

DICEMBRE 2021

& d
& q

XXI. 2021/2

diritto & questioni pubbliche

SUL PATERNALISMO GIURIDICO

COMITATO EDITORIALE

Direzione

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

Redazione

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

COMITATO SCIENTIFICO

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

© 2021, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo

www.dirittoequestionipubbliche.it

ISSN 1825-0173

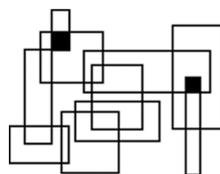
Double-Blind Peer Review

Banche dati: Scopus, Heinonline, Elsevier

Progetto grafico e impaginazione rospeinfrantumi

Tutti i diritti riservati

SUL PATERNALISMO GIURIDICO



Diritto & Questioni Pubbliche
XXI 2021 /2 (dicembre)

STUDI

UNA MIRADA JURÍDICA SOBRE LA EFECTIVIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

CAROLINA FERNÁNDEZ BLANCO



Una mirada jurídica sobre la efectividad de las políticas públicas

A Legal Overview of the Effectiveness of Public Policies

CAROLINA FERNÁNDEZ BLANCO

Investigadora postdoctoral. Universidad de Girona.

E-mail: carolina.fernandez@udg.edu

ABSTRACT

En este trabajo se presenta una relación entre la eficacia de las normas jurídicas y la efectividad de las políticas públicas. Los estudios sobre políticas públicas han omitido la importante vinculación entre los resultados de las políticas públicas y la eficacia de las normas jurídicas que las componen e implementan. Se sostiene en este artículo que ello es un desacierto, pues la eficacia de las normas jurídicas es, en buena medida, condicionante de la efectividad de las políticas públicas. Se propone entonces un análisis de la eficacia en diferentes gradaciones y se realiza una vinculación entre eficacia y efectividad, analizándose cuatro supuestos de relación entre estos dos fenómenos. Finalmente, se analiza la vinculación entre el "uso" de una de las opciones conferidas a los habitantes y el éxito de la política pública cuando la norma que implementa la política pública no es prescriptiva sino una regla que confiere derechos, potestades, facultades (que se denominan conjuntamente como antidirectivas).

This paper presents a relationship between the efficacy of legal norms and the effectiveness of public policies. Studies on public policies have omitted the important link between the results of public policies and the efficacy of the legal norms that compose and implement them. This article argues that this is an oversight, since the efficacy of legal norms is, to a large extent, a determining factor in the effectiveness of public policies. An analysis of the efficacy in different degrees is then proposed and a link between efficacy and effectiveness is made, analyzing four possible cases of the relationship between these two phenomena. Finally, the article analyzes the link between the "use" of one of the options conferred to the inhabitants and the success of the public policy when the norm that implements the public policy is not prescriptive but a rule that confers rights, powers, faculties (which are jointly referred to as anti-directives).

KEYWORDS

políticas públicas, eficacia, efectividad, normas jurídicas

Public Policy, Efficacy, Effectiveness, Legal Norms

Una mirada jurídica sobre la efectividad de las políticas públicas

CAROLINA FERNÁNDEZ BLANCO

1. *Introducción* – 2. *¿Qué es una política pública?* – 2.1. *El análisis de las políticas públicas y la omisión de considerar la eficacia de las normas jurídicas* – 3. *La eficacia de las normas y la efectividad de las políticas públicas* – 4. *Las políticas públicas como conglomerados complejos de normas* – 5. *Relaciones entre eficacia de las normas y efectividad de las políticas públicas* – 5.1. *Normas que implementan políticas públicas y son altamente eficaces y efectivas* – 5.2. *Normas altamente eficaces, pero no efectivas* – 5.3. *Normas no eficaces, pero efectivas (efectividad impropia)* – 5.4. *Normas con baja o nula eficacia y políticas públicas no efectivas* – 6. *Los beneficiarios de las políticas públicas: las antidirectivas y la alternativa del “uso” de las opciones preferidas* – 7. *Palabras finales.*

1. *Introducción*

Entre los muchos mundos con los que los juristas hemos tenido dificultades para dialogar es posible identificar el ámbito del diseño, análisis y evaluación de las políticas públicas. Si bien la interacción con la ciencia política en su versión más teórica es habitual, la faceta más práctica de esta última disciplina –el análisis de las políticas públicas– ha estado prácticamente ausente del mundo del derecho¹. La relación más estrecha en este sentido parece ser la que se ha construido entre el estudio de las políticas públicas y el derecho administrativo –y el llamado derecho administrativo regulatorio– respecto de los procesos de elaboración e implementación de las políticas públicas. Sin embargo, esa relación, si bien necesaria, es notablemente incompleta.

Esta situación de aislamiento del derecho no es novedosa y es señalada desde hace muchos años por diversos autores. Afortunadamente esta tendencia tiende a revertirse y cada vez es más frecuente encontrar estudios que combinan el análisis de cuestiones jurídicas con conocimientos provenientes de las ciencias exactas, de la economía o de otras ciencias sociales. Sin embargo, pareciera que, en ciertos ámbitos, todavía el discurso jurídico y su lenguaje, a veces hermético, surtiera un efecto intimidante para las demás ciencias sociales². El ámbito de las políticas públicas parece quedar todavía en ese espacio de indiferencia mutua con el derecho y la teoría jurídica.

Por otra parte, la noción y el estudio de las políticas públicas, al menos tal como se las entenderá en este trabajo, no son demasiado antiguos. Los Estados liberales en sus inicios se dedicaron a fijar condiciones que facilitarían la solución de los problemas por parte de los actores privados interactuando libremente³. La actividad pública se limitaba así a la producción de leyes especialmente de derecho privado y al establecimiento de normas relativas al llamado poder de policía del Estado. Como explican Subirats y sus coautores, es recién a partir de la década de 1930 y

* Agradezco los comentarios a versiones previas de este trabajo recibidas en el marco del XXIV Congreso Ítalo-Franco-Luso-Español de Filosofía del Derecho. También las observaciones que me fueron realizadas por Lucila Fernández Alle, Victoria Kristan, Alexander Vargas y los revisores anónimos.

¹ Diversas universidades norteamericanas, tales como Stanford University o UCLA, ofrecen programas interdisciplinarios en derecho y políticas públicas (*Law and Public Policy*); sin embargo, la orientación que se impone en esos programas es generalmente la de los enfoques tradicionales de estudio de las políticas públicas y suelen estar orientados al aprendizaje de métodos cualitativos, microeconomía, política económica y estudios sobre las burocracias.

² NOVOA MONREAL 1990, 2.

³ SUBIRATS et al. 2012, 39.

sobre todo a partir de los años 50 del siglo pasado, con el desarrollo del Estado de bienestar, que el sector público empezó a plantear intervenciones directas y puntuales ante problemas concretos⁴.

Diversos aspectos, que quedarán fuera de este ensayo, me parece que se enriquecerían de una interrelación más fluida entre el estudio de las políticas públicas y el derecho: en primer lugar, un aspecto axiológico, en el que las discusiones morales desarrolladas en el ámbito jurídico de una manera particular podrían realizar un aporte a la construcción de las políticas públicas; en segundo lugar, dado que, casi siempre⁵, las políticas públicas se adoptan por medio de normas generales, la aproximación jurídica a la mejora de los procesos racionales de producción legislativa también podría contribuir al estudio y desarrollo de las políticas públicas. Hay por lo menos una tercera dimensión en la que el ámbito jurídico y el de las políticas públicas podrían coincidir sinérgicamente y es el que parcialmente se tratará en este trabajo: el estudio de ciertos aspectos de las *normas jurídicas* sobre las cuales se construyen las políticas públicas. Esta perspectiva debería resultar interesante para el análisis de las políticas públicas ya que estas se crean, implementan y distribuyen mediante normas jurídicas. La función instrumental que cumplen en estos casos las normas jurídicas hace que sea relevante su estudio, como se propondrá aquí, a través de la noción de eficacia normativa y su relación con la efectividad de las políticas públicas. Hay otras facetas de esta relación que también serán dejadas de lado en esta oportunidad, como el de las razones para actuar que pueden generar las normas jurídicas⁶ o las razones por las que una norma jurídica puede resultar ineficaz⁷.

El camino que propongo recorrer es el siguiente: en primer lugar expondré una posible definición de “política pública” y sus elementos esenciales; luego se introducirá de manera genérica la relación entre eficacia de las normas y efectividad de las políticas públicas para señalar por qué el análisis de las políticas públicas tradicionalmente llevado a cabo carece de un elemento esencial al omitir toda consideración sobre el “instrumento” por el que se viabiliza la política pública: las normas jurídicas. A continuación, se plantearán de modo más específico las posibles relaciones entre eficacia de las normas que establecen obligaciones y prohibiciones y la efectividad de las políticas públicas. A ello se sumará finalmente el análisis de la misma relación, pero con respecto a normas que establecen permisos, potestades, derechos, etcétera. En este recorrido presentaré diversos ejemplos de políticas públicas que existen o existieron en diversos países y aplicaré los análisis a estos casos.

2. ¿Qué es una política pública?

Las políticas públicas, como todo objeto de estudio complejo, plantean la dificultad de encontrar una definición aproximativa que cuente con algún grado de consenso. La idea que seguiré es la de asumir una aproximación a las políticas públicas que no sea demasiado general y que nos permita, por lo tanto, diferenciar este concepto de otro tipo (o de cualquier tipo) de intervenciones o decisiones gubernamentales⁸. Las políticas públicas que aquí interesan son fenómenos diferenciables de otras actividades gubernamentales y son características de los Estados de bienestar tal como se han desarrollado a partir de los años 50 con cierto éxito principalmente en Europa y, con menos fortuna, en América Latina.

⁴ SUBIRATS *et al.* 2012, 39.

⁵ Hay casos esporádicos de creación e implementación de políticas públicas a través de sentencias judiciales, pero justamente por su baja frecuencia no serán de interés para este trabajo y, además, en general, luego de esas sentencias se dictan normas generales para su implementación.

⁶ Ver, entre muchos otros, VON WRIGHT 1970, RAZ 1985, BAYÓN 1991, NINO 1985, HIERRO 2003.

⁷ Sobre este último tema ver FERNÁNDEZ BLANCO 2019, 270-271.

⁸ Una concepción bastante difundida pero demasiado amplia es la de Peters, que define a las políticas públicas como «el conjunto de actividades de las instituciones de gobierno, actuando directamente o a través de agentes, y que van dirigidas a tener una influencia determinada sobre la vida de los ciudadanos» (PETERS 1982, 4).

Con algunas reservas que luego se expondrán, seguiré a Subirats, Knoepfel, Larrue y Varone en la aproximación al concepto de políticas públicas. De acuerdo con estos autores las políticas públicas consisten en:

Una serie de decisiones o de acciones, intencionalmente coherentes, tomadas por diferentes actores públicos y a veces no públicos –cuyos recursos, nexos institucionales, e intereses varían– a fin de resolver de manera puntual un problema políticamente definido como colectivo. Este conjunto de decisiones y acciones da lugar a actos formales, con un grado de obligatoriedad variable, tendentes a modificar la conducta de grupos sociales que se supone originaron el problema colectivo a resolver (grupos-objetivo), en el interés de grupos sociales que padecen los efectos negativos del problema en cuestión (beneficiarios finales)⁹.

Continúan explicando los autores que los resultados deseados dependerán de un conjunto de decisiones complejas que se encadenan del centro a la periferia y que incorporan las decisiones correspondientes a todas y cada una de las etapas de la acción pública e incluye tanto reglas generales y abstractas (leyes, decretos, órdenes, etc.), como actos individuales y concretos producidos durante la ejecución de la política pública (decisiones administrativas, autorizaciones, subvenciones, etc.)¹⁰.

Mis reservas o consideraciones con respecto a la definición de políticas públicas antes transcrita se presentan en diversos sentidos:

a) En la actualidad sería adecuado ampliar o actualizar de alguna manera la idea de “actores” públicos a los que parecería hacer referencia la definición de Subirats *et al.* En efecto, actores internacionales no siempre identificables a primera vista como “actores públicos” deben ser considerados actualmente como impulsores y desarrolladores de políticas públicas. En este sentido, por ejemplo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1988 se propuso la eliminación global de la poliomielitis y ha impulsado la “Iniciativa para la Erradicación de la Poliomielitis”, que integran, además de la OMS, UNICEF y el Rotary Club, y cuenta con muchos apoyos de organizaciones filantrópicas importantes, como la Fundación Bill y Melisa Gates, y necesariamente con actores públicos de cada país. Esta iniciativa ha impulsado diversas políticas públicas para lograr el cometido de erradicación de esa enfermedad¹¹. Un ejemplo más reciente aún es la influencia de la OMS en las políticas públicas tomadas durante la crisis del Covid-19.

b) Considero que es imprecisa la referencia a un “grado de obligatoriedad variable”. En efecto, es posible que las políticas públicas incluyan algunas conductas obligatorias y otras (generalmente dirigidas a los beneficiarios finales) que son potestativas; sin embargo, aquellas conductas que son obligatorias –las que, por otra parte, constituyen la mayoría de las conductas necesarias para realizar una política pública– no son “variablemente” obligatorias. Jurídicamente no es posible sostener esta concepción: las conductas o son obligatorias (bajo ciertas circunstancias) o no lo son. Claro que esto puede variar con respecto a diferentes sujetos o situaciones, pero no hay una posible gradualidad en este sentido. Con esta aclaración en mente, sí es interesante que se incorpore la idea de que pueden existir en las políticas públicas conductas no obligatorias; como dije, generalmente dirigidas a los beneficiarios finales (v.gr. los potenciales beneficiarios de un programa de ayuda social pueden optar por recibir esa ayuda o continuar recibiendo ayuda de la parroquia de su barrio o incluso optar por no recibir ninguna ayuda).

c) La segunda objeción que plantearé a la definición de Subirats y sus coautores es

⁹ SUBIRATS *et al.* 2012, 38.

¹⁰ SUBIRATS *et al.* 2012, 39.

¹¹ En 2020 se declaró a África territorio libre de polio y la enfermedad solo se ha presentado ese año en Pakistán (73 casos) y Afganistán (37 casos). En el resto del mundo la enfermedad está erradicada; en América Latina, por ejemplo, desde hace más de 25 años.

conceptual: no parece una característica universal de las políticas públicas que las soluciones de los problemas colectivos requieran necesariamente de *la modificación de la conducta de los grupos sociales a los que se atribuye el origen de los problemas que se quieren corregir*. En primer lugar, no siempre es posible identificar un grupo social al que supuestamente atribuir el origen del problema social ¿Cómo determinar, por ejemplo, qué grupo social es el que origina problemas tan amplios como *la pobreza o la deserción escolar o el aumento de la presencia de una enfermedad eruptiva como el sarampión*? En segundo término, hay problemas sociales que no dependen necesariamente de la actividad de un grupo identificado o identificable y que pueden provenir de causas naturales como inundaciones, sequías, terremotos, pandemias, etcétera. Finalmente, aunque el grupo social originador del problema esté identificado o sea identificable, no siempre se requiere respecto de ese grupo una *modificación de conducta*, aunque sí es posible, en ocasiones, encontrar que los costes (no necesariamente económicos) de la política pública pueden recaer sobre ese grupo. Esto último no excluye, sin embargo, la posibilidad de que los costes de esa política sean distribuidos de manera más amplia en toda la sociedad y que recaigan parcialmente, incluso, en los beneficiarios de la política pública.

d) Finalmente, pareciera que las políticas públicas pueden implementarse con el propósito no sólo de resolver problemas colectivos sino también de prevenir su aparición.

Conjugando la definición inicial con las críticas y apreciaciones expuestas propongo reformular la aproximación a la definición de qué es una política pública o qué elementos componen una política pública. Lo haré, sin embargo, *desde una perspectiva jurídica*. Así, una política pública puede ser entendida como comprensiva de los siguientes elementos:

- Una serie de decisiones y/o de acciones, intencionalmente coherentes, tomadas por diferentes actores, públicos y a veces no públicos, tanto locales como globales¹².
- Que tiene como propósito u objetivo resolver o prevenir la aparición de un problema específico políticamente definido como colectivo.
- Que se implementa a través de reglas generales y abstractas (normas jurídicas de carácter general) que establecen obligaciones y prohibiciones principalmente. La mayor parte de los sujetos destinatarios de esas normas jurídicas suelen ser empleados o funcionarios del Estado (de aquí en adelante me referiré a todos los actores estatales como “agentes estatales”) o terceros a los que el Estado asigna funciones en la política pública (un contratista en una obra pública, un laboratorio proveedor de una vacuna, etc.). También es posible que diversos ciudadanos y habitantes sean destinatarios de las normas jurídicas sin ser los beneficiarios finales (por ejemplo, en las normas que prohíben fumar en los espacios públicos cerrados) o que los propios destinatarios finales de la política pública sean sujetos de normas que establecen obligaciones o prohibiciones (por ejemplo, en los países en los que la vacunación es obligatoria).
- Esas normas generales y abstractas pueden también establecer potestades, derechos, permisos, etc. De este último tipo de normas, que llamaré *antidirectivas*¹³, son destinatarios generalmente de manera exclusiva los beneficiarios finales de la política pública¹⁴. También los beneficiarios finales serán sujetos de diversas normas técnicas¹⁵.

¹² Vale la pena aclarar que cuando la decisión y acción de la política pública la toman actores no públicos (no estatales) o del ámbito internacional, las autoridades gubernamentales locales deben aceptar la política y muchas veces cooperar para su implementación.

¹³ SHAPIRO 2011, 146.

¹⁴ En el grupo de las antidirectivas se incluirán las normas que confieren permisos, poderes, potestades y normas que otorgan cierto tipo de derechos en los que los sujetos tienen la opción de ejercer el derecho o no. La referencia general a normas antidirectivas engloba entonces a las normas que no tienen como propósito dirigir a los sujetos normativos a hacer o no hacer algo, sino que, por el contrario, a través de ella se hará saber a los sujetos normativos que no se les requiere hacer o abstenerse de hacer una acción (SHAPIRO 2011, 146).

¹⁵ El estudio de las normas técnicas, así como de las normas de competencia y sus relaciones con las políticas públicas no se tratará en este trabajo.

- En el transcurso de la implementación y desarrollo de la política pública esas normas generales (tanto las prescriptivas como las antidirectivas) requerirán de la producción de actos jurídicos (por ejemplo, la celebración de contratos entre el Estado y los terceros involucrados en la política pública) y muy probablemente del dictado de normas jurídicas no generales (decisiones judiciales y administrativas, autorizaciones, excepciones, etc.).
- Los beneficiarios finales son aquellas personas que padecen las consecuencias negativas del problema que se quiere resolver o que serían afectados por el problema que se intenta prevenir. Generalmente son grupos sociales identificados o identificables, pero en ocasiones es la sociedad en general (por ejemplo, en las políticas públicas relativas a la protección del medio ambiente).

2.1. *El análisis de las políticas públicas y la omisión de considerar la eficacia de las normas jurídicas*

Las normas jurídicas como elementos esenciales de las políticas públicas resultan incuestionables. En este sentido expresa Pérez Sánchez que las normas jurídicas:

«(c)onstituyen el único recurso propio y exclusivo del Estado [...] desde un punto de vista instrumental, es a través de las normas jurídicas que los poderes públicos autorizan y establecen las actividades que constituyen las políticas públicas, al mismo tiempo que limitan la discrecionalidad en la actuación del personal político y funcional»¹⁶.

A pesar de la importancia de las normas jurídicas como “instrumentos”, “viabilizadoras” o “envases” de la política pública y como límite a las autoridades, el análisis de estas ha omitido históricamente todo interés por las cuestiones jurídicas, en general, y por el análisis de las normas, en particular. En efecto, haciendo un breve repaso de su evolución histórica, es posible encontrar que la mirada de los analistas respecto de las políticas públicas ha estado mayormente dominada por una visión que intenta explicar y fundamentar los análisis en la lógica de los mercados y se ha preocupado especialmente por el análisis de *eficiencia*. Así, a partir de los años 60 «la metodología del análisis coste-beneficio y de evaluación de programas fue, en muchos círculos, sinónimo de análisis de políticas»¹⁷. Durante los años 70 se volvió preeminente el enfoque de la Teoría de la Elección Pública (*Public Choice Theory*) que reclamaba la existencia de procesos de decisión similares al mercado en el campo de las ciencias políticas¹⁸. Desde los años 80 los programas universitarios norteamericanos se caracterizan por ser cuantitativos más que teóricos, dominados por la microeconomía más que por la ciencia política, interesados por el ejercicio profesional más que por el desarrollo de una disciplina y, en los últimos años, interesados por el “*management*” más que por el análisis¹⁹.

Es posible afirmar, sin que parezca demasiado aventurado, que cualquier estudio sobre los resultados de las políticas públicas que omita el análisis del comportamiento de los sujetos con relación a lo que las normas (que implementan la política pública) disponen, tendrá, en cierto sentido, una carencia epistémica por omitir indagar qué pasó con aquello que constituye uno de los puntos de partida fundamentales de la puesta en marcha de la política pública.

Se ha señalado, con acierto, que el mundo jurídico suele incurrir en lo que se ha bautizado como “falacia normativista”, que consiste en considerar que todos los problemas y aspectos de los análisis jurídicos (en el campo de la argumentación, de la teoría del derecho e incluso en el derecho procesal, por ejemplo) se reducen a problemas normativos y se ha omitido casi sistemáticamente

¹⁶ PÉREZ SÁNCHEZ 2005, 54.

¹⁷ PÉREZ SÁNCHEZ 2005, 45.

¹⁸ PÉREZ SÁNCHEZ 2005, 46.

¹⁹ PÉREZ SÁNCHEZ 2005, 48.

(aunque ahora empieza a revertirse) el análisis de los *hechos*²⁰. Pues bien, en el análisis de las políticas públicas ocurre lo contrario: los hechos son evaluados de una manera independiente de la existencia de las normas que son las generadoras de esos hechos. Por eso, detener la mirada en lo que ocurre o no ocurre en los hechos tras la implementación de una política pública omitiendo mirar al conjunto de normas jurídicas que la generan e implementan implica trabajar con una información parcial que no logra explicar un tramo del éxito o fracaso de la política.

3. La eficacia de las normas y la efectividad de las políticas públicas

Se comenzará por indagar acerca de las relaciones entre eficacia y efectividad de las normas *prescriptivas* dirigidas a establecer una política pública, luego se analizará la importancia para la implementación de las políticas públicas de las normas *antidirectivas* que, en términos generales, establecen *permisos*, otorgan *potestades*, *derechos*, etc. Como se dijo anteriormente, las normas prescriptivas, en la conformación de una política pública, están dirigidas, por lo menos en parte, a agentes estatales y personas privadas que tienen funciones o gestionan la política pública, aunque en ocasiones también otros ciudadanos o habitantes y/o los beneficiarios finales se ven compelidos a realizar o no realizar ciertas conductas (p.ej. es obligatoria la vacunación contra la poliomielitis). Por el contrario, en el caso de las normas antidirectivas los sujetos normativos serán principalmente los beneficiarios finales de la política pública y raramente estas normas estarán dirigidas a los “hacedores” de la política.

Realizaré aquí una pequeña escala técnica para definir qué entiendo por “eficacia” y “efectividad”. Seguiré el lenguaje más utilizado por los teóricos del derecho de habla castellana y daré (en principio) el siguiente uso a los vocablos en cuestión²¹:

a) Eficacia²²: La eficacia, en el sentido que es relevante para este texto, se vincula con la relación entre la acción o estado de cosas indicado por la norma y la realización de esa acción o estado de cosas por los sujetos normativos.

Hay varias gradaciones acerca del tipo de conexión que es necesaria entre lo indicado por la norma y la conducta realizada. En una escala de menor a mayor pueden identificarse las siguientes²³:

- *Correspondencia*: Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción C₁ y los sujetos normativos producen C₁. En este caso solo se requiere una *coincidencia* entre lo indicado por la norma y la conducta llevada a cabo²⁴. Si la coincidencia es causal o casual es irrelevante en este primer enfoque. Envío a mis hijos menores de edad a la escuela diariamente, pero esta conducta solo coincide con lo que la norma indica sin que sea relevante si conozco lo que dice la norma o no, o si es

²⁰ GONZÁLEZ LAGIER 2003, 17.

²¹ Es necesario aclarar que sigo aquí el lenguaje más difundido por los teóricos del derecho de habla castellana ya que en italiano, por ejemplo, los términos *eficacia* y *efectividad* se utilizan habitualmente en modo inverso al que se hace aquí y se han identificado, en ese idioma, por lo menos cuatro sentidos con que se ha empleado el término «eficacia» (PINO 2013, 174; TUZET 2016, 207). Asimismo, desde la sociología del derecho se atribuye a la «efectividad» de una norma lo que aquí refiero como «eficacia» (JEAMMAUD 1984, 6), mientras que la «eficacia» es entendida como «el logro efectivo de los resultados buscados por quienes las legislaron» (JEAMMAUD 1984, 6 y en igual sentido GARCÍA VILLEGAS 1993, 99).

²² Muchos autores siguiendo a Kelsen asignan a la noción de eficacia un doble sentido por un lado, el que se utilizará aquí y que se relaciona de manera genérica con la adecuación de las conductas de los sujetos normativos a lo prescrito por las normas. El segundo sentido mencionado por Kelsen se vincula con «el hecho de que esa norma sea aplicada por órganos jurídicos y, en especial, por los tribunales –esto es que la sanción sea ordenada y cumplida en un caso concreto–» (KELSEN 1979, 25). Esta última faceta o sentido de la eficacia no será de particular interés en este trabajo.

²³ Ver por todas NAVARRO 1990, 16.

²⁴ HIERRO 2003, 76.

la norma la que me hace cumplir con la obligación educativa para con mis hijos.

- *Acatamiento*: Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción C_1 , los sujetos normativos conocen la existencia de (N) y producen C_1 . En este segundo nivel la existencia de la norma tiene otra relevancia porque es necesario que el sujeto conozca la norma, aunque no es necesario que actúe motivado por ella. En este caso, también cumplo con mi obligación de enviar a mis hijos a la escuela, pero para poder hablar de eficacia es necesario que yo conozca la norma que me impone tal obligación.

- *Cumplimiento*: Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción C_1 , los sujetos conocen la existencia de (N) y producen C_1 en virtud de (N). En este último nivel la norma no sólo es conocida, sino que la conducta (enviar a mis hijos a la escuela) se produce *en virtud* de esa norma.

¿Cuál de estas versiones es la más apta para aplicar al estudio de las políticas públicas? Creo que es conveniente diferenciar si la norma está dirigida a agentes estatales o a los habitantes y ciudadanos (sean estos destinatarios finales de la política pública o terceros obligados por la norma sin ser destinatarios de ella).

Con respecto al primer grupo de sujetos normativos (los agentes estatales), parece que la opción más plausible es la más exigente, es decir, la de la eficacia como cumplimiento. Recordemos que, en el ámbito de la función pública, rige el principio de legalidad de la administración, que es inverso al que generalmente se señala para el ámbito ciudadano: para los agentes estatales todo lo que no está permitido expresamente o es obligatorio está prohibido²⁵. Por lo tanto, sus acciones sólo pueden estar motivadas en normas que establecen permisos fuertes y obligaciones. Aunque obviamente hay cierto margen de discrecionalidad de parte del agente para decidir sobre ciertas conductas no reguladas (una norma puede obligar a que se firmen todas las resoluciones antes de su publicación, pero no indicar qué color de tinta debe usarse para esa firma). En el sentido fuerte, es decir cuando estamos fuera del estrecho ámbito de libertad, pareciera que los agentes estatales llevan adelante sus conductas en el marco de sus funciones solamente en virtud de la norma. Desde la perspectiva inversa: si la norma no obligara (o autorizara expresamente) al agente estatal a hacer P este no tendría facultades para hacerlo y, al hacerlo, violaría, además, diversas normas del sistema jurídico. En el caso de los agentes del Estado no hay una posible fluctuación de motivaciones. Esta conclusión es también extensible a los particulares que están involucrados en la realización o gestión de la política pública y que se equiparan a agentes estatales para este análisis (como los contratistas estatales).

