag, 1940.

USSING H. 1949. *Retstridighed. Strejflys over nordisk retslære*, København, B. Lunos Bogtrykkeri, 1949.

VON HOLTERMANN J.H. 2011. *Således består (endnu) al verdens herlighed! Om Jens Evalds vurdering af Alf Ross' betydning*, in «Ugeskrift for Retsvæsen. Den literære Afdeling», 16, 2011, 136 ss. Disponibile in: http://retsfilosofi.dk/Holtermann2011aSaaledesbestaarendnualverdensherlighed.pdf (consultato il 14 agosto 2018).

VON HOLTERMANN J.H. 2013. *Introduktion*, in ROSS A., *Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi*, København, Hans Reitzels Forlag, 2013, 9 ss.

VON HOLTERMANN J.H. 2015. *"This Cannot Be Its Meaning in the Mouth of the Judge": The Case for the New English Language Translation of Alf Ross's* On Law and Justice *Forthcoming on Oxford University Press*, in «Utopía y Praxis Latinoamericana. Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social» (num. spec. a cura di A. Serpe), 71, 2015, 19 ss.

VON HOLTERMANN J.H. 2017. *A Strawman Revisited: Resettling the Score Between H.L.A. Hart and Scandinavian Legal Realism*, in «Santa Clara Law Review», 57, 1, 2017, 1 ss.

VON HOLTERMANN J.H. 2018. *Alf Ross. On Law and Justice; Editor's Introduction*, in «iCourts Working Paper Series», 116, 2018, 1 ss. Disponibile in: http://jura.ku.dk/icourts/working-papers/ (consultato il 14 agosto 2018).

VON HOLTERMANN J.H., RYBERG J. (eds) 2006. *Alf Ross. Kritiske gensyn*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006.

Recensioni

RECENSIONE A U. SCARPELLI, *LA PERSONA NELLA FILOSOFIA GIURIDICA MODERNA*

ELISABETTA **ARCURI**

&dq

Recensione a U. Scarpelli, *La persona nella filosofia giuridica moderna*

A Review of U. Scarpelli's *La persona nella filosofia giuridica moderna*

ELISABETTA ARCURI

Dottoressa in Giurisprudenza, Università degli Studi di Messina.
E-mail: elisabettarcuri@hotmail.it

ABSTRACT

Cosa significa fare filosofia? Perchè ci sono anziché non esserci? Questi sono gli interrogativi di Uberto Scarpelli, che pone al centro delle sue riflessioni il problema della persona, anche nel suo aspetto e significato giuridico. Il focus delle riflessioni si sposta dalla persona alla società: la società di persone diventa il mondo della giustizia che risolverà le sue disarmonie fisiologiche grazie alla coscienza sociale dei suoi stessi membri.

What does it mean do to philosophy? Why am I here, if I could just as easily not have been? These are the questions Uberto Scarpelli confronts by putting at the center of his reflections the problem of the person (including in its juridical sense). The focus of his discussion then moves from the person to the society: the society of persons becomes the world of justice, able to resolve the normal discords with the help of its members' social conscience.

KEYWORDS

Scarpelli, persona, esistenzialismo

Scarpelli, person, existentialism

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Recensione a U. Scarpelli, *La persona nella filosofia giuridica moderna*[*]

ELISABETTA ARCURI

> «Finché nella filosofia si voglia restare, meglio meditarci pian piano i nostri interrogativi, ben consci della saldezza delle loro radici nella nostra irrinunciabile personale esperienza, e negli altri cercare la logica irreprensibile, ma nella logica, e con ogni via possibile, l'umanità: del resto, può essere proprio questo il modo, questo renderci conto che la filosofia è l'impegno di uomini per trascendere poi la soggettività e trovare qualche più valido canone».

Con queste parole Uberto Scarpelli inizia la sua dissertazione di laurea e immediatamente si comprende come l'interrogativo che si pone sia: cos'è la filosofia? Cosa significa fare filosofia? Porsi interrogativi prima inesistenti e tentare di dare delle risposte? O provare a dare un senso all'essere, all'uomo, alla vita, all'umanità intera?

Il *focus* delle *quaestiones* affrontate dai filosofi è sempre stato *il problema della persona*, anche nel suo aspetto e significato giuridico e tale problema è il *leitmotiv* della dissertazione di Scarpelli. Il problema è posto anzitutto dalla storia: guardando alla storia e alla filosofia insieme, è possibile affermare che la filosofia è il tempo vissuto coscientemente, pur con le sue antinomie a volte insolubili, col suo costante sforzarsi di trovare soluzioni, con le ansie e le incertezze che ne derivano, ma è anche lo sbocco naturale e necessario del pensiero moderno.

Le parole di Scarpelli raccontano di un tempo contraddittorio e incerto, attraversato da una profonda crisi... Ma è necessario domandarsi: quando un uomo, un certo tempo, possono definirsi in stato di crisi? Non bisogna confondere un momento di sconforto, seppur drammatico, con i sintomi di un reale smarrimento. La crisi è uno stato d'animo: versa in stato di crisi colui che non sa dove andare, avendo perso la strada maestra ed essendo dominato dall'incertezza, dall'angoscia, dal timore. Per comprendere se in un certo tempo una gente è in crisi bisogna ascoltarla, sentire le voci di coloro i quali sono gli esponenti della vita dello spirito e gli specchi delle incertezze e delle angosce di un popolo: i filosofi.

Scarpelli pone, dunque, un quesito pieno di insidie: posta così la questione, è possibile parlare di crisi dell'umanità, di crisi della civiltà occidentale che ovunque è permeata e finirebbe, così, per investire il mondo intero? Bisogna andarci con i piedi di piombo: sempre l'uomo è stato posto dinanzi a guerre, vittorie, sconfitte, uccisioni, ma adesso la potenza delle armi lo rende più terribile. Qual è allora la

[*] Uberto Scarpelli, *La persona nella filosofia giuridica moderna*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.

relazione che intercorre tra questi eventi e lo spirito umano? Sono essi sintomi di uno smarrimento profondo? La filosofia giunge in soccorso attraverso la dottrina dell'esistenzialismo: se i filosofi danno voce ai popoli, l'esistenzialismo corrisponde allo stato d'animo dell'uomo moderno, alle costanti antinomie tra finito e infinito, tempo ed eternità. I popoli sono irrequieti, attraversati da ondate di cinismo estremo e fanatiche esaltazioni collettive e da ciò deriva una crisi della cultura che si traduce in crisi giuridica: l'individuo viene posto al centro delle teorie politiche e delle loro traduzioni pratiche e con altrettanta facilità viene negato, annullato, nella totalità della società stessa; tutto ciò riflette delle masse incolte, sprovviste di una valida erudizione. A questo punto il problema giuridico per eccellenza non è più il problema della persona: è diventato il *problema della società*. È necessario risolvere gli attriti fra individuo e collettività attraverso una soluzione teorica, si badi bene però, non teorizzazione incapace di comunicare con la realtà della vita, bensì che nasca da essa e in essa viva. Le soluzioni politiche (quelle trovate dai socialisti ad esempio, che tentano di potenziare la prassi marxista attraverso l'esigenza della libertà), necessitano di un fondamento filosofico che le supporti e le assista, le guidi e tale fondamento deve essere ben presente nelle coscienze. Allora la domanda è: può la filosofia adempiere a questo compito? Se l'esistenzialismo è la tipica espressione del pensiero del tempo in cui Scarpelli scrive, si può definire come tempo della filosofia della crisi e non sarebbe azzardato, a questo punto, invertire i termini: crisi della filosofia è la crisi nel mondo e nella filosofia è la crisi che si rende conto di se stessa.

L'uomo si ritrova perciò solo con ciò che mai potrà perdere e di cui mai potrà liberarsi: se stesso.

Scarpelli risponde all'interrogativo di partenza a proposito del problema della persona, analizzando il pensiero dei filosofi classici, iniziando da Kant, passando da Hegel fino ad arrivare a Sartre.

È la nostra stessa cultura che ci dà i mezzi per superare la crisi. Tutto il passato della filosofia è presente nell'aiutare l'uomo a superare i momenti di indecisione. Kant inizia la lotta contro l'autorità cercando di sostituire, ponendo al centro di ogni costruzione di pensiero, l'uomo, libero, autonomo, con la sua conoscenza profana frutto della sua ricerca e si trova costretto ad accettare i limiti della ragione umana: se l'uomo, nonostante le sue speculazioni, non riesce a giungere al mondo vero, ne è parte integrante come persona, come portatore della dignità della legge morale. Una volta superato lo shock di non poter giungere alla verità definitiva, onnicomprensiva e totale, si dovranno riprendere le mosse dalla critica della ragion pura, perché mai potrà essere del tutto trascurata la ragione, pur con i suoi limiti. Soltanto avendo una critica della ragione pratica accanto a quella della ragion pura si potrà avere un'assiologia, soltanto rivelando un'essenza noumenica si potrà parlare della persona come fine in un mondo di mezzi; altri tentativi sono destinati al fallimento. La legge morale è al di sopra di tutto e attraverso questa

autonomia della ragione si ha la persona. Questo si evince perfettamente leggendo il secondo imperativo categorico: *agisci in modo da trattare l'umanità, tanto nella tua persona quanto in quella di ogni altro, sempre come fine e mai come mezzo.*

Dopo la rivoluzione francese muta la visuale, diviene nuovo protagonista non più la persona nella sua individualità ma la società: si affermano le unità nazionali, iniziano le battaglie fra le classi e la filosofia si trova a dover giustificare gli eventi, l'uomo si salva soltanto attraverso la sua vera vita ossia l'intimità della sua attività spirituale: entra in scena Hegel e la filosofia dell'idealismo. Per Hegel non si può affermare né che la terra giri intorno al sole né che il sole giri intorno alla terra, poiché non si può dire questo è fermo, questo si muove, se non con riferimento a un immobile che non esiste nell'universo: quello che si trova al di fuori della coscienza (che sarebbe oggetto) in quanto altro da essa è insieme non oggetto, in quanto l'oggetto deve trovarsi in relazione con la coscienza: tutto è allora coscienza, altrimenti non esisterebbe.

Hegel propone un'idea di libertà in cui l'uomo smette di essere il riferimento: l'uomo non è libero se non col riconoscere la razionalità, la natura spirituale dell'organismo sociale e annullando in esso la sua singolarità. L'essenza dell'hegelismo è l'eterna inquietudine dell'idea: le risposte della filosofia non possono andar contro quello che la vita è, ma devono chiarire, dare pace all'inquietudine. Al centro della riflessione filosofica inizia a porsi il problema dell'essere. Le *quaestiones* di cui si occupa la filosofia – bisogno di oggettività, rivendicazione del valore della persona – si incontrano e generano una nuova ontologia, in cui l'essere viene cercato nella concretezza della singola esistenza, la cui struttura viene analizzata in tutti i particolari. Penetrare nella realtà è il compito della filosofia, tale processo si trasforma in esperienza della realtà stessa, ogni giudizio sull'essere è in parte assurdo, in quanto tenta di rendere oggettivo ciò che non è oggettivabile.

Cresce l'inquietudine, scrive Scarpelli. L'uomo inizia a domandarsi "perché ci sono?" "Perché ci sono anziché non esserci?" È un interrogativo profondo, che cerca in sé la ragione di se stessi. Questo è filosofare, essenza stessa dell'uomo.

L'analisi di Scarpelli giunge così a Jean Paul Sartre, esponente di spicco dell'esistenzialismo, che, pur accettando il metodo di interpretazione marxista della storia, vuole conservare la libertà dell'individuo. L'uomo è totalmente condizionato perfino nei suoi pensieri, ma a lui spetta decidere il senso del suo condizionamento: se viverlo passivamente oppure ribellarsi, lottare per sé e per gli altri. Questa imprevedibilità è la libertà e la libertà è la persona. Agendo, l'uomo si costituisce: l'individuo deve creare la sua essenza definendosi col lanciarsi nel mondo, lottare, soffrire. L'esistenzialismo si pone come filosofia umanistica dell'azione: davanti all'azione l'uomo viene colto dall'angoscia, ma l'angoscia non ostacola l'azione bensì ne è la condizione.

Il problema della società dal punto di vista del singolo si presenta come tensione costante io-altri e come contrasto tra i due termini libertà e coesistenza. I rapporti

tra gli uomini non sono meramente fisici, sono anche relazioni di esseri liberi, dotati di un centro psichico, che interferisce nel gioco della causalità naturale. Dunque il singolo, l'io, ha il diritto di sovrastare gli altri e servirsene come mezzo per raggiungere i propri fini? Colui che risponda a tale interrogativo accogliendo la presenza dell'altro, accettando spontaneamente le fisiologiche limitazioni che essa impone, è la persona: è libero nella co-esistenza poiché la fa interiormente sua. La società di persone diventa, così, il mondo della giustizia, che continuerà a presentare contrasti e disarmonie, destinati però a risolversi nella coscienza sociale dei suoi membri.

Scarpelli si domanda se sia possibile giungere a una fondazione non metafisica della persona. Per rispondervi, parte da un corollario hegeliano: bisogna intendere ciò che è e non abbandonarsi a fantastiche immaginazioni di ciò che dovrebbe essere. Il problema di ciò che è il diritto è anche il problema di ciò che deve essere. Il dover essere va inteso come tipo ideale verso cui tendere di continuo. Viene in discussione sempre il centro di tutto, la persona. L'individuo vale come tale per tutto ciò che gli altri gli attribuiscono, in fiducia, rispetto, affetto, reverenza, amore. La storia e la società, quando non analizzate metafisicamente, sono il mondo dell'empirico e come potrebbero, quindi, nascere dei valori che non siano empirici, contingenti, relativi, ma validi in sé, definitivi e assoluti, come devono essere i valori filosofici? Se la dignità di un individuo è quella che gli altri gli attribuiscono, varrebbe di più l'uomo mondano che ha saputo conquistare la fiducia degli altri con il suo aspetto, rispetto al filosofo che solitario medita e si tormenta sulla vita? L'imperativo è "sii persona e rispetta gli altri come persone": ma se bisogna rispettare gli altri come persone, in quanto hanno una dignità e questa dignità la possiedono perché gli individui stessi gliela riconoscono, si corre il rischio di ridursi a una condizione di reciprocità del riconoscimento, che deve essere, per essere valido, necessariamente fondato su una qualche solida base, altrimenti sarebbe soltanto un'illusione. La persona, se a questa espressione si vuole dare un vero significato, deve avere una validità in se stessa: soltanto una fondazione metafisica riesce a soddisfare l'esigenza iniziale di attribuire all'uomo una dignità.

La domanda che attraversa in modo, per così dire, trasversale il saggio di Scarpelli è se è ancora possibile rivolgere alla filosofia domande così difficili. L'obiettivo è sempre stato raggiungere la verità, valida oltre lo spazio e il tempo, ma è obiettivo sfuggente, in quanto il filosofo è figlio della storia ed è la storia che gli offre problemi e soluzioni: la verità a cui si può giungere è la sincerità dell'impegno del filosofo stesso.

L'uomo non conosce i valori, li possiede in se stesso. Si tormenta perché non riesce a giungere alla verità, ma continua a cercarla. La filosofia del diritto non deve limitarsi a determinare il dover essere, ma cercare di cogliere, attraverso esso, il significato filosofico di quello che nella storia e nel mondo effettivamente è.

La categoria principale della filosofia del diritto resta, in ultima analisi, la società, ma essa si muove e prende forma dalla persona, che rivela il suo valore e determina la giustizia, ripetendo così, nella società, la struttura del singolo, mutevole, così come mutevole è la storia.

THE FREEDOM TO BE FREE.

RIFLESSIONI SU UNO SCRITTO DI HANNAH ARENDT RECENTEMENTE EDITO PER LA PRIMA VOLTA

CLELIA **BARTOLI**

&dq

The Freedom to Be Free.
Riflessioni su uno scritto di Hannah Arendt recentemente edito per la prima volta

The Freedom to Be Free.
Reflections on a Never Before Published Text by Hannah Arendt

CLELIA BARTOLI

Ricercatrice in Filosofia del diritto, Università degli Studi di Palermo.
E-mail: clelia.bartoli@unipa.it

ABSTRACT

Un saggio di Hannah Arendt è rimasto inedito per oltre 50 anni. Su quelle carte non è apposto un vero titolo, ma solo: *A lecture*. Il testo sviluppa uno dei temi più cari all'autrice: le diverse declinazioni della libertà e il loro rapporto con la rivoluzione. Manca di data, ma, essendo presenti molti riferimenti all'attualità, è facile dedurre che esso sia stato scritto tra la fine del 1966 e il 1967. Si tratta di un saggio apparentemente poco originale, poiché riprende molte idee espresse altrove, soprattutto nel grande trattato *Sulla Rivoluzione* pubblicato nel 1963. Tuttavia è interessante vedere come alcuni concetti già apparsi in altre pubblicazioni vengano impiegati per leggere gli accadimenti del presente, quali ad esempio il processo di decolonizzazione, la guerra del Vietnam, la rivoluzione cubana. Inoltre merito di questo testo è introdurre la formula *the freedom to be free* per riferirsi alla condizione necessaria per sperimentare la libertà piena, che per l'autrice non consiste nel mero godimento delle libertà civili, bensì nell'esercizio della libertà come partecipazione alla *res pubblica*. In questo articolo verranno messi in luce gli aspetti più interessanti del testo della Arendt, contestualizzandoli storicamente; in particolare verranno discussi le riflessioni dell'autrice sulle rivoluzioni in corso, il significato dell'espressione "libertà di essere liberi" e la distinzione tra *liberty* e *freedom*.

One of Hannah Arendt's essays has remained unpublished for over 50 years. The paper has no proper title, only the words *A lecture* written on it. The text develops one of the themes most dear to the author: the different conceptions of freedom and their relationship with revolution. The text also lacks a date; however, given the numerous references to current events, it is easy to deduce that it was written between the end of 1966 and 1967.
The essay does not appear to be very original since it incorporates many ideas expressed elsewhere, especially in the great treatise *On the Revolution* published in 1963. However, it is interesting to observe how some concepts, already appearing in other publications, are here used to understand the actuality of the time, such as the process of decolonization, the Vietnam war and the Cuban revolution. Furthermore, the merit of this essay is to introduce the expression "the freedom to be free" to indicate the basic condition to have experience of full freedom, which for the author does not consist simply in obtaining civil liberties, but in the exercise of freedom as participation in the *res publica*. In this article, the most interesting aspects of Arendt's text are highlighted in a historical frame – in particular, the author's reflections on ongoing revolutions, the meaning of the expression "freedom to be free" and the distinction between liberty and freedom are discussed.

KEYWORDS

Hannah Arendt, libertà, diritti civili, felicità pubblica, rivoluzione

Hannah Arendt, freedom, civil rights, public happiness, revolution

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

The Freedom to Be Free.
Riflessioni su uno scritto di Hannah Arendt recentemente edito per la prima volta

CLELIA BARTOLI

1. *Prologo* – 2. *Contesto storico e tempo privato* – 3. *Analisi della contemporaneità* – 4. *La libertà di essere liberi* – 5. *Freedom vs. liberty.*

1. *Prologo*

Un saggio di Hannah Arendt è rimasto inedito per oltre 50 anni.[1] Su quelle carte non è apposto un vero titolo, ma solo: "A lecture". Si tratta probabilmente di un testo per una conferenza o per un ciclo di lezioni tenutesi presso l'Università di Chicago, dove la Arendt insegnava. Oppure per la New School for Social Research, dove la filosofa decise di trasferirsi nel 1967, per vivere a New York vicino al marito in difficili condizioni di salute (KOHN 2017, 56).

Lo scritto riguarda uno dei temi più cari all'autrice: le diverse declinazioni della libertà e il loro rapporto con la rivoluzione. È ricco di riferimenti all'attualità di allora. Manca di data, ma è presumibile che sia stato concepito e redatto tra la fine del 1966 e il 1967.

Viene riproposta una struttura tipica degli scritti arendtiani: si esordisce con una analisi storica (in questo caso l'autrice pendola tra gli accadimenti rivoluzionari al termine dell'XVIII secolo e la cronaca) per poi cimentarsi in un ragionamento teoretico. La ricostruzione dei fatti prelude ad una ricostruzione della storia delle idee a questi connesse. I concetti si trasformano a seguito degli eventi, ma a loro volta contribuiscono a plasmarne il corso. Data questa interazione tra mondo delle cose e regno delle idee, l'autrice passa agevolmente dal registro storico al ragionamento filosofico.

Si tratta di uno scritto apparentemente poco originale, poiché riprende molte idee già espresse altrove, soprattutto nel grande trattato *Sulla Rivoluzione* pubblicato nel 1963. Tuttavia è interessante vedere come alcuni concetti già apparsi in altre pubblicazioni vengano impiegati per leggere gli accadimenti del presente. Inoltre merito di questo testo è introdurre la formula: *the freedom to be free*.

[1] Questo saggio inedito di Hannah Arendt è apparso con il titolo *The Freedom to Be Free* per la prima volta sulla rivista «The New England Review» (v. ARENDT 2017). Pochi mesi dopo è uscito nel volume curato da Jerome Kohn (v. ARENDT 2018a). Nel gennaio del 2018, lo scritto è stato tradotto in tedesco e pubblicato in un volumetto, accompagnato da un saggio di Thomas Meyer (v. ARENDT 2018b).

Nel paragrafo successivo proverò a restituire il clima – dato tanto dal momento storico, quanto dalle circostanze personali – in cui il saggio viene ideato. Poi cercherò di dar conto degli aspetti più originali dello scritto, mostrando come strumenti di analisi precedentemente forgiati vengano utilizzati per comprendere la contemporaneità e, in conclusione, approfondirò il significato dell'espressione "libertà di essere liberi" e la distinzione tra libertà civili e libertà politica.

2. *Contesto storico e tempo privato*

Alla fine del 1966 Hanna Arendt e il marito Heinrich Blücher si recarono per un paio di mesi nella loro casa di villeggiatura di Palenville, una cittadina pedemontana nello stato di New York, rinomata per gli alberghi eleganti, l'aria pura e gli ameni paesaggi di boschi, rocce e cascate. Gli ultimi anni erano stati difficili sotto molti riguardi e i coniugi bramavano una tregua (YOUNG-BRUEHL 2004, 379 ss.).

Il reportage sul processo ad Eichmann tenutosi a Gerusalemme[2] aveva dato notorietà alla filosofa che era certamente assurta al ruolo di personaggio pubblico: oratrice in università prestigiose, contesa penna di numerose testate, più volte invitata a partecipare a dibattiti in pubbliche arene. Ma pur declinando pervicacemente la partecipazione ai programmi televisivi, la sua vita privata era stata travolta.

Insieme alla fama, infatti, erano giunte copiose le critiche e non poche le calunnie, ad esempio il 26 ottobre 1966 «Le Nouvel Observateur» titolava *Hannah Arendt est-elle nazie?*, seguivano le lettere di lettori indignati (LETTRE COLLECTIVE 1966, 37). La sua colpa, agli occhi di molti era stata quella di dipingere Eichmann non già come un mostro sanguinario, come uno stratega nello sterminio degli ebrei, ma come un uomo comune... "banale" appunto. La posizione della Arendt era lucida e poco consolatoria: l'orrendo male generato dal nazismo non era imputabile ad una manciata di sadici esaltati riusciti nella scalata al potere; la responsabilità era diffusa, spettava agli uomini ordinari, alla loro ignavia, all'aver assistito da spettatori alla degenerazione morale del paese in cui vivevano e di loro stessi, si erano lasciati trasformare in meri esecutori, dimenticandosi di pensare, di guardare alle conseguenze di quella crudele opera corale di cui anch'essi erano artefici.

Oltre a fronteggiare le polemiche e le invettive scaturite dal suo scritto, anche la vita personale si era andata complicando. Nel marzo 1962 il marito era stato colpito da aneurisma. Sopravvisse, ma la sua salute rimase precaria.

[2] La cronaca e le riflessioni sul processo ad Eichmann apparvero a puntate sul periodico: «The New Yorker» con il titolo *A Reporter at Large: Eichmann in Jerusalem* (ARENDT 1963a). L'intero reportage venne pubblicato lo stesso anno in un volume (ARENDT 1963b). Seguirà nel 1965 una seconda edizione ampliata.

Inoltre la situazione politica in America era preoccupante, l'omicidio di John Kennedy – che la Arendt aveva votato ma che non amava svisceratamente – le aveva fatto temere per la tenuta stessa della Repubblica.

La guerra fredda era nel pieno del suo corso. Nel 1966 l'agenzia spaziale russa aveva mandato in orbita la sonda Luna 9, il primo artefatto umano a toccare la superficie lunare. La NASA si attrezzava per riscuotere maggiori successi. Ma insieme alla conquista dello spazio, USA e URSS devolvevano intelligenze e ingentissimi capitali a rimpinguare gli armamenti, a renderli più mortiferi che mai.

In quello stesso periodo, i vertici americani optarono per un'*escalation* dell'intervento in Indocina. Molti giovani sarebbero stati costretti ad sospendere i loro studi e le loro occupazioni per imbracciare le armi e divenire parte dell'orrore. Nel 1966 si susseguirono massacri di vietnamiti ad opera di contingenti statunitensi.

Viste le circostanze, si può comprendere quanto per una ebrea, che aveva assistito all'ascesa di Hitler, potesse apparire plausibile il pericolo di una grave involuzione politica.

Così, durante quei mesi di villeggiatura invernale, Hannah Arendt si era ripromessa di dedicarsi quasi esclusivamente a letture leggere. Aveva messo in valigia alcuni classici della letteratura gialla. E mentre la radio trasmetteva *The Sounds of Silence*, il recente successo di Simon and Garfunkel, lei sfogliava i romanzi di Agatha Christie e Simenon.

Ma la riflessione e lo studio erano irrinunciabili. Durante il soggiorno a Palenville, la filosofa non smise di tenersi aggiornata sulle vicende politiche internazionale e di scambiare pareri epistolari con i suoi interlocutori di sempre. Inoltre lesse due volumi freschi di stampa sulla vita di Rosa Luxemburg, scritti da J.P. Nettl (NETTL 1966)[3]; prese numerosi appunti in cui dichiarava di condividere le critiche all'establishment comunista elaborate dalla pensatrice e attivista polacca.

Intanto la radio alternava le note spensierate di *Yellow Submarine* alle notizie sul movimento per i diritti civili dei neri americani; la voce profonda di Frank Sinatra agli ultimi accadimenti del lungo processo di decolonizzazione. In quegli ultimi mesi avevano, infatti, raggiunto l'indipendenza la Gambia, il Botswana e il Leshoto. Protagonisti del momento non erano dunque solo le grandi potenze e la loro bramosia di conquista: gruppi e popoli storicamente oppressi venivano alla ribalta come soggetti rivoluzionari. Il '68 era alle porte.

È in questo clima politico e in questa fase della vita che la Arendt concepisce il saggio che ci apprestiamo a discutere.

[3] In proposito si veda anche lo scritto della Arendt dedicato a Rosa Luxemburg (ARENDT 1966).

3. *Analisi della contemporaneità*

La Arendt apre il suo testo avvertendo che si occuperà di un tema "embarassing": la rivoluzione, qualcosa di decisamente attuale negli anni '60, che investiva i più diversi ambiti in molte parti del globo.

> «Tali eventi includevano l'espulsione di Krushchev in Unione Sovietica; la costruzione del muro di Berlino che divideva la Germania in due stati; la crisi missilistica di Cuba; la cosiddetta "Quiet Revolution" canadese di stampo nazionalista; il movimento per i diritti civili qui e altrove; le proteste contro la guerra, alcune delle quali ebbero esiti fatali tanto qui che in Europa; i golpe militari nella Corea del Sud, in Vietnam e in Grecia; lo spirito profondamente rivoluzionario del Concilio Vaticano II di Papa Giovanni XXIII; gli orrori della rivoluzione culturale cinese; la rivoluzione scientifica basata sulla "conquista dello spazio"; il processo di decolonizzazione in corso e le battaglie per l'indipendenza in quelli che furono domini coloniali» (KOHN 2017, 56, traduzione mia).

In particolare, l'autrice nota come dalla fine della seconda guerra mondiale ai giorni in cui redigeva la sua *lecture*, si fossero susseguiti conflitti in aree territoriali circoscritte, quali Corea, Algeria e Vietnam: piccole guerre che però avevano catturato l'attenzione delle grandi potenze. America, Unione Sovietica, Cina, i più forti paesi europei si sono implicati per timore delle conseguenze di un vuoto di potere. Avevano interesse a stabilizzare ed egemonizzare i territori teatro degli scontri. Tuttavia gli accadimenti hanno regolarmente preso un corso diverso da quello ipotizzato.

Questi conflitti che avevano, inizialmente, le dimensioni e la natura di guerre civili, si sono trasformati presto in rivoluzioni contro l'ingerenza delle superpotenze. La Arendt scrive che sembrava di essere ripiombati alla fine del '700, quando la Rivoluzione Americana seguì alla guerra contro l'Inghilterra e la Rivoluzione francese divenne una guerra contro l'alleanza tra i potenti regni d'Europa.

Tuttavia gli interventi militari delle grandi potenze, nonostante la profusione di mezzi e il successo spesso conseguito, raramente diventano capaci di «sostituire la stabilità al caos, l'onestà alla corruzione» (ARENDT 2018a, 369), di creare istituzioni politiche autorevoli e meritevoli di fiducia. Al contrario, nota l'autrice: «Molte volte il processo di disgregazione continua anche dopo la vittoria» (ARENDT 2018a, 369).

Ma così come i pronostici dei dominus della Terra vanno spesso in malora, anche il fronte rivoluzionario raramente corona i suoi obiettivi. Ad esempio, – in accordo all'autrice – uno dei limiti del processo di decolonizzazione è che le popolazioni si sollevano in nome di una *nazione* da liberare dal conquistatore straniero. Si tratta di movimenti pregni di retorica anti-occidentale eppure il concetto di stato-nazione è un'invenzione dell'Occidente, un lascito della colonizzazione, nonché probabilmente l'idea più foriera di conflitti della storia (ARENDT 1951, 237-

419). Il giusto desiderio di emanciparsi dalla sudditanza imposta dall'ordine imperialista non si spinge abbastanza in là, non arriva a ripensare radicalmente le categorie con cui immaginare e dar forma a un diverso ordine politico. Ciò fa presagire che, anche quando i paesi colonizzati ottengano l'indipendenza formale, difficilmente si scrolleranno da una soggezione culturale, economica e in un certo qual senso politica dei precedenti occupanti. Inoltre nella maggior parte dei casi i governi seguiti alla cacciata dell'invasore risultano terribilmente deludenti ed affetti da innumerevoli vizi tra cui instabilità e dispotismo.