En cambio, con respecto a los destinatarios finales de la política pública y otros habitantes y ciudadanos sobre los que recaen obligaciones y prohibiciones, la motivación para llevar adelante la acción coincidente con la indicada por la norma puede fluctuar y en ocasiones estar motivada por la norma y en otras ocasiones por razones extrajurídicas (envío a mis hijos al colegio por razones que no se vinculan con la existencia de la norma; sin embargo, si algún día me veo tentada de hacer un largo viaje y que se ausenten mucho tiempo de la escuela, al recordar la existencia de la norma me motivo en ella).

Por ello la elección de la fórmula de la eficacia puede ser variable dependiendo de lo que se quiera evaluar. La relación más débil (de correspondencia o coincidencia) al ser menos exigente que las restantes (acatamiento y cumplimiento) *puede* incluir los casos que las otras relaciones también recogen, pero también comprende la situación de *correspondencia simple* en la que resulta

²⁵ Explica Muñoz Machado sobre el principio de legalidad material «El imperio de la ley se expresa en la primacía y en la omnipotencia del legislador. No hay ningún ámbito material que no pueda ser regulado mediante leyes. Como la Administración requiere habilitaciones específicas de la ley para poder actuar, el margen de intervención y de decisión que queda al ejecutivo está absolutamente condicionado» (MUÑOZ MACHADO 2015, 22).

En la misma línea también se expresa Riccardo Guastini «Si dentro de un Estado rige el principio de legalidad en las actuaciones de todos los poderes públicos, entonces “todo lo que no está expresamente permitido está prohibido” para los órganos estatales» (GUASTINI 2014, 168).

irrelevante el conocimiento de N por los sujetos, o la motivación de éstos en N. En el universo de la versión débil de la correspondencia se observan entonces los tres posibles casos de eficacia incluyendo, claro está, a la propia *correspondencia simple*. Esta versión de la eficacia no resulta una herramienta útil, por ejemplo, para evaluar *el aporte* (o la falta de aporte) de N₁ (norma que integra la política pública) para la resolución de un determinado problema; para ello requeriríamos apelar a las versiones más fuertes como el acatamiento o el cumplimiento²⁶. Sin embargo, si lo que nos interesa es el grado de realización de la conducta y no estamos evaluando *la norma en sí*, es posible y razonable utilizar esta versión débil, ya que abarcará todas las posibles conexiones entre la norma y la conducta.

Por otra parte, y más allá de la fórmula escogida para evaluar la eficacia, una norma general (N) es eficaz si y solo si la subclase de sujetos normativos relevantes no infringe (N) en la mayoría de las ocasiones²⁷. Es decir, la eficacia es compatible con el incumplimiento esporádico de la norma²⁸.

b) Efectividad de las políticas públicas: En términos generales (hay excepciones), una política pública será efectiva cuando el conglomerado de conductas sobre el que la política se construye (es decir, las acciones a las que las normas obligan, prohíben o autorizan) (C₁, C₂, C₃, etc.) es realizado por los sujetos y conduce a los resultados sociales o económicos inmediatos y/o mediatos que se esperan con su implementación (R₁). No hay una relación conceptual entre eficacia y efectividad, pero sí una relación estadística importante que está, por cierto, sujeta al buen diseño de la norma (es decir, a una vinculación entre medios y fines).

Hay una aclaración que parece pertinente: si bien las conductas obligatorias o prohibidas por las normas son habitualmente sencillas de conocer están siempre sujetas a interpretaciones. Así, una interpretación puede hacer que una norma tenga un nivel de eficacia aceptable (N₁) y otra interpretación puede generar que el mismo texto legal resulte en una norma (N₂) con menor nivel de eficacia. Los propósitos o fines en el sentido de resultados esperados (R₁) son aún más complejos de identificar: a veces ellos son explícitos (en la exposición de motivos o fundamentación de las leyes), pero en general esa explicitación no es completa o por lo menos no es excluyente de otros resultados esperados; también es posible, aunque más discutido, indagar no en los propósitos de la ley sino en la intención legislativa (por ejemplo, a través del registro de los antecedentes legislativos o actas de debate)²⁹; otras veces, la identificación del

²⁶ Por ejemplo, frente al problema X se dicta N₁ y (1) un 40% de la población realiza C₁ por correspondencia simple; (2) un 30% por acatamiento; (3) un 10% por cumplimiento y (4) el restante 20% de la población no realiza C₁: ¿Cómo podríamos evaluar en esta política la influencia o éxito de la norma si no es posible saber si el 50% de los que realizan C₁ (grupo 1) en caso de no existir N₁ se comportarían de igual modo o no?, ¿cómo podemos saber si el 20% que no lleva a cabo C₁ (grupo 4) lo hace por falta de conocimiento de N₁ o porque ha decidido no realizar C₁ conociendo N₁? Por eso, si el objetivo es evaluar *la norma* pareciera que es más útil alguna de las versiones más exigentes. Sin embargo, si el objetivo es evaluar el grado de conductas acordes a la norma bastará con la correspondencia y podremos afirmar que la norma es eficaz en un 80% (grupos 1, 2 y 3).

²⁷ NAVARRO 1990, 23.

²⁸ NAVARRO 1990, 23. En la misma línea de pensamiento se puede precisar más el concepto de eficacia tal como lo ha hecho von Wright: «El significado de (des)obediencia 'excepcional' y 'habitual' precisa de comentario. Si el mandato o prohibición es lo que hemos llamado [...] *eminente general*, la desobediencia a la norma es excepcional cuando la mayoría de los sujetos en la mayoría de las ocasiones obedecen la norma. Si el mandato o la prohibición es general con respecto a la ocasión, pero dirigido a un sujeto particular, la desobediencia es excepcional cuando este sujeto en la mayoría de las ocasiones obedece la norma. De modo similar, si la prescripción es general con respecto al sujeto, pero para una ocasión particular solamente, la desobediencia es excepcional cuando la mayoría de los sujetos en esta ocasión obedecen la norma» (VON WRIGHT 1970, 139-140).

²⁹ Si bien el estudio de los debates legislativos en la búsqueda de propósitos y de intenciones es discutido, hay quienes otorgan valor a las actas de debate parlamentario como instrumento que refleja las exigencias relativas a la argumentación legislativa (OLIVER-LALANA 2008 y 2016; ATIENZA 2013 y 2019). Daniel Oliver-Lalana utiliza una metodología en sus trabajos que es de utilidad: reúne los principales argumentos pronunciados en el debate de manera

resultado esperado es producto únicamente de un proceso de interpretación, y casi siempre, producto de una combinación entre la explicitación, la interpretación y en ocasiones la indagación en los antecedentes legislativos.

4. Las políticas públicas como conglomerados complejos de normas

Por lo general, las leyes por medio de las que se establecen políticas públicas son agregados complejos de diferentes tipos de normas jurídicas (reglas que imponen deberes, reglas que confieren poderes, que establecen prohibiciones, reglas técnicas, etc.) que tienen como destinatarios a diversos sujetos normativos identificados o identificables (principalmente agentes estatales, pero también particulares asignados a alguna función en la implementación de la política pública) y que pueden tener o no como destinatarios también a habitantes y ciudadanos sean ellos los beneficiarios finales de la política pública o terceros. Por ejemplo, se dispone legislativamente un cambio en el calendario de vacunación obligatoria para evitar que los casos de gripe sean confundidos con los casos de Covid-19; por ello, se hace obligatoria para toda la población mayor de 6 años la vacunación contra la gripe, mientras que los menores de esa edad podrán optar por no recibir la vacuna. Para implementar esta política pública, el encargado de compras del Ministerio de Salud tiene la *obligación* de adquirir un lote suficiente de vacunas; el productor privado de esa vacuna, ganador de una licitación, *suscribe un contrato* por el que se *obliga* a cumplir con esa provisión; a su vez, los funcionarios tienen *prohibido* comprar a otros proveedores que no han ganado la licitación; el personal sanitario está *obligado* a vacunar a la población de acuerdo con ciertos criterios, etc.

Esos agregados complejos de distintos tipos de normas coexisten con obligaciones o prohibiciones genéricas, es decir, no vinculadas concretamente a la política pública (v.gr. los agentes estatales tienen prohibido exigir sobornos al proveedor de las vacunas). Finalmente, respecto de los beneficiarios finales de la política pública pueden existir diversos tipos de normas antidirectivas, reglas técnicas y, por supuesto, obligaciones y prohibiciones concretas. Siguiendo con el ejemplo, los habitantes de ese país tendrán la *obligación* de vacunarse y de vacunar a sus hijos mayores de 6 años y estarán *facultados* para decidir si vacunan a los hijos menores de 6 años, etc.

En definitiva, la puesta en marcha de una política pública suele ser la puesta en marcha de una maquinaria compleja que necesita que todos (o casi todos) los sujetos normativos actúen de acuerdo con lo que disponen las normas más relevantes para que la política pública sea efectiva. En ciertos casos, cuando los problemas de eficacia se presenten respecto de conductas con menor capacidad de influencia el resultado será posiblemente una disminución en la eficiencia³⁰ sin que se impida la efectividad de la política pública (aunque en alguna medida se afecte).

Sin embargo, es necesario considerar también que en algunas ocasiones los beneficiarios finales no son sujetos normativos específicos en la política pública. Si se dispone la instalación de un sistema de cloacas en un barrio pobre, los beneficiarios finales no están obligados a hacer nada ni son destinatarios de normas antidirectivas de ningún tipo, solamente deben cumplir con

reiterada y los agrupa. Esta metodología también se advierte en ATIENZA 2019. De esta manera se simplifica la reconstrucción del debate y de la argumentación y se descartan los argumentos solitarios o descabellados como parte de esa reconstrucción (ver OLIVER-LALANA 2016). Utilizando esa metodología, por ejemplo, podrían neutralizarse las objeciones que realiza WALDRON (1999, 28-29) sobre el valor de las actas de debate y la imposibilidad de reconstruir a través de ellas, por ejemplo, la intención legislativa.

³⁰ En esta ocasión, no me detendré en la cuestión de la eficiencia de las políticas públicas. Solamente diré que existe una relación entre eficacia, eficiencia y efectividad. Diferentes grados de eficacia pueden afectar la eficiencia (relación coste-beneficio) de los resultados buscados por la política pública y de ese modo incidir en su efectividad. De este modo una afectación a la eficiencia reduce la efectividad de la política pública si se mantienen iguales los costes asignados a ella o redundan en un aumento de los costes para mantener los mismos niveles de efectividad.

normas generales que no integran la política pública (por ejemplo, no impedir que los operarios instalen las cloacas, no robar los elementos utilizados en la obra, no desobedecer los carteles que indican “peligro” por la obra, etc.). En estos supuestos la eficacia solo puede ser considerada en su versión del *cumplimiento* ya que solo hay agentes estatales y (eventualmente) agentes privados que tienen el mismo *status* que los agentes públicos en lo que respecta a la fluctuación de las motivaciones (el contratista de la obra de las cloacas no puede disponer más que pequeños detalles de la construcción y sólo está autorizado a realizar la obra en las condiciones en las que fue suscrito el contrato de obra pública).

El modo en que se articulan las políticas públicas a través de las normas jurídicas nos brinda un ámbito para el análisis de la eficacia que resulta particularmente atractivo. Este interesante campo para el estudio se presenta principalmente respecto del cúmulo de normas dirigido a agentes estatales y terceros asignados a la implementación o gestión de la política, ya que se trata de normas cuyos sujetos normativos son identificados o identificables, numéricamente limitados y a los que se imponen conductas mayormente de *hacer* que se presentan en ocasiones particulares³¹. De acuerdo con Navarro, las normas aplicables forman el rango de significación de la propiedad eficacia; esto implica aceptar que el enunciado “la norma N es eficaz” carece de valor de verdad si N no es aplicable; para este enfoque, que el autor denomina “Tesis del Rango de Significación”, sólo bajo la hipótesis de que una norma N sea aplicable las propiedades ineficaz y eficaz son conjuntamente exhaustivas³². Si una norma N se dirige a una clase de sujetos S, entonces todas las acciones ejecutadas por sujetos que no son parte del grupo de los S son irrelevantes para la eficacia o ineficacia de N³³. Pero lo más importante es lo que sigue:

«(s)upongamos que una norma N prescribe a un sujeto x ejecutar una acción A. Aunque un sujeto z ejecute A, este hecho no sería considerado una confirmación de la verdad del enunciado de eficacia “N es eficaz”. Por el contrario, la verdad de “x hace A” es relevante para confirmar la verdad de ese enunciado de eficacia”»³⁴.

Por lo tanto, en situaciones en las que la aplicabilidad externa e interna de una norma está claramente determinada y resulta relativamente fácil establecer si efectivamente “x hace A”, el análisis de la eficacia se vuelve notoriamente más sencillo y significativo³⁵.

5. Relaciones entre eficacia de las normas y efectividad de las políticas públicas

En los párrafos que siguen se presentarán algunas de las posibles relaciones entre eficacia de las normas y efectividad de las políticas públicas. Como se dijo, las políticas públicas son generalmente medidas complejas cuya realización se intenta a través de un *conjunto* de normas que se presuponen unas a otras para resolver o prevenir un problema que afecta a un grupo identificado, identificable o a la sociedad en general. Para alcanzar ese resultado buscado (R₁) se asume la necesidad de una relación sistémica entre las conductas prescritas por las normas que

³¹ Esta situación contrasta con la dificultad para evaluar la eficacia de ciertas normas que son eminentemente generales o que además de ser eminentemente generales su cumplimiento requiere de una conducta pasiva. Kelsen advirtió esta dificultad y señaló que el súbdito se halla siempre, bajo cualquier circunstancia e ininterrumpidamente, obligado a no asesinar, a no estafar, a no atentar contra la propiedad de otro, etc. (KELSEN 1987, 380). Se trata de normas que imponen deberes negativos generales, erga omnes, y tienen un número inmenso, tendente al infinito de ocasiones de cumplimiento (HIERRO 2003, 79).

³² NAVARRO 2017, 63.

³³ NAVARRO 2017, 69.

³⁴ NAVARRO 2017, 69.

³⁵ Sobre los criterios de aplicabilidad externa e interna ver NAVARRO, MORESO 1996.

integran estos conglomerados normativos. Los ejemplos y análisis que se proponen a continuación son simplificaciones de esas relaciones complejas. Especialmente en los ejemplos se deberá asumir que las restantes normas que integran la política pública son eficaces para poder asignar algún tipo de relevancia causal a la alta o baja eficacia de la norma analizada en relación con la consecución de R_i , es decir, su efectividad (o ineffectividad).

El análisis de las distintas combinaciones entre eficacia y efectividad que se propondrá es evidentemente solo acerca de normas prescriptivas, ya que las normas antidirectivas no pueden ser valoradas como eficaces o no eficaces. Por ello, el punto 6 estará destinado a analizar el uso de una de las opciones previstas en las normas antidirectivas y su relación con la efectividad de las políticas públicas. Como se dijo ya varias veces, son principalmente sujetos destinatarios de las normas prescriptivas que construyen la política pública los agentes estatales, así como aquellas personas o entidades privadas comprometidas en la implementación de la política pública. Sin embargo, también los habitantes pueden ser ocasionalmente destinatarios de estas normas (los beneficiarios de la política pública o terceros).

Las posibles combinaciones entre eficacia y efectividad en las normas prescriptivas son las siguientes.

5.1. Normas que implementan políticas públicas y son altamente eficaces y efectivas

En este supuesto los sujetos normativos llevan adelante las conductas que están indicadas por el conjunto de normas que implementan la política pública –cumplen con N_1 , N_2 , N_3 , etc. – y se alcanza R_i . Esta relación exitosa presupone la existencia de normas bien diseñadas que conducen al resultado que se propone alcanzar la política pública y se satisface así la necesidad social o económica por la que esta se implementó. Como se dijo, las políticas públicas suelen estar compuestas de agregados complejos de diferentes tipos de normas jurídicas. Por lo tanto, la efectividad de una política pública dependerá de la eficacia sincrónica y diacrónica de múltiples normas que recaen sobre diversos sujetos normativos³⁶.

Un caso valioso de eficacia y efectividad es el de las políticas públicas que implementaron prohibiciones de fumar en lugares públicos cerrados. Estas normas, por diversas razones que no se pueden desarrollar aquí, han tenido un alto grado de acatamiento (aunque obviamente se encuentran diferencias en el nivel de acatamiento entre distintos países y ciudades)³⁷. En los países donde ha sido estudiado, se ha verificado una disminución de las enfermedades directamente asociadas al tabaquismo: sea por la reducción de enfermedades producidas a los fumadores pasivos –que parecía ser el objetivo principal de la norma–, o por la reducción de la cantidad de fumadores que se produjo con las restricciones. La efectividad se ha probado de manera bastante inmediata a la implementación (para el resultado de la disminución de enfermedades)³⁸ y ha perdurado en el tiempo, por lo que también ha sido efectiva a medio/largo plazo³⁹. En este ejemplo, se presenta el

³⁶ Es cierto como señala PAPAYANNIS (2021) que, en ocasiones, la efectividad de una política pública puede depender de algún condicionamiento subyacente y no exclusivamente de la eficacia de las normas que lo integran. Sin embargo, ese condicionamiento subyacente, si es funcional, debe ser utilizado sinérgicamente para la política pública y si es disfuncional debe ser neutralizado como parte de la política pública. En ambos casos la dependencia de la eficacia de las normas jurídicas vuelve a estar en el centro de la escena.

³⁷ ver, entre otros, SANDOYA et al., 2010, 211.

³⁸ En Escocia e Irlanda, por ejemplo, se encontró disminución de los ingresos por problemas respiratorios de los fumadores pasivos desde los dos meses siguientes a la entrada en vigor de la norma. Ver https://www.cdc.gov/tobacco/data_statistics/fact_sheets/secondhand_smoke/protection/improve_health/index.htm (consultado el 4 de marzo de 2021).

³⁹ Solo para tener idea de algunos datos: en Uruguay, el primer país de América Latina en implementar las restricciones, se ha comprobado una disminución del 17,1% de los infartos agudos de miocardio dentro de los primeros 48 meses de implementación de las normas (SANDOYA et al., 2010); en España la legislación se implementó de una

caso de una combinación de sujetos a los que las normas se dirigen: por un lado, recae sobre los habitantes la prohibición de fumar en espacios públicos cerrados (aunque ellos no son los beneficiarios directos de la política pública pues en este caso el grupo que se beneficia son los no fumadores); también son sujetos obligados a hacer cumplir la norma las personas jurídicas propietarias o gestoras de los espacios públicos cerrados (bares, supermercados, estadios cerrados, escuelas, teatros, etc.), y a ellos puede imponérselos una sanción en caso de permitir fumar en los ámbitos bajo su gestión. Finalmente, diversos agentes del estado tienen la obligación de inspeccionar esos lugares, imponer multas en caso de incumplimientos, etc.

Otro caso notable de eficacia y efectividad es el éxito absoluto del programa de vacunación y control de la viruela promovido por la Organización Mundial de la Salud entre 1966 y 1980, que logró coordinar actividades y normas en distintos países y finalmente se consiguió que la enfermedad se erradicase por completo en el mundo entero⁴⁰.

Sin embargo, no siempre es necesaria una relación directa entre eficacia y efectividad como la presentada en el caso de los fumadores pasivos o del exitoso plan de vacunación contra la viruela, la relación puede ser más indirecta y sin embargo exitosa. Un caso interesante es el que comenta Van Aeken sobre los Países Bajos, en donde en 1974 se dictó una norma que obligaba a usar casco a los usuarios de ciclomotores para reducir la mortalidad en los accidentes de tránsito⁴¹. En los siguientes tres años se redujo notablemente la mortalidad, pero no porque todos los usuarios de motocicleta utilizaran casco sino porque dejaron de utilizar los ciclomotores porque no era *cool* usar casco. La norma fue eficaz pues los conductores que siguieron usando ciclomotores la acataron, y aquellos que no estaban dispuestos a cumplirla no realizaron la conducta contraria (circular sin casco), pero además produjo un aumento de la efectividad tal vez mayor del esperado pues la obligación de utilizar casco desmotivó directamente el uso de ciclomotores⁴².

5.2. Normas altamente eficaces, pero no efectivas

Uno de los casos más frecuentes de fracaso de las políticas públicas es el que se presenta cuando las normas tienen un alto grado de eficacia y sin embargo no conducen al resultado para el que han sido diseñadas, es decir, no son efectivas o son solo muy pobremente efectivas.

A pesar de que las normas son eficaces, en estos supuestos, es posible que las dificultades se presenten tanto en el ámbito de la eficacia como en el de la efectividad. El primer subgrupo que se presentará es el que evidencia un problema en la efectividad.

5.2.1. Normas eficaces, pero no efectivas: problemas en la efectividad

El más frecuente de estos problemas relativos a la efectividad se presenta cuando existe un *diseño institucional equivocado* (C1 no conduce a R1). Ejemplos de este tipo de problemas pueden ser desde los casos más obvios de falta de adecuación de medios a fines (normas arbitrarias o

manera progresiva y luego de la primera ley (2006) se produjo una disminución de los ingresos por infartos agudos de miocardio del 4,2% que se complementó con una caída del 3,1% en 2011, cuando entró en vigor la segunda ley (BOBADILLA *et al.*, 2014). A nivel mundial, metanálisis publicados demuestran reducciones en el número de ingresos por síndrome coronario agudo de un 16-17% en el primer año de implementación de las leyes y las leyes más restrictivas consiguen mejores resultados (TAN, GLANTZ 2012).

⁴⁰ Ver OMS <https://www.who.int/news/item/08-05-2020-commemorating-smallpox-eradication-a-legacy-of-hope-for-covid-19-and-other-diseases#:~:text=On%208%20May%201980%2C%20the,in%20the%2020th%20century%20alone> (consultado el 1 de marzo de 2021).

⁴¹ VAN AEKEN 2011, 43.

⁴² Explica el autor que luego de tres años el índice de mortalidad volvió a subir pues, tras el éxito en la disminución de muertes, la norma dejó de ser celosamente aplicada por las autoridades de tránsito y con el tiempo perdió la eficacia que había conseguido en los primeros años (VAN AEKEN 2011, 43).

irrazonables) hasta casos más sutiles en los que luego de estudios o de un cierto recorrido en el tiempo, se revelan inadecuados para resolver los problemas que se intentaban solucionar con el dictado de la política pública.

El razonamiento para determinar la adecuación de medios a fines puede ser similar al que utilizan los tribunales cuando realizan análisis de proporcionalidad en su faceta de idoneidad⁴³. En ocasiones la falta de adecuación es muy obvia y puede ser detectada incluso *antes* de la implementación de la política pública.

En otras oportunidades los problemas de diseño institucional no pueden ser identificados *ex ante* y requieren para la constatación de la deficiencia en el diseño de la norma o conjunto de normas de cierto tiempo y/o de estudios dirigidos específicamente a su evaluación. Un interesante caso en este sentido es el de los *microcréditos*: cuando a principios del Siglo XXI se comenzó a difundir como política de combate de la pobreza fue recibida con mucho optimismo pero, luego de diversos estudios de impacto, se reveló que sólo tienen un modesto potencial beneficioso pero no una capacidad transformadora sobre la reducción de la pobreza o la mejora sustancial de los niveles de vida. Tampoco introdujeron mejoras en los indicadores sociales⁴⁴, incluso los resultados del otorgamiento de microcréditos no necesariamente son positivos y pueden ser negativos⁴⁵.

Sin embargo, también debemos considerar que aún normas bien diseñadas y eficaces pueden fracasar en su efectividad por la concurrencia de factores externos que la tornan inefectiva (v.gr. circunstancias económicas adversas producidas por una crisis internacional o una catástrofe natural). En estos casos los sujetos realizan C₁ pero las circunstancias excepcionales no permiten que se alcancen los objetivos buscados.

5.2.2. Normas eficaces, pero no efectivas: el caso de las normas formalmente eficaces

Como se adelantó, hay casos de normas eficaces, pero con baja efectividad, que paradójicamente, presentan su principal problema en el tramo o ámbito de la eficacia. En este supuesto, el resultado de estos problemas se refleja en la no consecución de R₁ o en la disminución del grado de obtención de R₁. Se trata de lo que llamaré normas *formalmente eficaces*: los sujetos cumplen mayormente con C₁, pero además realizan C₂ (o C₃, C₄, etc.). Estas conductas alternativas compiten con C₁. No se trata de una competencia en sentido físico o literal pero sí respecto de sus “fines normativos”⁴⁶, es decir, las conductas alternativas tienden a neutralizar o a rechazar R₁ (resultados inmediatos o mediatos de N₁ o del conjunto de normas que implementan la política pública)⁴⁷.

Un ejemplo de normas formalmente eficaces puede venir de la mano de la pequeña corrupción de los caudillos barriales en la distribución de planes sociales. A partir de la década de los 90 los programas sociales sufrieron una modificación radical en América Latina: se comenzó a entregar a los beneficiarios dinero en efectivo en lugar de bienes (alimentos, útiles escolares, etc.) o subsidios al consumo (energía, alimentos básicos, etc.). El objetivo o resultado buscado con la política pública que se volcaba ahora a la entrega de dinero en efectivo era lógicamente combatir la pobreza, pero también podían identificarse como medios para la promoción de la actividad económica general. Los mecanismos de implementación de estos

⁴³ Ver, como buenos ejemplos de análisis de proporcionalidad en su faceta de idoneidad (lo que la Corte de EE. UU. ha llamado racionalidad simple), los fallos de la Corte Suprema de EE. UU. *FCC v. Beach Communications, Inc.* 508 U.S. 307 (1993), en donde se niega la ausencia de racionalidad entre medios y fines, y *Morey v. Doud* 354 U.S. 457 (1957), en el cual se acepta la falta de adecuación de medios a fines.

⁴⁴ BANERJEE et al. 2015, 13.

⁴⁵ BANERJEE et al. 2015, 1.

⁴⁶ NINO 2005, 44-45.

⁴⁷ La eficacia formal se presenta frecuentemente en el ámbito del derecho financiero e impositivo donde la multiplicidad de opciones de acción permite la generación de estrategias de elusión de alguna o algunas de las consecuencias de haber obrado conforme a N₁.

nuevos planes sociales resultaron en una mutación de las relaciones clientelares antes existentes⁴⁸. Estos planes sociales eran distribuidos, a través de “caudillos barriales” o “caciques barriales”, y otros *brokers* informales. La distribución de los programas sociales se convirtió en ese entonces en una moneda de cambio de favores partidistas y en algunos casos también se requería a los beneficiarios, a través de los intermediarios, el aporte de un porcentaje de lo recibido a personas, estructuras partidarias o barriales.

En el plano de la eficacia de las normas, el caso de la distribución de los programas sociales es útil ya que muchos de estos *brokers* actuaban conforme a N_1 y realizaban C_1 (por ejemplo, seleccionaban a familias sin ingresos y con hijos menores) pero además realizaban C_2 (por ejemplo, pedían un “retorno” a esas familias del 20% de lo percibido mensualmente). Esta conducta alternativa podría haber producido el fracaso de R_1 , es decir, que la política pública resultara inefectiva, (v.gr. que los beneficiarios no lograran superar las condiciones de pobreza) o una disminución en su efectividad y, con seguridad, una reducción de su eficiencia. El acatamiento de C_1 junto con la realización de las conductas alternativas total o parcialmente contradictorias con los fines de C_1 puede generar diversos resultados: a) que se alcance R_1 aun cuando C_2 , C_3 y C_4 se superpongan de manera total o parcialmente contradictoria con C_1 (aquí a pesar de todo se verifica la presencia de cierto grado de eficacia y efectividad, por lo que no es realmente un caso de norma eficaz pero no efectiva); b) que R_1 se alcance pero perdiendo algún grado de efectividad; c) que R_1 se alcance pero con mayores costes (pérdida de eficiencia) o; d) que se frustre R_1 .

5.3. Normas no eficaces, pero efectivas (efectividad impropia)

Aunque infrecuente no es imposible pensar que los resultados sociales esperados sean obtenidos a través de conductas diferentes de las prescritas por las normas, por la concurrencia de otras conductas (C_2 , C_3 , C_N). Por ello se ha dicho que no hay una relación conceptual entre eficacia y efectividad sino simplemente una relación estadística relevante.

Para que esté presente el caso de la ausencia de eficacia con efectividad (efectividad impropia) se debería poder afirmar que estas conductas alternativas que conducen a R_1 no se producirían si N_1 no existiera. Es decir, debería ser posible asumir (aunque sea hipotéticamente) que las conductas alternativas a la ordenada por la norma por las que, de todas formas, se alcanza el resultado social esperado, desaparecerían si la norma no existiese o fuese derogada.

Así, por ejemplo, la norma que obliga a frenar completamente el automotor en las señales de “stop” o “alto” o “pare” es generalmente incumplida por los conductores latinoamericanos. La obligación de detener el coche⁴⁹ se reemplaza, en el mejor de los casos, por una disminución de la velocidad y una mirada rápida hacia la bocacalle o simplemente por esta última acción. Sin embargo, a pesar de la ineficacia de la norma, su finalidad (podríamos asumir razonablemente que es evitar colisiones con otros vehículos), en términos generales, se cumple por la presencia de las otras conductas descritas (disminuir la velocidad y mirar). Si el cartel de “pare” (N_1) no existiera, los conductores no disminuirían la velocidad ni mirarían, sino que simplemente se guiarían por la prioridad de paso en las bocacalles.

Algo similar ocurre con las normas sobre velocidad máxima en las autopistas: en España ha resultado en una disminución de accidentes y de mortalidad la disposición que reduce el máximo de circulación en las autopistas; sin embargo, ese límite (que es ahora de 120 km) es

⁴⁸ GRUENBERG, PEREYRA IRAOLA 2009.

⁴⁹ Las legislaciones nacionales consultadas son contestes en exigir la detención total del vehículo (Argentina, Chile, Colombia, República Dominicana, México, Guatemala, Honduras, El Salvador y Bolivia). Estos reglamentos de tránsito son además consistentes con la Convención de Viena sobre la Señalización Vial (1968), que en su art. 10.3. dispone «La señal B.2 “Alto” se empleará para indicar que, en la encrucijada donde está colocada, los conductores deben detenerse antes de internarse en ella y ceder el paso a los vehículos que circulen por la vía a la que se aproximen...»

generalmente incumplido por los conductores (la media de circulación es de 130 km por hora); no obstante la baja eficacia de la norma, se han reducido los promedios de velocidad si se los compara con la etapa previa a la sanción de la nueva norma y también se han reducido los accidentes mortales o graves⁵⁰.

La efectividad impropia de las normas no es ideal y tiene riesgos ciertos. En primer lugar, puede resultar relevante el hecho de que la conducta prescrita por N_1 sea C_1 y no C_2 para alcanzar R_1 pues podría asumirse *a priori* que si el legislador optó por la conducta C_1 y no C_2 para la resolución de cierto problema esas conductas no son intercambiables sin coste (por ejemplo, sin disminución de la eficiencia), o que la elección efectuada resulta necesaria para otras cuestiones como podría ser mantener la coherencia del sistema jurídico, o incluso, para algún tipo de objetivo simbólico o expresivo del derecho.

Finalmente, hay casos de efectividad impropia que simplemente obedecen a un mal diseño institucional y que no resultan riesgosos para R_1 ni alteran otros propósitos de la norma ni su eficiencia. Si el diseño institucional es errado podría ocurrir que C_2 sea una alternativa más adecuada que C_1 para arribar a R_1 (en este caso, sin embargo, la afirmación de falta de eficacia o de la baja eficacia de N_1 no se ve alterada). En tales casos sería conveniente que el legislador adecuase la norma modificando la conducta exigida a C_2 (o a otra) con el propósito de evitar la aparición de normas “perversas”. Esto es: normas generalmente incumplidas (por los sujetos destinatarios de ellas) e inaplicadas (por los jueces y por los órganos administrativos), pero que ocasionalmente se aplican, dando lugar a efectos negativos⁵¹.

Me interesa distinguir el caso de la efectividad impropia tal como ha sido expuesto en este apartado de otro supuesto en el que el resultado social buscado (R_1) se alcanza por azar o por circunstancias fortuitas que no se vinculan con la existencia de la norma (que, por cierto, es también ineficaz). Un ejemplo podría ser el siguiente: en la Ciudad de Buenos Aires la Ley 1854 obliga a los vecinos a separar los residuos para el reciclaje y también impone obligaciones posteriores a cargo del Gobierno de la Ciudad para disponer de esos residuos en plantas de reciclaje. Durante años los habitantes resistieron la obligación y no separaban los residuos. Luego de varias campañas de concientización, ajustes legislativos y difusión de la ley, poco a poco los habitantes de la ciudad fueron adquiriendo el hábito de clasificar los residuos. Sin embargo, según reclaman los habitantes y algunas entidades no gubernamentales, es el gobierno el que no cumple ahora su parte de la obligación⁵². A pesar de la ineficacia de la(s) norma(s), en esa ciudad, especialmente a partir de la crisis de 2001 y en los años subsiguientes, aparecieron muchísimos “recuperadores informales” (conocidos popularmente como “cartoneros”) que recogían residuos reciclables y los vendían a industrias interesadas, impidiendo de este modo que se produjeran mayores daños derivados del entierro de basura. Dado que se trata de actividades informales es difícil conocer el porcentaje exacto del aporte que los recicladores informales realizaron al reciclaje de residuos, pero hay quienes estiman que fue alrededor de entre el 15% y el 20% durante el año 2002, lo que equivale a porcentajes europeos de reciclaje⁵³. Evidentemente la ley fue y es ineficaz, tampoco fue efectiva, pero por razones sociales ajenas a la existencia de la ley, los índices de reciclaje alcanzados durante los

⁵⁰ De acuerdo con FERRARO (2019, 28 ss.) se trataría de un caso de legislación simbólica en donde se alcanza la efectividad sin eficacia. De acuerdo con este autor, el legislador puede haber asumido al dictar la norma que ese límite será incumplido por los conductores, pero, sin embargo, al transmitir suficientemente el mensaje de peligro se logra que los conductores manejen con mayor cuidado. Sin embargo, no todas las normas que tienen efectividad sin eficacia están pensadas *a priori* como legislación simbólica y, por otra parte –y esto es una cuestión relevante (ver FERNÁNDEZ BLANCO 2018, 350-352)–, es muy difícil determinar cuándo el legislador quiso emitir una legislación simbólica y cuándo, por el contrario, simplemente falla la eficacia.

⁵¹ HIERRO 2003, 177-178; ATIENZA 2013, 606.

⁵² Ver GREENPEACE, AVINA, FARN 2015.

⁵³ Datos obtenidos del diario “El País” edición del 25 de agosto de 2002. Disponible en http://elpais.com/diario/2002/08/25/opinion/1030226408_850215.html (consultado el 20 de abril de 2021).

primeros años posteriores a la crisis fueron probablemente aquellos a los que se hubiera aspirado lograr con la ley. El caso es un ejemplo claro de una ley ineficaz y no efectiva en la que, sin embargo, se alcanzan los resultados sociales esperados, pero no es, sin embargo, un caso similar al de la velocidad máxima en las autopistas o al del incumplimiento de la señal de “pare” en las esquinas porque en este caso la existencia o inexistencia de la norma fue irrelevante para la consecución de los objetivos.

5.4. Normas con baja o nula eficacia y políticas públicas no efectivas

Este es el caso más obvio de fracaso de una política pública. La conducta C_1 no se cumple: sea por razones objetivas (la norma es de imposible o de muy difícil cumplimiento o no están dadas las condiciones para poder cumplir con la norma)⁵⁴, o subjetivas (no se logra motivar la conducta para el cumplimiento de la norma). Como resultado de la falta de cumplimiento de $N_1(C_1)$, tampoco se obtienen los resultados esperados. El primer ejemplo será relativo al caso más sencillo (e infrecuente) de fracaso por razones objetivas.

Un caso flagrante de ineficacia *por factores objetivos* (no por dificultades para motivar la conducta) puede observarse en la ley 8122 de 1973 de la Provincia de Buenos Aires (República Argentina). Se trata de una ley sancionada con el objetivo de controlar la fiebre hemorrágica argentina en una zona de la Provincia de Buenos Aires⁵⁵. La ley solo tiene tres artículos, que son los siguientes:

Art. 1.- Declárase obligatoria, en las zonas endemoepidémicas del territorio de la Provincia de Buenos Aires, la vacuna contra la fiebre hemorrágica argentina, cuya tipificación es: Cepa XJ Clon 3.

Art. 2.- La oportunidad de la iniciación y aplicación de la vacunación será determinada por el Poder Ejecutivo.

Art. 3.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

La ley establece una obligación en el art. 1 (destinada a los habitantes y a los profesionales de la salud), que se supedita a una actividad del Poder Ejecutivo indeterminada en el tiempo. Dado que el Poder Ejecutivo provincial nunca dispuso el momento de iniciación de la vacunación ni se tomaron medidas para producir o poner en manos de terceros la producción de la vacuna, desde 1973 hasta 2006 (cuando una sentencia judicial obligó al Estado Nacional argentino a producir la vacuna)⁵⁶ la política pública de vacunación contra esta enfermedad fue completamente inefectiva por un problema de diseño de la ley, que por razones objetivas resultaba ineficaz.

Sin embargo, a pesar de la contundencia del ejemplo anterior, lo cierto es que la mayor cantidad de los problemas de ineficacia-inefectividad se producen por problemas *subjetivos* en el ámbito de la eficacia, es decir, por dificultades para motivar la conducta de los sujetos más que por diseños legislativos completamente errados o incompletos.

Para analizar los problemas de falta de eficacia y falta de efectividad por razones subjetivas es conveniente distinguir entre dos posibles supuestos: (a) el primero y menos problemático es cuando la conducta prescrita por la norma no se realiza en absoluto y es evidente entonces su

⁵⁴ La ineficacia por razones objetivas es descrita por ATIENZA (1997, 37, 45) en el marco de su análisis sobre racionalidad legislativa como un caso de *irracionalidad pragmática*; también podría tratarse de un caso de lo que KELSEN llamaba «laguna técnica», que se presentaría cuando «el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley» (KELSEN 1963, 74).

⁵⁵ La fiebre hemorrágica argentina es una enfermedad endémica y exclusiva de una zona de la provincia de Buenos Aires, por lo que la vacuna contra ella se desarrolló localmente y no existen ni existieron laboratorios privados interesados en producirla.

⁵⁶ “Viceconte Mariela c/ Estado Nacional – Ministerio de Salud y Acción Social”, resuelto el 2.6.1998 por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Argentina).

falta de eficacia. El legislador, en estos casos, si el problema a resolver sigue vigente no tiene más opción que modificar la norma o reemplazarla; (b) el segundo caso es más complejo porque en él si bien la conducta ordenada no se realiza (o se realiza la conducta prohibida) se realizan otras conductas que generan una *apariencia* de eficacia.

Con relación al último supuesto, retomemos una vez más el ejemplo de los programas de ayudas sociales: asumamos ahora que los caudillos barriales no cumplían con C₁ (seleccionar para el programa de ayuda social a quienes cumplieran con los requisitos de falta de ingresos e hijos menores de edad) y que, en cambio, realizaban una multiplicidad de conductas (todas estas conductas han ocurrido efectivamente en diversos países de América Latina) : C₂ (seleccionar a quien tenía ingresos suficientes a sabiendas de esta situación), C₃ (seleccionar a quienes prometían votarlos por esa sola circunstancia), C₄ (seleccionar a quienes ya estaban cobrando otro plan social), etc., siendo todas estas conductas diferentes a C₁. Si los resultados esperados no se alcanzaban *debido a* la no realización de C₁ la norma (N₁) no era ni eficaz ni efectiva. Casos como este son muy relevantes para el análisis de las políticas públicas ya que, en apariencia, la política pública se ve en marcha y *a priori* funcionando. Es una situación claramente diferente del caso de la ineficacia de la o las normas que *paralizan* la política pública: en el caso de la falta de producción de la vacuna contra la fiebre hemorrágica argentina nadie dudaría de que la norma que obligaba a la población a vacunarse y a los prestadores de servicios de salud a vacunar era ineficaz y la política pública inefectiva. Sin embargo, en casos como los de la distribución de los programas sociales hay una *apariencia* de cumplimiento que puede exhibir la falsa idea de que la norma es eficaz y, si los resultados de la efectividad no son claros o transparentes, también podría asumirse erradamente que se trata de una norma eficaz y efectiva. Por esta razón, las evaluaciones de impacto de las políticas públicas son de primordial importancia. Es necesario, por supuesto, que estas se realicen de manera seria, objetiva y con el propósito honesto de evaluar la política pública para ajustarla o modificarla si es preciso.

De este modo, el análisis de la eficacia del conglomerado de normas mediante las que se “construye” la política pública es esencial, no sólo para poder explicar eventuales fracasos de la política pública sino también para, en el transcurso de existencia de la política pública, reformular o reforzar la exigencia de cumplimiento de esas normas que hacen fracasar la política o mejorar su efectividad o eficiencia.

Como se dijo, las normas prescriptivas están generalmente destinadas a guiar la conducta de agentes del Estado, particulares involucrados en su implementación o gestión y en ocasiones habitantes y ciudadanos (sean beneficiarios o no de la política pública), sólo si esa maquinaria funciona relativamente bien, el “producto” de la política pública llega a los beneficiarios finales. Estos muchas veces tienen la posibilidad de optar por hacer uso de la política pública; en otras ocasiones, los beneficiarios se ven *obligados* a realizar ciertas conductas para permitir la realización de la política pública (la vacunación obligatoria es un caso de ello); o finalmente, pueden simplemente gozar de beneficios sin ser sujetos normativos (si el Estado decide mejorar el sistema de cloacas en un determinado barrio). En el punto que sigue me detendré en el caso que se presenta cuando los beneficiarios tienen la opción de hacer uso o no de una política pública.

6. Los beneficiarios de las políticas públicas: las antidirectivas y la alternativa del “uso” de las opciones preferidas

El esquema de las relaciones entre eficacia y efectividad antes trazado se enfrenta a una dificultad a la hora de valorar las normas que serán llamadas *antidirectivas*⁵⁷. En el grupo de las

⁵⁷ SHAPIRO 2011, 146.

antidirectivas se incluirán las reglas que confieren permisos, poderes, potestades y reglas que otorgan cierto tipo de derechos en los que los sujetos tienen la opción de ejercer el derecho o no (v.gr. normas que garantizan la libertad de expresión o de sufragio cuando éste no es obligatorio). La referencia general a normas *antidirectivas* engloba entonces a las normas que no tienen como propósito dirigir a los sujetos normativos a hacer o no hacer algo, sino que, por el contrario, a través de ella se hará saber a los sujetos normativos que no se les requiere hacer o abstenerse de hacer una acción⁵⁸.

La imposibilidad de predicar eficacia acerca de normas que confieren potestades y otorgan permisos ha sido señalada en la mayoría de las discusiones y trabajos sobre este tema y no son demasiados los cuestionamientos sobre esta afirmación. En efecto, al no regular conducta alguna se ven satisfechas con cualquier proceder y no son susceptibles de violación⁵⁹.

Si bien la eficacia no parece ser una alternativa a aplicar para valorar el éxito de una medida permisiva, sí existe la posibilidad de medir el “uso” de una alternativa con relación a la otra. Cuando se diseñan normas permisivas o que confieren potestades o derechos y que son parte de una política pública, la elección que realice el sujeto normativo suele ser relevante con relación a la consecución del objetivo de la política pública (R1). Parece razonable pensar que en los casos de políticas públicas los legisladores tienen una preferencia por que se use o no se use una de las opciones disponibles. Es factible asumir que, si se lanza un plan de vacunación contra la gripe para mayores de 65 años y se trata de una vacuna optativa, el legislador preferirá que se haga uso de la opción de la vacunación.

Esta no-neutralidad del legislador en cuanto a la opción que puede escoger el sujeto normativo se visibiliza frecuentemente en incentivos o, por el contrario, obstáculos o cargas que se establecen con relación a una u otra opción (piénsese, por ejemplo, en las ventajas que se conceden al empleador que contrata a personas con capacidades especiales). Muchas veces, sin embargo, tales estímulos y obstáculos no se establecen y aún así es posible asumir que el legislador prefiere X a Y (es decir que se haga un uso positivo de la política pública) y que, sin embargo, por diversas razones, ha preferido mantener esa conducta como no obligatoria. Las razones para omitir la obligatoriedad de la participación en una política pública pueden deberse, en sociedades liberales, entre muchas otras, a la necesidad de respeto a la autonomía personal.

Sin embargo, fuera del ámbito de las políticas públicas, en donde es difícil encontrar normas antidirectivas cuyas alternativas resulten neutrales para el legislador, los sistemas jurídicos están compuestos primordialmente de antidirectivas en las cuales esta “opción preferencial” del

⁵⁸ SHAPIRO 2011, 146.

⁵⁹ VERNENGO 1983, 278. Estas antidirectivas requieren, para tener algún sentido práctico, de la existencia de normas prescriptivas tal como lo han señalado ALCHOURRON, BULYGIN (1991, 236). En lo que aquí interesa, las normas prescriptivas relevantes para otorgar sentido a las antidirectivas pueden ser identificadas del siguiente modo: (a) en términos generales, una obligación *erga omnes* de no interferir ilegítimamente en el permiso conferido para hacer o no hacer algo (existe una obligación genérica de no interferir ilegítimamente en la libertad de celebrar un contrato de arrendamiento a quien esté en condiciones de hacerlo); (b) una vez hecho uso del permiso, surgirán para el sujeto que lo utilizó una serie de obligaciones, prohibiciones y probablemente también nuevos permisos (quien celebra un contrato de arrendamiento, por ejemplo, tendrá obligaciones, prohibiciones y posiblemente nuevos permisos relativos a la posesión del bien arrendado); (c) también, luego de hacer uso del permiso, surgirán para los terceros, ahora de manera más específica, nuevas obligaciones, prohibiciones y tal vez nuevos permisos que nacen de la nueva situación jurídica (los terceros no vinculados contractualmente al arrendamiento tienen la obligación de respetar la posesión de la que se ha hecho el contratante y, por ejemplo, la empresa que presta servicio de gas a la finca tendrá un permiso para celebrar un nuevo contrato con el nuevo poseedor) (d) finalmente los jueces y/o las autoridades administrativas encargadas de aplicar la ley que otorga el permiso, competencia, etc. tienen *la obligación* de garantizar que se pueda hacer uso del derecho, potestad, permiso, etc. siempre que estén dadas las condiciones y cuando se presenten incumplimientos de las obligaciones o prohibiciones en los casos a) b) o c) anteriores. La diferenciación y enumeración anterior es necesaria pues suele confundirse el análisis de las normas que confieren permisos o potestades con algunas de las consecuencias que el uso (o no uso) de esa norma genera.

legislador no es expresa ni se puede especular con que exista (v.gr. es indiferente que se realice un testamento o se produzca una sucesión *ab intestato*; es indiferente que una garantía se otorgue a través una caución o un pagaré; o que el ejercicio de la libertad de expresión se realice por medios escritos o por la radio, etc.). En estos casos los fines de la norma (R₁) se cumplen correctamente mediante el uso de cualquiera de las alternativas aceptadas por la norma o se presume que existirá una autoregulación del uso de una u otra alternativa.

En definitiva, si bien parece difícilmente discutible la imposibilidad de predicar eficacia o ineficacia de las normas permisivas, con el propósito de evaluar el acierto de una política pública es posible medir el uso de una opción sobre la otra u otras.

Para finalizar, es necesario tener en cuenta que los beneficiarios pueden hacer uso de las opciones de la política pública (opción preferida por el legislador) en la mayoría de las ocasiones en las que esta opción está disponible y, sin embargo, que la política pública no sea efectiva. Ello puede obedecer a varios motivos que ya han sido mencionados al tratar las relaciones entre los pares eficacia-efectividad: a) esta situación podría ser compatible con la descripción de las políticas públicas que funcionan en apariencia: los sujetos beneficiarios pueden optar por acogerse a un programa de ayuda social que en rigor no les corresponde (los encargados de la selección de beneficiarios no cumplen con N₁ y la opción de usar N₂ para esos sujetos es, en realidad, fraudulenta); b) también es posible que esta situación se presente cuando en el ámbito de la eficacia se presenta el caso de normas que son solo formalmente eficaces: los encargados de seleccionar a los beneficiarios cumplen con la obligación de enrolar en los programas sociales solo a las personas “elegibles” (C₁) pero además realizan otras conductas (C₂, C₃) que compiten en los fines normativos de la política pública o son neutralizadores de la acción conforme a la norma: exigir a los beneficiarios un retorno del 20% de lo que perciben mensualmente podría frustrar el resultado de la política pública; c) asimismo, es una situación que puede estar presente cuando el problema es de diseño institucional y la política pública no conduce al resultado para el que ha sido implementada (aquí los sujetos hacen correcto uso de la antidirectiva), como en el caso de los microcréditos. Finalmente, (d) es posible que el uso de la antidirectiva genere un incentivo para los beneficiarios finales para que, además de hacer “uso” de la opción del legislador, se realicen otras conductas que contradigan los fines normativos de esa opción. Se trataría de un caso similar al de la eficacia formal, pero en donde una de las conductas (la que es cumplida solo “formalmente” no es una obligación o una prohibición). Un caso ocurrido en los EE. UU. puede dar cuenta de esta situación: al final del siglo XVIII en algunos estados de ese país la presencia de coyotes y otros animales salvajes se volvió un problema significativo para los granjeros. En el estado de Iowa se implementó una política que consistía en beneficiar a los cazadores con una recompensa por la caza de coyotes. Ocurrió que se volvió más rentable entonces criar coyotes para obtener la recompensa que criar ovejas⁶⁰. Como concluye Moreso al analizar el caso, claramente el objetivo de las autoridades no se consiguió; por el contrario, la existencia de la norma y la recompensa incrementó el número de coyotes en Iowa⁶¹.

7. Palabras finales

Este intento inicial de vincular la eficacia/uso de las normas con la efectividad de las políticas públicas permite hacer visible la relevancia de dar a los enfoques de teoría del derecho una aplicación a problemas concretos. También es un llamado de atención a otras disciplinas sobre la importancia de permitir un lugar en sus estudios al derecho y a la teoría jurídica, desde un lugar

⁶⁰ PALMER [1897] citado por MORESO 2016, 216.

⁶¹ MORESO 2016, 216-217.

que no sólo se vincule con los aspectos regulativos de esas disciplinas, sino que incorpore también algunas de sus herramientas metodológicas o sus fundamentos a sus modelos de análisis.

Insisto en que, si las políticas públicas son inevitablemente instrumentalizadas mediante conglomerados complejos de normas jurídicas, cualquier estudio del éxito o fracaso de una política pública debe incluir entre sus intereses el de averiguar qué ocurrió con el cumplimiento de esas normas y de qué manera ese cumplimiento/uso o incumplimiento/no-uso puede vincularse con los resultados obtenidos. Considero que omitir este plano de análisis implica un salto epistémico que priva, en buena medida, de sentido a las conclusiones de otro tipo como las que se centran en la eficiencia, en los procesos de producción de las políticas públicas y muy especialmente las que se centran en la evaluación de los resultados de estas políticas. En definitiva, omitir el análisis de las normas jurídicas al evaluar los resultados de las políticas públicas es algo así como poner el carro delante del caballo.

Referencias bibliográficas

- ATIENZA M. 1997. *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas.
- ATIENZA M. 2013. *Curso de argumentación jurídica*, Trotta.
- ATIENZA M. 2019. *Un modelo de análisis de la argumentación legislativa* en OLIVER-LALANA, D. (ed.), *La legislación en serio: estudios sobre derecho y legisprudencia*, Tirant lo Blanch. 343 ss.
- BANERJEE A., KARLAN D., ZINMAN J. 2015. *Six Randomized Evaluations of Microcredits: Introduction and Further Steps*, en «American Economic Journal: Applied Economics», 7, 1, 1ss.
- BAYÓN J.C. 1991. *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales.
- BOBADILLA J., DALMAU R., GALVE E. 2014. *Impacto de la legislación que prohíbe fumar en lugares públicos en la reducción de la incidencia de síndrome coronario agudo en España*, en «Revista Española de cardiología», 67, 5, 349 ss.
- FERNÁNDEZ BLANCO C. 2018. *Un aporte jurídico a los debates sobre instituciones y desarrollo. Aproximación desde problemáticas compartidas por los países de América Latina*. Disponible en <http://hdl.handle.net/10803/482041>
- FERNÁNDEZ BLANCO C. 2019. *Normas sociales y problemas de eficacia y efectividad de las normas jurídicas*, en «DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 42, 259 ss.
- FERRARO F. 2019. *Razionalità legislativa e motivazione delle leggi. Un'introduzione teorica*, Giuffrè.
- GARCÍA VILLEGAS M. 1993. *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*, Uniandes.
- GONZÁLEZ LAGIER D. 2003. *Hechos y argumentos. (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)*, en «Jueces para la democracia: Información y debate», 46, 17 ss.
- GREENPEACE, AVINA, FARN 2015. *Las Plantas MBT, una falsa solución para cumplir con la Ley de Basura Cero*. Documento Disponible en <https://wayback.archive-it.org/9650/20200216201047/http://p3-raw.greenpeace.org/argentina/Global/argentina/graphics/2015/basura/MTB-Una%20Falsa%20Solucion.pdf> (visitado el 22 de noviembre de 2021)
- GRUENBERG C., PEREYRA IRAOLA V. 2009. *El clientelismo en la gestión de programas sociales contra la pobreza*, Documento de Políticas Públicas Nro. 60, CIPPEC.
- GUASTINI R. 2014. *La sintaxis del derecho*, Marcial Pons.
- HIERRO L. 2003. *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel Derecho.
- HOGWOOD B., GUNN L. 1984. *Policy Analysis for the Real World*, Oxford University Press.
- JEAMMAUD A. 1984. *En torno al Problema de la Efectividad del Derecho*, en «Crítica Jurídica» 1, 5ss.
- KELSEN H. 1963. *Teoría Pura del Derecho*. Traducido por NILVE R., EUDEBA.
- KELSEN H. 1979. *Teoría Pura del Derecho*. Traducido por VERNENGO R. Segunda Edición, UNAM.
- KELSEN H. 1987. *Teoría Pura del Derecho*. Traducido por VERNENGO R., UNAM.
- MORESO J.J. 2016. *Schauer on Coercion, Acceptance and Schizophrenia*, en «Ratio Juris», 29, 215 ss.
- MUÑOZ MACHADO S. 2015. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General (Tomo III)*, Boletín Oficial del Estado.
- NAVARRO P. 1990. *La eficacia del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- NAVARRO P. 2017. *Dinámica y eficacia del derecho*, Fontamara.
- NAVARRO P., MORESO J.J. 1996. *Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas*, en «Isonomía», 5, 119 ss.