Il problema, avverte l'autrice, è che le rivoluzioni vittoriose sono pochissime e, anche quando la spuntano, una rivoluzione degenerata può portare a sviluppi perfino peggiori di una rivoluzione fallita.

In accordo alla valutazione storica dell'autrice, tra le pochissime rivoluzioni riuscite vi fu quella americana, mentre la rivoluzione francese è annoverata tra le fallite.

Ma nonostante gli americani siano stati tra i pochi popoli della storia a uscire vittoriosi nella loro rivoluzione, la Arendt non attribuisce loro un particolare intuito per comprendere quelle degli altri:

> «Non è un segreto per nessuno, almeno rispetto all'incidente della Baia dei Porci, che la politica estera di questo paese abbia mostrato di essere gravemente incapace di riconoscere e valutare le situazioni rivoluzionarie o nel comprendere la forza dei moti rivoluzionari. Sebbene la responsabilità dell'incidente della Baia dei Porci sia spesso attribuita ad una carenza di informazioni o a un malfunzionamento dei servizi segreti, in realtà tale fallimento ha ragioni ben più profonde» (Arendt 2018a, 369-370, traduzione mia).

Cosa non compresero i vertici statunitensi quando pianificarono la disastrosa operazione su Cuba del 1961? Quale errore di valutazione commisero su quella rivoluzione in corso? La risposta elaborata dalla filosofa prelude all'idea della "libertà di essere liberi".

Ma prima di fornire la risposta, rispolvero gli avvenimenti. Gli americani avevano addestrato 1.500 esuli cubani, in dissenso con il nuovo regime di Fidel Castro, instauratosi nel 1959. L'obiettivo era rovesciare quel governo comunista e filo-sovietico, sostituendolo con uno vicino alla politica americana. Gli uomini della CIA erano convinti che la popolazione e parte dell'esercito cubano si sarebbero uniti alle fila degli esuli. Ma i contingenti militari dell'isola respinsero agevolmente l'invasione e la gente rimase fedele al governo in carica. È parere comune che la gestione dell'operazione a firma USA avvenne tra ingenuità, approssimazione e negligenze. Gettò non poco discredito sulla presidenza Kennedy, allora al suo esordio; generò un rimpallo di responsabilità tra servizi segreti e governo; indusse il Pentagono a coprire goffamente gli errori, ad esempio i militari americani che avevano partecipato vennero istruiti a dichiararsi mercenari e vennero negati gli onori di Stato ai caduti e i risarcimenti ai loro familiari. Parecchi retroscena sono

venuti alla luce solo 50 anni dopo, quando nel 2011 i documenti relativi vennero desecretati.

Tuttavia, rispetto all'incidente della Baia dei Porci, l'attenzione di Hannah Arendt non si concentra sugli errori tattici dell'operazione, bensì sulla popolazione di Cuba e sulle ragioni per cui essa abbia disdegnato di passare dalla parte degli esuli e, in definitiva, degli Stati Uniti:

> «Il fallimento consistette nel non capire cosa possa significare quando un popolo afflitto dalla povertà in un paese arretrato e marcio di corruzione, viene all'improvviso liberato, non già dalla povertà, ma dall'oscurità e quindi dalla impossibilità di comprendere la propria miseria; che cosa voglia dire quando per la prima volta quel popolo capisce che la propria condizione può essere discussa apertamente e viene invitato a partecipare alla discussione; che cosa significhi quando la popolazione è condotta nella capitale, che non ha mai visitato prima, e le viene detto: "queste strade e questi edifici e queste piazze, tutto ciò è vostro, è in vostro possesso e quindi è il vostro orgoglio". Questo, o qualcosa di simile, accadde per la prima volta durante la Rivoluzione francese» (ARENDT 2018a, 370, traduzione mia).

In accordo alla filosofa, dunque, il principale errore che commise la CIA e l'amministrazione Kennedy fu quello di sottovalutare la forza di *un popolo che partecipa*.

La situazione economica dell'isola, infatti, non era di gran lunga migliorata. Ma ciò che agli occhi della Arendt appare radicalmente cambiato è il ruolo della popolazione negli affari pubblici. Alle donne e agli uomini di Cuba viene fatto intendere che il luogo in cui vivevano apparteneva loro e potevano vantarne il possesso nella misura in cui erano stati titolati di determinarne il destino discutendone insieme.

La miseria era prima come la siccità per un contadino o per un pescatore l'uragano: una sventura che si abbatte inspiegabilmente sulla propria esistenza. Si possono fare scongiuri e preghiere, ma non si può né evitare, né capire, in definitiva ad essa ci si piega e si subisce. La povertà però non è un cataclisma naturale, è in gran parte frutto di assetti politici, di scelte economiche, di un modo di concepire i rapporti sociali. È, infatti, possibile sia accrescere le risorse, sia modificare i criteri di distribuzione dei beni, in altri termini le ragioni della miseria potevano diventare intellegibili e appellabili, ripensando le regole della comunità. Questa esperienza di acquisire un potere di comprensione e intervento sulla propria realtà pertiene a un peculiare tipo di libertà, la libertà politica, che discuteremo più avanti.

Si noti come l'analisi della Arendt è lungi dall'essere ideologica, vi possono essere delle ingenuità o delle inesattezze nella ricostruzione storica, peraltro di circostanze così vicine nel tempo, ma ciò non dipende dal fatto che ella si schieri da una parte o dall'altra della cortina di ferro. Non sta contrapponendo USA e URSS, non sta sostenendo che il comunismo, né tanto meno il capitalismo, sia il terreno più fertile alla realizzazione della libertà politica. Tant'è che in un altro

passaggio dello scritto viene citata Rosa Luxemburg quando denuncia il partito bolscevico per aver spazzato via le condizioni minime di una vera partecipazione:

> «Con la repressione totale della vita politica nel paese [...] viene meno la vitalità delle istituzioni pubbliche, resta al suo posto un simulacro di vita, la burocrazia soltanto sopravvive come - unico elemento dinamico. Governa e comanda una piccola schiera di leader politici dall'energia inesauribile e di sconfinata esperienza. Tra loro solo una dozzina di teste eccezionali dà le regole, mentre di tanto in tanto i membri di una élite della classe operaia vengono invitati a dei meeting, durante i quali sono chiamati ad applaudire i discorsi dei leader e ad approvarne unanimemente le risoluzioni [...] Senz'altro una dittatura e, sia chiaro, non la dittatura del proletariato, ma di una manciata di politici» (in ARENDT 2018a, 381, traduzione mia).

La Arendt, dunque, esplora contesti storico-geografici specifici dove, per un complesso insieme di fattori, si verificano o meno le condizioni per la rivoluzione, per il suo successo o fallimento, per la "libertà di essere liberi" o per un mero surrogato.

4. *La libertà di essere liberi*

Dopo aver riportato le riflessioni sull'attualità dell'autrice, è tempo di approfondire il concetto che abbiamo più volte annunciato.

L'espressione «the freedom to be free» ricalca la struttura di un'altra formula molto fortunata: «the right to have rights», impiegata in *Le origini del totalitarismo*[4]. Nella prospettiva della filosofa, per agire pienamente i diritti occorre come precondizione essere ritenuti possibili titolari dei diritti fondamentali, cosa per niente scontata per molte categorie di esseri umani considerati "schiuma della terra" più che persone. Similmente, nello scritto che stiamo esaminando, si ragiona di una libertà basilare, precondizione per l'accesso alla libertà nel suo senso più pieno.

Riprendendo le argomentazioni già espresse nell'opera *Sulla Rivoluzione*, la Arendt racconta di come, al finire del XVIII secolo, tanto i rivoluzionari del vecchio che del nuovo continente non avessero ben chiaro dove stessero andando, il loro primo obiettivo era stato quello di aggiustare la situazione, più che di far piazza pulita del passato. Credevano che fosse loro compito ripristinare un ordine pregresso più giusto, perso a causa dei vizi e delle degenerazioni di chi aveva esercitato il potere, tant'è che il termine "rivoluzione", mutuato dal linguaggio astronomico, stava proprio a significare "ritorno". Fu in corso d'opera che alcuni intuirono che la strada imboccata non li stava portando indietro, bensì verso un assetto radicalmente

[4] ARENDT 1951. Si vedano anche alcuni volumi che riprendono e discutono il concetto "the right to have rights": BENHABIB 2004; BIRMINGHAM PEG 2006; PAREKH 2008; RODOTÀ 2012; KESBY 2012; GÜNDOĞDU 2015; DE GOOYER et al. 2018.

imprevisto, verso il *Novus Ordo Seclorum*. È in questa fase che alcuni dei rivoluzionari sperimentano una condizione tanto soggettiva che intersoggettiva definibile come "libertà", ma ben differente da quanto avevano vissuto nel passato.

> «E mentre il termine "rivoluzione" veniva radicalmente trasformato nel processo rivoluzionario, qualcosa di simile, ma infinitamente più complesso, avveniva alla parola "libertà" [*freedom*]» (ARENDT 2018a, 372, traduzione mia).

La Arendt per indicare la *libertà come era concepibile prima della rivoluzione* utilizza le parole *liberty* e *liberation*, mentre il termine *freedom* tende a utilizzarlo per riferirsi alla *libertà piena, frutto di una rivoluzione riuscita e attuabile esclusivamente in una repubblica*.

> «Le libertà [*liberties*], in quanto diritti civili, sono il risultato della liberazione [*liberation*], ma ciò non significa affatto che queste costituiscano il contenuto della libertà [*freedom*], la cui essenza è l'essere ammessi al pubblico dominio e la partecipazione agli affari pubblici» (ARENDT 2018a, 372, traduzione mia).

La liberazione si ottiene quando si rovescia un governo oppressivo ed ingiusto, in tal modo la popolazione diventa "libera dalla paura" [*free from fear*], perché il despota che seminava terrore, ordinando vessazioni e rappresaglie a suo capriccio, è stato cacciato. Successivamente è possibile stabilire un ordine giuridico rispettato dagli stessi governanti, in cui sono sancite le *liberties*, cioè i principali diritti civili: il diritto alla vita, alla libertà individuale e alla proprietà. Tuttavia anche una monarchia illuminata può essere ben capace di tenere la paura lontana dai suoi sudditi, vegliando sulla sicurezza dei loro corpi e dei loro beni, limitando la propria ingerenza affinché gli individui possano esercitare, senza eccessivi vincoli, il proprio arbitrio.

La *liberation* è dunque una precondizione per la *freedom*, ma non l'unica per la verità:

> «Gli uomini delle prime rivoluzioni, sebbene sapevano che la liberazione avrebbe dovuto precedere la libertà, non erano ancora consapevoli che tale liberazione corrispondesse a ben più che una liberazione da un potere assoluto e dispotico: essere liberi per la libertà [*to be free for freedom*] significa prima di tutto essere liberi non soltanto dalla paura, ma anche dal bisogno» (ARENDT 2018a, 376-377, traduzione mia).

Tant'è che la filosofa reputa una ricostruzione inesatta quella secondo cui la forza determinante nelle rivoluzioni sarebbe costituita dagli ultimi, *les damnés de la terre*. Anzi, ella crede che questi furono la zavorra, che la rivoluzione francese fallì proprio a causa dell'eccessivo peso del popolo affetto dal bisogno. Quando Robespierre diceva: «*La République? La Monarchie? Je ne connais que la question social*» relegava a

trastullo intellettuale ragionare sulla forma di governo. La fame dei *malheureux* costituì pertanto un'impellenza così bruciante da far smarrire il primario obiettivo di riscrivere le regole del gioco politico, il che avrebbe assicurato maggiore giustizia più a lungo termine.

I crampi di uno stomaco vuoto e il freddo nelle ossa non di rado inducono la sommossa, ma la rivolta che ne segue è scomposta, vandalica e vendicativa; avrà lo sguardo corto e difficilmente riuscirà a costruire alcunché di permanente, perché l'urgenza dei corpi sofferenti impedisce di attendere quel tempo necessario alla preparazione del nuovo, disdegna i voli pindarici da cui si può guardare l'esistente e immaginarlo diverso e preferisce il decisionismo del leader forte ai lenti processi di deliberazione collettiva.

Di contro, sempre in accordo alla ricostruzione dell'autrice, la rivoluzione americana avrebbe avuto successo grazie al fatto che la popolazione in miseria, similmente numerosa rispetto a quella della Francia del tempo, era però rappresentata dagli schiavi neri: ascritti ad una razza inferiore erano quindi reputati non sufficientemente umani da esser messi in conto. Occorre precisare che la Arendt accusa la paura e il bisogno di essere l'intralcio nel cammino verso la libertà, non già i poveri in quanto tali, né di certo i neri. Responsabili sono piuttosto gli assetti economico-politici che impediscono a parte della popolazione di essere *free to be free*.

Chi furono allora i veri agenti rivoluzionari? Non coloro che erano in ambasce, non chi era mosso dal *bisogno*, ma quelli che agivano sulla base di un *desiderio*.

> «Senza dubbio, è ovvio e ha notevoli ripercussioni che questa passione per la libertà fine a se stessa sia sorta e sia stata nutrita dagli uomini dediti all'ozio [*men of leisure*], dagli *hommes de lettres* senza padroni e senza l'assillo di come guadagnarsi da vivere» (Arendt 2018a, 376, traduzione mia).

Essere liberi dalla paura e dal bisogno per essere capaci di esercitare la libertà in senso pieno è quindi agli occhi della Arendt una condizione aristocratica, democratizzabile solo in una società tecnologicamente avanzata in cui la popolazione, sollevata dalle incombenze più pesanti, ha abbastanza tempo libero e menti sgombre per occuparsi della cosa pubblica. Tuttavia essere abbienti ed avere un sufficiente livello di sicurezza non conduce automaticamente alla libertà in senso pieno o anche solo a desiderarla. Occorre in qualche modo averne avuto un assaggio, averne assaporato il gusto per volerla perseguire e rendere sistema.

Personalmente non condivido l'idea che solo chi si sia affrancato dalla povertà possa aspirare alla libertà in sé. Certo, esistono condizioni di vita che portano all'abbrutimento, che spossano, sviliscono e impauriscono gli esseri umani al punto da spegnere in loro perfino la speranza in un corso migliore, che dire di permettere la fioritura di un'azione rivoluzionaria. Tuttavia ritengo che il censo sia uno dei molti fattori predittivi del potenziale rivoluzionario di un gruppo sociale e

non sempre quello maggiormente determinante (BARTOLI 2008). E, in un certo qual senso, la Arendt stessa sembra smentirsi quando, con riferimento all'incidente della Baia dei Porci, scrive che i cubani non avevano ancora sconfitto la miseria quando stavano facendo esperienza della libertà come partecipazione alla cosa pubblica.

5. *Freedom vs. liberty*

A mio parere la parte più interessante dello scritto è costituita dalla distinzione tra *liberties* (libertà civili) e *freedom* (libertà politica), dove le prime sono una condizione necessaria ma non sufficiente per il raggiungimento della seconda.

Si badi però che quella che la filosofa chiama "libertà politica" è ben più dell'esercizio del diritto di voto o della capacità di essere eletti presso un organismo rappresentativo poiché, pur esplicandosi attraverso gli umani costrutti della politica quali comitati, assemblee e parlamenti, essa ha una dimensione metafisica. La *freedom* è, infatti, l'espressione della capacità umana di dar nascita a qualcosa di nuovo.

> «Essere liberi e iniziare qualcosa di nuovo sono avvertiti come la medesima cosa [dai rivoluzionari]. Di certo, questo misterioso dono umano – la capacità di iniziare qualcosa di nuovo – è legato al fatto che ognuno di noi, nascendo, è venuto al mondo come un nuovo arrivato. In altre parole, possiamo iniziare qualcosa perché *siamo* un principio e quindi principianti» (ARENDT 2018a, 383, traduzione mia).

Provo a spiegare quanto ha inteso dire l'autrice. La ciclicità ripetitiva della natura, l'infinita concatenazione di cause ed effetti è rotta dall'azione umana: dopo che essa si compie le cose prendono un corso diverso, che prima non era prevedibile. L'azione umana è libera, quindi, nella misura in cui stabilisce un principio, cioè qualcosa che non è una conseguenza meccanica o la reazione a qualcosa di pregresso, ma è determinato soltanto dall'intenzione di coloro che l'hanno posto. Gli esseri umani sono quindi "principianti" (*beginners*), non tanto per il fatto di essere apprendisti, ma perché sono in grado di dar principio.

Questa esperienza di far nascere il nuovo, i rivoluzionari l'hanno avuta in maniera prorompente, scoprendo che potevano farsi autori della comunità che avrebbero abitato, plasmandone le relazioni, le regole e i valori. E siccome quando una vocazione umana si esprime e giunge a maturazione genera un piacere, gli americani che presero parte alla rivoluzione chiamarono l'esercizio della libertà politica "felicità pubblica", come viene approfondito nel testo *Sulla Rivoluzione*:

> «Questa libertà, quando giunsero a gustarla, la chiamarono "felicità pubblica": e consisteva per i cittadini nel diritto di accedere alla sfera pubblica, di partecipare all'esercizio del pub-

> blico potere – essere insomma "partecipi del governo degli affari" per dirla con l'eloquente frase di Jefferson – diritto diverso da quello, generalmente riconosciuto, dei sùdditi di esser protetti dal governo nella ricerca di una felicità privata anche contro il potere pubblico: diverso insomma da quei diritti che solo un potere tirannico abolirebbe. Il fatto stesso che la parola "felicità" fosse scelta per indicare la partecipazione al potere pubblico indica chiaramente che nel paese, prima della rivoluzione, esisteva già qualcosa come "la felicità pubblica", e che gli uomini sapevano di non poter essere felici se la loro felicità era collocata e goduta solo nella vita privata» (ARENDT 1963c, 210).

Detto ciò è intuibile quanto i due tipi di libertà possano differire da molti punti di vista: sia rispetto alla loro genesi sia nel modo in cui si esplicano nella dimensione personale, in quella sociale e infine nella sfera politica.

Schematicamente potremmo dire che, nella concezione arendtiana, le *liberties* si possono conquistare anche tramite la violenza, pertengono all'individuo, non è imprescindibile che si compiano all'interno di una repubblica e sono compatibili con una società gerarchica.

La *freedom*, si raggiunge solo per mezzo della discussione e dei processi deliberativi, si esercita con gli altri, è indispensabile che si esplichi in un assetto politico repubblicano e in una società di pari.

Analizzerò ora con maggiore dettaglio queste differenze:

a. Il processo di conseguimento. Una rivolta violenta può detronizzare un tiranno. Si può costringere con la forza un monarca a dare limiti al proprio potere e concedere le libertà civili. E il movente di una tale ribellione può essere il bisogno. Si ottiene così una libertà negativa: è stato rimosso l'ostacolo, si è finalmente liberi da qualcosa, ma il contenuto di questa libertà guadagnata è ancora da scrivere. La *freedom*, invece, è una libertà positiva. Per conquistarla la violenza non serve. Non si può, infatti, costringere con la forza un popolo a sviluppare interesse e piacere per dibattere delle questioni pubbliche. L'abitudine e il gusto per la partecipazione si ottengono facendo esperienza della deliberazione collettiva e in questo stesso processo la *freedom* si compie. Citando John Adams, la Arendt spiega che fu perché gli americani erano usi al dibattimento dei pubblici affari che la loro rivoluzione ottenne il successo.

> «John Adams aveva perfettamente ragione quando sosteneva che "la rivoluzione ebbe luogo già prima dell'inizio della guerra", non perché serpeggiasse uno spirito rivoluzionario o ribelle, ma poiché gli abitanti delle colonie si erano "formati all'interno di corporazioni o organi politici stabiliti per legge", esercitando il "diritto di assemblea... nei loro municipi, dove deliberavano sulle questioni pubbliche"; fu pertanto "in queste assemblee cittadine o distrettuali che iniziarono a prender forma i sentimenti del popolo"» (ARENDT 2018a, 374, traduzione mia).

Il perseguimento della libertà politica non è mero alleviamento di un bisogno o rimozione di un ostacolo, è ricerca della felicità (*pursuit of happiness*) secondo la formula usata nella *Dichiarazione di Indipendenza Americana* del 1776, ma di quella peculiare felicità che si sperimenta quando si esercita il potere di costituire la comunità umana di cui si farà parte.

Si noti, che come ben illustrato da Albert Hirschman (HIRSCHMAN 1985, 85 ss.), la ricerca e la fruizione della felicità privata sono momenti distinti, mentre per la felicità pubblica corrispondono. In altri termini, se qualcuno ha voglia di gelato, non sarà soddisfatto finché non troverà una gelateria aperta e potrà acquistare e degustare il cibo bramato. Potrà anche ottenere il gelato rubandolo, forzando o persuadendo qualcuno a consegnarglielo, ma indipendentemente dai mezzi violenti o diplomatici, leciti o illeciti, tramite i quali si è venuti in possesso dell'alimento, il gusto dolce e fresco non cambia. La felicità pubblica, invece, si assapora non quando il risultato atteso è raggiunto, bensì nelle fasi preparatorie. Lasciata alle spalle la battaglia cruente per detronizzare il tiranno, rimosso il vecchio, occorre ora costruire il nuovo. L'impegno per la creazione della società futura – partecipando ad assemblee, prendendo parola, immaginando soluzioni e confrontandole con visioni diverse – offre già il piacere della felicità pubblica, anche più di quando la forma politica desiderata si è consolidata. La libertà politica quindi si consegue nel processo di incubazione di una nuova comunità: esperienza inevitabilmente dialogica e deliberativa.

b. La dimensione personale. "Life, liberty and property" costituiscono le principali libertà civili e corrispondono alla possibilità di esistere, di essere se stessi senza dover render conto, di godere a proprio piacimento dei beni di cui si è titolari. Preservano una dimensione di autonomia scevra da intralci, unico limite sono le simili prerogative di cui sono intestatari altri individui. La *liberty* ha per modello la *property* in quanto fruizione esclusiva di un bene: significa disporre di sé come si dispone di un appezzamento di terra, appartenere a se stessi e fare di sé ciò che si vuole, badando a proteggersi da incursioni esterne. Una tala libertà è quindi prettamente individuale, non richiede interazioni, anzi le teme, si esercita "malgrado gli altri". Diversamente, la *freedom* è una libertà "con gli altri", ha bisogno di una dimensione intersoggettiva e si esercita nella relazione[5].

> «Questa libertà pubblica è una realtà tangibile e terrestre, creata dagli uomini per goderne insieme pubblicamente: per essere visti, ascoltati, conosciuti e ricordati da altri» (ARENDT 2018a, 375, traduzione mia).

[5] L'espressione "libertà malgrado gli altri" è di Karl Marx che nel suo scritto *Sulla questione ebraica*, in polemica con Bruno Bauer, accusa l'idea di libertà emersa dalla rivoluzione francese di essere tagliata per una società di egoisti e calibrata sulla proprietà fondiaria, cfr. MARX 2007, 141 ss.

Si esprime necessariamente presso una collettività ed è, come abbiamo detto precedentemente, generazione di comunità. Si badi però, nella concezione della Arendt, il singolo non si smarrisce nel gruppo, né tanto meno si sminuisce, al contrario l'*agorà* offre all'individuo la possibilità di eccellere. Coinvolto negli affari della *polis*, il singolo scopre, esercita ed affina i suoi talenti e, soprattutto, li mostra ad altri con cui si confronta e che lo valutano.

> «È il desiderio di eccellere che fa sì che gli uomini amino la compagnia dei pari e che li sprona ad andare verso la sfera pubblica» (ARENDT 2018a, 375, traduzione mia).

La libertà pubblica, quindi, non è minacciata o limitata dalla presenza d'altri, al contrario l'interazione è la condizione necessaria affinché essa si dia.

c. *La dimensione sociale*. Un ordine che assicuri il godimento delle libertà civili comanda che i confini che delimitano la sfera individuale di ciascuno non vengano valicati. Tutti hanno diritto a non avere incursioni e ingerenze, ma la misura dei diversi campi di autonomia può differire alquanto: alcuni hanno a disposizione una sfera di esercizio della libertà personale vasta e florida e altri striminzita e misera. Dunque la tutela delle *liberties* è compatibile con una società con acute disuguaglianze, mentre la *freedom* – avverte l'autrice: «richiede equità, è infatti possibile solo tra pari» (ARENDT 2018a, 375, traduzione mia).

Avevamo, infatti, osservato come nella visione della Arendt individuo e comunità non sono termini opposti, ma lo sviluppo dell'uno è reciprocamente funzionale allo sviluppo dell'altra, similmente il desiderio di eccellere e l'uguaglianza non sono aspirazioni contraddittorie bensì interdipendenti. L'individuo è mosso a compiere azioni gloriose ricercando il plauso delle persone per le quali ha affetto e stima. A tal proposito la filosofa cita nuovamente John Adams:

> «Ovunque si trovino uomini, donne o bambini, siano essi vecchi o giovani, ricchi o poveri, in alto o in basso, [...] ignoranti o colti, ogni individuo appare mosso fortemente dal desiderio di essere visto, ascoltato di essere oggetto di discorso, approvato e rispettato dalla gente che gli sta attorno e da lui conosciuta» (ARENDT 2018a, 375, traduzione mia).

La pratica politica, in quanto agire pubblico, permette appunto di esser visti, di avere conferma del proprio valore e del fatto che la propria esistenza abbia senso. L'approvazione ricevuta è tanto più preziosa quanto più si tengono in considerazione coloro che emettono il giudizio. Quindi per ottenere un riconoscimento personale autentico, è necessario riconoscere il valore di coloro di cui si cerca la conferma.

La perversione di questa sana aspirazione alla gloria è l'ambizione, ossia l'appetito per un dominio senza meriti e che rifugge il confronto. Evitare di misurarsi con gli altri o dichiararli inferiori è il sintomo che si ha timore del loro giudizio e

dell'incapacità di perseguire la vera eccellenza. Nel trattato *Sulla rivoluzione*, Hannah Arendt aggiunge un altro vile surrogato della felicità pubblica diffusosi al tempo del boom economico:

> «Invece di entrare nell'*agorà*, dove l'eccellenza può risplendere, essi preferirono, per così dire, spalancare le loro case private a uno "spettacolare consumismo", sfoggiare la loro ricchezza e mostrare a tutti ciò che, per sua stessa natura, non è fatto per esser visto da tutti» (ARENDT 1963c, 72).

Pertanto, l'aspirazione ad essere ammirati per le azioni gloriose compiute pubblicamente in vista del bene comune, nella società dei consumi si traduce e si travisa nella vanteria per ciò che si possiede. Ad occupare l'arena pubblica non sono più le gesta e i memorabili discorsi, ma gli oggetti posseduti, un tempo pertinenti la sola sfera privata. Per inciso, si faccia caso alla dimensione che ha raggiunto questa tendenza rilevata dalla Arendt nell'epoca dei social media: l'esposizione della vita privata in un'arena pubblica per riscuotere approvazione all'interno della propria cerchia, questa volta computabile in dosi di *like*.

d. La dimensione politica. Le libertà civili sono messe a repentaglio da un governo arbitrario e dispotico, ma un sovrano illuminato può ben garantirle. A dimostrazione di ciò la filosofa cita le parole di Carlo I di Inghilterra quando sostenne che la libertà del popolo consiste nell'avere leggi che tutelino la vita e assicurino il godimento dei beni di propria spettanza, ma non riguarda certo la condivisione della responsabilità di governare, attività che non compete al popolo. Un sovrano, che non sia puro orpello rétro di un paese, può rispettare la sfera privata dei sudditi e proteggerli dalle reciproche invasioni di campo, ma non cederà sovranità nel controllo della sfera pubblica.

La libertà politica è, invece, esattamente la condivisione della responsabilità di governare. Pertanto la repubblica è quel sistema politico che pone in chiaro che la sfera pubblica è "cosa di tutti", un'opera collettiva di cui ciascuno può essere co-autore.

Negare alle persone la libertà di occuparsi della dimensione politica, per l'autrice, non corrisponde quindi a sollevarle da un'incombenza che non le riguarda, implica privarle dall'accesso ad una felicità piena.

Il motivo per cui Hannah Arendt riprende in questo scritto molte considerazioni del testo *Sulla rivoluzione* non credo che sia soltanto perché nel periodo in cui lo scrisse aleggiasse uno spirito rivoluzionario. La pensatrice era fortemente in ansia per la tenuta della forma repubblicana negli Stati Uniti o comunque temeva potesse degenerare verso un presidenzialismo autocratico. La preoccupava che il vuoto di potere, messo in evidenza da alcuni moti di rivolta che si diffondevano nel pianeta, potesse allettare aspiranti conquistatori, sciacalli che approfittando

della fragilità delle istituzioni di un territorio sarebbero stati capaci di abolire ogni tipo di libertà, tanto la *freedom*, quanto pure le *liberties*.

L'articolo si chiude quindi con un forte scetticismo verso «le magnifiche sorti e progressive» delle società umane. E la tenue speranza che «la libertà in senso politico non svanisca nuovamente dalla terra, Dio solo sa, per quanti secoli» (ARENDT 2018a, 386, traduzione mia) viene ancorata alle qualità soggettive di coloro che portano avanti dei progetti di rinnovamento politico: solo se avranno la capacità di «unire saggiamente la pratica e la teoria come seppero fare gli uomini della rivoluzione americana» (ARENDT 2018a, 386, traduzione mia) la felicità pubblica potrà ancora essere assaporata.

Riferimenti bibliografici

ARENDT H. 1951. *Il tramonto dello stato nazione e la fine dei diritti umani*, in ID., *Le origini del totalitarismo*, Torino, Einaudi, 2009, 237 ss. (ed. or. *The Origins of Totalitarianism*, New York, Harcourt, Brace and Co., 1951, trad. it. di A. Guadagnin).