- NINO C. 1985. *La Validez del Derecho*, Astrea.
- NINO C. 2005. *Un país al margen de la ley, estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Ariel.
- NOVOA MONREAL E. 1990. *Orfandad de los mitos*, en «No Hay Derecho», 1.
- OLIVER-LALANA D. 2008: *Los argumentos de eficacia en el discurso parlamentario*, en «DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 2008, 31, 533 ss.
- OLIVER-LALANA D. 2016. *¿Le importa a alguien que los legisladores razonen? Sobre el análisis y el control del debate parlamentario de las leyes* en «Lisbon Law Review» LVII, 2, 5 ss.
- PAPAYANNIS D.M. 2021. *El derecho privado como instrumento de la política pública* (inédito).
- PÉREZ SÁNCHEZ M. 2005. *El Estudio de las Políticas Públicas*, Universidad de Granada.
- PETERS G. 1982. *American Public Policy*, Franklin Watts Publishers.
- PINO G. 2013. *Norma giuridica* en PINO G., SCHIAVELLO A., VILLA V. (Eds.), «Filosofia del diritto. Introduzione al pensiero giuridico e al diritto positivo», Giappichelli, 144 ss.
- RAZ J. 1985. *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, UNAM.
- SANDOYA E., SEBRIÉ E., BIANCO E., ARAÚJO O., CORREA A., DAVYT O., ROBALLO L., SENRA H. 2010. *Impacto de la prohibición de fumar en espacios cerrados sobre los ingresos por infarto agudo de miocardio en Uruguay* en «Rev. Méd. Urug.» 26, 206 ss.
- SHAPIRO S. 2011. *Legality*, The Belknap press of Harvard University Press.
- SUBIRATS J., KNOEPFEL P., LARRUE C., VARONE F. 2012. *Análisis y Gestión de las Políticas Públicas*, Ariel.
- TAN C.E., GLANTZ, S.A. 2012. *Association between smoke-free legislation and hospitalizations for cardiac, cerebrovascular, and respiratory diseases: a meta-analysis*, en «Circulation» 126 (18), 2177 ss.
- TUZET G. 2016. *Effettività, Efficacia, Efficienza*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica» XLVI, n. 1, 2016, 207 ss.
- VAN AEKEN K. 2011. *From vision to reality: ex post evaluation of legislation*, en «Legisprudence» 41, Vol. 5 (2), 42 ss.
- VON WRIGHT G. 1970. *Norma y acción: una investigación lógica*, Tecnos.
- WALDRON J. 1999. *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press.

INDIRECT DISCRIMINATION AND RACIST STEREOTYPES IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS' CASE LAW ON FAMILY MIGRATION

ENCARNACIÓN **LA SPINA**



Indirect Discrimination and Racist Stereotypes in the European Court of Human Rights' Case Law on Family Migration

ENCARNACIÓN LA SPINA

Ricercatrice, Università di Deusto, Spagna.

E-mail: elaspina@deusto.es

ABSTRACT

Over the past few decades, the European Court of Human Rights (ECtHR) has adopted an incidental approach to migrant family life protection, applied on a case-by-case basis. In general, according to an instrumental interpretation of the open-ended phrase «or other status» contained in Article 14 of the European Convention on Human Rights, the ECtHR has sought to protect people and groups from discrimination on different grounds (age, sex/gender, national origin, place of birth and gender-based intrafamilial roles). However, in the case of *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom* and the case of *Biao v. Denmark*, it remained silent regarding the States' discriminatory treatment of their own citizens or third-country nationals based on the specific role played by ethnic national origin and racist stereotypes. This article posits that there is an intersectionality gap in the ECtHR's case law which accounts for the obsolescence of duality between nationality and citizenship. It also seeks to clarify its complex, contextual intersection with racist stereotypes and gender (wrongly used as separate grounds for indirect non-discrimination).

Negli ultimi decenni, la Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) ha adottato un approccio incidentale sulla protezione della vita familiare migrante, che è stato applicato caso per caso. Alla stregua di una interpretazione strumentale dell'articolo 14 e la clausola «o altre situazioni», la CEDU ha cercato di proteggere persone e gruppi contro la discriminazione per motivi diversi (età, sesso, origine nazionale, luogo di nascita e ruoli intrafamiliari basati sul genere). Nonostante ciò, nei casi *ABC c. Regno Unito* e *Biao c. Danimarca*, la Corte è rimasta in silenzio nel riconoscere e giustificare il trattamento discriminatorio degli Stati nei confronti dei propri cittadini o dei cittadini di paesi terzi sulla base del ruolo specifico svolto dalle origini nazionali etniche e dagli stereotipi razzisti. Questo articolo sostiene che ci sia un divario di intersezionalità nella giurisprudenza CEDU, che consente spiegare perché è obsoleto il binomio nazionalità e cittadinanza e che chiarisce la sua intersezione complessa e contestuale con gli stereotipi razzisti e con il *gender* (usati erroneamente come motivi separati di non discriminazione indiretta).

KEYWORDS

discrimination, intersectionality, ECtHR, nationality, racist stereotypes

discriminazione, intersezionalità, CEDU, cittadinanza, stereotipi razzisti

Indirect Discrimination and Racist Stereotypes in the European Court of Human Rights' Case Law on Family Migration

ENCARNACIÓN LA SPINA

1. *Introduction* – 2. *Factors of discrimination allowed in migrant family case law: past and present* – 2.1. *(Un)learning lessons from the past: the case of ABC v. the UK* – 2.2. *Thirty years later: the case of Biao v. Denmark (2014)* – 2.3. *The unexpected turn of events: the effects of discrimination in Grand Chamber ECtHR Biao v. Denmark (2016)* – 3. *Exploring discrimination, racist stereotypes, and the intersectional approach* – 3.1. *A two-level analysis of indirect discrimination: individual and general context-based* – 3.2. *Interactions and intersections between ethnic criteria, nationality, gender roles, and racist stereotypes* – 3.3 *An intersectional legal toolkit: contexts and comparability test* – 4. *Final remarks*.

1. *Introduction*

Families around the world are changing, and migrant families are no exception. Both migrant and autochthonous families have seen changes to their internal structure, dimensions, and membership due to new parental and gender roles, but also to their social needs. However, migrants have also been externally forced to change as a result of increasing bureaucratic obstacles in the migration context, different care needs, and the supposedly “voluntary” reasons for them to leave family members behind. The emerging prominence of family migration and the situations of discrimination associated with human mobility have marked the scope of the protection standards applicable to migrant family life. Both have gradually transformed the judicial task of the European supranational and international courts over the past two decades. In the Luxembourg Court, the most controversial issues are frequently related to direct or indirect reverse discrimination cases concerning EU citizens’ rights and the family unit (WALTER 2008); whereas in the Strasbourg Court, they are linked to cases concerned with the expulsion or separation of family members, the reasonable justification of different treatment, and the non-discrimination and extended protection of children’s rights.

In the European Union there is a double prohibition of discrimination, which was firstly provided by EU non-discrimination law and later reinforced with respect to EU citizens. EU citizens residing in another Member State cannot be discriminated against on the grounds of nationality in any way that affects their fundamental rights and freedoms, especially those related to their family life¹. Article 18 of Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) prohibits discrimination on grounds of nationality and enables the Council to take ap-

* This study has been supported by Ramón y Cajal post-doctoral scholarship programme (Spanish Ministry of Science and Innovation) ref. RYC 2016-19465 at the Faculty of Law and Pedro Arrupe Human Rights Institute of the University of Deusto, and the MINECO/FEDER through the Research project *La desigualdad compleja en las sociedad plurales: indicadores para las políticas públicas*, reference DER 2016-77711-P and *Proyecto de Apoyo a las actividades de los grupos de investigación reconocidos del sistema universitario vasco* (Project to Support the activities of recognised research groups in the Basque university system (Ref.: IT1224-19) (Group recognised under category A).

¹ See Article 45.1 of the EU Charter of Fundamental Rights: «every citizen of the Union has the right to move and reside freely within the territory of the Member States», and Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States, OJ, L 158 of 30 April 2004.

appropriate action to combat discrimination based on sex, race or ethnic origin, religion or belief, disability, age, or sexual orientation². Despite this affirmation of the principle of non-discrimination of EU citizens, the European Court of Justice has shown a clear preference for the adoption of a more cautious approach, curtailing its positive application to protection in cases involving EU minors and third-country national parents under Art. 20 and 21 TFEU (BERNIERI 2018, 290; VAN ELSUWEGE, KOCHENOV B 2011; GONZÁLEZ PASCUAL, TORRES PÉREZ 2017). Countries such as Germany, Austria, Belgium, the Netherlands, and the United Kingdom have opted to give less favourable regulatory treatment to family reunification when the applicant is a national of that Member State and has always resided there (MARIN CONSARNAU 2019, 283). In these cases, the CJEU deliberately placed family life within the fundamental rights of EU citizens who actively exercise their – and their families’ – right to free movement, consequently shaping a two-speed system (LA SPINA 2019). In fact, reviewing the differences between various categories of third-country migrants and EU citizens residing with their families in EU territory, there are some remarkable cases of inverse discrimination that have been resolved in favour of family unity, including *Chen and Rendon*³ and *Zambrano*⁴ and *Lounes*⁵.

In contrast, GERARDS (2013) and DEMBOUR (2009) noted a particular deficiency in the ECtHR’s case law. The Strasbourg Court has remained silent regarding States’ discrimination against their own citizens for decades. This Court has advocated the circumstantial protection of family rights, extending the application of Article 8 but prioritising the migrant child’s best interest and the goal of integration. Several circumstances could be considered in these cases, including the family’s actual situation, the length of their stay in the country, the behaviour of the individual concerned, their grasp of the language and customs of the country from which they were to be expelled, as well as the level of difficulty involved in the parent-child separation (DESMOND 2018, 263-265).

Consequently, as argued by ARNARDÓTTIR (2017, 150), the ECtHR’s jurisprudential developments have painted a somewhat different picture of discrimination on grounds of nationality. On the one hand, the ECtHR reasoned that different treatment based on nationality required “very weighty reasons” in the case of *Gaygusuz v. Turkey* of 1996⁶. On the other hand, in the case of *Biao v. Denmark* of 2014⁷, the ECtHR simply stated that different treatment based on nationality could only be allowed on the basis of «compelling or very weighty reasons». The Court has mostly restricted its case law on nationality (under Article 14 of the European Convention on Human Rights) to situations such as the one in *Gaygusuz v. Turkey*, where legally resident immigrants were denied social security benefits. Nowadays this is still a common practice in Europe. While the ECtHR continues to engage in discussions about other types of different treatment based on nationality⁸ applied to third-country nationals residing in Member States, the

² For instance, *European Commission v. Hungary*, C-392/15, Judgment of 1 February 2017, ECLI:EU:C:2017:73 (exclusion of nationals of other Member States from the notarial profession).

³ Among others, see *Alfredo Rendón Marín v. Administración del Estado* [GC], C-165/14, Judgment of 13 September 2016, ECLI:EU:C:2016:675 (refusal to grant a residence permit to an third-country national applicant with a criminal record, despite the fact that his son was an EU citizen). *Kunqian Catherine Zhu and Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department*, C-200/02, Judgment of 19 October 2004, ECLI:EU:C:2004:639 (right of a child who was an EU citizen to reside in the EU with his or her parents).

⁴ For instance, this is limited to EU citizens who move to or reside in a Member State other than that of their nationality, *Ruiz Zambrano v. Belgium*, C-34/09, Judgment of 8 March 2011, ECLI: EU: C: 2011:124. 2011

⁵ *Lounes v. Secretary of State for the Home Department*, C-165/16, Judgment of 14 November 2017, ECLI: EU: C: 2017:862, the nonsensical situation of a Spanish citizen living in the United Kingdom who exercised EU mobility and wanted to reside with her husband, a third-country national, but when she became British she was still not covered by Directive 2004/38/EC.

⁶ *Gaygusuz v. Austria*, Application No. 17371/90, Judgment of 16 September 1996, par. 42.

⁷ *Biao v. Denmark*. Application No. 38590/10, Judgment of 25 March 2014, par. 7.

⁸ For instance, the different treatment was reasonable and objective in *Bah v. the United Kingdom*, Application No. 56328/07, Judgment of 27 September 2011 (refusal of assistance to find accommodation due to conditional immigra-

Strasbourg Court usually decides if they could be considered to be discriminatory without providing “weighty reasons”.

However, at present there are no ECtHR cases where Member States apply different treatment to their own citizens based on the “ethnic nature” of their nationality. Consequently, this “strong” prohibition of discrimination cannot be extrapolated from the *Biao* case under discussion, as the applicant for family reunification who was discriminated against was a national living in his own Member State. In fact, as argued by the ECtHR, «the preferential treatment of nationals of member States of the European Union [...] may be said to be based on an objective and reasonable justification, because the Union forms a special legal order, which has, moreover, established its own citizenship»⁹. Here the keystone is the «objective and reasonable justification» for the different treatment, without questioning the extent of the EU non-discrimination principle.

Moreover, Article 14 of the European Convention on Human Rights (ECHR) does not specifically prohibit discrimination between nationals of the same State, that is, the category of discrimination based on nationality. Article 14 does not have an “independent existence”, and only applies “instrumentally” to the enjoyment of the rights protected by other rights within the ECHR (under Article 8, among others). Consequently, according to the open-ended clause “or other status”, Article 14 can include any and all discrimination grounds under the ECHR and the Court can apply the concept of indirect discrimination (COLLINS, KHAITAN 2018). The general term “any other status” applies for «differences based on an identifiable, objective or personal characteristic, or “situation”, by which persons or groups are distinguished from others»¹⁰ but this is not «confined to personal characteristics, understood as those which are innate or inherent». For example, this may be implemented by referring to specific reasons for applying different treatment (having had citizenship for 28 years, as in *Biao*) instead of indirectly referring to the groups that are most disadvantaged by the rule or practice in question (persons from minority ethnic groups).

Undoubtedly, this is the least questioned aspect of nationality related to indirect discrimination and intersectional effects¹¹. Moreover, the frequent intersection of sex, race, ethnic origin, and migrant statuses is different for migrant parents than for national relatives in family reunion cases. For instance, family reunion involves a certain degree of scrutiny of the circumstances attributed to the role of the migrant woman as a member of a family that is biased by stereotypes automatically assumed by authorities and judicial bodies. As shown in the legal reasoning of the ECtHR’s case law over time, there is a certain resistance to identifying stereotyped justi-

tion status of her son and as a result of a free decision); *Gouri v. France* (dec.), Application No. 41069/11, Decision of 23 March 2011 (refusal of assistance to find accommodation due to immigration status). In contrast, there was discrimination on grounds of national origin without «weighty reasons» in *Koua Poirrez v. France*, Application No. 40892/98, Judgment of 30 September 2003 (refusal of a disability allowance on the grounds that the claimant was neither a national of the EU nor a French national); *Dhahbi v. Italy*, Application No. 17120/09, Judgment of 8 April 2014 (refusal of family allowance due to foreign nationality or temporary residence permit); *Rangelov v. Germany*, Application No. 5123/07, Judgment of 22 March 2012 (denial of access to a treatment programme for a foreign national). More examples in the European Court of Justice include *Servet Kamberaj v. Istituto per l’Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) and Others* [GC], C-571/10, Judgment of 24 April 2012, ECLI:EU:C:2012:233 (denial of housing benefits for third-country nationals).

⁹ *Ponomaryovi v. Ukraine*, Application No. 5335/05, Judgment of 21 June 2011, par. 54.

¹⁰ *Novnik and Others v. Russia*, Application No. 31039/11, Judgment of 15 March 2016 par. 90 and *Biao*, par. 89.

¹¹ Among others, see the reference to multiple discrimination in *B.S. v. Spain*, Application No. 47159/08, Judgment of 3 July 2012 (the vulnerability of African women who are victims of prostitution and of racist actions by the authorities), *S.A.S. v. France* [GC], Application No. 43835/11, Judgment of 1 July 2014 (the prohibition of use of religious veil for muslim women), *Carvalho Pinto de Sousa Morales v. Portugal*, Application No. 17484/15, Judgment of 20 June 2017 (stereotypes about age and female sexuality for a woman in her fifties and a mother of two children. Such an assumption reflected a traditional understanding of female sexuality as being essentially linked to procreation and therefore ignored its physical and psychological relevance to women’s self-realisation).

fication related to race and a different ethnic origin due to a «lens of formal equality» (TIMMER 2011, 711). On the contrary, extreme caution is often used when combining race with nationality, in the sense of allowing anti-discriminatory legislation capable of affecting the regulation of nationality (the last hegemonic stronghold of sovereignty), and the differences foreseen by immigration laws and policies.

This article briefly analyses two examples within the ECtHR's case law in order to review how jurisprudential argumentative terms have evolved and identify the dynamic role of stereotyped justification in the domains of race, nationality, and different ethnic origin within family migration standards. The paper is made up of two building blocks. Section 2 contains a brief description of discrimination factors concerning family migration in the evolution of ECtHR's case law, with emphasis on the facts of the *ABC* and *Biao* cases. The analytical approach under Article 14 proposed in the *ABC* case is a rather complex structure of discrimination (O'CONNELL 2009), which was summed up by the Grand Chamber in the *Biao* case.

Section 3 offers a reasoned analysis of the justification of indirect discrimination and stereotypes when combining race and nationality in migrant family cases. This analysis will apply some new critical contributions of the intersectional approach. Firstly, it will focus on the heterogeneity of the subject or subjects that are at the crossroads between different discrimination systems, whose experience of subordination cannot be explained by using isolated social categories. Secondly, it will consider the different discrimination factors operating simultaneously. And thirdly, it will criticise the paradoxical effects of analyses, interventions and public policies based on a single axis of discrimination (LA BARBERA 2016; BELLO 2015). The conclusion will summarise the findings and provide some brief considerations on the feasibility of intersectionality (CRENSHAW 1993; CRENSHAW 1991), and the advantages of incorporating the intersectional approach into the ECtHR's legal toolkit.

2. Factors of discrimination allowed in migrant family case law: past and present

The ECtHR's case law can be described as being protective of family rights, particularly of the closest family migrant member(s) legally residing in the EU territory under Article 8 of the ECHR (NICHOLSON 2018, 20; THYM 2008, 90). In fact, there have been many attempts to restrict unjustified State interference with family life, such as the expulsion of family members¹². The Strasbourg Court has reiterated that some individuals arrive on a temporary visa or illegally, then start a family, and use this situation as a “*fait accompli*” in order to secure legal residence¹³. In some cases, however, the need to act in the child's best interest has decisively shifted the balance against the removal of a parent on the basis of exceptional circumstances¹⁴. Conse-

¹² Among others, see, for example, *Berrehab v. the Netherlands*, Application No. 10730/84, Judgment of 21 June 1988; *Moustaquim v. Belgium*, Application No. 12313/86, Judgment of 18 February 1991; *Cruz Varas v. Sweden*, Application No. 15576/89, Judgment of 20 March 1991; *Beldjoudi v. France*, Application No. 12083/86, Judgment of 26 March 1992; *Dalia v. France*, Application No. 11444/1985, Judgment of 19 February 1998; and *Ezzouhdi v. France*, Application No. 47160/1999, Judgment of 13 February 2001.

¹³ *Boultif v. Switzerland*, Application No. 54273/2000, Judgment of 2 August 2001; *Yilmaz v. Germany*, Application No. 52853/99, Judgment of 17 April 2003; and *Jeunesse v. the Netherlands*, Application No. 12738/10, Judgment of 3 October 2014.

¹⁴ In several cases, the Court found a violation of Article 8 ECHR, *Rodrigues de Silva and Hoogkamer v. the Netherlands*, Application No. 50435/99, Judgment of 31 January 2006; *Nunez v. Norway*, Application No. 55597/09, Judgment of 28 June 2011, par. 84, 59; *Butt v. Norway*, Application No. 47017/09, Judgment of 4 December 2012; and more recently, in *Said Mohamed Abokar v. Sweden*, Application No. 23207/16, Judgment of 6 June 2019: «When there could be no reasonable or legitimate expectations as to the possibilities for establishing a family life in the Contracting State, it was likely only to be exceptional circumstances that the removal of the non-national family member would constitute a violation of Article 8».

quently, respect for migrant family life frequently depends on an unequal balance between the general interest (excluding migrants' interests) and the range of criteria to be considered against removal under Article 8(2) ECHR. Despite this parallel development in the context of protecting a child's best interest, the ECtHR's case law provides a reasonable variety of relevant factors that contribute to the admission of family reunion (NICHOLSON 2018, 30) and to the different types of treatment meted out to expelled family members¹⁵.

Beyond the relationship between parents and minor children, it is also worth discussing the unequal protection of the parent-child relationship in adult ages. This poses a serious risk of age discrimination and exclusion of modern forms of family life from the material scope of the right to family life under Article 8 of the ECHR. For instance, in the judgment of the case of *Senchishak v. Finland*¹⁶, the Strasbourg Court allowed the deportation of a 72-year-old woman from Finland to Russia, even though the applicant lived with her Finnish-born daughter in Finland. The Court held that the reasons given were not sufficient to grant her the right to family life under Article 8 of the ECHR, especially considering that her adult children and their relatives had not lived together for some time¹⁷. This decision made a difference to the protection standards of family reunion between parents and children in adulthood, and interpreted the word "family" in a way that was foreign to the cohabitation that exists in multi-generational environments. In this judgment, the Court placed undue emphasis on the dependency requirement, the interpretation of which clashed with two-way health care and with the care of the elderly in their home.

However, the interpretation of the Strasbourg Court is more silent in other cases of discrimination based on national origin, place of birth, gender stereotypes, or a combination of these. Its judgments seem especially cryptic in cases of gender-based intrafamilial roles and stereotypes. For instance, in the case of *Ramos Andrade v. the Netherlands*¹⁸, the Court presented a mother with an impossible choice (between her family and her personal life in her country of origin) as a natural sacrifice that would be expected of a good mother and wife, accepting that respect for the right to family life depended on this (STAIANO 2013). Whereas in other cases, taking into account the extent of individual family matters, the Strasbourg Court considered that granting residence to the applicant mother in the territory was the only appropriate way to respect the proper unfolding of family life. But this form of protection only imposes a mother's stereotyped caring role on female applicants¹⁹, without considering the administrative status of the father.

A review of the case law on family reunification and stereotypes shows that there have been few relevant judgments concerning the effects of not effectively neutralising the factors of intersectional discrimination under Articles 8 and 14 of the ECHR. I have selected two cases that have been considered the most representative of this silent interpretation. One is the case of *Abdulaziz, Cabales, Balkandali v. the United Kingdom*, known as the ABC case (1985). The other is a more recent case where these issues resurfaced, *Biao v. Denmark*, in the first and second instances (2014-2016). After thirty years, in the case of *Biao v. Denmark*, an opportunity was missed to

¹⁵ For instance, many are reflected in its jurisprudence on expulsion (NICHOLSON 2018, 20), which sets out a range of criteria according to the *Boulatif* and *Jeunesse* judgments.

¹⁶ See *Senchishak v. Finland*, Application No. 5049/12, Judgment of 18 November 2014. For example, the comments of ASKOLA 2016, 370-372.

¹⁷ This judgment logically follows from *Kwakye-Nti and Dufie v. the Netherlands*, Application No. 31519/96, Judgment of 7 November 2000, *Emonet and others v. Switzerland*, Application No. 39051/03, Judgment of 13 March 2008.

¹⁸ See the decision of inadmissibility of *Ramos Andrade v. the Netherlands* (dec.), Application no. 53675/00, Decision of 6 July 2004.

¹⁹ *Sen v. the Netherlands*, Application No. 31465/96, Judgment of 21 December 2001. *Tuquabo-tekle v. the Netherlands*, Application No. 60665/00, Judgment of 1 December 2005. *Darren Omoregie and Others v. Norway*. Application No. 265/07, Judgment of 31 July 2008, par. 57. *Rodrigues de Silva and Hoogkamer v. the Netherlands*, cit. par. 50 and *Jeunesse v. the Netherlands*, cit. par. 43.

tear things apart at the seams, to paraphrase DEMBOUR (2015, 99), in cases of discrimination based on national ethnic origin and racist stereotypes.

2.1. (Un)learning lessons from the past: *ABC v. the UK*

The case of *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, of 28 May 1985, was one of the first specific claims for admission of family members faced by the ECtHR. Although it has been generally believed to be the first precedent, in fact it is not, as argued by DEMBOUR (2015, 96), since there were two earlier cases where the applicants had requested the Commission to be allowed to be heard. These were the cases of *Alam and Khan v. the United Kingdom*²⁰ and *HS v. the United Kingdom*²¹. Neither of them was heard by the Court. They entailed family reunification applications that were refused, involving the parent and the child of an immigrant worker in the United Kingdom (although the children were of different ages). The child was a migrant minor in the case of *Alam and Khan*, whereas the child was of legal age in the case of *HS*. They were both the prelude to the *ABC* case, in which the ECtHR asserted the principle that States have the right to control the entry and residence of immigrants in their territory. This was somewhat equivalent to a prerogative to exclude members of the same family under the principle of sovereignty. However, as will be shown by the resolution of the case in connection with Articles 8 and 14 of the ECHR, there is a major difference between appealing to the sovereignty of the State and using full discretion when forcing the dislocation of migrant families to prevent family reunion in other countries²².

The *ABC* case clearly included a stereotyping process related to migrant families, unlike the aforementioned precedents. Three legal residents in the United Kingdom (Ms Abdulaziz, Ms Cabales and Ms Balkandali) got married in their country of origin and their respective husbands were refused residence in the United Kingdom under the applicable immigration laws. Ms Abdulaziz (of Indian origin) and Ms Cabales (born in the Philippines) did not have United Kingdom citizenship, because neither they nor their parents had been born in that country. Ms Balkandali was a British citizen (even though she was born in Egypt). The applicants claimed that the refusal to allow them to reunite with their respective husbands impinged upon their right to family life, and therefore entailed unlawful interference by the authorities. UK family reunification rules for long-term residents maintained a stereotypical understanding of male and female roles in patriarchal societies, establishing different, stricter conditions for husbands to join their wives (of Asian descent). The ECtHR maintained that national immigration controls should be exercised in accordance with the ECHR. Under applicable immigration provisions, the applicants were allowed to enter the United Kingdom because they had lawfully, permanently settled in the country; but their respective husbands were not allowed to join them. This violated Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the ECHR, as it infringed their right to have their family life respected. However, the Court did not consider that immigration measures involved discrimination on grounds of race or birth, nor did it believe that these measures were equivalent to inhuman or degrading treatment under Article 3 of the ECHR. As argued by DEMBOUR (2015, 104), in the cases of *Abdulaziz and Cabales* there were reasons to consider that there had been discrimination on grounds of racial origin, and not only on grounds of gender. Whereas in the case of *Balkandali*, there were grounds to hold that there had been discrimination between British nationals on grounds of birth, in addition to gender, due the specific role played by national origin at the intersection with gender (MORENO-LAX 2021, 59). It was

²⁰ *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*. Judgment of 28 May 1985. Series A No. 94. The ruling of the Court was unanimous.

²¹ *Alam and Khan v. the United Kingdom*, Application No. 2991/65, Judgment of 17 December 1968.

²² *H.S. v. the United Kingdom*, Application No.2992/66, Judgment of 15 July 1967.

for this reason that DEMBOUR (2009) described this leading case as a bittersweet achievement. Basically, the laws regulating immigration in the United Kingdom caused gender-based discriminatory treatment as a result of taking in conjunction the Article 8 with Article 14 of the Convention. This did not go beyond reasoning or warning about the risks of internal classifications in access to nationality and cases of inequality between members of the same family. This unresolved issue would later lead to legitimising ethnic-racial discrimination, as in the case of *Biao v. Denmark*.

If the logic used by the Court to resolve the case in the 1980s is analysed, it becomes apparent that it was completely different. It was basically limited to examining two preliminary questions about the content and scope of the positive obligations of the State under Article 8 ECHR. Firstly, the right to family life presupposes that a family exists and protects the right to create it. This requirement was questioned in the case. Since there was no family, its right to exist could not be recognised. However, the legal residence of a person was (indirectly) conditional upon the time factor involved in creating a family (in other words, upon that individual's single status). And, secondly, it was highlighted that Article 8 can in no case be interpreted as a general obligation of States to respect the choice of married couples regarding their joint place of residence and to accept the residence of non-national spouses. Two types of stereotypes arose from these interpretations regarding migrant workers as household heads and family members. It was presumed that they had caused or freely chosen the separation of their family, a decision and action for which they were responsible. And it was further assumed that even if family values were essential for migrant families, the whole family could return to their country of origin to avoid dislocation, unless there were insurmountable obstacles that prevented this or made it inadvisable.