ARENDT H. 1963a. *A Reporter at Large: Eichmann in Jerusalem*, in «The New Yorker» (16 febbraio, 40-113; 23 febbraio, 40-110; 2 marzo, 49-91; 9 marzo, 48-131; 16 marzo, 58-134), 1963.

ARENDT H. 1963b. *Eichmann in Jerusalem: a report on the banality of evil*, New York, The Viking Press, 1963.

ARENDT H. 1963c. *Sulla Rivoluzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1983 (ed. or. *On Revolution*, New York, Penguin, 1963, trad. it. di M. Magrini).

ARENDT H. 1966. *Elogio di Rosa Luxemburg, rivoluzionaria senza partito*, in «MicroMega», 3, 1989, 43 ss. (ed. or. *A Heroine of the Revolution*, in «The New York Review of Books», VII, 5, 1966, 21 ss., trad. it. di Alessandro Dal Lago).

ARENDT H. 2017. *The Freedom to Be Free*, in «The New England Review», 38, 2, 2017, 56 ss. Disponibile in: https://lithub.com/never-before-published-hannah-arendt-on-what-freedom-and-revolution-really-mean/.

ARENDT H. 2018a. *The Freedom to Be Free. The Conditions and Meaning of Revolution*, in EAD., *Thinking Without a Banister: Essays in Understanding. 1953-1975*, New York, Schocken Books, 2018, 368 ss.

ARENDT H. 2018b. *Die Freiheit, frei zu sein*, München, DTV, 2018.

BARTOLI C. 2008. *La teoria della subalternità e il caso dei dalit in India*, Cosenza, Rubbettino, 2008.

BENHABIB S. 2004. *The Rights of Others. Aliens, Residents, and Citizens*, New York, Cambridge University Press, 2004.

BIRMINGHAM PEG P. 2006. *Hannah Arendt & Human Rights. The Predicament of Common Responsibility*, Bloomington & Indianapolis, Indiana University Press, 2006.

DE GOOYER S., HUNT A., MAXWELL L., MOYN S. 2018. *The Right to Have Rights*, New York-London, Verso, 2018.

GÜNDOĞDU A. 2015. *Rightlessness in an Age of Rights. Hannah Arendt and the Contemporary Struggles of Migrants*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

HIRSCHMAN A.O. 1985. *Felicità privata e felicità pubblica*, Bologna, il Mulino, 1985 (ed. or. *Shifting Involvements: Private Interest and Public Action*, Princeton, Princeton University Press, 1982).

KESBY A. 2012. *The Right to Have Rights. Citizenship, Humanity, and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

KOHN J. 2017. *Introduzione* a H. Arendt, *The Freedom to Be Free*, in «The New England Review», 38, 2, 2017, 56.

LETTRE COLLECTIVE 1966. *Hannah Arendt est-elle nazie?*, in «Le Nouvel Observateur», 26 ottobre 1966, 37 ss.

MARX K. 2007. *La questione ebraica,* Milano, Bompiani, 2007 (ed. or. *Zur Judenfrage,* in «Deutsch-Französiche Jahrbücher», 1, Doppellieferung, 1844, 182 ss., trad. it. di D. Fusaro).

NETTL J.P. 1966. *Rosa Luxemburg*, London-New York, Oxford University Press, 1966.

PAREKH S. 2008. *Hannah Arendt and the Challenge of Modernity. A Phenomenology of Human Rights*, New York-London, Routledge, 2008.

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

YOUNG-BRUEHL E. 2004. *Hannah Arendt: For Love of the World*, New Haven-London, Yale University Press, 2004.

RATIO DECIDENDI

a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO

SULLA NECESSITÀ DEGLI STANDARD DI PROVA PER LA GIUSTIFICAZIONE DELLE DECISIONI GIUDIZIALI

JORDI **FERRER BELTRÁN**
GIOVANNI **TUZET**

&dq

Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali

On the Necessity of Standards of Proof for the Justification of Judicial Decisions

JORDI FERRER BELTRÁN

Profesor Titular de Filosofía del derecho, Universitat de Girona.
E-mail: jordi.ferrerb@udg.edu

GIOVANNI TUZET

Professore Associato di Filosofia del diritto, Università Commerciale "Luigi Bocconi" di Milano.
E-mail: giovanni.tuzet@unibocconi.it

ABSTRACT

Il lavoro si struttura in due parti: nella prima viene spiegato perché gli standard di prova sono necessari alla giustificazione delle decisioni giudiziali e quali sono i requisiti per formularli correttamente; nella seconda vengono esaminate due decisioni giudiziali in tema di vaccini (una del Consiglio di Stato italiano, l'altra della Corte di giustizia dell'Unione europea), discutendone i profili probatori e mostrando che in entrambe si pone il problema dello standard di prova rilevante, ossia del livello di sufficienza probatoria richiesto a fini decisori.

The work is structured in two parts: the first explains why standards of proof are necessary for the justification of judicial decisions, and what the requirements are to formulate them correctly; in the second two judicial decisions concerning vaccines are examined (one of the Italian "Consiglio di Stato", the other of the Court of Justice of the European Union), discussing their evidential aspects and showing that both are affected by the problem of the relevant standard of proof, i.e. of the level of probative sufficiency required for decision-making purposes.

KEYWORDS

Decisione giudiziale, prova, standard di prova, vaccini

Evidence, judicial decision, standards of proof, vaccines

ALLEGATI

Consiglio di Stato, Sezione Terza, ordinanza n. 1662/2017

Corte di Giustizia dell'Unione europea, Seconda Sezione, sentenza del 21 giugno 2017, sulla causa C-621/15

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XVIII, 2018 / 2 (dicembre) | pp. 455-472

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali*

JORDI FERRER BELTRÁN, GIOVANNI TUZET

1. *Sulla necessità degli standard probatori* – 1.1. *Un progresso incompiuto* – 1.2. *Come si può formulare uno standard di prova?* – 1.3. *Il punto* – 2. *Due decisioni giudiziali in tema di vaccini* – 2.1. *Il Consiglio di Stato italiano sull'obbligo vaccinale* – 2.2. *La Corte di giustizia dell'Unione europea sulla prova del danno da vaccino difettoso*.

ALLEGATI: (a) Consiglio di Stato, Sezione Terza, ordinanza n. 1662/2017; (b) Corte di Giustizia dell'Unione europea, Seconda Sezione, sentenza del 21 giugno 2017, sulla causa C-621/15.

Il presente lavoro si struttura in due parti: nella prima viene spiegato perché gli standard di prova sono necessari alla giustificazione delle decisioni giudiziali e quali sono i requisiti per formularli correttamente; nella seconda vengono esaminate due decisioni giudiziali in tema di vaccini, discutendone i profili probatori e mostrando che in entrambe si pone il problema dello standard di prova rilevante, ossia del livello di sufficienza probatoria richiesto a fini decisori. La prima è una decisione del Consiglio di Stato italiano in tema di obblighi vaccinali; la seconda una decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea sulla prova del danno da vaccino difettoso. L'assenza di una chiara indicazione circa lo standard probatorio rilevante rende quantomeno incompleta la giustificazione di simili decisioni.

Il punto centrale del presente lavoro, pertanto, consiste nel segnalare l'urgenza di una seria progettazione degli standard di prova, tanto in sede civile quanto in sede penale, tanto in relazione alla decisione finale di un procedimento quanto alle decisioni *in itinere* basate su elementi di prova.

1. *Sulla necessità degli standard probatori*

1.1. *Un progresso incompiuto*

La teoria generale della prova giuridica ha avuto, senza dubbio, un progresso esponenziale negli ultimi 25 anni. La dottrina processualista classica aveva trascurato la sua analisi concentrandosi, al massimo, nel ribadire posizioni ampiamente supera-

URL: http://www.dirittoequestionipubbliche.org/allegati/CdS_Sez_3_ord_1662_17.pdf
http://www.dirittoequestionipubbliche.org/allegati/CGUE_Sez_2_C-621-15.pdf.

* Per la traduzione della prima parte del presente lavoro, scritta originariamente in spagnolo, ringraziamo Elena Marchese; per alcuni commenti alla seconda parte ringraziamo Gaetano Carlizzi.

te in epistemologia oppure nel sistematizzare le regole probatorie contenute nei codici. Mentre la filosofia del diritto aveva dedicato una attenzione notevole al problema della giustificazione delle decisioni giudiziali, ma aveva abbandonato totalmente il ragionamento sui fatti. Tuttavia, come abbiamo detto, la situazione è cambiata molto (e in bene) negli ultimi decenni.

A nostro parere resta, però, un problema irrisolto di vasta portata, sia teorica che pratica: affrontare seriamente la progettazione di standard di prova, cioè di regole che determinino il grado di sufficienza probatoria per considerare provata una ipotesi in un processo giudiziale o per poter adottare certe decisioni preliminari all'interno dello stesso procedimento.

Una volta che diveniamo consapevoli del carattere probabilistico del ragionamento probatorio e del fatto che la sua conclusione non può che riconoscere un certo grado di probabilità (induttiva, non matematica) alle ipotesi sui fatti in conflitto nel processo, il problema che si presenta immediatamente è quello di determinare quale grado di probabilità è sufficiente per accettare l'ipotesi come provata. Le risposte tradizionali, che vincolano la sufficienza di prove al convincimento giudiziale o, talvolta, alla certezza, sono evidentemente errate.

Tuttavia, vanno nella direzione sbagliata anche alcune riforme processuali o tesi giurisprudenziali che hanno incorporato elaborazioni proprie del diritto statunitense, come la famosa formula dell'"oltre ogni ragionevole dubbio"[1] o altre che, per determinare la sufficienza probatoria, dicono che questa c'è quando le prove sono (oh, sorpresa!) sufficienti o numerose[2].

Neppure il garantismo, sia nella sua versione penale-sostanziale che processuale, si è troppo interessato, in fin dei conti, alla necessità di predisporre regole che determinino i gradi di sufficienza probatoria, quasi come se non fosse parte delle garanzie di un debito processo sapere in quali condizioni una ipotesi fattuale può considerarsi provata[3].

Tuttavia, un sistema senza standard di prova è un sistema senza regole per giustificare le decisioni sui fatti, cosa che rende inutili molti "diritti processuali *in itinere*" del procedimento, dalla presunzione di innocenza fino al dovere di motivazione.

[1] Si veda, al riguardo, un'analisi chiarificatrice e molto critica in LAUDAN 2003; v. anche ID. 2006, 29-62. Sull'interpretazione della formula dell'oltre ogni ragionevole dubbio in Inghilterra e Galles, si veda ROBERTS, ZUCKERMAN 2004, 253 ss.

[2] Si prenda ad esempio l'art. 641 della "Ley de Enjuiciamiento Criminal" spagnola, che regola l'archiviazione provvisoria della causa stabilendo questo: «Si procederà all'archiviazione provvisoria: [...] 2° Quando risulti dal verbale che è stato commesso un delitto e non vi siano motivi sufficienti per accusare una o più persone di esserne stati autori, complici o favoreggiatori».

[3] Crediamo che questa sia, tra le altre cose, la critica più importante che può farsi tanto al garantismo penale-sostanziale quanto al garantismo processuale, rappresentati rispettivamente da autori come Ferrajoli e Alvarado Velloso. Entrambe le teorie, caratterizzate da presupposti molto distinti, condividono l'enfasi rispetto alle garanzie durante il procedimento giudiziale, trascurando, però, la necessità di stabilire regole di giudizio che operino come garanzie della non arbitrarietà delle decisioni sui fatti.

Infatti, se non conosciamo quando la presunzione di innocenza, come regola di giudizio, può considerarsi superata a causa delle prove disponibili, nemmeno possiamo sapere se è stata violata. E se non conosciamo il grado di sufficienza probatoria richiesto dal diritto per un certo caso, civile o penale, come possiamo esigere dal giudice che motivi che questa esigenza è stata soddisfatta?

In definitiva, se il ragionamento probatorio è probabilistico e la certezza razionale su una ipotesi fattuale è irraggiungibile, diventa allora imprescindibile dotarsi di regole, i c.d. "standard di prova", che determinino il grado di probabilità a partire dal quale siamo disposti a dare per provata l'ipotesi, cioè che determinino quale grado di supporto ci sembra sufficiente per accettare come vera l'ipotesi fattuale in questione (e così poterla usare come tale nel nostro ragionamento).

1.2. *Come si può formulare uno standard di prova?*

La formulazione di uno standard di prova esige che si tenga conto di due tipi di considerazioni: *metodologiche* (relative alla maniera di formulare lo standard) e *politiche* (relative alle scelte ideologico-morali alla base del grado di sufficienza probatoria richiesto dallo standard).

1.2.1. *Requisiti metodologici per formulare uno standard di prova*

Affinché una regola possa denominarsi correttamente "standard di prova" deve rispettare tre requisiti:

a) fare appello a criteri relativi alla capacità giustificativa dell'insieme probatorio rispetto alle conclusioni stabilite. Questo, evidentemente, esclude l'utilizzazione dei criteri soggettivi del decisore, cosicché qualsiasi formulazione di standard di prova che rimandi a stati mentali o psicologici del giudicante non soddisfa tale requisito. Indipendentemente da chi abbia competenza per decidere e dal fatto che esistano o meno mezzi per poterla impugnare, la decisione deve essere governata da criteri intersoggettivamente controllabili;

b) i criteri che si utilizzano nello standard di prova devono adempiere la funzione di stabilire una soglia il più possibile precisa, superata la quale, un'ipotesi fattuale può essere considerata sufficientemente corroborata ai fini della decisione che deve essere presa. Evidentemente, non soddisfano tale criterio gli appelli alla *sana crítica*[4] (che, nel migliore dei casi, sarebbe un metodo di valutazione, ma non una soglia probatoria), né all'induzione (per le stesse ragioni) e neppure il rinvio a leggi scientifiche o a quelle della logica. Così risulta chiaro che, per esempio, il ragionamento probatorio è sempre un ragionamento induttivo, che deve rispettare

[4] Si tratta di un'espressione usata nei testi normativi di numerosi paesi di lingua spagnola per indicare, in modo molto impreciso, come le prove vanno valutate.

le leggi della logica o della scienza, e che ciò deve essere fatto in tutti gli stadi del procedimento. Per contro, in quei diversi stadi (ad esempio, la dichiarazione dell'apertura del dibattimento, l'adozione di misure cautelari o la dichiarazione dei fatti provati nella decisione finale) le esigenze probatorie sono e devono essere distinte, quindi non è sufficiente dire che tali decisioni debbano essere induttivamente giustificate, ecc., è necessario determinare la soglia a partire dalla quale le decisioni si considereranno giustificate o, in altri termini, il grado di supporto induttivo necessario in ogni distinto momento;

c) dal momento che la struttura del ragionamento probatorio è data dalla probabilità logica o induttiva e non matematica[5], la soglia di sufficienza probatoria non può stabilirsi mediante numeri né formule matematiche, ma attraverso l'utilizzo di criteri qualitativi.

1.2.2. *Le ragioni alla base del livello di sufficienza probatoria degli standard*

Il punto di partenza per comprendere il tipo di condizioni politiche che operano nel momento in cui si stabilisce uno standard di prova è capire che la funzione dello standard è la *distribuzione* del rischio di errore tra le parti. Così, per esempio, se alziamo la soglia di sufficienza probatoria nel processo penale avremo meno innocenti condannati (posto che sarà più difficile che si acquisisca contro di loro un insieme probatorio incriminatore di tale livello), ma avremo più colpevoli assolti[6] (dato che, anche rispetto ai soggetti che effettivamente hanno commesso i fatti che vengono loro imputati, sarà più difficile soddisfare le esigenze probatorie richieste dallo standard). In senso opposto, se abbassiamo il livello di sufficienza probatoria dello standard, è prevedibile che avremo meno colpevoli assolti (perché sarà più facile reperire prove di colpevolezza che permettano di raggiungere tale livello di sufficienza), ma più innocenti condannati (perché, anche rispetto a loro, sarà più facile superare il grado di corroborazione richiesto). È per questo che lo standard di prova, insieme ad altre regole come quelle che stabiliscono oneri probatori o presunzioni ha l'effetto di distribuire il rischio di errore tra le parti.

Non è strano trovare chi sostiene la tesi che uno standard di prova esigente diminuisce il numero di errori sui fatti, ma questa è una conclusione molte volte frettolosa, basata sull'osservazione di un solo tipo di errore: le condanne false, non riconoscendo (o ignorando) che insieme a queste sono materialmente erronee anche le assoluzioni false. In altri termini, se si accetta che l'obiettivo istituzionale della prova nel processo giudiziale è l'accertamento della verità, qualsiasi discor-

[5] Per una giustificazione dettagliata di questa tesi si veda FERRER BELTRÁN 2007, 95-121.

[6] Si noti che stiamo usando l'espressione "innocente" e "colpevole" in senso materiale, cioè per riferirci a quegli imputati che, rispettivamente, non hanno commesso il reato che viene loro ascritto e a quelli che invece lo hanno commesso (indipendentemente dalle prove esistenti contro di loro).

danza tra quello che è accaduto e quello che è stato provato è materialmente un errore (per quanto, dipendendo dalle prove disponibili, può darsi che inferenzialmente non lo sia). Il fatto che in certe circostanze possiamo preferire uno tra i tipi di errore (fino a un certo punto, preferiamo un'assoluzione falsa a una condanna falsa) non incide in definitiva sulla qualificazione di tutti quelli come errori.

Ovviamente, l'epistemologia giuridica non dovrebbe essere interessata solo (e in via esclusiva) alla distribuzione degli errori ma anche alla loro *diminuzione*. Gli strumenti processuali adeguati per massimizzare le probabilità di correttezza della decisione sulle prove però sono altri: in particolare, quelli che mirano alla formazione di un insieme di prove il più ricco possibile sia da un punto di vista quantitativo che qualitativo. Come, quando e chi può proporre l'ammissione di prove, quali prove ammettere, come controllarne l'affidabilità attraverso la prassi probatoria o l'integrazione tramite altre prove ecc. sono alcuni degli aspetti che incidono sulla ricchezza dell'insieme probatorio, che, a sua volta, influisce sulla probabilità di correttezza della decisione. A maggiore e più affidabile informazione corrisponde, quindi, maggiore probabilità di correttezza nella decisione sui fatti.

Se così è, allora, la determinazione del livello di sufficienza probatoria dello standard di prova non incide sulla diminuzione degli errori, ma sulla distribuzione del rischio di errore tra le parti. La ragione principale per determinare il livello di sufficienza probatoria a cui situare lo standard di prova ha a che fare, quindi, con la distribuzione del rischio di errore (false condanne e false assoluzioni) che riteniamo accettabile, cosa che suppone chiaramente una decisione politico-morale.

Però, che ragioni possono contare per la decisione relativa al livello di sufficienza probatoria? La lista di ragioni è, ovviamente, aperta e in nessun caso ci potrà offrire risultati oggettivi (posto che parliamo di preferenze politiche). Crediamo tuttavia importante sottolineare le seguenti tre ragioni:

1) la gravità dell'errore in caso di falsa condanna ha a che fare fondamentalmente sia con l'importanza del bene colpito dalla conseguenza giuridica, sia col grado di incidenza sullo stesso. Possiamo convenire che non hanno la stessa gravità una sanzione pecuniaria e una privazione della libertà, un arresto domiciliare nel fine settimana e venti anni di carcere. La maggior importanza del bene giuridico colpito e la maggior incidenza sullo stesso tendono a suggerire la necessità di uno standard probatorio più esigente, posto che l'errore in una condanna falsa avrà conseguenze più gravi.

Per questa ragione, tradizionalmente, nei sistemi anglosassoni[7] si è distinto, ad esempio, tra lo standard di prova applicabile nei processi penali e lo standard o gli standard applicabili nei processi civili (ne riparleremo *infra*, 2.2). Alla luce di questa prima ragione, tuttavia, crediamo che la distinzione dovrebbe essere molto

[7] E per loro influenza, anche in molti sistemi di tradizione romano-germanica.

più sottile. In effetti, in queste ultime decadi, i nostri sistemi penali hanno subìto una gran trasformazione, dimenticandosi del modello di "intervento penale minimo" e includendo, tra i tipi di reato, le più varie condotte. Come contropartita, anche la diversità di pene è cresciuta esponenzialmente, includendo sanzioni pecuniarie, interdizioni dalla professione o dall'esercizio di una carica pubblica, obbligo di prestare servizi sociali, ordini di allontanamento, insieme alle tradizionali pene privative della libertà che possono essere, a loro volta, non solo di durata molto varia ma anche scontate in carcere o nel proprio domicilio.

Ovviamente, alcune di queste conseguenze giuridiche non sono diverse da quelle che possono aversi in un processo civile, in un contenzioso amministrativo o di lavoro. Se è così, la gravità della conseguenza giuridica in caso di una determinazione erronea dei fatti non è sempre la stessa nel processo penale, il che rende consigliabile, tenendo in conto questa prima ragione, disporre di diversi standard di prova per questo tipo di processo, in funzione della gravità della conseguenza giuridica prevista.

Non deve essere considerato per forza più grave l'errore in un processo penale che in uno civile (non è così ovvio che una sanzione pecuniaria erronea, in un processo penale, sia più grave della revoca erronea della patria potestà in un processo civile) così, in accordo con questa prima ragione, non dovrebbe ritenersi appropriata l'identificazione di uno standard di prova unificato per tutti i processi penali che, quindi, necessariamente, dovrebbe essere più esigente rispetto allo standard di prova dei processi civili, a quello dei contenziosi amministrativi ecc.

Di conseguenza, indipendentemente dai gravi problemi di indeterminatezza dello standard dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", la sua applicazione indistinta a tutti i processi penali dovrebbe essere abbandonata.

2) Il costo dell'errore nelle false assoluzioni. È chiaro che se il nostro unico interesse fosse evitare le false condanne, la miglior maniera di assicurarlo (e di fatto, l'unica) sarebbe quella di non condannare mai nessuno. In tal modo, riusciremmo a realizzare completamente una delle pretese che abbiamo nei confronti dello Stato: cioè che questo non utilizzi la sua capacità sanzionatoria per danneggiare soggetti innocenti. Tuttavia, anche in questa maniera, trascureremmo totalmente un'altra pretesa che come società solleviamo nei confronti dello Stato: cioè che protegga i nostri diritti (alla vita, all'integrità fisica, alla libertà, alla proprietà, alla libertà sessuale ecc.) evitando che terzi ci danneggino o garantendo la riparazione del danno. Pertanto, dobbiamo essere consapevoli che, all'aumentare del livello di sufficienza dello standard di prova, aumenteremo anche il rischio di assoluzioni false o (che è lo stesso) il rischio di colpevoli assolti. Nella misura in cui questi ultimi possono essere recidivi o la mancanza di condanne diminuisca (o elimini) la capacità dissuasiva o riparatoria del diritto, lo standard di prova avrà un impatto negativo nel grado di adempimento della funzione statale di protezione dei diritti.

3) La terza ragione da considerare al momento di determinare lo standard di prova ha a che vedere con le difficoltà probatorie specifiche dei tipi di casi ai quali si pretende di applicare lo standard così come è stato caratterizzato dal legislatore. Vediamone un esempio che può essere emblematico: l'evoluzione della tipizzazione dei delitti sessuali in molti paesi del nostro contesto culturale ha portato a eliminare il requisito della resistenza fisica per la determinazione della mancanza del consenso, così che ora è sufficiente il solo rifiuto al rapporto sessuale. Ebbene, ciò che senza dubbio costituisce un avanzamento in un senso, introduce, in un altro, seri problemi probatori, posto che è molto più semplice lo scenario probatorio in cui restano segni della resistenza fisica che lo scenario in cui deve essere provata un'assenza di consenso che può essere solo verbale o anche non verbale. Dato che, inoltre, i delitti sessuali solitamente non sono commessi in pubblico, ciò implica che siamo dinanzi a una specie di delitti che comportano, normalmente, difficoltà probatorie molto serie.

Un altro esempio chiaro di questo tipo di problema si incontra nei delitti di corruzione, dove si affrontano considerevoli difficoltà per seguire il movimento del denaro (molte volte tra conti di diversi paesi, specialmente di paradisi fiscali, con persone interposte, ecc.) al fine di correlare, ad esempio, tali disposizioni economiche con il pagamento di decisioni politiche ecc.

In casi di questo tipo[8], le difficoltà probatorie operano da ragione per la diminuzione del livello di sufficienza dello standard, così da evitare l'impunità e, con ciò, che la figura di reato divenga inutile perché inapplicabile.

In altre parole, le difficoltà probatorie speciali di questi tipi di casi tendono a produrre un gran numero di false assoluzioni, con la conseguente mancanza di protezione dei beni giuridici che la figura di reato intendeva proteggere. Se vogliamo evitare questo risultato, possiamo modificare la definizione del tipo di reato, di modo che non produca quei gravi problemi probatori o che diminuisca la sufficienza di standard di prova[9].

Ovviamente, non è per nulla strano che si presentino simultaneamente ragioni per aumentare o mantenere alto il livello di sufficienza probatoria e ragioni per diminuirlo. Ciò accade, ad esempio, quando ai casi che presentano forti difficoltà probatorie si attribuisce una conseguenza giuridica di speciale gravità (ad esempio, una privazione di libertà di lunga durata). Non disponiamo di un metodo oggettivo per ponderare queste ragioni che "tirano la corda" in direzioni opposte e la decisione a riguardo non potrà essere nient'altro che politica[10].

[8] È importante sottolineare che stiamo parlando di casi tipo, non di casi singolari che, per qualche ragione, affrontano difficoltà probatorie. Per ragioni basilari di prevedibilità delle regole con le quali siamo giudicati, gli standard di prova dovrebbero essere previsti come regole generali e astratte.

[9] Così diminuirebbe il numero di false assoluzioni ma aumenterebbe anche quello delle false condanne. D'altra parte è chiaro che questa terza ragione è, in realtà, strumentale rispetto alla seconda.

[10] Ma si deve prendere seriamente in considerazione che un disegno legislativo che definisca i presupposti di

1.3. *Il punto*

Dato che la formulazione di standard di prova richiede l'adozione previa di decisioni politiche sulla distribuzione del rischio di errori tra le parti di un procedimento, la teoria della prova e l'epistemologia giuridica non possono dar risposta a quale sia lo standard di prova più adeguato per ogni momento processuale o per ogni tipo di caso.

Possono, tuttavia, segnalare la necessità ineludibile di disporre di queste regole processuali e agevolare la formulazione di standard rispettosi dei requisiti metodologici menzionati sopra.

D'altra parte, se la determinazione del grado di sufficienza probatoria che riflette lo standard di prova è il risultato di una decisione eminentemente politica, pare che questi strumenti dovrebbero essere predisposti dal legislatore nei codici processuali. Ciò inoltre è esigibile indipendentemente dalla giurisdizione di cui si tratti (penale, civile, del lavoro, amministrativa, ecc.). Lo schema presentato in questo lavoro è applicabile, a nostro avviso, a tutti i procedimenti, sebbene i gradi di sufficienza probatoria riflessi nello standard di prova non saranno gli stessi. La giustificazione del fatto che le prove disponibili soddisfino o no lo standard di prova è, in cambio, compito principale del giudicante nella motivazione delle decisioni giudiziali. Tuttavia, che si possa realizzare adeguatamente questa giustificazione nella motivazione giudiziale presuppone che si disponga dello standard applicabile e che questo sia formulato adeguatamente. Altrimenti, risulterebbe impossibile evitare decisioni arbitrarie o meramente intuitive circa i fatti.

2. *Due decisioni giudiziali in tema di vaccini*

Le due decisioni qui commentate non sono ricostruzioni fattuali di merito. Non sono cioè puntuali rappresentazioni delle prove disponibili e delle inferenze fattuali che se ne possono o debbono trarre in merito ai fatti controversi. Sono decisioni sulla legittimità di altre decisioni aventi a che fare con prove.

La prima è un'ordinanza del Consiglio di Stato italiano (del 20 aprile 2017) sulla legittimità dell'introduzione dell'assolvimento dell'obbligo vaccinale come requisito di accesso a determinati servizi educativi. La seconda è una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (del 21 giugno 2017) sulla prova del danno da vaccino difettoso.

Entrambe le decisioni, come si vede, hanno a che fare con il tema – molto dibattuto oggi, almeno in Italia – della vaccinazione e dei suoi profili normativi oltre

fatto in maniera che implichino gravi difficoltà probatorie e che, allo stesso tempo, vi attribuisca gravi conseguenze giuridiche, corre un serio rischio di finire per risultare inefficace e/o ineffettivo.

che scientifici. Ed entrambe mostrano, se ce ne fosse ancora bisogno, che i problemi della prova non si pongono solo alle decisioni di merito, ma anche a quelle di legittimità ogniqualvolta si tratti di controllare i requisiti normativi della ricostruzione fattuale e delle sue conseguenze giuridiche.

2.1. *Il Consiglio di Stato italiano sull'obbligo vaccinale*

Con l'ordinanza n. 1662 del 2017 la Sezione terza del Consiglio di Stato ha stabilito che è legittima l'introduzione dell'assolvimento dell'obbligo vaccinale quale requisito di accesso ai servizi educativi comunali per l'età da 0 a 6 anni. Il requisito era stato introdotto dal Comune di Trieste e contestato da alcune famiglie presso il Tribunale amministrativo regionale del Friuli-Venezia Giulia, che aveva dato torto ai ricorrenti ritenendo legittimo l'obbligo vaccinale. Analogo esito ha il ricorso al Consiglio di Stato, che respinge la domanda degli appellanti.

Ai nostri fini, l'aspetto interessante dell'ordinanza (estensore Bellomo) è l'impostazione filosofica ed epistemologica. Punto di partenza è il «sistema normativo generale», con il quale il Consiglio di Stato ritiene coerente la prescrizione di vaccinazioni obbligatorie per l'accesso ai servizi educativi comunali, considerate altresì «le esigenze di profilassi imposte dai cambiamenti in atto (minore copertura vaccinale in Europa e aumento dell'esposizione al contatto con soggetti provenienti da Paesi in cui anche malattie debellate in Europa sono ancora presenti)». In secondo luogo, per i giudicanti, la prescrizione non è in conflitto con i principi di precauzione e proporzionalità. Il richiamo al *principio di precauzione* consente di impostare il discorso in chiave filosofica e discuterne alcuni aspetti epistemologici e argomentativi.