Nevertheless, its argument with respect to other rights guaranteed by the ECHR was well established (MORENO-LAX 2021, 59; SANTOLAYA MACHETTI 2004, 92). It considered that the different treatment of men and women in terms of reunion with their spouses under UK law and practice was formally unequal and a clear violation of Article 14 ECHR. According to the legal grounds of the judgment, Article 14 does not have an "independent existence", and only applies "instrumentally" to the enjoyment of the rights protected by other rights within the ECHR. When the ECtHR finds a violation of a substantive right, it often does not go on to analyse an allegation of discrimination if this entails revisiting a virtually identical issue. According to the ECtHR, Article 14 specifically states that a difference of treatment is discriminatory if it «has no objective and reasonable justification». That is, if it does not pursue a "legitimate aim" or if there is no «reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised».

Therefore, the Court determined that the immigration regulations in question were discriminatory on the grounds of gender but not on the grounds of race. As it focused on a single ground, a contextual understanding of the interaction between race and gender was lacking, which revealed the limits of the equality-based reasoning. The immigration provisions did not contain any distinctions between persons based on their race or ethnic origin (either directly at first sight or in speculative terms), but ruled on which decisions were required to be taken without regard to these criteria. The Court considered that «the United Kingdom ancestry rule», which required that either the applicant's wife had been born or had a parent born in the United Kingdom, did not favour persons of a particular origin; rather, it was designed to benefit people with close connections to the United Kingdom and incidentally prevent so-called "bogus marriages". In the same vein, it was argued that there were «general persuasive social reasons for giving special treatment to those whose link with a country stems from birth within it». The objective justification for the provision was: (1) to protect the domestic labour market, where male immigrants may have a greater impact or pose a threat; and (2) to ensure domestic order, given the tension caused by immigration in society (ARTURO 2005, 19).

However, both “objective reasons” were aimed at imposing preventive control measures on the possible effects or risks arising from admitting these spouses into the country. In this case, the ECtHR more or less explicitly embraced and reinforced the stereotyped migrant family model, based on gender distinctions between the productive and reproductive roles in the family, but without taking into consideration the racist stereotypes attributed to possible “bogus” spouses. In fact, *Abdulaziz Cabales and Balkandi v. the United Kingdom* was based on normative assumptions about the roles of migrant women within their families, which were automatically attributed to them because they were women. Imposing stricter conditions only on women who requested to be reunited with their husbands or fiancées (and not on male applicants) justified non-compliance with the letter of Articles 8 and 14, by adducing the unsupported argument that «male immigrants would have a greater impact than female immigrants on the [domestic labour] market». In fact, according to the IOM²³, it is women who migrate alone first and may have a greater impact on the domestic labour market in those sectors of employment not covered by the indigenous population, such as home care or support. This argument, which is deemed to be disproportionate and anachronistic today, was based on a racist stereotype about gender roles. The real underlying reason for giving different treatment to family migrants and clear priority to one role over the other was fear that migrants would have access to the labour market and unemployment would rise among native-born people. Therefore, the views on the reunion of husbands with their wives by allowing the former into the country should be questioned because of their prejudiced assumptions. They raised doubt as to whether the true end pursued was to lead a married and family life in the country of origin of each of the applicant(s) as a “dependent”, and not as a “productive” agent, because of their presumed gender roles.

2.2. *Thirty years later: the case of Biao v. Denmark (2014)*

The Second Section of the ECtHR heard a case on an application for family reunion lodged by the Biao family (spouse and son), who had been refused by Denmark (*Biao v. Denmark*, 25 March 2014)²⁴. Their application had been refused because they were not related to persons who were native-born Danish citizens, and therefore they did not meet what is known as the “attachment requirement” under Danish regulations. The majority of the ECtHR found no violation of the prohibition of discrimination in relation to the right to family life. The Court did not consider that the refusal to grant the applicants a residence permit entailed a violation of Article 8 ECHR. Mr Biao was a naturalised Danish citizen born in Togo and his wife, Ms Biao, was a Ghanaian national. Both lived in Sweden with their 9-year-old son, who was a Danish national (by virtue of his father's nationality). Ms Biao had arrived in Denmark in 1993, after having spent 15 years in Ghana. Following 9 years of lawful residence in Denmark, Mr Biao was granted Danish nationality in 2002. Ms Biao applied for a residence permit in Denmark in 2003, one week after their marriage. Her application was refused by the Danish Immigration Authority for failing to comply with the requirement that a couple requesting family reunion should not have closer ties with a country other than Denmark (Ghana, in the case of the applicants). This is known as the “attachment requirement”. This attachment presumption is clearly more quantitative than qualitative, since there are no empirical criteria to endorse that, the longer the time of residence, the closer the ties, and vice versa. A process of progressive integration is not

²³ The International Migration Organisation summarises key global migration trends based on recent statistics, providing 21 indicators in relation to 17 migration issues: labour migration, refugees, international students, remittances, migrant trafficking, migration governance, children, public opinion, among others. For 2020, these indicators and statistical data can be consulted in the [online] version, available at: https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020.pdf.

²⁴ *Biao* (2014), cit. par. 76-102.

linear, nor is it chronologically measurable. This is a point of connection between this case and the ABC case, regarding the legitimacy of different treatment of United Kingdom citizens who were born and had resided in the country compared to non-UK born or non-UK-resident citizens. There was a presumption that the former had greater attachment to the country that their relatives aspired to become nationals of, but this was not validated (DEMBOUR 2015, 106).

The requirement provided by Danish regulations is the general rule to allow a Danish citizen and their foreign spouse to be together in Denmark; in other words, for family reunion to be granted. Danish regulations only allow for one exception to this requirement under the so-called “28-year rule”, according to which family reunion is permitted if the Danish spouse has been a Danish citizen for at least 28 years. The 28-year-old rule also applies to people who are not Danish nationals but were born and raised in Denmark; or who went to the country as young children, were raised there, and have legally resided in the country for 28 years. The 28-year rule exception resulted in different treatment of two groups of Danish citizens, that is, those born as Danish nationals and those who became Danish nationals at a later stage in their life²⁵. Statistically speaking, the latter are likely to have a different ethnic origin in most cases.

In this case, the Court was mainly focused on assessing whether different treatment of people in similar situations is discriminatory when it lacks objective and reasonable justification regarding nationality, a domain of state sovereignty. As in the case of *Abdulaziz, Cabales and Balkandali*, the ECtHR did not find that there was ethnic or racial discrimination in the case of *Biao*. In the Court’s view, the wording of the 28-year-old rule did not distinguish between Danish-born people and those who became Danish nationals later in life. Nor did it differentiate ethnically Danish nationals from Danish nationals of other ethnic origins. Therefore, it concluded that the formulation of the 28-year-old was neutral, although it could not deny that, in practice, the 28-year rule gave unequal treatment to Danish nationals of an ethnic origin other than Danish. This can be described as a distorted perception of the notions of “neutral” and “real”, given the greater social impact that this rule has on one minority group compared to others.

In the case of *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, the Court ruled that there was only gender discrimination involved and concluded that this was not sufficient to assume that the applicants were discriminated against on grounds of race and/or ethnic origin. However, in the *Biao* case, the Court held that the treatment given to the applicant who had been a Danish national for less than 28 years was different to the treatment given to those who had been Danish nationals for more than 28 years. The basis for this discrimination was the length of citizenship, but the different treatment was reduced to the category of discrimination on “any other grounds”. This was a more indeterminate form of discrimination on the boundary area between discretion and arbitrariness. It allowed the State a wide margin to demonstrate whether a measure adopted on immigration matters where it held sovereignty was reasonable or not. It should be noted that a certain degree of discretion is not only compatible with legal certainty but is sometimes advisable. On the contrary, arbitrariness is close to abuse of process, which is characterised by decisions made or validated without providing any underlying reasons for them, and «shatters any attempt to give people security» (VILAJOSANA 2006, 284).

The argument on reasonableness and proportionality in the first instance is deconstructed below. The interpretative strategy of the ECtHR had a number of shortcomings:

a) It confusingly avoided examining national legislation in the abstract (not immigration regulations) and simplified the examination of proportionality and reasonableness. The Court took 2004 as a starting point and maintained that Mr Biao had only been a national for two years before he was refused family reunion, and that both Mr and Ms Biao had stronger ties with Ghana.

²⁵ Strictly in quantitative terms, Mr Biao, who became a Danish national when he was 31 years old under the 28-year rule, would only be eligible for family reunion when he turned 59, a completely different scenario to that faced by a Danish person who was born in Denmark but lived in Sweden while remaining a Danish national.

b) The Court did not consider the 28-year attachment rule to be disproportionate. In the Court's view, the rule was justified because it disregarded the fact that Mr Biao was Danish after 9 years of residence, despite the fact that his territorial ties had been discontinued due to his move to Sweden with his family.

c) The discrimination factor(s) were reframed by denying that there was racial discrimination and holding that there was only discrimination on grounds of national origin. Under Article 14 ECHR it was therefore possible to have second-class citizens, especially in terms of the rights granted under the Convention (such as those in Article 8). However, as argued by the dissenting opinion, this legislative measure had «disproportionately prejudicial effects on a particular group», as they would be unable to lead a family life in the country whose nationality Mr Biao's possessed, which would also affect his son²⁶. This would undermine his rights, as he would not be considered to be a Danish citizen.

2.3. *The unexpected turn of events: the effects of discrimination in Grand Chamber ECtHR Biao v. Denmark (2016)*

On 24 May 2016 the Grand Chamber of the ECtHR revoked the judgment, and in the second instance, the Court went beyond the normative text regarding the 28-year rule. Along the lines of the dissenting votes, the Court analysed the legitimate purpose of the rule, and tried to explain whether it had had a disproportionate effect on a specific group of people. The Court noted that it was the State's obligation to prove the legitimate purpose of this different treatment. It observed that the 28-year rule resulted in indirect discrimination that favoured Danish-born nationals and had disproportionately prejudicial effects on those who had become nationals by naturalisation (MÖSCHEL 2017, 110).

In the second instance, the Grand Chamber²⁷ started to outline and take the first steps towards a stronger conceptual scope and the difference between direct and indirect discrimination regarding treatment based on ethnic origin. This “28-year attachment rule” clearly had a negative impact on naturalised Danish nationals who had a different racial or ethnic origin, because it meant they would have to wait longer to exercise that right. While the 28-year rule may seem to be a neutral condition, it would compromise their life and would affect them differently regarding their foreign spouses being able to join them in Denmark. Following the argumentative logic of the three dissenting judges, the Grand Chamber reviewed the ruling of the 2014 Judgment and concluded that there had been a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the ECHR. However, according to the Strasbourg Court, there was no need to conduct a case review in relation to Article 8(2) of the Convention. In fact, section 2 of Article 8 has been traditionally obliterated to make immigration controls and integration measures compatible, even in cases of pseudo-citizenship. This is ultimately a way to save the State's prerogative of exercising its sovereignty on nationality as a means of regulating migration control and the degree of integration required. In my view, there is a contextual mistake when the ECtHR decided not to review Article 8(2), because this left the application of equal treatment under Article 14 unsolved. Specifically, in the light of unjustified discrimination, the “neutral” measure that qualified impact-based or indirect discrimination in this case did affect the exercise of the right to family life and integration conditions. A negative effect that wrongly rests on the basis of “social prejudice”, rather than serving a social need or a State's material or immaterial interest. In fact, the integration requirement in the migrant family context is questionable as a social need, because in some cases it seems an ambiguous form of migration control policy. For in-

²⁶ See Joint dissenting opinion of Judges Sajó, Vučinič and Kūris, *Biao* (2014) cit. par. 8.

²⁷ *Biao v. Denmark* [GC], Application No. 38590/10, Judgment of 24 May 2016.

stance, the same integration criterion has been positively determinant in recognising the violation of Article 8 ECHR by Strasbourg jurisprudence²⁸.

3. Exploring discrimination, racist stereotypes, and the intersectional approach

There have been very interesting developments recently in relation to “new ways” of perceiving institutional discrimination. These include (through undifferentiation) the approach to discrimination from the standpoint of a State's positive obligations, the functional analysis of stereotypes, and the intersectional approach as one of the most cross-disciplinary contributions of feminist theory (MACKINNON, 2013, BELLO, 2015, MORONDO TARAMUNDI 2016a, MCCALL 2005). Different schools of intersectionality (in the 1970s and 1980s) and different waves in intersectionality studies (in the 1990s and 2000s) have drawn attention to two elements, namely, identity and structure. They have emphasised the different complex constituents of the person, the importance of the context, and the systemic power relations underpinning institutions and human interactions. Intersectionality has dismantled the use of a single axis in the area of anti-discrimination law, by considering it to be lacking in cases where «discrimination on more than one ground is indiscernible (synergistic effect), or where the full effects of discrimination can be assessed only by taking into account the combination of two or more grounds (cumulative effect)» (MAKKONEN 2002, 9-14). The specialist doctrine has subdivided the multiple forms of discrimination into various categories: *direct, indirect, ordinary, additional, composite, cumulative, and intersectional* (COLLINS, KHAITAN 2018, VERLOO 2006, BARRÈRE, MORONDO 2011). None of these forms has become a well-established category, either in terms of meaning or of their significance and scope. Precisely for this reason, REY MARTÍNEZ (2008) criticised the profusion of terms and the ambiguity of the concept of multiple/intersectional discrimination. He argued that their origin should be strongly criticised, given the multiple terms used and the terminological limitations caused by the lack of words (in languages other than English) that are equivalent to those used in Anglo-American legal systems. A criticism shared also by MAKKONEN (2002), who opted for the use of the terms “double” or “triple” rather than “multiple” discrimination in cases of cumulative discrimination, because of its greater quantitative connotations and, to a lesser extent, because of its necessary interaction.

Reviewing the ECtHR's case-law discussed here, the applicants in the Biao case (Mr and Ms Biao) were discriminated against on the basis of their “other status” for the purposes of Article 14²⁹. The dissenting judges emphasised how indirect discrimination reinforced a negative stereotype about immigrants and their families. The Court argued that there was no racial discrimination, but discrimination on the grounds of national origin. It hastily affirmed that national origin is only «an ethnic criterion in the non-racist sense»³⁰. However, the internal qualification of nationality in Denmark morphologically results in indissoluble ethnic-racial discrimination, which cannot be dissociated by denying its “non-racist” component. As interestingly argued by ARNARDÓTTIR (2017, 163), when the Grand Chamber found that there had been indirect racial discrimination vis-à-vis persons of non-Danish ethnic origin in the case of Biao (2016), it did not consider that this had caused vulnerability. A Danish citizen with ethnic origin was not regarded to be a member of a “vulnerable group” because the Court only used ethnic origin/race as grounds for discrimination in relation to Roma people³¹.

²⁸ *Sen v. the Netherlands*, cit. *Tuquabo-tekle v. the Netherlands*, cit. *Darren Omoregie and Others v. Norway*, cit. par. 57 and *Rodrigues da Silva and Hoojkamer v. the Netherlands*, cit.

²⁹ Joint dissenting opinion of Judges Sajó, Vučinič and Kūris, *Biao* (2014), cit. par. 12

³⁰ Joint dissenting opinion of Judges Sajó, Vučinič and Kūris, *Biao* (2014), cit. par. 13 and par. 15.

³¹ *D.H. and Others v. Czech Republic*. Application No. 57325/00, Judgment of 13 November 2007, par. 181f.; *Oršuš and Others v. Croatia*. Application No. 15766/03, Judgment of 16 March 2010, par. 147 f.

The burden of proof was transferred to the State, so it was for Denmark to prove that the different treatment was justified (CARRERA 2016, 9). It had to demonstrate that a given provision pursued a legitimate purpose and objective (non-evaluative) factors related to ethnicity, which had a different impact on citizens. It is not true that the difference in treatment was based only on the length of nationality, as argued by the Danish State. This criterion of family reunion was created in a self-serving way. It supported different treatment of citizens based on their different national or ethnic origin³², since the requirement could be effectively less achievable for some nationals than for others, given the extensive period required. A 28-year period is more than half of the life and reproductive history of an individual with a dependent family aiming to acquire and exercise a second nationality option in adulthood. In this sense, three aspects will be briefly outlined below to further explore their connection with the intersectional approach and stereotypes.

3.1. A two-level analysis of indirect discrimination: individual and general context-based

Both the dissenting opinion and the Judgment of the Grand Chamber seemed to find that there had been indirect or impact-based discrimination. Therefore, direct discrimination was ruled out. However, ERSBOLL (2014, 16), among other authors, questioned the presumption that Danish citizens with migrant background and 28-year attachment had stronger ties than other Danish citizens with migrant background but attachment periods of under 28 years. For instance, a 10-year attachment is the most extended rule for acquiring citizenship in Europe. Although the 28-year rule applies to all citizens, the impact is different, as the “28-year attachment rule” directly (rather than indirectly) establishes different treatment for certain Danish citizens based solely on how and when they acquired citizenship; something that, as a matter of principle, is contrary to Article 5 (2) of the European Convention on Nationality³³. Here again, the case of *Biao* differs and is disconnected from the previous case of *Abdulaziz, Cabales, Balkandali*. In the *ABC* case it was not established that there was direct discrimination or discriminatory treatment of citizens based on their place of birth; more specifically, this refers to the case of *Ms Balkandali*, because the other two applicants were lawful residents in the United Kingdom, but spouses of non-UK born citizens and children of non-UK born parents.

It is precisely in the general context where stereotypes about a minority group play a decisive role and two forms of inequality may intersect within the same individual. For example, this measure had a different impact on *Ms Biao* due to a gender stereotype as a “good mother” than on *Mr Biao's* son. In fact, the latter could be considered a Danish second or third generation citizen applying a migrant stereotype. And *Mr Biao*, a Danish national of Tongan origin, saw his ability to quantitatively integrate openly challenged, which had dissimilar consequences for his family members.

Some considerations should be made at this stage on the reasoning provided by the ECtHR.

(a) The different treatment of a group raises fundamental human rights concerns, especially if it reflects or reinforces the existing patterns of social stereotypes related to a “natural characteristic”. It is unthinkable that the provisions in Article 14 ECHR would allow for second-class citizens to exist, especially in terms of the rights granted under the Convention (such as those contained in Article 8). For this reason, the Court’s doctrine of indirect discrimination refers how a general measure has group effects, and not only individual impact: discrimination can occur when «a general policy or measure ... has disproportionately detrimental effects on a particular group»³⁴.

³² Joint dissenting opinion of Judges Sajó, Vučinič and Kūris, *Biao* (2014) cit. par. 96.

³³ European Convention on Nationality, 6 November 1997, Council of Europe, European Treaties series No. 166.

³⁴ Joint Dissenting Opinion of Judges Villiger, Mahoney and Kjølbros, *Biao* (2016) cit. par. 8.

(b) There is a remarkable use of stereotypes in discrimination. The dissenting opinion in the Biao case underlined «the impugned differentiation reflects and reinforces, albeit indirectly, a negative stereotype»³⁵. Referring to the Grand Chamber judgment of *Konstantin Markin v. Russia* in 2012³⁶, the dissenting judges reminded everyone that «the Court previously held that general assumptions or prevailing social attitudes in a particular country provided insufficient justification for a difference in treatment on the grounds of sex». The stereotype in question was that those immigrant nationals who marry a person from their home country are not well integrated. Throughout the judgment, Biao was portrayed as being a “poorly integrated immigrant”, namely, a Danish expatriate who «speak[s] Danish at home, take[s] holidays in Denmark, read[s] Danish newspapers regularly and so on».³⁷

(c) It is often expected or presumed that the key benefit of having citizenship is to be treated equally, which includes not being discriminated against (when compared with other nationals). The literature on immigration and citizenship has paid special attention to cases of discrimination between nationals and foreigners based on nationality (DE VRIES 2016, 12-14). However, it has done so without recording the increasing number of cases of discrimination of nationals on grounds of ethnic or national origin. There is a form of “unreal citizenship” (COSTICA 2015, 297 f.) attributed to an immigrant but not equivalent *a fortiori* when exercising a fundamental right, namely the right to family life. This challenges and rules out the traditional difference between nationals and foreigners by placing some citizens closer to the category of foreigners in the light of their assumed, attributed, or supposed otherness, and their distance from national identity or a national way of life (CARRERA 2016, 12).

3.2. Interactions and intersections between ethnic criteria, nationality, gender roles and racist stereotypes

As MORONDO (2016a, 480) critically argued by using an analytical perspective of anti-discrimination law, the main objective is to identify the interaction of the axes or systems of subordination of some social groups. It is precisely this conception that should emerge from the case of *Biao v. Denmark*, since the construction or protection of intersectional subjects *per se* prevents the discriminatory effects of stereotypes about Danish nationals of other ethnic origins from being neutralised. Categories, stereotypes, and classifications are true instruments of inequality. They are static and difficult to remove; they may exist or persist, but they are not the reason why they are there (MORONDO TARAMUNDI 2016b). The identity-based approach of intersectionality as the liberal conception of anti-discrimination law disregards the collective and structural dimension of oppression and discrimination, which MORONDO and BARRÈRE (2011) called forms of *subordination*.

There is only a minor link to intersectional discrimination in the areas of ethnic origin and gender in the ECtHR’s case law, even in terms of normative stereotypes. For example, in the cases of *Osman v. Denmark* 2011 and *CN and V. France* 2012³⁸ the Court failed to capture the intersections of age, gender and ethnicity that aggravated the abuses suffered by the applicants (STAIANO 2016, 13-20). The same applied to the *Biao* case, where the obvious double standard could not be concealed, especially with regard to Ms Biao, a migrant woman who saw her residence application

³⁵ *Biao* (2016) cit. par. 126. «General biased assumptions or prevailing social prejudice in a particular country do not provide sufficient justification for a difference in treatment on the ground of sex» (this should also be interpreted to mean on ethnic criteria).

³⁶ *Konstantin Markin v. Russia*, Application No. 30078/06. Judgment of 22 March 2012, par. 127.

³⁷ Concurring opinion Judge Pinto de Albuquerque, *Biao* (2016) cit. par. 9.

³⁸ *Osman v. Denmark*, Application No. 38058/09, Judgment of 14 June 2011. *CN and V v. France*, Application No. 67724/09, Judgment of 11 October 2012.

for family reunion refused with little explanation. Her “integration” was openly questioned, even more so compared with other cases, such as the case involving the children of Ms Sen, Tuquabo Tekel and Rodrigues³⁹. Therefore, there are serious difficulties in identifying instances of intersectional discrimination in the ECtHR’s case law. If they are not properly neutralised, they can even reinforce discriminatory stereotypes that have not been expunged.

For this reason, it would be necessary to go one step further in analysing the judgment of the Grand Chamber and see whether an intersectional approach can be operationalised. To do so, it is necessary to return to stereotyping processes. These processes are associated with Immigration Law and, in my view, they have only been consciously identified in part. They have been placed on hold to avoid exceeding the limit and questioning the margin of appreciation of States regarding their nationality or immigration laws, as well as their incompatibility with forms of ethnic-racial discrimination.

According to Judge Pinto de Albuquerque⁴⁰, establishing an “attachment” requirement to avoid “integration problems” would be a racist stereotype and constitute discriminatory treatment:

«the stereotype that resident foreigners and Danish nationals of foreign extraction as helpless young people, who are either forced to marry persons from their country of origin or tend to engage in an odd widespread marriage pattern of a kind of cultural in-breeding, and later on build “unhappy” families, have “marital” problems, and do not integrate well in society».

This was set in opposition to «an idealised image of ever-faithful Danes, born in Denmark, who live outside the country».

The reasoning of the Grand Chamber gave the impression that the Court itself used a concept of ethnicity or “ethnic origin” that was merely statistical⁴¹. However, if there are no empirical grounds to account for those who have been naturalised by ethnic origin, the measures to identify any “stereotyping” processes by which a national of foreign extraction is socially or legally excluded are grossly flawed. This lack of redefinition of the «ethnic criterion in the non-racist sense» is not casual or random. Rather, it falls within the structural discrimination that results from those processes where the margins of appreciation/justification are neutralised in awkward areas.

Discrimination operates by generalising or applying negative stereotypes; in other words, by resorting to prejudice and ascribing characteristics to an individual merely based on membership of a given group (REY MARTÍNEZ 2017, 13). Stereotypes are characteristics of group membership that often cannot be changed by individual members, and thus do not depend on the free choice of the subject, their merit, or their individual life trajectory. Belonging to such a group (in this case, to the group of «naturalised nationals of foreign ethnic extraction») is not normally the result of a choice by its members. Moreover, they cannot change or remove stereotypes by themselves, regardless of whether the prescribed period is 28 years or even longer. The temporal factor does not reverse or minimise stereotypes. The criterion of ethnic origin, which is not racist according to the ECtHR, is a grey area where national identity and ethnic origin membership overlap. The ECtHR does not seem to have established a clear distinction between race and ethnicity. It has opted to maintain uncertainty regarding nationality in order to curb other avenues, as these may

³⁹ See *Sen v. Netherlands*, cit. *Tuquabo-tekle v. the Netherlands*, cit. *Rodrigues da Silva and Hoojkamer v. the Netherlands*, cit.

⁴⁰ Concurring opinion of Judge Pinto de Albuquerque, *Biao* (2016) cit. par. 18.

⁴¹ In other cases, statistical data were considered not relevant, for instance, in *Abdu v. Bulgaria*, Application No. 26827/08, Judgment of 11 March 2014 (failure to effectively investigate racist violence); *D.H. and Others v. Czech Republic* [GC], cit. (schooling of Roma children in special schools); *Di Trizio v. Switzerland*, Application No. 7186/09, Judgment of 2 February 2016 (disability benefits for disadvantaged women); *Opuz v. Turkey*, Application No. 33401/02, Judgment 9 June 2009 (domestic violence).

reveal the incompatibility of “racism” with Article 14 beyond the context of migration. Thus, it is not included in the domain of citizenship/national identity (which is not open to scrutiny). In addition, clarity would involve gauging the proportionality and legitimacy of the reasons adduced by States to justify that racist stereotypes on some of their nationals have not been neutralised, and questioning the legitimacy of their legislation on nationality.

When analysing stereotypes as causes of structural discrimination, no consideration is given to the nature of pluralistic societies (such as Danish society), where it is precisely coexistence among different people that promotes the creation of different social categories. Categorisation is activated as a corollary of interpersonal interaction, especially when information about the “others” is scarce, restricted for self-serving reasons or simply non-existent. Once someone has been categorised, a set of norms, values and emotions seems to be inevitably triggered (TAJFEL et al. 2000, 51-54). This can distort perception and create biases between endo-groups and exo-groups (given the need to maintain social identity in the face of groups perceived as competitors or threatening social status) (TAJFEL et al. 2000, 58-60). Therefore, the danger of establishing certain categories is certainly not diminished.

These stereotypes are generally *descriptive* and can become essential. They may also become *prescriptive*, that is, they may refer to a set of characteristics that certain people “should have” (being a good migrant for the purpose of social inclusion). In principle, stereotypes as forms of categorisation are neither negative nor positive in themselves. But this does not mean that they are neutral; they may often involve prejudices or phobias, depending on the social group at which they are directed (DOVIDIO et al. 2010, 7 f.). Their field of action can be social practices, norms, habits, as well as judicial decisions. Basically, stereotypes affect the credibility of the persons concerned and, consequently, the interpretation or application of normative provisions or facts (CUSACK 2014, 20). The attribution of specific characteristics, roles, or functions to an individual simply because they belong to a certain social group becomes discrimination if it entails a disadvantage (COOK, CUSACK 2010, 9). Thus, they influence rule content and how equality criteria are formulated to avoid their negative effects (including an unreasoned or unproven analysis of a specific situation).

When the Grand Chamber held that the Biao family had indirectly been discriminated against due to an attachment rule which was neutral because of the “length” of nationality, in my view, it unveiled stereotypes that had been wrongly assimilated as neutral or static categories applied to a minority group in a general context. This had a clearly negative and disadvantageous effect on the members of that particular group. The impact of this “stereotyped” rule was different even for the different members of the Biao family (son and wife), as gender role stereotypes were also applied to them in their family reunion application. Ms Biao’s status as an immigrant woman and Mr Biao’s national status overlapped, instead of neutralising each other. This reinforced the negative stereotype about her dependent role related to childcare and upbringing, and led to her residence application being refused due to the lack of “attachment” of her Danish husband of foreign ethnic origin. The process might have been easier if she had requested that her minor child join her, or applied for a residence permit as the wife of a Tongan citizen rather than of a Danish national. The integration criterion or special protection of the child with respect to his parents would have been more effective or more evident, and it may have been easier to prove the racist stereotype. They were victims of unequal treatment by the ECtHR when compared to other transnational families or EU citizen’s third country national families living in and moving to Denmark. Such ethnic or racist identities are neither objectively identifiable nor immutable categories; they are non-neutral, dynamic, and contextualised social constructions. Using an intersectional approach could therefore be useful in understanding their true scope and short- and long-term impact (DE VRIES 2016, 9).

Although stereotypes usually have a basic empirical basis, it is their exaggerated, indiscriminately general application to all the members of a given community that turns them into latent

prejudices (TAJFEL et al. 2000, 49-63). Misinterpretation occurs when they are generally extrapolated, persistent, and perpetuated over time, while the usual peculiarities and changes within any group and its members are deliberately ignored. This process is manifested as stereotypes (as cognitive elements) and prejudices (as affective elements), which are linked to different categories that can be constantly self-affirmed. They are difficult to change, even in the face of objective information to refute them. There is an irreversible shift towards prejudice as an attitude, and towards structural discrimination as a form of standard behaviour, even at the institutional level. Therefore, beyond the real or empirical basis that prejudices may have, the strategies of avoidance, externalisation or segregated origin of the threat have a strong impact. Paradoxically, these are articulated to reinforce some fragile and superficial constructions of national homogeneity, by relying on real but somewhat idealised grounds.

3.3. *An intersectional legal toolkit: contexts and comparability test*

MORONDO (2016b) recalled how Crenshaw's intersectionality has become a maxim of focus in feminist studies, a sort of "gold standard" (NASH 2008, 2), but his incursion into other spheres has not diminished the criticism of its complexity, ambivalence, and practical application, especially in relation to the Law (MCCALL 2005, 1771; BARRÈRE, MORONDO 2011; MACKINNON 2013). The intersectional approach makes sense in this context because it "enhances" and goes beyond the classical view that provides a partial, formalistic, or simplistic version of discrimination. According to this view, the various factors involved (gender, ethnicity, sexual orientation, personal and social conditions) operate separately on individuals, thus denying the existence of complex underlying inequalities. Moreover, through the intersectionality prism, the theory generates a «multidimensional, holistic account of subjectivity and whole-of-person/whole-of-world approach» to the interpretation of human rights (MORENO-LAX 2021, 55-59). As a legal toolkit, it captures the complex analytical levels and explains how they interconnect, separate, and link groups and persons along multiple axes of inequality. It also serves to «deconstruct and look behind and between» oversimplified and stratified categories or stereotypes (MCCALL 2005, 1771).

As highlighted by LA BARBERA (2017), this analytical perspective shows that inequalities are produced by the interaction of various social structures that are dynamic in time and space in relation to the social structures and discursive representations that make up social relations (LA BARBERA 2016). Intersectionality rediscovers a specific vulnerability that moves away from the explanatory models of the merely "additive or summative" vulnerability or even of the particular or special vulnerability resignified by this (LA BARBERA 2017; MORONDO 2016b). Nevertheless, according to these authors, case law has limited transformative effects because it does not always recognise that the different causes of discrimination interact and generate situations of overexposure to rights violations.

One of these causes are stereotypes, which create in- and out-groups and drive people to unite for or against them. Stereotypes make us blind to ethnic/national inequality. The members of a given group are not considered to be individuals but are automatically assessed on the basis of a pre-arranged membership. In the case of *Biao v. Denmark*, they were members of a group that caused an "integration problem" and triggered socio-political alarm. Racist stereotypes can harm citizens by either degrading their human dignity or otherwise marginalising them. For this reason, TIMMER (2011, 715, 721, 751) argued that the intersectional discussion needs to be furthered by analysing some of the contextual factors that help identify the underlying assumptions. Moreover, it is important to check their comparability, since such scrutiny is not appropriate for cases involving stereotypes and for cases of intersectional discrimination, as shown in the case of *Biao v. Denmark*.

Regarding the contextual factors that reframe stereotypes as structural causes of discrimination, it should be noted that ignoring the historical context can be a harmful stereotype⁴². The ECtHR should assess whether a group has been prevented from exercising a particular right in the past; and whether an analogy could be conceivably made between the current regulation and the historical rule that results in discriminatory practices.

Another context of analysis could involve the current impact. What are the effects of the contested rule on the family and the individual practices of a man and a woman? In order for the Court to ensure the adoption of an intersectional approach to discrimination, it must enquire about the repercussions for a particular group of men and women; for instance, women of a certain ethnic or religious group, of a certain age, who have a disability, and how they can demand that their right to family life be protected. To accept this difference in treatment, the validity of certain traditional gender roles has been considered immovable. These roles involved women being perceived as primary child carers, and men being perceived as the main supporters of the family. There was no consideration of how the racist stereotype unequally affects the autonomy of certain women and men. They were at a disadvantage because they did not depend on a comparison with a different group, as only they were taken into consideration. The applicants in this case were treated unacceptably and were deprived of a right, which undermined their personal and family autonomy.

Some aspects of the Grand Chamber ruling appear awkward to the observer.

It is difficult to understand why the Court examined so diligently whether the *de facto* difference in treatment between Danish nationals of Danish ethnic origin and Danish nationals of another ethnic origin (100%) had a reasonable and objective justification. Even more so after it was revealed that the preparatory work for the Immigration Act was largely marked by objectionable clichés.

The ECtHR, far from stating that the 28-year rule did not pursue a reasonable objective, first reiterated the principle that the difference in treatment on grounds of ethnic origin could only be justified for “very weighty reasons”; and second, provided no answer to the question of whether the 28-year requirement was a legitimate objective. This is a typical confusion between “legitimacy” and “legitimation”, which the Court failed to probe deeper into. There is no doubt that the measure could be descriptively legitimate because it is socially accepted. However, it does not meet the justification criteria or objective legal standards that give ultimate meaning to a legal system: the principle of equality and non-discrimination. By carefully examining the preparatory materials of the law to seek an objective “weighty” justification, the ECtHR to some extent weakened the dogma that different treatment could be given depending on the situation. Adducing that someone’s ethnic or a racial origin is different from that of the standard citizen can barely be justified under the Convention. The obsessive search for “objective factors” may not be intended to justify the difference in treatment, but rather to find “legitimate causes” unrelated to race to substantiate the different impact that the 28-year rule had on people of different ethnic backgrounds, regardless of their “racial origin”. However, these “racist” reasons are objectively obvious, particularly as part of a legitimation strategy.

4. Final remarks

There is a significant time gap between the first initiative related to discrimination grounds in the controversial ABC case in 1985, and the second instance of discrimination in the ECtHR’s case law regarding the Biao family. These cases, both then and now, serve to highlight the lack of interest in fully exploring the weight of racist stereotypes and the non-neutrality of certain sovereign control

⁴² As critically pointed out by Judge Pinto de Albuquerque in Concurring opinion of Judge Pinto de Albuquerque, *Biao* (2016) cit.

measures of migration policies and nationality legislation. In these cases, racist stereotypes were associated with a family that had indirect migrant status, limiting their exercise of a fundamental right (family reunion). But this took place in two different normative scenarios. In the *ABC* case, it occurred within the strict scope of immigration control measures for relatives of non-British citizens married to foreigners/immigrants (except for Balkandali, who was a British citizen); in the case of *Biao*, it took place within the strict realm of nationality, as Mr Biao was a Danish national and his relatives were affected by the attachment rule.

Taking stock of the two, there is no doubt that the case of *Biao* went one step further, but rather clumsily and with poor credibility. This is in contrast to the CJEU's case law discussed above, applied to the protection of the family unity of EU citizens residing in their own country or in another Member State. The Grand Chamber still seemed cautious about its reasoning in terms of relating to stereotypes or to an approach based on vulnerable groups. In fact, it failed to clearly show how these stereotypes were socially constructed and consequently could not explain how it reproduced the problems of racial discrimination that it aimed to solve. Insurmountable forms of discrimination have clearly become institutionalised or standardised in migration. These include the constant denial of complicity with the total discretion of States in this area, and the difficulty in scrutinising the principle of reasonableness and proportionality. This seems to echo the nineteenth-century classic opposition between citizen and foreigner. An anachronistic way of understanding and regulating nationality at a time when complex categories of citizenship and membership are imbued with dynamism and heterogeneity.

It is true that case law both at domestic and European levels has evolved in interpretative terms to protect people and groups against discrimination on certain grounds, including sex/gender and race/ethnic origin. However, there is a lack of clear rules and consistent anti-discrimination filters. Only coherent filters would be able to ensure the identification of hidden cases of discrimination based on the confluence of nationality and racist stereotypes. The resolution of the case of *Biao v. Denmark* discussed here is certainly ambiguous regarding the role that nationality could eventually play as a ground for non-discrimination. This is particularly true considering that nationality is an element of personal identity and a key organisational principle of legal and political communities. Even more so if it has consequences for analysing whether pseudo-nationals versus immigrants are entitled to the same rights and benefits as other citizens; and whether they receive discriminatory treatment that is "legitimised" in a descriptive but not in a normative sense.

In the absence of reliable statistics, the Grand Chamber has been unambitious when deciding on the disproportionate and detrimental criteria of the 28-year rule applied for this minority group. The intention is to reduce its application to the minimal extent. Despite the important boost provided by the judgment in the case of *Biao v. Denmark* (2016), which offered a different perspective on indirect discrimination and the effects of racist stereotypes on nationality or family immigration laws, it remains to be seen if it could broaden the recognition of unresolved forms of intersectional discrimination.

Introducing the intersectional approach can reveal several factors or circumstances that are otherwise invisible and therefore tend to accumulate, giving rise to different discriminatory effects. If the complex inequalities and the intrinsic diversity of today's global societies cease to be analysed circumstantially (or as rare examples at the judicial level), it will be easier to capture the interactions between factors of discrimination (gender role, place of birth, stereotypes). The granting of nationality status to "pseudo-citizens" that is potentially curtailed in terms of equal rights brings to the fore an intention to alienate subjects to a single, exclusive category. Even though they are promised that they will be equal under the legal fiction of nationality, some subjects are forcefully labelled as different within that community. Some people are granted a form of infra-citizenship or pseudo-citizenship, in contrast to those who deserve full, unlimited nationality status, according to an ideal of authentic citizen or utopian cliché.

References

- ASKOLA H. 2016. (No) Migrating for Family Care in Later Life: *Senchishak v Finland*, Older Parents and Family Reunification, in «European Journal of Migration and Law», 18, 3, 2016, 351 ff.
- ARNARDÓTTIR O.M. 2017. Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights, in «Oslo Law Review», 3, 2017, 150 ff.
- ARTURO J. 2005. *Family reunification for migrants and refugees: a forgotten human right?*, Coimbra, Universidad de Coimbra.
- BARRÈRE M.Á., MORONDO D. 2011. *Subdiscriminación y Discriminación Interseccional: Elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio*, in «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 45, 2011, 15 ff.
- BELLO B.G. 2015. *Le discriminazioni di genere nel diritto italiano*, in «Diritto e Questioni Pubbliche», 15, 2, 2015, 141 ff.
- BERNIERI C. 2018. *Family reunification between static EU citizens and third country nationals. A practical way to help families caught in the current immigration crisis*, in «European Journal of Migration and Law», 20, 3, 2018, 289 ff.
- CARRERA S. 2016. *The ECtHR's judgment in Biao v. Denmark: non-discrimination among nationals and family reunification as a converging European standard*, in «Maastricht Journal of European and comparative Law», 23, 5, 2016, 865 ff.
- COLLINS H., KHAITAN T. (eds.) 2018. *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Hart Publishing.
- COOK R.J., CUSACK S. 2010. *Gender stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press.
- COSTICA D. 2015. *Super-foreigners and subcitizens: Mapping ethnonational hierarchies of foreigners and citizenship in Europe*, in «Ethnopolitics Formerly Global Review of Ethnopolitics», 14, 2015, 296 ff.
- CRENSHAW K. 1991. *Mapping the margins: intersectionality, identity politics and violence against women of colour*, in «Stanford Law Review», 43, 1991, 1241 ff.
- CRENSHAW K. 1993. *Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of Anti-discrimination doctrine, Feminist theory and Antiracist Politics*, in «The University of Chicago Legal Forum», 140, 1993, 139 ff.
- CUSACK S. 2014. *Eliminating judicial stereotyping. Equal access to justice for women in gender-based violence cases*, Final paper submitted to the Office of the High Commissioner for Human Rights.
- DE VRIES K.M. 2016. *Rewriting Abdulaziz: The ECtHR Grand Chamber's ruling in Biao v. Denmark*, in «European Journal of Migration and Law», 18, 2016, 467 ff.
- DEMBOUR M.B. 2009. *Still Silencing the Racism suffered by Migrants, the limits of current developments under article 14 ECHR*, in «European Journal of Migration and Law», 11, 3, 2009, 221 ff.
- DEMBOUR M.B. 2015. *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford University Press.
- DESMOND A. 2018. *The private life of family matters: curtailing Human Rights protection for migrants under article 8 of the ECHR*, in «European Journal of International Law», 29, 1, 2018, 261 ff.
- DOVIDIO J., HEWSTONE M., GLICK P., ESSES V.M. 2010. *Prejudice, Stereotyping and Discrimination: Theoretical and Empirical Overview*, in DOVIDIO J., HEWSTONE M., GLICK P., ESSES V.M. (eds.), *Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, Sage, 3 ff.
- ERSBOLL E. 2014. *Nationality and identity Issues- A Danish perspective*, in «German Law Journal», 15, 5, 2014, 835 ff.

- GERARDS J. 2013. *Discrimination grounds of article 14 of the European Convention on Human Rights*, in «Human rights Law Review», 13, 1, 2013, 99 ff.
- GONZÁLEZ PASCUAL M., TORRES PÉREZ A. 2017. *The right to family life in the European Union*, Taylor Francis.
- LA BARBERA MC. 2016. *Interseccionalidad un “concepto viajero”: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea*, in «Interdisciplina», 4, 8, 2016, 105 ff.
- LA BARBERA MC. 2017. *Intersectionality and its journeys: from counterhegemonic feminist theories to law of European multilevel democracy*, in «Investigaciones Feministas», 8, 1, 2017, 133 ff.
- LA SPINA E. 2019. *The protection of migrant parent-child relationship in the supranational and Spanish case law: a more sensitive or sensible approach?*, in BRUNO G.C., DI STEFANO A., PALOMBINO F.M. (eds.), *Migration Issues before International Courts and Tribunal*, CNR edizioni, 202 ff.
- MACKINNON C.A. 2013. *Intersectionality as Method: A Note*, in «Signs: Journal of Women in Culture and Society» 38, 2013, 1019 ff.
- MAKONNEN T. 2002. *Multiple compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute for Human Rights, Åbo Academic.
- MARIN CONSARNAU D. 2019. *El diálogo sordo entre el TJUE y el derecho de extranjería: del Reino Unido al caso español*, in «Cuadernos de Derecho Transnacional», 11, 2, 2019, 270 ff.
- MCCALL L. 2005. *The complexity of Intersectionality*, in «Signs: Journal of Women in Culture and Society», 30, 2005, 1771 ff.
- MORENO-LAX V. 2021. *Intersectionality, Forced Migration and the Jus-generation of the right to flee: Theorising the composite entitlement to leave to escape irreversible harm*, in ÇALI B., BIANKU L. MOTOC I. (eds.), *Migration and the European Convention on Human Rights*, Oxford University press, 43-83.
- MORONDO TARAMUNDI D. 2016a. *La interseccionalidad entre teoría del sujeto y perspectiva de análisis: algunos apuntes desde la teoría del derecho antidiscriminatorio*, in LA BARBERA MC., CRUELLS M. (eds.), *Igualdad de género y no discriminación en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 481 ff.
- MORONDO TARAMUNDI D. 2016b. *¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre la condición humana y la situación de indefensión*, in «Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho», 34, 2016, 205 ff.
- MÖSCHEL M. 2017. *The Strasbourg Court and Indirect Race discrimination: going beyond the Education domain*, in «The Modern Law Review», 80, 1, 2017, 110 ff.
- NASH J. 2008. *Rethinking Intersectionality*, in «Feminist Review», 89, 2008, 1 ff.
- NICHOLSON F. 2018. *The “essential right” to family unit of refugees and others in need of International protection in the context of Family reunification*, UNCHR.
- O’CONNELL R. 2009. *Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in the ECHR*, in «Legal Studies», 29, 2009, 211 ff.
- REY MARTÍNEZ F. 2008. *La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo*, in «Revista española de Derecho constitucional», 84, 2008, 251 ff.
- REY MARTÍNEZ F. 2017. *Igualdad y prohibición de discriminación de 1978 a 2018*, in «Uned Revista de Derecho Político», 100, 2017, 125 ff.
- SANTOLAYA MACHETTI P. 2004. *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant Lo Blanch.
- STAIANO F. 2013. *Good mothers, bad mothers: Transnational mothering in the European court of human rights’ case law*, in «European Journal of Migration and Law», 15, 2, 2013, 155 ff.

- STAIANO F. 2016. *The human rights of migrant women in International and European law*, Eleven international Publishing, 3 ff.
- TAJFEL H., FORGAS J.P., STANGOR CH. 2000. *Social Categorization: Cognitions, Values and Groups*, in STANGOR CH. (ed.), *Stereotypes and Prejudice: Essential Readings*, Psychology Press, 49 ff.
- TIMMER A. 2011. *Towards Anti-Stereotyping approach for the European Court of Human Rights*, in «Human rights Law Review», 11, 4, 2011, 707 ff.
- THYM D. 2008. *Respect for Private and Family life under article 8 ECHR in Immigration cases. A Human right to regularize illegal stay?*, in «International and Comparative Law Quarterly», 57, 2008, 87 ff.
- VAN ELSUWEGE P., KOCHENOV D. 2011. *On The Limits of Judicial Intervention: EU Citizenship and Family Reunification Rights*, in «European Journal of Migration and Law», 13, 2011, 443 ff.
- VERLOO M. 2006. *Multiple inequalities, intersectionality and the European Union*, in «European Journal of Women's Studies», 13, 2006, 211 ff.
- VILAJOSANA J.M. 2006. *Funciones del derecho. Un marco conceptual*, in COMMANDUCCI P., GUA-
STINI R. (eds.), *Analisi e Diritto*, Giappichelli, 276 ff.
- WALTER A. 2008. *Reverse Discrimination and Family Reunification*, Centre for Migration Law.

LE LIMITAZIONI
ALL'ISCRIZIONE A PARTITI
POLITICI PER I MAGISTRATI
E LE SUE *RATIONES*:
TRA IMPARZIALITÀ
DELLA MAGISTRATURA E
MILITANZA DELLA POLITICA

MARIO PERINI



Le limitazioni all'iscrizione a partiti politici per i magistrati e le sue *rationes*:
tra imparzialità della magistratura e militanza della politica

Why prohibiting affiliation to a political party by judges?
Impartiality vs. Political Vocation

MARIO PERINI

Professore associato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Siena.
E-mail: mario.perini@unisi.it

ABSTRACT

Il saggio esamina la norma della Costituzione italiana (art. 98, comma 3) che permette di limitare l'iscrizione ai partiti politici da parte dei magistrati, cercando di individuarne le *rationes*. Oltre alla tutela dell'imparzialità del giudice, nella duplice accezione di essere e apparire imparziali, si tenta di argomentare l'esistenza di altra finalità, diretta alla tutela non dell'ordine giudiziario, ma bensì della stessa politica e dei partiti.

The essay examines art. 98 of the Italian Constitution which allows legislation to limit membership in political parties by judges. This limitation is commonly understood as a tool to protect impartiality, in both senses of being and appearing impartial. The author argues for the existence of another purpose: the protection of politics itself and of the political parties.

KEYWORDS

costituzione italiana, partiti politici, potere giudiziario, imparzialità, limiti all'associazione politica, professione politica

Italian Constitution, political parties, judges, impartiality, limit to membership in political parties, politics as vocation

Le limitazioni all'iscrizione a partiti politici per i magistrati e le sue *rationes*: tra imparzialità della magistratura e militanza della politica

MARIO PERINI

1. Premessa – 2. Oggetto della presente analisi e ricostruzione tradizionale del tema – 3. La tesi proposta – 4. Svolgimento della tesi – 4.1. La funzione, l'attività e l'ordine giudiziario – 4.2. La professione e l'attività politica e quella politica-partitica – 4.3. Sono davvero compatibili? – 5. Una domanda finale.

1. Premessa

Il rapporto tra il circuito del potere politico e quello giudiziario – o se si preferisce, per brevità, tra politica e magistratura – è assai ampio e coinvolge molteplici profili e sfaccettature. Forse molto più che nel passato, esso è oggi suscettibile di letture assai diverse a causa delle tensioni e dei conflitti – istituzionali, politici, costituzionali, ideologici – che negli ultimi decenni sono venuti ad esistenza, moltiplicandosi esponenzialmente con il passare del tempo.

L'attenzione sul tema è presente ovunque: nella politica, nell'opinione pubblica e nella stessa magistratura, la quale a più riprese e nei più diversi contesti ha sollecitato interventi e ha tentato, direttamente, di fornire soluzioni.

L'aspetto di cui intendo occuparmi è quello dei magistrati *in politica*¹ e, ancor più specificamente, dell'iscrizione e della partecipazione dei magistrati ai partiti politici². Ritengo, infatti, che quest'ultimo – come peraltro si evidenzia già nei lavori dell'Assemblea costituente – sia il punto di partenza per esaminare il tema dei magistrati *in politica*, in quanto nel modello di sovranità popolare e di democrazia rappresentativa accolto dalla nostra Carta, sono proprio i partiti ad essere lo snodo fondamentale – la cinghia di trasmissione del potere – tra popolo e istituzioni politiche.

Con riferimento ai magistrati *nei partiti* e a quello – più generale, cui si accennerà nel prosieguo solo per ragioni di chiarezza espositiva e di sviluppo argomentativo – dei magistrati *in politica*³, una prima obiezione ad una specifica trattazione potrebbe attenersi ai dati statistici. Da più parti, infatti, si evidenzia come, sia a livello assoluto che percentuale, si tratti di numeri assolutamente di scarso rilievo quantitativo⁴. A parte i dubbi che possono sorgere da letture più specifiche del fenomeno⁵, ciò che spinge ad approfondire il tema attiene ai suoi aspetti qualitativi⁶,

¹ In riferimento a questo tema generale, gli aspetti che mi paiono maggiormente dibattuti riguardano: i magistrati candidati alle elezioni; i magistrati-eletti; i magistrati in cariche regionali e locali; i magistrati distaccati presso gli uffici di staff dell'esecutivo, nazionale, regionale e locale; il rientro dei magistrati dalla politica alla magistratura.

² Spunto di queste note sono alcuni scritti del Pizzorusso relativi al rapporto tra politica e magistratura: PIZZORUSSO 1977; PIZZORUSSO 2004; PIZZORUSSO 1979 ora riprodotti in PIZZORUSSO 2019.

³ I due aspetti sono concettualmente separabili, ma nella realtà contemporanea difficilmente districabili, a causa soprattutto della pervasiva penetrazione dei partiti in tutte le istituzioni (del circuito politico). Se anche, infatti, l'originario ingresso di un magistrato nel circuito dell'indirizzo politico (collegi rappresentativi nazionali, regionali, locali; organi esecutivi o uffici alle dirette dipendenze di questi ultimi, a livello nazionale o locale) può avvenire in qualità di "indipendenti" (dai partiti); la permanenza e la successiva progressione difficilmente sono nettamente separabili da una qualche forma di adesione ai partiti che controllano queste diverse istituzioni.

⁴ Così ad es. FERRI 2015, 146 dove si sostiene che il fenomeno è "storicamente insignificante". in senso analogo si esprime l'autore in FERRI 2017, 50; in senso (solo parzialmente) analogo, cfr. DAL CANTO 2020, par. 1.

⁵ Cfr. VENTURINI 2017; SODDU 2007; in generale SARACENO 1979. Questi studi evidenziano che in periodo libera-

come anche di recente evidenziato dal “caso Emiliano” o da altre vicende che hanno avuto ampia risonanza, come quelle di Ingroia o De Magistris⁷.

2. Oggetto della presente analisi e ricostruzione tradizionale del tema

L'art. 98, comma 3, Cost. prevede la possibilità per legge di disporre limitazioni al diritto d'isciversi ai partiti politici per i magistrati.

Prima dell'elezione dell'Assemblea costituente, è noto che il Ministro della Giustizia Arangio Ruiz (secondo Governo Badoglio), avesse dichiarato lecita l'iscrizione dei magistrati ai partiti politici in formazione e il successore, Palmiro Togliatti (Governo Parri), ribadisse tale possibilità con la circolare n. 1941 del 18 agosto 1945⁸.

D'altronde, già nei lavori presso il Ministero per la Costituente⁹, sollecitati anche da una presa di posizione dell'Associazione dei magistrati, si affaccia la tesi contraria tesa a vietare radicalmente la partecipazione dei magistrati ai partiti politici.

In sede di Assemblea costituente, mentre la Commissione dei Settantacinque¹⁰ sembra esprimere un orientamento condiviso a favore dell'introduzione, per i soli magistrati, di un vero e proprio divieto di iscrizione ai partiti (v. art. 94, comma 3, del progetto), in Aula¹¹ il dibattito si accende e le contrapposte posizioni sono ricomposte grazie al compromesso di rinviare al legislatore ordinario l'eventuale fissazione di un tale divieto, che si trasforma peraltro in “limitazioni all'iscrizione” e viene esteso anche ad altre categorie di funzionari pubblici.

Mi pare che alla base di questa decisione del Costituente – al di là della bontà teorica delle tesi che avrebbero imposto un divieto generale di iscrizione ai partiti¹² – siano ravvisabili due ragioni

le, escludendo il Senato regio, fino al 1923 (legge Acerbo) erano stabiliti stringenti limiti sia alla capacità elettorale (erano eleggibili solo i magistrati inamovibili ai sensi dell'art. 69, Statuto); sia alla ineleggibilità (relativa) con riferimento alla circoscrizione nella quale i magistrati di appello esercitavano o avevano esercitato negli ultimi sei mesi prima delle elezioni; sia in ordine al numero massimo di magistrati elettivi presenti nella Camera bassa (prima espressi in una frazione del totale – 1/4 e successivamente 1/8 – poi in numero assoluto – originariamente 13, poi 10); sia in tema di incompatibilità, imponendo il collocamento in aspettativa del magistrato eletto. I dati indicano che il numero di magistrati nelle diverse legislature (del regno e repubblicane) è piuttosto limitato, mai superiore al 3,58% del totale dei parlamentari repubblicani e con una media complessiva del 2,49%, per il Regno d'Italia, e dell'1,71 per cento, per la Repubblica: cfr. VENTURINI 2017, 176 ss. La maggiore presenza di magistrati nel periodo Statutario – soprattutto ai suoi albori e a quelli del Regno d'Italia, nonostante i limiti posti dalla legislazione elettorale – viene comunemente spiegata per l'assenza di un'adeguata classe dirigente da cui attingere per i ruoli parlamentari: cfr. SODDU 2007. La limitatissima presenza di magistrati in Parlamento – e negli organi rappresentativi – è forse la ragione per cui il dibattito relativo ai magistrati in politica non riguardi oggi tanto il tema dell'ineleggibilità o dei limiti alla capacità elettorale (in astratto sostenibile), ma delle incompatibilità e soprattutto del regime applicabile dopo la fine del mandato elettorale, nonché della presenza dei magistrati nei partiti politici.