Viene data innanzitutto un'indicazione dell'operatività di tale principio (invocato peraltro dagli appellanti a fronte dei possibili esiti dannosi dei vaccini):

> «esso opera nei casi in cui l'osservazione scientifica ha rilevato (o ipotizzato sulla base di analogie con altre leggi scientifiche) una successione costante di accadimenti e ne ha formulato una descrizione provvisoria, ma non si dispone di prove per confermare l'ipotesi o per escluderla».

La questione è in termini negativi[11], poiché si tratta di un'insufficienza probatoria se non addirittura, nella formulazione dell'estensore, di un'assenza di prove («non si dispone di prove per confermare l'ipotesi o per escluderla»). Ma il Consiglio di Stato omette di dire quale standard di prova dovrebbe essere soddisfatto, ossia quando le prove sarebbero sufficienti a confermare l'ipotesi o a escluderla. Questo

[11] La cosa è interessante poiché non solo la presenza di prove è significativa sotto diversi profili ma anche la loro insufficienza o persino la loro assenza. Si veda TUZET 2015. Cfr. WALTON 1996 nonché, in altro contesto, KAHNEMAN 2011, 96-99.

ci pare un problema grave della decisione. Comunque, per l'estensore, a tal punto il discorso può essere sviluppato in chiave logico-argomentativa in quanto operano due principi: «la fallacia *ad ignorantiam* ed il principio del terzo escluso»[12]. Per il primo non si può «considerare vera una tesi solo sulla base del fatto che non esistano prove contrarie». Dunque, l'assenza (o insufficienza) di prove a sfavore di un'ipotesi non prova la sua correttezza, così come – aggiungiamo – l'assenza (o insufficienza) di prove a suo favore non prova la correttezza della sua negazione. Per il secondo principio, una volta riconosciuto che in un dato ambito si danno due sole alternative ("*tertium non datur*"), la dimostrazione della falsità dell'una prova la verità dell'altra.

Ora, in assenza di prove (sufficienti) su una connessione causale, sia l'ipotesi di tale connessione sia la sua negazione restano per così dire in campo[13]. A tal punto la precauzione (come invocata dagli appellanti) imporrebbe di non prescrivere la vaccinazione dato il suo possibile esito dannoso. Se cioè non risulta provato (ma a quale standard?) che i vaccini *non causino danni*, in omaggio al principio di precauzione non andrebbe prescritta la vaccinazione. Ma giustamente il Consiglio di Stato osserva che allo stesso tempo non è provato che i vaccini *causino danni*. Ed è possibile anzi che la vaccinazione riduca considerevolmente la probabilità di contrarre malattie. Allora il principio di precauzione può essere utilizzato – ironia della sorte – contro gli appellanti, per sostenere la legittimità dell'obbligo vaccinale:

> «in questa prospettiva, la tutela della salute pubblica, in particolare della comunità in età prescolare, assume un valore dirimente, che prevale sulle prerogative sottese alla responsabilità genitoriale».

Così le esigenze di profilassi vengono giustificate dallo stesso strumento normativo (il principio di precauzione) invocato dagli appellanti in assenza di prove sufficienti a dirimere la questione. E a fare la differenza sembra essere la ponderazione dei rischi (pur non del tutto esplicitata nell'argomento del Consiglio di Stato) poiché da una parte c'è il rischio per il singolo di subire un danno dalla vaccinazione e dall'altra c'è il rischio per la collettività di subire un danno (per con-

[12] L'estensore li definisce «principi di logica formale», ma a ben vedere solo il secondo è tale, in quanto la "fallacia *ad ignorantiam*" è piuttosto una fallacia di rilevanza (non una fallacia formale come la negazione dell'antecedente di un condizionale, o come l'affermazione del conseguente). V. fra gli altri COPI, COHEN 1990, 170-172 e IACONA 2005, 111.

[13] L'estensore dice «regolarità causale» ma pare più appropriato parlare di "connessione causale" (l'idea di "regolarità" sembra rinviare piuttosto alla "successione costante" di avvenimenti, non al loro nesso causale). Inoltre, dice l'estensore che «in difetto di evidenze» entrambe le ipotesi devono essere considerate «contemporaneamente come vere», il che è bizzarro sotto il profilo logico-scientifico: semplicemente, nessuna delle due è stata verificata, né falsificata, ma in virtù del terzo escluso sappiamo che necessariamente una è vera e l'altra falsa. La «possibilità» di cui parla il successivo paragrafo della decisione, data l'incertezza scientifica, è una possibilità epistemica, non metafisica.

tagio) dalla mancata vaccinazione. Se la cosa è impostata in questo modo, il bilanciamento risulta ovviamente a favore dell'obbligo vaccinale.

Si può pensare che l'argomento di questa decisione sia fin troppo pretenzioso, o una montagna che partorisce un topolino[14]. Ma nella prospettiva di un approccio filosofico ed epistemologico ai problemi qui discussi non è ingiustificato il richiamo alla "fallacia *ad ignorantiam*" e al principio del terzo escluso. La chiarezza e il rigore argomentativo di una decisione passano anche attraverso l'esplicitazione dei principi logico-filosofici che operano assieme al diritto per risolvere controversie come questa. Tuttavia, come già segnalato, la decisione manca di indicare quale sarebbe lo standard probatorio rilevante per dirimere la questione fattuale di fondo.

Il quadro normativo italiano sul presente tema è peraltro in evoluzione, il che impedisce di prendere gli argomenti qui presentati come normativamente conclusivi, ma non impedisce di apprezzarne i meriti e i limiti.

2.2. *La Corte di giustizia dell'Unione europea sulla prova del danno da vaccino difettoso*

La Seconda Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea ha deciso nel 2017 la causa C-621/15 circa la prova del danno da vaccino difettoso. La relativa controversia si iscriveva, com'è evidente, nell'ambito della responsabilità per danno da prodotti difettosi e la Corte era chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 4 della direttiva 85/374/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in tale materia.

C'era quindi un problema di prova, ai fini di un'attribuzione di responsabilità, in un quadro normativo da definire tramite la pronuncia della Corte. Il sesto considerando della direttiva 85/374, nota la Corte (§ 3 della sentenza), precisa che «il carattere difettoso di un prodotto» viene determinato «non già in base alla carenza del prodotto dal punto di vista del suo uso, bensì in base alla mancanza della sicurezza che il grande pubblico può legittimamente attendersi». Osserva inoltre la Corte (§ 5) che, ai sensi dell'art. 4 di tale direttiva, il danneggiato «deve provare il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno». E osserva che, ai sensi dell'art. 6, par. 1, della medesima direttiva, in linea con il considerando di cui sopra, il prodotto è difettoso «quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze» (§ 6).

Quanto ai fatti di causa, erano in breve questi: al sig. W venne somministrato in Francia un vaccino prodotto dalla Sanofi Pasteur, contro l'epatite B, in tre iniezioni fra dicembre 1998 e luglio 1999; ad agosto 1999 il sig. W iniziò a manifestare vari disturbi che condussero a una diagnosi di sclerosi multipla a novembre 2000; nel 2006 il sig. W e alcuni suoi familiari presentarono un ricorso per ottenere dalla

[14] Fra le altre cose, che qui non commentiamo, la decisione chiama in causa anche il rasoio di Occam.

Sanofi Pasteur, ai sensi del diritto francese, il risarcimento del danno da prodotto difettoso; a seguito del decesso del sig. W nell'ottobre 2011 la controversia venne portata avanti dai suoi familiari.

Ora, ai nostri fini, è cruciale l'argomento probatorio (richiamato al § 11 della sentenza) avanzato in tale ricorso dagli attori, i quali

> «hanno fatto valere che la concomitanza tra la vaccinazione e la comparsa della sclerosi multipla nonché la mancanza di precedenti personali e familiari del sig. W relativamente a tale patologia sono tali da far sorgere presunzioni gravi, precise e concordanti quanto all'esistenza di un difetto del vaccino e di un nesso di causalità tra l'inoculazione di quest'ultimo e l'insorgenza della suddetta patologia».

Pertanto il difetto del vaccino e il nesso causale fra difetto e danno sarebbero provati, con libero apprezzamento del giudice di merito ai sensi della giurisprudenza francese (§§ 12-13), da *presunzioni gravi, precise e concordanti* quali la prossimità temporale fra inoculazione e patologia, le eccellenti condizioni pregresse del sig. W e la mancanza di precedenti personali e familiari (§ 15).

Prescindendo qui da vari passaggi procedurali della controversia, la questione probatoria che si pone è se la prova di tale difetto e nesso causale possa darsi in base a siffatte presunzioni lasciate alla valutazione del giudice, pur se la ricerca medica non stabilisce un nesso fra vaccinazione e patologia. Si vede così la somiglianza di questo problema con quello alla decisione precedente. In entrambe si tratta di far fronte a una forma di incertezza scientifica[15] sugli effetti dei vaccini e in particolare, qui, sull'eziologia della sclerosi multipla (§ 16). In realtà, gran parte della scienza medica esclude la dannosità dei vaccini; ma anche volendo ammettere l'incertezza a riguardo, la decisione precedente, come abbiamo visto, valuta legittimo l'obbligo vaccinale per esigenze di profilassi generale; nel caso presente si tratta invece di capire se la particolare patologia del sig. W sia stata presumibilmente causata dal vaccino inoculato.

Per gli studiosi della prova e del ragionamento probatorio, ciò comporta due questioni interessanti: la *ripartizione dell'onere probatorio* e la determinazione dello *standard probatorio*. Prima di vederle seguiamo ancora, brevemente, l'iter della causa C-621/15.

La Corte è chiamata a decidere se l'art. 4 della direttiva in questione, ai cui sensi il danneggiato ha l'onere della prova, osti a una disciplina nazionale che ammette tale prova in base a presunzioni lasciate al libero apprezzamento del giudice di

[15] Si consideri fra le altre cose che non c'è necessaria coincidenza fra standard di prova scientifici e giuridici. Può darsi il caso che un'ipotesi sia considerata provata secondo uno standard scientifico e non secondo uno standard giuridico, o viceversa, perché non è detto che la gravità delle conseguenze degli errori, scientifici e giuridici, sia la medesima.

merito «nonostante la constatazione che la ricerca medica non stabilisce alcun nesso fra la vaccinazione e la comparsa della malattia» (§ 17). La Corte si preoccupa di fissare i confini della questione:

> «in base al principio dell'autonomia procedurale e fatti salvi i principi di equivalenza e di effettività, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro fissare le modalità di assunzione della prova, i mezzi di prova ammissibili dinanzi al giudice nazionale competente o, ancora, i principi che presiedono alla valutazione, da parte di detto giudice, dell'efficacia probatoria degli elementi di prova al suo esame nonché lo standard probatorio richiesto» (§ 25).

Ciò detto, «le modalità nazionali di assunzione e di valutazione della prova non devono essere tali da pregiudicare né la ripartizione dell'onere della prova quale prevista all'articolo 4 di tale direttiva né, più in generale, l'effettività del regime della responsabilità previsto dalla suddetta direttiva o gli obiettivi perseguiti dal legislatore dell'Unione attraverso la stessa» (§ 27). Così, un regime probatorio nazionale come quello francese in esame «è tale da agevolare il compito del danneggiato» in quanto non gli chiede di produrre «prove certe e inconfutabili» di quanto sostiene, ma consente che la prova sia raggiunta «con un grado sufficientemente elevato di probabilità»[16] in base a un «complesso di indizi la cui gravità, precisione e concordanza» è materia di apprezzamento giudiziale (§ 28). La Corte si premura di aggiungere (§ 29) che ciò non costituisce un'inversione dell'onere della prova (che confliggerebbe con l'art. 4 della direttiva), lasciando già intendere che la disciplina francese è compatibile con il diritto dell'Unione; aggiunge anzi che uno standard di certezza imposto al danneggiato sarebbe in contrasto con la direttiva poiché non garantirebbe una «giusta ripartizione dei rischi» e non consentirebbe di «tutelare la sicurezza e la salute dei consumatori» (§ 32).

Per altro verso, si deve evitare che ciò si trasformi «nell'instaurazione a danno del produttore di forme di presunzione ingiustificate» (§ 34). Si deve evitare cioè che i giudici di merito applichino tale regime probatorio in modo troppo lasco (§ 35), o con presunzioni immediatamente e automaticamente innescate a carico del convenuto da «indizi fattuali» prodotti dall'attore (§ 36)[17].

> «Così, da un lato, spetta ai giudici nazionali garantire che gli indizi prodotti siano in effetti sufficientemente gravi, precisi e concordanti da autorizzare la conclusione secondo cui l'esistenza di un difetto del prodotto appare, nonostante gli elementi prodotti e gli argomenti pre-

[16] Si osservi quanto dicevamo *supra* (1.1): quello che dobbiamo determinare con lo standard di prova è il grado di sufficienza probatoria per considerare provata un'ipotesi ma questo non può essere fatto dicendo che l'ipotesi deve avere un «grado sufficientemente elevato di probabilità».

[17] Su questo problema nella giurisprudenza italiana si può vedere TUZET 2013, 162 ss.

sentati a propria difesa dal produttore, la spiegazione più plausibile dell'insorgenza del danno, di modo che il difetto e il nesso di causalità possano ragionevolmente essere considerati dimostrati» (§ 37)[18].

«Dall'altro, è necessario che questi stessi giudici facciano in modo che resti impregiudicato il principio secondo cui spetta al danneggiato dimostrare, attraverso tutti i mezzi di prova generalmente ammessi dal diritto nazionale e, come nella fattispecie, segnatamente con la produzione di indizi gravi, precisi e concordanti, l'esistenza di un difetto del vaccino e di un nesso di causalità. Ciò richiede che il giudice si assicuri di preservare il proprio libero apprezzamento quanto al fatto che una simile prova sia stata o meno fornita in modo giuridicamente sufficiente, fino al momento in cui, avendo egli preso conoscenza degli elementi prodotti dalle due parti e degli argomenti scambiati dalle stesse, si ritenga in grado, alla luce dell'insieme delle circostanze pertinenti del caso al suo esame, di formare il proprio convincimento definitivo al riguardo» (§ 38).

Questi due passaggi della sentenza sono di particolare importanza. Da un lato si ribadisce che tali indizi devono essere effettivamente gravi, precisi e concordanti, a un livello di probabilità «sufficiente»; dall'altro si ribadisce che spetta al giudice la loro valutazione. Ne segue che un siffatto regime è compatibile con l'art. 4 della direttiva purché non vi sia inversione dell'onere probatorio (§ 43)[19]. Mentre è incompatibile con l'art. 4 un sistema di presunzioni "automatiche" a carico del produttore innescate da «indizi materiali predeterminati» (§ 47), non solo se tali presunzioni fossero assolute (§ 53) ma anche qualora fossero relative (§ 54). La ragione evidente di questa incompatibilità è la violazione dell'onere probatorio stabilito in via generale dall'art. 4 della direttiva (§ 55)[20].