⁶ In questo senso, cfr. DAL CANTO 2020, par. 1.

⁷ Cfr. PIZZORUSSO 1979. L'autore ricordando come nelle elezioni politiche del giugno 1979 si siano presentati come candidati diversi magistrati e, sollecitato da un articolo del magistrato Adolfo Beria d'Argentine sul Corriere della Sera che suggeriva ai colleghi di rafforzare «il loro senso dell'autonomia dalla politica partitica», sosteneva che la circolazione nella professione giudiziaria, cioè quelle che «richiedono come titolo di ammissione la laurea in giurisprudenza» (tra cui annovera anche il “politico”, PIZZORUSSO 1979, 1051) sia cosa “utilissima” sia per i magistrati sia per la politica (p. 1052). L'articolo cui fa riferimento il Pizzorusso è: BERIA D'ARGENTINE 1979.

⁸ Cfr. ad es. ARU 2020, par. 2.

⁹ Cfr. Ministero per la Costituente, Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione della seconda sottocommissione “Organizzazione dello Stato”*, p. 300.

¹⁰ Particolarmente significative sono le seguenti sedute: nel 1946, 5, 6, 20 dicembre; nel 1947, 8, 11, 14, 31 gennaio.

¹¹ Particolarmente significative sono le seguenti sedute del 1947: 19, 22, 23 maggio; 24 ottobre; 6, 7 (antimeridiana e pomeridiana), 8, 11 (antimeridiana e pomeridiana), 12 (antimeridiana e pomeridiana), 13, 14 (antimeridiana e pomeridiana), 15, 20, 27 novembre; 5 dicembre.

¹² Sostenute da numerosi giuristi all'interno del dibattito: v. le posizioni di Calamandrei (5/12/1946), Leone

pragmatiche ampiamente emergenti nel dibattito: da un lato, la partecipazione, in varie forme, di diversi magistrati alla lotta di liberazione rendeva un'inaccettabile ingiustizia escludere dall'attività politica proprio coloro che avevano aiutato la Repubblica a nascere; dall'altro lato, in via generale, negare diritti a categorie ampie e importanti di soggetti, in questo particolare frangente storico, sarebbe risultato assai stonato rispetto alle direttrici di fondo (principio personalista e liberale) che la Costituente stava delineando per il nostro ordinamento costituzionale.

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, la dottrina, sempre più diffusamente, tende a fornire una lettura fortemente restrittiva dell'art. 98, comma 3, Cost., attraverso un'interpretazione letterale che distingue tra l'espressione utilizzata "limitazioni" rispetto a quella di "divieto" (BORRÈ 1994, 469; CERRI 1966, 1919), originariamente proposta. Sempre sulla stessa linea di pensiero, si evidenzia come il magistrato non sia isolato dalla società, ma viva a pieno titolo nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (art. 2, Cost.), al pari di ogni altro individuo (FERRI 2015, 153). La stessa funzione giurisdizionale viene riletta rispetto al tradizionale paradigma illuminista e liberale, evidenziandone la sua intrinseca politicità – anche se di natura e intensità diversa rispetto a quella delle funzioni legislativa e di indirizzo-politico¹³ – e caratterizzata da una "creatività" non troppo diversa o minore di quella delle altre funzioni statali¹⁴.

Nel frattempo, però, il legislatore tace, senza addentrarsi nella spinosa questione.

Solo di recente, nel 2006 – forse spinto più da motivazioni politiche contingenti che da un'ampia e seria riflessione condivisa sui problemi della giustizia – nell'ambito della Riforma Castelli, si introduce l'art. 3, comma 1, lett. h, d.lgs. n. 109/2006, che include tra gli illeciti disciplinari extrafunzionali dei magistrati «l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici»¹⁵. La Corte costituzionale, in due occasioni, riconosce la non contrarietà ai principi costituzionali di tale previsione (sent. nn. 224/2009 e 170/2018).

Nei giorni a noi più vicini, poi, vi è un moltiplicarsi di proposte di legge¹⁶, interventi giurisprudenziali assai rilevanti¹⁷, arresti disciplinari¹⁸, interventi dottrinali¹⁹, tutti quanti, parrebbe di poter

(5/12/1946), Scalfaro (12/11/1947, pom.), Bozzi (20/12/1946), Sardiello (11/11/1947, ant.), Cortese (12/11/1947, ant.), Veroni (12/11/1947, pom.), Rossi (5/12/1947, ant.), Castiglia (13/11/1947, ant.), molti dei quali giungevano a chiedere, come logica conseguenza, l'ineleggibilità per i magistrati e stringenti incompatibilità con ruoli ministeriali. Successivamente, da parte di alcuni, si continuerà a ritenere che il divieto di iscrizione sarebbe stata la soluzione logicamente più corretta: «A ben vedere, la disciplina del giudice [...] dà luogo al problema del se ed in che misura vada limitato nei suoi confronti l'esercizio di alcuni diritti pubblici soggettivi. Il che poi si traduce, a nostro parere, nei seguenti quesiti fondamentali: a) se i giudici, come più genericamente i magistrati, possano iscriversi ad associazioni politiche; [...] In relazione al primo quesito è da notare come, riconosciuta la posizione di indipendenza del giudice, e riguardo alla magistratura ordinaria l'essere questa un potere indipendente, con la necessaria conseguente sottrazione del giudice medesimo al giuoco delle forze e degli indirizzi politici, il costituente avrebbe dovuto in via coerente esplicitamente vietare l'iscrizione dei magistrati ad associazioni politiche. Al contrario, la Carta costituzionale riconosce solo la facoltà, non l'obbligo, del legislatore ordinario di vietare l'iscrizione dei magistrati ai partiti politici», SPAGNA MUSSO 1969, par. 12.

¹³ Cfr. ad es. PIZZORUSSO 1977 e PIZZORUSSO 1974, 298 ss. Sulla tesi dell'autore, però, si tornerà oltre nel testo.

¹⁴ La letteratura teorico-giuridica e filosofico-giuridica sul punto è ormai sterminata. Oltre al tradizionale KELSEN 1994, 146 ss., si possono richiamare, nella nostra dottrina: DICIOTTI 1997; DICIOTTI 1999a; DICIOTTI 1999b; VELLUZZI 2002; VELLUZZI 2000; SCHIAVELLO 2004.

¹⁵ Su cui ampiamente cfr. BIONDI 2014, 412 ss.; BIONDI 2017, 6060 ss.; ZANON, BIONDI 2014, 97-107, 307-310; FIMIANI, FRESA 2013, 297 ss.

¹⁶ Tra quelli discussi e approvati parzialmente nelle due ultime Legislature, cfr. ad es. XVII Legislatura, ddl C.2188; XVIII Legislatura ddl C. 2681 Bonafede. Su quest'ultimo, con specifico riferimento al tema in oggetto, cfr. DAL CANTO 2021, par. 5.

¹⁷ Tra i molti, cfr. ad es. Cass. civ., sez. un., sent. n. 27987/2013; Cass. civ., sez. un., sent. n. 8906/2020.

¹⁸ Negli ultimi anni, cfr. Consiglio Superiore della Magistratura, sez. disc., ord. n. 155/2017; ord. n. 111/2017; sent. n. 15/2014; sent. n. 83/2014; sent. n. 32/2013; sent. n. 100/2010.

¹⁹ Tra i molti, cfr. CHIEPPA 2009, 2584 ss.; DE NARDI 2009, 5121 ss.; DE SANTIS 2018; FERRI 2010; PRISCO 2009; BIONDI 2020; DE VIVO 2018; GABRIELLI 2018; GORI 2018; LONGHI 2018; MANDATO 2018; NICOTRA 2020; POLIZZI 2018; SOBRINO 2018.

dire, concentrati sulla preoccupazione di una potenziale «situazione di emergenza dovuta alla contaminazione della giustizia da parte della politica, con un grave pericolo per l'indipendenza esterna della magistratura e per l'imparzialità della funzione giurisdizionale» (FERRI 2017, 50).

Proprio quest'ultima considerazione permette di chiarire un altro aspetto della disciplina di cui all'art. 98, comma 3, Cost., così come attuato dall'art. 3, comma 1, lett. h, d.lgs. n. 109/2006, cioè la sua *ratio*, secondo la comune ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale. In maniera (quasi) unanime, si ritiene che i limiti all'iscrizione ai partiti politici siano funzionali alla garanzia dell'imparzialità della magistratura. Come evidenziato fin dai lavori preparatori in Assemblée costituente:

«questa Assemblée può anche avere il dovere di chiedere ai magistrati di non iscriversi ai partiti, e di non fare politica, ma questo è il corrispettivo, per così dire, dell'indipendenza; perché o noi diamo l'indipendenza al magistrato – ed in questo caso si può giungere ad una siffatta conclusione, come l'onorevole Cortese tanto saggiamente ci ha prospettato stamattina – o noi non possiamo fargli pagare, per così dire, lo scotto dell'indipendenza che gli avessimo negata»²⁰.

Le limitazioni al diritto di iscriversi a partiti politici sarebbero strettamente connesse all'imparzialità, all'indipendenza e all'autonomia della magistratura stessa. Viene anche specificato che tale limitazione riguarderebbe, in ultima analisi, la stessa garanzia del diritto di difesa dei consociati che esige un giudice terzo e imparziale.

Il legislatore²¹, la giurisprudenza²², la dottrina²³, l'organo di autogoverno della magistratura ordinaria²⁴ e lo stesso Presidente della Repubblica²⁵ sembrano sostenere sul punto una posizione unanime; semmai si discute se tra i valori costituzionali tutelati dalle limitazioni in parola vi sia solo l'oggettiva imparzialità del magistrato o anche la sua apparenza esteriore (ad es. DAL CANTO 2020), ma nessuno mi risulta dubitare che la *ratio* dell'art. 98, comma 3, Cost., almeno con riferimento ai magistrati, faccia riferimento al valore dell'imparzialità e dell'indipendenza dell'ordine giudiziario.

L'effetto di tale impostazione è di concentrare l'attenzione esclusivamente sul lato della magistratura e sui rischi che potrebbero derivare – alla sua imparzialità (o apparenza di imparzialità, a seconda dei punti di vista) e indipendenza – come possibile conseguenza dell'iscrizione o della partecipazione “sistematica e continuativa” del magistrato a un partito politico.

²⁰ On. Oscar Luigi Scalfaro nella seduta pom. del 12/11/1947.

²¹ I ddl, che nel corso degli anni si sono ripetutamente interessati del tema dei magistrati in politica, hanno sempre e comunque giustificato il proposto intervento sui principi di imparzialità e indipendenza della magistratura. Cfr. ad es. particolarmente significativi: XVI Legislatura, S. 185, Cossiga, v. p. 5 ss. della Relazione; XVII Legislatura S. 116, approvato, divenuto C. 2188, anch'esso approvato con modificazioni e poi non definitivamente approvato, v. Relazione, p. 2; su sul ddl S. 116, v. anche CSM, Delibera del 21/5/2014, recante *Parere ai sensi dell'art. 10 legge n. 195/58 in materia di candidabilità, eleggibilità e ricollocamento dei magistrati*; XVIII Legislatura, ddl C. 2681 Bonafede, in part. Relazione, pp. 15 ss., relativamente al Capo III del ddl.

²² Cfr. ad es. Corte cost. sentt. nn. 172/1982; 18/1989; 224/2009; 170/2018; Cass. civ., sez. un. sent. n. 27987/2013; Cass. Civ., sez. un., sent. n. 8906/2020.

²³ V. *supra* nt. 19.

²⁴ Il CSM, recentemente sensibile al tema dei limiti alle candidature politiche dei magistrati (Parere del 21/5/2014 e Risoluzione del 28/4/2011 recante «Partecipazione dei magistrati al governo degli enti locali ecc.»), ha giustificato tali auspicabili limitazioni sulla base dei principi di indipendenza e terzietà della magistratura, nella loro declinazione di «immagine di terzietà ed imparzialità che deve assistere ciascun magistrato nell'esercizio concreto delle sue funzioni», così Risoluzione del 28/4/2011.

²⁵ Il Presidente Giorgio Napolitano, in un discorso ai nuovi magistrati in tirocinio del 27/4/2010, ha rilevato l'«oggettiva confusione di ruoli che può tra l'altro discendere dalla circostanza che il magistrato si proponga per incarichi politici nella sede in cui ha esercitato le sue funzioni. I valori costituzionali dell'autonomia e indipendenza si difendono tutelando i magistrati dai comportamenti che creano nei loro confronti un clima di ingiusta delegittimazione, ma anche adottando risoluzioni consapevoli». In senso parzialmente analogo, cfr. Associazione Nazionale Magistrati, delibera del 6 marzo 2010 recante «Il Cdc sulla partecipazione dei magistrati alla vita politica».

Viceversa, nessuna attenzione viene dedicata all'altro lato del rapporto politica-magistratura, cioè i partiti politici – oggetto del presente scritto –, ma anche – più in generale – gli organi rappresentativi (europeo, nazionale, regionali e locali), nonché quelli esecutivi.

Anche coloro che sostengono una più rigida separazione tra politica e magistratura, sembra non si pongano dubbio alcuno circa l'esistenza di profili rilevanti anche dalla parte dei partiti politici i quali, dunque, sarebbero pienamente legittimati a scegliere magistrati da inserire tra i loro iscritti e quadri, nonché a candidarli in elezioni:

«in fondo ogni partito è libero di inserire in lista ogni cittadino, sia esso un pallavolista o un magistrato e ogni magistrato è libero di cambiare mestiere e di fare politica, anche meglio se la fa in un'aula parlamentare che in un'aula di giustizia» (BERIA D'ARGENTINE 1979).

Obiettivo del presente scritto è allora quello di esaminare il tema del rapporto politica-magistratura – nel suo specifico profilo dei limiti all'iscrizione ai partiti politici da parte dei magistrati – *ex parte principis*, cioè di provare a evidenziare se esistono ragioni e principi che giustifichino i limiti all'iscrizione in funzione della tutela degli stessi partiti politici.

Insomma, è possibile argomentare che il limite all'iscrizione ai partiti da parte dei magistrati – come prototipo di partecipazione politica di essi – sia fissato anche in funzione di tutelare la politica stessa e non solo la magistratura? Oltre a un (certo e innegabile) timore che il giudiziario possa essere “contaminato” dal politico, ha senso parlare di una analoga, ma inversa, preoccupazione che il politico possa essere “contaminato” dal giudiziario?

Non sfugge all'autore che, per decenni, il limite in parola e la stessa volontà del legislatore espressa nel d.lgs. n. 109/2006 siano stati intesi come diretti alla tutela dell'imparzialità e dell'indipendenza della magistratura, ma ciò non può impedire all'interprete di fornire una diversa lettura del precetto normativo, se ovviamente sia in grado di ravvisare argomenti utili a sostegno. Ciò è confermato non solo dalle diverse concezioni dell'ermeneutica che si sono succedute a partire dall'illuminismo in poi, ma potrebbe ritenersi imposto dall'approccio neocostituzionalistico (PERINI 2003), prevalente nella giuspubblicistica contemporanea, il quale richiede di reinterpretare continuamente le disposizioni subcostituzionali alla luce dei valori e principi costituzionali ricavabili dai testi di rango costituzionale.

3. La tesi proposta

La proposta valenza biunivoca del “divieto” (secondo il progetto emerso dalla Commissione dei Settantacinque dell'art. 94) è originariamente ben presente al Costituente quando per bocca dell'avv. Ruggero si riconosce che

«questa norma [il divieto di iscrizione a partiti per magistrati], come appare chiaro, stabilisce un rapporto tra i magistrati e i partiti politici, anche se il rapporto è espresso in forma negativa. *Dobbiamo quindi considerare la norma nei rapporti dell'uno e dell'altro termine*, cioè nei confronti dei partiti politici da una parte e dei magistrati dall'altra»²⁶ (enfasi aggiunta).

L'importanza di tale affermazione riguarda anche un altro aspetto che la tradizionale lettura del divieto sembra presupporre, cioè una qual certa idea negativa della politica: il luogo dove si mercanteggia e che è in grado di contaminare la purezza del giudice. L'on. Ruggero si spende ampiamente per evidenziare questo presupposto ideologico e per contestarlo, evidenziando che ciò rappresenti

²⁶ Ass. cost., seduta 7/II/1947 ant.

un'inaccettabile offesa verso la politica e verso gli stessi partiti che hanno liberato l'Italia.

Tuttora il concentrare esclusivamente l'attenzione *ex parte iudicis*, ritenendo che i passaggi da un potere all'altro siano costituzionalmente pericolosi solo se diretti ad abbandonare il candore giudiziario verso la doppiezza politica o a rientrare in tale candore dopo essersi in essa sozzati, è estremamente significativo dei diffusi (pre)giudizi (peraltro, non sempre inespresi) che si hanno, da un lato, verso la politica e, dall'altro, verso la magistratura.

Ma senza alcuna retorica: è davvero così? Le disfunzioni della politica sono costantemente stigmatizzate dai mezzi di informazione e certamente assai criticabili, ma ciò non toglie che la funzione sia altrettanto alta e sacra al pari di quella giudiziaria, dove non mancano certo le umane debolezze.

Per la tesi che qua si intende sostenere, è rilevante anche altro passaggio in Assemblea costituente, quando cioè il divieto di iscrizione ai partiti, originariamente previsto solo per i magistrati, viene esteso anche ad altre categorie di funzionari. Con riferimento ad esse, la ragione che è adottata non attiene solo alla natura delle funzioni svolte dalle categorie cui si propone di estendere il divieto (tutte, in vario modo, titolari dello *ius imperii*²⁷), ma anche e proprio alla necessità di tutelare i partiti stessi. Come rileva l'on. Nobile,

«ai partiti politici (tranne quello che, trovandosi al potere, intenda mantenersi indefinitamente, anche contro la volontà popolare) non può convenire che militari di professione – vale a dire: ufficiali e sottufficiali di carriera e ufficiali e agenti di polizia – siano iscritti ad un partito politico, e quindi siano tenuti ad una disciplina di partito. Questa è cosa, ripeto, [...] non può convenire nemmeno ai partiti che non si trovino al potere»²⁸.

Che la principale *ratio* della disposizione consista nella tutela delle funzioni esercitate da quei soggetti su cui è imposto il limite, non esclude certo che altre utilità possano essere perseguite attraverso la suddetta limitazione. Anzi, costituisce comune convincimento che i limiti posti ai diritti e alle libertà individuali in relazione a cariche ricoperte o da ricoprire abbiano normalmente un carattere polivalente. Se si prendono in considerazione istituti assimilabili a quello in esame – quanto alle loro finalità, se non anche quanto alla struttura normativa²⁹ – come le incompatibilità, le ineleggibilità e le incandidabilità, è possibile notare che le limitazioni al diritto di elettorato passivo, con intensità ed effetti diversificati, mirino *normalmente* a tutelare sia interessi legati alla carica da ricoprire sia quelli connessi alla carica già ricoperta.

In questa prospettiva, pare allora utile esaminare l'altro versante coinvolto dall'art. 98, comma 3, Cost.: i partiti politici.

L'art. 49, Cost., senza alcuna possibilità di equivoco, indica la finalità cui è diretta la (libertà di) associazione partitica, cioè quella di concorrere a “determinare” la politica nazionale. Il ruolo essenziale del partito va dunque individuato in questa tensione a gestire il potere politico (PERINI 2019, par. 3.1.1 sub c). L'articolo 49 sembra voler attribuire al naturale dato fenomenico dei partiti novecenteschi un valore prescrittivo: non solo i partiti, descrittivamente, operano per determinare la politica, ma hanno un senso nell'assetto istituzionale e vengono di conseguenza garantiti solo se operano in questo senso. Nella formulazione dell'art. 49, Cost., la (co)³⁰ determi-

²⁷ Cfr. On. Clerici (proponente l'emendamento poi approvato), in Ass. cost., seduta 5/12/1947 ant. Nello stesso senso, poi, si esprimerà l'Esposito, secondo il quale esisterebbe un'"altra" *ratio* dell'articolo 98, comma 3, Cost. (rispetto a quella di tutelare l'imparzialità della magistratura): quella di evitare che chi detiene «il nocciolo della forza materiale dello Stato» possa «tentare di imporre violentemente i programmi di un partito» (ESPOSITO 1954, 229 s.).

²⁸ Ass. cost., seduta 5/12/1947 ant., p. 2856.

²⁹ Sulle incompatibilità, ineleggibilità, incandidabilità e sul conflitto di interessi, cfr., da ultimo, VIGEVANI 2001; PERTICI 2002; IMARISIO 2009; TORRETTA 2015.

³⁰ Pare superfluo evidenziare che si discorre di un sistema a pluralismo garantito nel quale nessun partito può aspirare a determinare *da solo* la politica nazionale o, per meglio dire, può anche aspirarvi, ma il sistema delle garanzie

nazione della politica nazionale sembra apparire come un vincolo (giuridico) di natura funzionale che determina conseguenze anche – e forse soprattutto – sull’organizzazione e sul funzionamento interno dei partiti politici. Questi ultimi, infatti, se vogliono essere qualificati ai sensi dell’art. 49 e coperti dalle garanzie da esso offerte, devono strutturarsi in modo tale da poter effettivamente (co)determinare la politica nazionale. In caso contrario, ferma restando la libertà associativa garantita a chiunque dall’art. 18, Cost., si sarà alla presenza di altri e diversi fenomeni, i quali potranno anche influire sulla politica, ma con i partiti non sembra possano davvero indentificarsi, per l’assenza di capacità di determinare la politica nazionale. Tale funzione è essenziale alla democrazia rappresentativa come noi la conosciamo. Se, infatti, il partito perdesse di vista il suo scopo fondamentale, di competere per la conquista del potere, da un lato, i cittadini perderebbero lo strumento per trasferire nelle istituzioni le loro volontà, i loro interessi e idealità, dall’altro, lo spazio lasciato libero sarebbe certamente da altri occupato.

Si potrebbe allora ritenere che le limitazioni che il legislatore può porre a carico di determinati funzionari pubblici nell’isciversi ai partiti politici siano dirette *anche* a tutelare interessi legati a questi ultimi³¹. Tali interessi, quanto ai magistrati, potrebbero essere ravvisati, da un lato, nella richiesta professionalità *politica* della classe dirigente di un partito e nella “militanza” dei loro iscritti, e, dall’altro, nella probabile inadeguatezza di magistrati di professione, la cui formazione e le cui funzioni si caratterizzano proprio per l’indispensabile distanza dalla politica, a svolgere questi ruoli³².

Così (re)interpretata, la previsione dell’art. 98, comma 3, Cost., confermerebbe e darebbe ulteriore linfa a due caratteri che l’art. 49, Cost. indica in tema di organizzazione interna dei partiti: la loro autonomia e la necessaria capacità – da assicurare con accorgimenti, strutture e professionalità adeguate – a determinare la politica nazionale.

4. Svolgimento della tesi

Al fine di sviluppare la tesi proposta pare necessario evidenziare alcuni tratti che caratterizzano la magistratura, da un lato, e la politica, dall’altro, con l’avvertenza che mentre moltissimi studi e approfondimenti giuridici hanno da sempre riguardato la funzione e l’ordine giudiziario, la funzione e la professione politica sono state abbandonate, ormai da molto tempo, nelle mani dei politologi, salvo per le procedure e le strutture della forma di governo.

4.1. La funzione, l’attività e l’ordine giudiziario

È noto che la funzione giurisdizionale non sia concettualmente autonoma rispetto a quella esecutiva³³ e a quella di produzione normativa³⁴, ma si caratterizzi per l’elemento procedurale (il proces-

dovrebbe escludere che ciò possa accadere.

³¹ Alcuni spunti a sostegno di questa tesi si potrebbero ritrovare nella recente sentenza costituzionale n. 170/2018, nella quale, in più occasioni, la Corte rammenta come una necessità esistenziale per partiti sia quello «stabile schieramento che l’iscrizione testimonia» che caratterizza la «partecipazione organica alla vita di un partito politico» (par. 6, considerato in diritto).

³² Quanto alle altre categorie di funzionari richiamati nell’art. 98, comma 3, Cost., gli ulteriori interessi perseguiti dalla norma potrebbero essere quelli di rafforzare ancor più il divieto posto dall’art. 18, comma 2, Cost., al fine di assicurare massima autonomia interna ai partiti, liberandoli dal pericolo di condizionamenti determinabili anche dalla sola presenza al loro interno di coloro che detengono «il nocciolo della forza materiale dello Stato». Questa finalità sembra trasparire da una recente sentenza del Consiglio di Stato sul tema: cfr. Cons. Stato, IV sez., sent. n. 5845/2017, in part. parr. 10.3 diritto e ss.

³³ LOCKE 1689, vol. II, 144 ss.; di recente, SILVESTRI 1985, par. 9

³⁴ V. nt. 14.

so) e per quello soggettivo (la terzietà, imparzialità e indipendenza dell'organo), unici che siano in grado di distinguerla rispetto all'esecuzione e, più in generale, al circuito dell'indirizzo politico.

Seguendo la tesi sostenuta da PIZZORUSSO (1974 e 1977) – il quale esclude la tradizionale concezione apolitica del magistrato³⁵, ritenendo viceversa che non si possa assolutamente escludere in essa una componente “politica” – è possibile affermare che la funzione e l'ordine giudiziario si caratterizzano, rispetto al circuito dell'indirizzo politico e della democrazia rappresentativa, per i loro caratteri spiccatamente formali, sviluppati sulla base dei «canoni del ragionamento logico-giuridico» (PIZZORUSSO 1977, 996), attraverso cui i giudici intercettano i fattori culturali presenti nella società – e, in particolare, nella società dei giuristi – e li trasfondono nel diritto. La forma di governo italiana – caratterizzata da un monismo dove tutta la fonte della legittimazione dei poteri risiede nella sovranità popolare – è essenzialmente imperniata attorno al circuito dell'indirizzo politico, i cui “protagonisti” sono proprio i partiti politici (PIZZORUSSO 1977, 992 ss.).

Nel nostro attuale sistema, manca una netta separazione delle “funzioni”, ma vi sono importanti meccanismi di “razionalizzazione” della forma monistica imperniata sul circuito politico-rappresentativo. Tra questi meccanismi, i magistrati costituiscono – assieme agli altri strumenti di razionalizzazione, come la Corte e il Presidente della Repubblica – organi “eccentrici” rispetto al circuito principale che si distinguono da esso fondamentalmente per la loro “qualificazione tecnica” e per la natura “tecnica” delle attività svolte (PIZZORUSSO 1977, 993 ss.). L'autonomia e l'indipendenza del giudiziario (o almeno della funzione giudicante) trovano la loro giustificazione costituzionale proprio in questa specifica funzione ad esso attribuita:

«la posizione costituzionale del potere giudiziario trova la sua giustificazione essenzialmente in questa funzione che ad esso – al pari che alla Corte costituzionale ed alle giurisdizioni speciali – è affidata, di farsi portatore, nel processo di creazione-attuazione del diritto, di quelle influenze giuridico-culturali che valgono ad assicurare il rispetto dei principi fondamentali che compongono la costituzione materiale vigente nel nostro paese e, più in generale, la continuità del diritto pur nella sua costante evoluzione» (PIZZORUSSO 1977, 997).