[18] Si noti che questa impostazione del problema è il linea con l'approccio di ALLEN 1994 sulla "plausibilità relativa". V. anche ALLEN, PARDO 2019.

[19] Così la conclusione 1) della sentenza: «L'articolo 4 della direttiva 85/374/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, dev'essere interpretato nel senso che non osta a un regime probatorio nazionale, come quello di cui al procedimento principale, in base al quale il giudice di merito, chiamato a pronunciarsi su un'azione diretta ad accertare la responsabilità del produttore di un vaccino per danno derivante da un asserito difetto di quest'ultimo, può ritenere, nell'esercizio del libero apprezzamento conferitogli al riguardo, che, nonostante la constatazione che la ricerca medica non stabilisce né esclude l'esistenza di un nesso tra la somministrazione del vaccino e l'insorgenza della malattia da cui è affetto il danneggiato, taluni elementi in fatto invocati dal ricorrente costituiscano indizi gravi, precisi e concordanti i quali consentono di ravvisare la sussistenza di un difetto del vaccino e di un nesso di causalità tra detto difetto e tale malattia. I giudici nazionali devono tuttavia assicurarsi che l'applicazione concreta che essi danno a tale regime probatorio non conduca a violare l'onere della prova instaurato da detto articolo 4 né ad arrecare pregiudizio all'effettività del regime di responsabilità istituito da tale direttiva».

[20] Così la conclusione 2) della sentenza: «L'articolo 4 della direttiva 85/374 dev'essere interpretato nel senso che osta a un regime probatorio fondato su presunzioni secondo il quale, quando la ricerca medica non stabilisce né esclude l'esistenza di un nesso tra la somministrazione del vaccino e l'insorgenza della

In linea con questi argomenti è stato sostenuto, pur in sede penale, che il rifiuto delle presunzioni di legge, quantomeno assolute, costituisce uno degli elementi che permettono di superare il sistema della prova legale e configurare un vero e proprio principio del libero convincimento (o libero apprezzamento della prova) da parte del giudicante[21].

Chiariti dunque questi aspetti e chiarita la ripartizione dell'onere probatorio, cosa dire dello *standard di prova*? Quando la sentenza evoca la «spiegazione più plausibile dell'insorgenza della malattia» e la conclusione che «tale vaccino non offre quindi, ai sensi dell'art. 6 di tale direttiva, la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze» (§ 41), sembra che adotti uno standard di prova quale il "più probabile che non", tradizionalmente adottato in sede civile nei paesi di common law[22]. L'impressione si rafforza quando la Corte ribadisce il principio del contraddittorio e la necessità di considerare gli elementi offerti dal produttore al fine di «mettere in dubbio il grado di plausibilità» di cui sopra (§ 42): le versioni dei fatti dell'una e dell'altra parte vanno confrontate per stimarne la relativa plausibilità e giudicare se, in altri termini, quella dell'attore, gravato dall'onere, sia "più probabile che non".

Alcuni aspetti della questione resistono però a questa risposta sullo standard. Innanzitutto, a ben vedere suona incongruo qualificare come "grave" una presunzione che si limita a soddisfare uno standard non esigente come il "più probabile che non" (uno standard che in termini quantitativi, ammesso e non concesso che si possa tradurlo così, corrisponde a qualsiasi valore > 0,5). Ricordiamo che la Corte insiste sulla necessità di riscontrare l'effettiva gravità, precisione e concordanza delle presunzioni a carico del produttore. Non è questo in tensione con uno standard come il "più probabile che non"? Ricordiamo altresì che la Corte parla di un «grado sufficientemente elevato di probabilità» (§ 28) e di un «grado di plausibilità» (§ 42) che soddisfano l'onere probatorio. Se questo "grado" è il "più probabile che non", viene da pensare che la Corte ponga troppa enfasi su tale "gravità". Inoltre, si può riprendere l'argomento visto sopra e insistere sull'indeterminatezza dello standard in questione: per specificare l'idea di un «grado sufficientemente elevato di probabilità» e non renderne arbitrario l'utilizzo, è sufficiente dire che devono esservi presunzioni «gravi, precise e concordanti»?

In secondo luogo, il problema ha degli aspetti sistemici in tutti gli ordinamenti che, come quello italiano, prevedono il raggiungimento della prova civile in base a «presunzioni gravi, precise e concordanti» (art. 2729 c. I c.c.) e di quella penale in

malattia da cui è affetto il danneggiato, la sussistenza di un nesso di causalità tra il difetto attribuito al vaccino e il danno subito dal danneggiato deve sempre essere considerata dimostrata in presenza di taluni indizi fattuali predeterminati di causalità».

[21] CARLIZZI 2018, 37-46.

[22] Su oneri e standard, si veda ALLEN 2014. Cfr. fra gli altri STEIN 2005, 78 ss. e FERRER BELTRÁN 2007, 35 ss.

base a indizi «gravi, precisi e concordanti» (art. 192 c. II c.p.p.). Se si tratta della stessa gravità, precisione e concordanza, anche lo standard dovrebbe essere lo stesso. E poiché nel processo penale italiano lo standard di prova è, in base al diritto positivo (art. 533 c. I c.p.p.), l'«al di là di ogni ragionevole dubbio», ne seguirebbe che lo stesso vale per il processo civile[23]. Il che è non solo controintuitivo ma anche in conflitto con l'osservazione della Corte vista sopra secondo cui, nell'ambito in discussione, uno standard elevato non garantirebbe una «giusta ripartizione dei rischi» e non consentirebbe di «tutelare la sicurezza e la salute dei consumatori» (§ 32). Ne segue che deve trattarsi di *diversa* gravità, precisione e concordanza. Una gravità, per dire, che non si concreti nel superamento di una soglia probabilistica prossima a 1, ma nel superamento dello 0,5.

La sentenza, come abbiamo visto, insiste a più riprese sul «libero apprezzamento» da parte del giudice di merito. Ora, posto che il libero apprezzamento attiene più alla valutazione delle prove che alla decisione sullo standard e il suo soddisfacimento, la cosa non è molto d'aiuto per risolvere il problema che stiamo discutendo. Si può valutare con libero apprezzamento tanto se le prove soddisfino uno standard come il "più probabile che non" quanto se soddisfino uno standard come l'"oltre ogni ragionevole dubbio". I criteri di valutazione delle prove non vanno confusi con gli standard probatori[24]. Ma la logica dell'affidarsi al libero apprezzamento è piuttosto chiara: è l'idea di conferire un potere valutativo e decisorio al giudice, senza vincolarlo a standard predefiniti. È chiaro che, in un sistema dove è rigettato il principio della prova legale, il giudicante deve avere un potere valutativo in merito alla prova; ma questo non implica che debba avere il potere decisorio di determinare la soglia di sufficienza probatoria.

Se si ritiene comunque che dal punto di vista sistemico e della giustificazione delle decisioni giudiziali l'appello al libero apprezzamento e alle presunzioni gravi, precise e concordanti sia sufficiente, non occorre interrogarsi oltre su quale sia lo standard probatorio in casi come quello qui discusso. (Non si trascurino peraltro i limiti di intervento della Corte di giustizia e del diritto dell'Unione nel diritto degli Stati membri, i quali mantengono una prerogativa sulla fissazione delle modalità di assunzione della prova, dei principi della sua valutazione e dello standard richiesto).

Se invece si pensa che la protezione dei diritti soggettivi e le esigenze della giustizia sia processuale che sostanziale richiedano una maggiore definizione dei requisiti di giustificazione della decisione giudiziale, si potrebbe considerare l'ipotesi che in questi casi il grado di prova richiesto (dalla prassi) o da richiedere

[23] Nel sistema dei codici italiani manca un'espressa indicazione dello standard civile (a differenza di quanto accade con lo standard penale). La giurisprudenza ha iniziato ad adottare da alcuni anni il "più probabile che non", proprio a partire dalla prova del nesso causale nell'ambito della responsabilità extracontrattuale. Vedi ad es. Cass. sez. III civile, n. 10285/2009, n. 10741/2009, n. 15991/2011, n. 23933/2013, n. 18392/2017.

[24] Cfr. UBERTIS 2004, 119 ss.; FERRER BELTRÁN 2007, 32 ss.; TARUFFO 2009, 218 ss.; TUZET 2018.

(con un intervento legislativo) sia quello della "prova chiara e convincente", cioè lo standard intermedio che tradizionalmente si adotta negli Stati uniti per rendere più difficile la prova in certi casi civili di particolare rilievo (data la posta in gioco) ma non al punto da renderla così difficile come nei casi penali. Per affermare che tale standard intermedio è già presente, anche se non esplicitato, nel diritto e nella giurisprudenza rilevante occorrerebbe uno sforzo ermeneutico e ricostruttivo che supera le nostre forze. Relativamente più facile sarebbe adottarlo come standard *de jure condendo* qualora si abbiano motivi di insoddisfazione (come abbiamo visto sopra) tanto nei confronti del "più probabile che non" quanto nei confronti dell'"oltre ogni ragionevole dubbio"[25] relativamente a casi come quello qui discusso.

Però tale standard intermedio ha un punto debole: la sua formulazione richiama il requisito soggettivo della convinzione del giudicante, il che rischia di trasformarlo in un esercizio di introspezione che poco ha a che fare con le esigenze epistemiche della ricostruzione fattuale. Se il giudicante dovesse semplicemente chiedersi "Sono convinto?" ed esaminare a tal fine il proprio stato mentale circa i fatti controversi, lo standard non soddisferebbe l'insieme dei requisiti metodologici visti nella prima parte del presente scritto in merito alla formulazione di uno standard probatorio (*supra*, 1.2.1). In particolare, non verrebbe soddisfatto il requisito a) che esclude l'utilizzazione dei criteri soggettivi del decisore. Così il problema resta aperto.

In conclusione, il lavoro da fare è ancora molto e ci auguriamo che scritti come il presente vi diano un utile contributo.

[25] Su cui si vedano ancora gli argomenti critici in LAUDAN 2006, 36 ss. e FERRER BELTRÁN 2007, 149 ss.

Riferimenti bibliografici

ALLEN R.J. 1994. *Factual Ambiguity and a Theory of Evidence*, in «Northwestern University Law Review», 88, 1994, 604 ss.

ALLEN R.J. 2014. *Burdens of Proof*, in «Law, Probability and Risk», 13, 2014, 195 ss.

ALLEN R.J., PARDO M.S. 2019. *Relative Plausibility and Its Critics*, in «The International Journal of Evidence and Proof», 23, 2019, di prossima pubblicazione.

CARLIZZI G. 2018. *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, San Lazzaro di Savena (Bologna), Bonomo.

COPI I.M., COHEN C. 1990. *Introduzione alla logica*, 3 ed., Bologna, il Mulino, 1999 (ed. or. *Introduction to Logic*, London, Macmillan, 1990, trad. it. di G. Lolli).

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).

IACONA A. 2005. *L'argomentazione*, 2 ed., Torino, Einaudi, 2010.

KAHNEMAN D. 2011. *Pensieri lenti e veloci*, Milano, Mondadori, 2016 (ed. or. *Thinking Fast and Slow*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2011, trad. it. di L. Serra).

LAUDAN L. 2003. *Is Reasonable Doubt Reasonable?*, in «*Legal Theory*», 9, 2003, 295 ss.

LAUDAN L. 2006. *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press.

ROBERTS P., ZUCKERMAN A. 2004. *Criminal Evidence*, 2 ed., Oxford, Oxford University Press, 2010.

TARUFFO M. 2009. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, Laterza.

TUZET G. 2015. *On the Absence of Evidence*, in BUSTAMANTE T., DAHLMAN C. (eds.), *Argumentation Types and Fallacies in Legal Argumentation*, Cham, Springer, 2015, 37 ss.

TUZET G. 2013. *Filosofia della prova giuridica*, 2 ed., Torino, Giappichelli, 2016.

TUZET G. 2018. *Assessment Criteria or Standards of Proof? An Effort in Clarification*, in «Artificial Intelligence and Law», 26, 2018, in corso di pubblicazione.

UBERTIS G. 2004, *Sistema di procedura penale. I. Principi generali*, 4 ed., Milano, Giuffrè, 2017.

WALTON D. 1996. *Arguments from Ignorance*, University Park, The Pennsylvania State University Press.

indice

MONOGRAFICA
Le clausole generali:
oltre il diritto civile
a cura di CLAUDIO LUZZATI e VITO VELLUZZI

CLAUDIO LUZZATI e VITO VELLUZZI
Presentazione 7-8

DONATO CASTRONUOVO
La mappa dell'impero.
Clausole generali e decifrabilità della norma penale 11-83

GIOVANNI CHIODI
Clausole generali e abuso della libertà contrattuale:
esperienze del primo Novecento 87-104

FEDERICO PEDRINI
Ancora sulle "clausole generali".
Teoria, meta-teoria e metodologia di una categoria dottrinale problematica 107-150

STUDI

ALBERTO ANDRONICO
Sulla dismisura.
Una lettura dell'*Antigone* di Sofocle 155-187

LAURA CUCINOTTA
La difficile ricerca dell'identità per i nati da maternità surrogata.
Brevi riflessioni sulla sentenza della Corte Costituzionale del 18 dicembre 2017 n. 272 191-211

STEFANO FUSELLI
A misura di test.
Neuroscienze ed elemento psicologico del reato 215-235

PIERPAOLO MARRONE
Lovotics: tecnica, natura, *sex robot* 239-250

VINCENZO OMAGGIO
Luigi Ferrajoli interprete di Kelsen 253-268

ORNELLA PALAZZOLO e PIETRO NICOLA SALEMI
Le agenzie di *rating* nel discorso pubblico:
effetti normativi e sanzionatori dei *ratings* sovrani 271-311

GIANLUIGI PALOMBELLA
Interlegalità.
L'interconnessione tra ordini giuridici, il diritto, e il ruolo delle corti 315-342

RECENSIONI E DISCUSSIONI

Discussione su Democrazia, potere e diritto *di Alf Ross*

ALBERTO ANDRONICO
Democrazia o barbarie. Il contributo di Alf Ross al (nostro) dibattito odierno 347-357

TOMMASO GRECO
Il cielo vuoto dei realisti. Qualche nota sul pensiero politico-giuridico di Alf Ross 361-376

ALDO SCHIAVELLO
La filosofia "scientifica" di Alf Ross 379-392

ALESSANDRO SERPE
Sic transit gloria mundi? 395-420

Recensioni

ELISABETTA ARCURI
Recensione a U. Scarpelli, *La persona nella filosofia giuridica moderna* 424-429

CLELIA BARTOLI
The Freedom to Be Free. Riflessioni su uno scritto di Hannah Arendt
recentemente edito per la prima volta 433-449

RATIO DECIDENDI
a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO

JORDI FERRER BELTRÁN e GIOVANNI TUZET
Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali 455-472

[ALLEGATI]
Consiglio di Stato, Sezione Terza, ordinanza n. 1662/2017

Corte di Giustizia dell'Unione europea, Seconda Sezione, sentenza del 21 giugno 2017, sulla causa C-621/15

Realizzato da rospeinfrantumi
per conto di Diritto & Questioni pubbliche (PA)
nel dicembre 2018