È la peculiarità di questa funzione che «comporta [...] la necessità di assicurare l'indipendenza» dei giudici (PIZZORUSSO 1977, 1022) e non viceversa. La funzione giudiziaria in definitiva si caratterizzerebbe, anche storicamente, da «preparazione culturale e professionale» (PIZZORUSSO 1977, 998). E forse non è un caso che il Mortara, di cui Pizzorusso fu attentissimo lettore, fondi l'autonomia della magistratura proprio sui meccanismi di insegnamento e formazione dei futuri magistrati (MORTARA 1885, 169 ss.). Peraltro, va rammentato che nel processo storico-costituzionale che ha condotto (nel Regno Unito e da qua al resto del mondo) ad affermare l'indipendenza e l'autonomia del giudiziario (rispetto anzitutto all'esecutivo), l'argomento principe fu proprio quello della preparazione tecnica dei giudici:

«the King said, that he thought the law was founded upon reason, and that he and others had reason, as well as the Judges: to which it was answered by me, that true it was, that God had endowed His Majesty with excellent science, and great endowments of nature; but His Majesty was not learned in the laws of his realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his sub-

³⁵ Sostenuta viceversa dalla dottrina illuminista continentale e, più vicino a noi, riproposta ad esempio nella seguente formulazione: «La funzione politica della giurisdizione consiste, paradossalmente, nella sua neutralizzazione politica, volta a tutelare un sistema altamente differenziato di selezione e di decisione, mettendolo al riparo dagli influssi diretti e semplificatori della politica partitica» e infatti «la soggezione dei giudici alla legge, e solo alla legge, sancita nell'art. 101 cost., ha quindi il senso negativo dell'esclusione di ogni subordinazione del giudice ad autorità di qualsivoglia natura, e il senso positivo della sua destinazione all'applicazione della legge, con più o meno estesi margini di creatività», SPAGNA MUSSO 1969, par. 12.

jects, are not to be decided by natural reason but by the artificial reason and judgment of law, which law is an act which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it: that the law was the golden met-wand and measure to try the causes of the subjects»³⁶ (enfasi aggiunta).

Proviamo ora a sviluppare queste intuizioni, provando a sintetizzare alcuni aspetti della tecnica propria della funzione e dell'ordine giudiziario.

Il magistrato, almeno in Italia, è un tecnico (funzionario dipendente dello Stato, assunto con concorso pubblico) che si professionalizza al massimo nell'interpretazione e applicazione del diritto e, nel farlo, è tenuto ad astenersi dall'esprimere interessi di parte. Nella creazione del diritto egli utilizza maggiormente la logica (almeno nei paesi a maggiore influenza francese) piuttosto che la retorica (come invece fa il politico), cioè ragionamenti logico-deduttivi (per meglio dire, pseudo logico-deduttivi) più che retorico-consequenzialistici. Nel decidere, di conseguenza, dovrebbe tener conto più di cosa impone il diritto a monte, rispetto alle conseguenze a valle (anche se ovviamente non può prescindere) e nel farlo *ci si aspetta* che manifesti piena imparzialità e indipendenza, cioè si astenga da ciò che costituisce uno dei caratteri specifici della politica: praticare pubblicamente la retorica per sostenere tesi non imposte dalla legge³⁷ – pur se nei limiti della Costituzione – che siano convincenti per il pubblico e utili per la cosa pubblica in generale e non per un caso specifico.

La pretesa costituzionale di indipendenza (art. 101, comma 2, Cost.) impone al magistrato di addestrarsi ad astenersi dalle direttive di chichessia, anche all'interno del suo stesso ordine, e lo *ius dicere*, «per sua natura, chiama il magistrato a collocarsi in una posizione di “terzietà”, avendo egli il dovere, nell'attuare il precetto normativo, di rimanere equidistante dai contrapposti interessi in concreto coinvolti»³⁸.

In fin dei conti, la natura del “decidere secondo diritto” – anche nelle accezioni più ampie dell'attività interpretativa come funzione creatrice del diritto, salvo che non si aderisca alla dottrina del diritto libero³⁹, difficilmente compatibile con i nostri assetti liberal-democratici – è comunque vincolata in qualche modo da testi scritti (KELSEN 1994, 146 ss.) e tesa a far *prevalere* l'interesse di quella specifica parte che – secondo i vincoli, lassi o stringenti che siano, fissati da tali testi scritti – abbia ragione, utilizzando argomenti tecnico-giuridici falsificabili. Il giudice – indipendentemente da cosa davvero faccia quando interpreta e applica il diritto – appare al pubblico ed esiste nello Stato in funzione di dare ragione ad *uno* dei contendenti, ad assolvere o condannare l'imputato, non a mediare. Può pure darsi che, sostanzialmente, nell'attività di interpretazione ed applicazione del diritto, il giudice scelga il materiale e la soluzione in un modo che «non è totalmente conforme agli interessi di una parte, né totalmente contraria agli interessi dell'altra»⁴⁰, ma all'esterno, egli dà ragione a uno piuttosto che all'altro, assolve o condanna; la società e la Costituzione esige che egli faccia proprio questo: amministrare giustizia e dica chi è nel giusto e chi è nel torto nel caso concreto. Non che medi tra le parti (tra l'imputato e il p.m.), creando una norma in grado di comporre i contrapposti interessi in molteplici e innumerevoli casi futuri.

Vi è poi un altro importante profilo che attiene alla funzione giudiziaria che non può essere tralasciato ai presenti fini: la ricerca della “verità”, qualunque cosa possa essa significare. L'attività giudiziaria include, al pari delle scienze, un «dovere di ricercare la verità» (WEBER 1948, 65) quanto ai fatti, attraverso i meccanismi codificati dei processi, civile, penale, amministrativo, ecc. Gli ordinamenti liberal-democratici si sforzano di assicurare metodi, piuttosto ri-

³⁶ Sono parole del giudice Coke in King's Bench Division, *Prohibitions del Roy*, [1607] EWHC KB J23.

³⁷ Nelle parole di un costituente: «essere i partigiani di un'idea», on. Candela, seduta del 5/12/1947 ant.

³⁸ Cass. civ., sez. un., sent. n. 8906/2020 cit., par. 8.1, diritto.

³⁹ Su cui di recente, v. i lavori di MAZZARELLA 2015, 384 ss. e 395 ss.; MAZZARELLA in corso di pubblicazione.

⁴⁰ KELSEN 1994, 293, con riferimento all'essenza del compromesso e della mediazione.

gorosi quanto alle regole procedurali, che assicurano una continua tensione verso questo obiettivo⁴¹. Non si tratta di un aspetto che attiene, solamente, all'etica del magistrato o alla descrizione della relativa professione, ma proprio di una serie assai ampia di prescrizioni normative che qualificano giuridicamente la funzione giudiziaria, forgiando così il ruolo del magistrato e andando nettamente a distinguerlo da quello del politico.

Queste ed altre caratteristiche della funzione⁴² e dell'ordine giudiziario, che la dottrina ha ampiamente esaminato, determinano un *habitus* assai specifico del magistrato che si manifesta anche al di fuori delle sue funzioni, tanto che la Corte di Cassazione e quella costituzionale hanno di recente ritenuto che

«finché [egli] rimane magistrato, non può sottrarsi ai doveri inerenti alla sua posizione istituzionale; e, seppur collocato fuori dal ruolo organico della magistratura, è tenuto a salvaguardare la propria indipendenza e la propria imparzialità, nonché la stessa apparenza di queste ultime, in modo da non compromettere la fiducia di cui – in una società democratica fondata sul principio di legalità – l'ordine giudiziario deve godere presso l'opinione pubblica»⁴³.

4.2. La professione e l'attività politica e quella politica-partitica

La funzione politica sembra invece avere caratteristiche ben distinte, non solo descrittivamente, ma anche secondo i dati normativi fissati in Costituzione, a partire dalla continua necessità di autonoma iniziativa e la cura di interessi generali, secondo una visione di parte.

La politica si incentra sul compromesso⁴⁴ «che fa parte della natura stessa della democrazia» (KELSEN 1994, 293). Questa funzione sembra, dunque, consistere nel sapere mediare, cioè nel «compromesso [che] significa risoluzione di un conflitto mediante una norma che non è totalmente conforme agli interessi di una parte, né totalmente contraria agli interessi dell'altra» (KELSEN 1994, 293). Un'attività, pertanto, assai distante e distinta da quella del “decidere secondo diritto”. Il politico non è chiamato giuridicamente ad applicare la giustizia in un caso concreto, ma a cercare soluzioni (compromissorie) per il bene di tutti (di molti, diciamo) potendo prescindere dalla ingiustizia verso uno specifico individuo e – talvolta, ormai raramente (per fortuna) – anche dalla legittimità della propria azione (segreto di stato, atto politico e prerogative degli organi di indirizzo politico). Anzi, se il politico volgesse l'attenzione e la cura all'interesse di uno specifico soggetto, potrebbe facilmente incorrere nelle maglie del diritto penale. All'inverso, il magistrato che prescindesse dal rendere giustizia nel caso concreto a favore della tutela e cura di interessi generali, verrebbe a interpretare e svolgere male la sua funzione⁴⁵.

Altra caratteristica piuttosto rilevante ai nostri fini, riguarda l'indipendenza o, per meglio dire, la *dipendenza* che il politico deve garantire, soprattutto all'interno dei partiti. Il politico di professione e il membro del partito, dopo aver *liberamente* discusso all'interno del suo partito, deve pienamente e spontaneamente sottomettersi alle direttive adottate, se si vuole che abbiano un senso i partiti stessi e quanto disposto dall'art. 49, Cost., circa la (co)determinazione della politica

⁴¹ Sul tema “verità e processo”, cfr. ad es. CALAMANDREI 1955; FIANDACA 2008; CARLONI 2011; TARUFFO 1993; TARUFFO 2012; TARUFFO 2014; TARUFFO 2018; CARRATTA 2014; ANCONA 2019; GAROFOLI, INCAMPO 2012; FERRUA 1995; SPANGHER 2016.

⁴² Si pensi, ad esempio, ai principi della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, con l'esclusione, almeno in via generale per la magistratura decidente, di iniziativa autonoma. Questo profilo di differenziazione rispetto alla “politica” è ad esempio evidenziato da RESCIGNO 2007, par. 17.

⁴³ Cass. civ., sez. un., sent. n. 8906/2020 cit., par. 3.3; in senso analogo, Corte cost., sent. n. 170/2018, par. 6, diritto.

⁴⁴ Sulla politica come mediazione cfr., da ultimo, l'ampio e interessante dibattito sul numero 2/2017 di *Costituzionalismo.it*

⁴⁵ Corte cost., sent. n. 150/1981, sul divieto generale imposto dal Pretore di Genova alla pesca e commercializzazione, su tutto il territorio nazionale, del novellame di qualunque specie marina.

nazionale. Il politico è sottoposto a tali direttive nel perseguire i programmi e gli ideali ai quali ha spontaneamente aderito attraverso il partito cui appartiene. È proprio in vista del perseguimento di quell'interesse e di quel progetto politico ritenuto superiore che egli è tenuto a rispettare quelle direttive decidendo talvolta «in modo diverso da quanto a lui dettano scienza e coscienza»⁴⁶. Quando decide, *ci si aspetta* che lo faccia nel rispetto di quelle direttive e non in modo autonomo ed indipendente, cosa che gli è comunque garantita all'interno dei corpi rappresentativi (art. 67, Cost.), ma non anche nei partiti.

Per raggiungere gli obiettivi che, dopo aver liberamente discusso con i suoi colleghi di partito, quest'ultimo ha fissato, risulta indispensabile – almeno nei regimi democratici – che il politico sappia

«rendere presente, visibile, concretamente tangibile, credibile (come un attore “rappresenta” in carne e ossa un personaggio sul palcoscenico), a colui che si vuole rappresentare, una proposta sul “senso” della sua vita e sulla via per risolvere i suoi problemi»⁴⁷.

Risulta essenziale la manifestazione del pensiero nell'accezione più ampia, di capacità oratoria in grado di convincere un ampio pubblico sulla bontà delle scelte generali compiute dal partito e dei compromessi raggiunti. Il tipo di ragionamento utilizzato è normalmente quello retorico-consequenzialista e non quello (pseudo)logico-deduttivo.

Anche da quest'ultimo punto di vista, è possibile evidenziare un radicale divario con i principi che reggono la funzione e l'ordine giudiziari. Anche ammettendo, come pare ormai consolidato, la libertà di manifestazione del pensiero da parte dei magistrati, è pacifico che essa possa esclusivamente consistere in una comunicazione imparziale e in una corretta informazione dell'opinione pubblica (BOLOGNA 2018; PINARDI 2005; DEIDDA 2013). Senza contare che di recente si è autorevolmente sostenuto che

«L'imparzialità è incompatibile con il protagonismo dei magistrati. Dobbiamo riconoscere che ogni forma di protagonismo dei giudici nei rapporti con la stampa o peggio con la televisione segnala sempre, inevitabilmente, partigianeria e settarismo, in contrasto, ripeto, con l'imparzialità. Di qui il valore della riservatezza del magistrato, soprattutto riguardo ai processi di cui è titolare. Ciò che i magistrati devono aver cura di evitare, nell'odierna società dello spettacolo, è qualunque forma di esibizionismo che ne compromette, inevitabilmente, l'imparzialità. [...] In breve, i giudici devono evitare qualunque rapporto con la stampa e più ancora con le televisioni» (FERRAJOLI 2021, par. 2.2).

La comunicazione politica, viceversa, si basa sulla ricerca del consenso, che è proprio ciò che viene fermamente escluso anche da coloro che sostengono più strenuamente la libertà del magistrato di esprimersi liberamente (IPPOLITO 2018, 231 ss.; SPATARO 2018, 294 ss.), così come dalla giurisprudenza⁴⁸.

Vi è infine il tema – in realtà assai dibattuto da secoli – del rapporto tra politica e verità⁴⁹.

⁴⁶ Così, con riferimento all'opposta posizione del magistrato, Corte cost., sent. n. 18/1989, par. 9, diritto; Corte cost., sent. n. 128/1974, par. 2, diritto; Corte cost., sent. n. 60/1969, par. 2, diritto. Cfr. anche MONTALBANO 1974, 72 ss.

⁴⁷ DOGLIANI 2017, par. 7.

⁴⁸ La giurisprudenza – sia costituzionale (cfr. ad es. Corte cost., sent. n. 100/1981), sia civile (cfr. ad es. Cass. civ., sez. un., sent. n. 934/1961), sia disciplinare (MASSA 2004, 802 ss.) – pur riconoscendo il fondamentale diritto alla manifestazione del pensiero anche in capo ai magistrati, ha sancito il divieto di un suo «esercizio anomalo e cioè l'abuso», che avviene quando la manifestazione vada a incidere sui valori costituzionalmente garantiti dell'indipendenza ed imparzialità della magistratura.

⁴⁹ Quanto ai giuristi e agli studiosi di scienze sociali, cfr. ad es. MACHIAVELLI 1532, cap. XV; WEBER 1948, 140 ss.; TREVES 1962; ARENDT 2004; BESUSSI 2015; BESUSSI 2013; REVEDIN, 1983; KANT, CONSTANT 1996; SBAILÒ 2006; volendo anche LEOPARDI 1820; LEOPARDI 1822.

Sotto il profilo della professione (del “politico”), ritengo tuttora convincenti le osservazioni del Weber quando ha rilevato che, nonostante da un punto di vista morale la verità costituisca un “dovere incondizionato”, ciò non comporta che si debba rendere tutto trasparente e pubblico, «specialmente i documenti a carico del proprio paese», oppure riconoscere le proprie colpe unilateralmente. Il politico, infatti, sa bene che, così facendo, non si giova alla verità, «ma piuttosto la si oscura, abusandone e scatenando le passioni» e la ragione di ciò sta nella necessità per il politico di valutare le *conseguenze* della sua azione (WEBER 1948, 141), del suo dover ragionare per argomenti consequenzialistici⁵⁰.

Se si mettono da parte gli aspetti più propriamente sociologici della professione di politico e ci si concentra sulla funzione, così come tratteggiata dal nostro ordinamento giuridico, la conferma di questa ricostruzione, anche da un punto di vista prescrittivo, appare difficilmente contestabile. Lasciando da parte profili assai rilevanti, ma che vengono in rilievo (o dovrebbero venire in rilievo) solo eccezionalmente – come il segreto di stato, l’atto politico e le prerogative funzionali di parlamentari e ministri –, l’assenza di precetti giuridici tesi a imporre alla politica la verità, come metodo o come obiettivo, – cosa che viceversa accade per la funzione giudiziaria – è difficilmente contestabile. In particolare, la funzione costituzionale riconosciuta al partito (e ai suoi aderenti) è la (co)determinazione della politica nazionale, vale a dire la lotta per l’affermazione di una particolare visione del mondo, che si ritiene (la) migliore per l’interesse generale, attraverso il convincimento degli elettori.

4.3. Sono davvero compatibili?

Tralasciando la tradizionale ricostruzione del principio di separazione dei poteri che in passato ha legittimato rigide forme di esclusione dei magistrati dalla politica⁵¹, anche perché, quanto alla forma di governo attuale, si reputa più convincente la ricostruzione offerta dal Pizzorusso già richiamata, pare di poter comunque sostenere che le limitazioni per i magistrati all’iscrizione ai partiti politici non tendano solo a proteggere la funzione giudiziaria (e in particolare la sua indipendenza e imparzialità), ma anche quella politica-partitica, così come la si è tentata di ricostruire in precedenza. L’una e l’altra, infatti, risultano assolutamente inconciliabili⁵².

⁵⁰ Sui danni che nella politica possono derivare da una assoluta e totale trasparenza, si richiama l’incontro tra il presidente incaricato Bersani e la delegazione del Movimento 5 stelle, trasmesso in streaming il 27 marzo 2013 dal canale della Camera: <https://webtv.camera.it/evento/2744>.

⁵¹ Cfr. ad es. Costituzione Francese del 1791, cap. I, sez. III, art. 5; Costituzione dell’anno III (1795), artt. 47 e 48. E come ancora alla fine dell’Ottocento si sosteneva: «Un’altra guarentigia che proponiamo nei riguardi del potere giudiziario, è la assoluta esclusione dei suoi membri dalle cariche legislative» (MORTARA 1885, 183). Tesi non dissimili si ritrovano ancora oggi sostenute ad esempio da RESCIGNO 2007, par. 18. Una rilettura del principio di separazione, che includa il fattore tempo e lo declini in cicli funzionali (SILVESTRI 1985, par. 13), comunque sembrerebbe condurre ad escludere i magistrati dal ciclo dell’indirizzo politico: «in tutto il processo di formazione e di attuazione dell’indirizzo politico non si verifica mai né che lo stesso soggetto sia l’esclusivo esecutore di norme di comportamento da esso stesso fissate in modo autonomo, né che manchi il controllo, esercitato montesquieuianamente da un potere sull’altro. In definitiva si può dire che nella sfera dell’indirizzo politico si riflette, anche se in modo peculiare, lo “spirito” della separazione dei poteri, che permea di sé tutto il sistema» (SILVESTRI 1985, par. 14).

⁵² Peraltro, il tema della presenza di magistrati negli organi rappresentativi e quello dell’iscrizione ai partiti e dello svolgimento di attività politica dovrebbero essere tenuti distinti dal punto di vista dei principi costituzionali e in particolare della separazione tra i poteri. Mentre sembrerebbe sostenibile che, entro certi limiti, la presenza negli organi elettivi e politici in genere, possa trarre giovamento dalla presenza di esperti giuristi (cfr. ad es. PIZZORUSSO 1977; PIZZORUSSO 1979; VENTURINI 2017, 185 ss.), sebbene, per quanto sopra argomentato, ciò dovrebbe avvenire nel ruolo di funzionari parlamentari e consulenti giuridici dei ministeri – e non di membri dei corpi rappresentativi o incaricati delle funzioni esecutive di vertice –, l’iscrizione a partiti e l’attività partitica da parte di soggetti, vincolati da norme preesistenti cui è imposto di agire in modo imparziale e neutrale, mi parrebbe invece potenzialmente sempre nociva sia per il potere giudiziario sia per quello politico. Lo stesso Pizzorusso, che sostiene l’estrema utilità della circolazione tra le professioni giudiziarie – includendovi anche quella del “politico” (cfr. *supra* nt. 7) –, parte

Con ciò non si vuol certo dire che non vi possano essere magistrati personalmente capaci di svolgere egregiamente funzioni politiche⁵³, ma piuttosto che il ruolo di magistrato, finché formalmente ricoperto, è del tutto incompatibile con quello di iscritto o partecipante ad un partito politico in quanto in grado di recar danno alla funzione che costituzionalmente compete a quest'ultimo.

Questa ricostruzione sembrerebbe trovare recentemente un appiglio nella giurisprudenza costituzionale relativa al divieto di iscrizione ai partiti politici (sentt. nn. 224/2009 e 170/2018) e, soprattutto, nella recente posizione della Cassazione⁵⁴, da cui emerge un «*modello di magistrato-eletto* al quale è chiesto un *self-restraint* che non può non avere riflessi apprezzabili sul funzionamento e sul rendimento della forma di governo, con un ridimensionamento del ruolo dei partiti» (GORI 2018, 1815 s., enfasi della Corte) con la conseguenza «di marginalizzare ulteriormente il ruolo dei partiti politici nel sistema costituzionale» (SOBRINO 2018, 6).

Se anzitutto partiamo dalla ricostruzione del magistrato in parlamento – poi concluderemo con il magistrato nel partito – il modello di giudice costituzionalmente legittimato a fare politica sembrerebbe in sostanza un “candidato indipendente” che nello svolgimento del suo mandato politico non può e non deve porre in essere alcuna «partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici», secondo quanto chiarito dalla Corte e specificato dalla Cassazione⁵⁵. Sarebbe lo-

dalla riscontrata omogeneità che sussiste tra la funzione del legislatore e quelle del giudice in un sistema a Costituzione precettiva e rigida (v. anche PIZZORUSSO 1977, 995 s.), in cui, da un lato, il legislatore si trova vincolato dalle disposizioni costituzionali e il giudice è da esse abilitato ad una più ampia capacità creativa del diritto. Peraltro, nello scritto del 1977 dove aveva più ampiamente argomentato sul punto, in verità, si distingueva il circuito dell'indirizzo politico, preminente secondo la nostra Carta, e quello di sua razionalizzazione, consistente in una specifica funzione – quella di creazione del diritto attingendo alle influenze culturali, e non politiche –, caratterizzata da spiccata tecnicità, da specifica «preparazione culturale e professionale» e da modalità di esercizio ispirate ai «canoni del ragionamento logico-giuridico». Proprio questa specificità della funzione giudiziaria costituirebbe la giustificazione costituzionale dell'autonomia e indipendenza del giudiziario, come istanza di razionalizzazione del circuito politico. Ne consegue che forse tale utile circolazione dovrebbe riguardare il solo circuito “giudiziario” o “razionalizzatore”, per meglio dire, e non quella tra quest'ultimo e quello dell'indirizzo politico. Sotto questo profilo, mi parrebbe che vi sia un malinteso – forse generato dalla polemica culturale con Beria d'Argentine propria dello scritto del 1979 – tra l'apporto (scarso e controproducente, per quanto sostenuto nel testo) che un professionista “giudiziario” potrebbe dare al Parlamento in qualità di politico/parlamentare e quello che potrebbe (molto proficuamente, nella prospettiva che si propone) offrire come funzionario parlamentare (professione che PIZZORUSSO 1979, 1051), garantendo quella circolazione da egli ritenuta utilissima. Il punto è che il “politico” non mi pare riconducibile ad una “professione giudiziaria”, proprio per quanto affermato dallo stesso Pizzorusso nel 1977.

⁵³ Già l'on. Veroni in Assemblea costituente ricordava che i magistrati sapessero essere ottimi parlamentari, affermando che «chi vi parla è forse tra i pochi che da più anni seggono in quest'Aula: vi entrai per la prima volta nel 1912, e vi trovai magistrati insigni, Edoardo Cimorelli, Tommaso Mosca, Michelangelo Vaccaro, Giuseppe Mendaia, Giulio Venzi, e più tardi vi pervennero altri, fra cui ho caro il ricordo di un compagno di Gruppo, Alessandro Marracino, giurista insigne e spirito superiormente colto: tutti ebbero la nostra fraterna ammirazione e la stima del Paese, per aver saputo sempre fedelmente militare nella propria parte politica, pur conservando incontaminata l'altezza della loro funzione di magistrati. E per andare un pochino più in là, prima che io entrassi, negli anni lontani, in quest'Aula, vi aveva seduto un altro altissimo magistrato romano, Antonio Gui, che rappresentò qui la nostra terra e che fu l'amatissimo presidente di tutte le Corti d'assise della regione laziale. Ebbene, tutti questi magistrati, da Gui a Venzi, a Mendaia, a Mosca, tutti questi magistrati dettero prova di non sapere affatto prescindere dagli interessi supremi della giustizia, quando esercitarono la loro non meno nobile funzione di uomini politici; fecero, insomma, magnificamente i deputati e i magistrati», seduta del 12/11/1947, ant.

⁵⁴ Corte Cass., sez. un. civ., sent. n. 8906/2020.

⁵⁵ *Ibid.* Secondo autorevolissima dottrina, infatti, la decisione della Corte di cassazione viene a irrigidire ulteriormente la posizione espressa dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 170/2018, la quale, almeno con riferimento alla «partecipazione sistematica e continuativa ai partiti politici» ammetteva che il magistrato-eletto potesse in qualche modo prendere parte attiva alla vita dei partiti, alla luce del tipo di rappresentanza democratica (per partiti) accolta dalla nostra Carta. Viceversa, la Cassazione «riproponendo la nozione di candidato “indipendente” (punto 9.2 della sentenza), sostenendo che il magistrato-parlamentare ben può esercitare il suo mandato “indipendentemente dai dettami di partito” perché l'art. 67 Cost. ne prevede lo svolgimento “senza vincolo di mandato” (punto 9.3 della sentenza), affermando che egli “rimane comunque un magistrato [...] e come tale rimane soggetto ai doveri

gica conseguenza, anche se negata apoditticamente dalla Cassazione, che egli non potrebbe iscriversi che al gruppo misto⁵⁶ oppure, se iscritto ad altro gruppo parlamentare, non potrebbe partecipare all'attività dello stesso e non potrebbe subire le conseguenze normativamente previste dai regolamenti dei gruppi per i casi di mancato rispetto delle direttive elaborate dalla dirigenza. Sarebbe peraltro del tutto contraddittorio e incoerente, vietare al magistrato/parlamentare una «partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici» e allo stesso tempo costringerlo, del tutto passivamente, a sottoporsi a direttive provenienti dal partito o dal gruppo politico. Ne risulterebbe l'esistenza di soggetti in parlamento del tutto «indipendenti»⁵⁷ – solo in parte assimilabili agli ex Presidenti o ai senatori a vita, i quali sono *giuridicamente liberi* di scegliere se mantenersi indipendenti (iscrivendosi al gruppo misto o a nessun gruppo: art. 14, comma 1, secondo periodo, Reg. Senato) oppure fare politica attiva all'interno di un partito o di un gruppo – tali da scardinare il modello di rappresentanza democratica attraverso i partiti che è accolta nella nostra Carta costituzionale e venendo, in tal modo, a determinare una serie di conseguenze assai rilevanti anche sulla forma di governo (GORI 2018, 1814 ss.).

D'altronde, ai fini del nostro discorso (il magistrato nei partiti), queste ultime considerazioni sembrano evidenziare un dato particolarmente significativo che si trae da questo “modello di magistrato-eletto”, il quale gli impone, quando «eserciti il diritto garantito dall'art. 51 Cost.[,] la stessa neutralità che è richiesta al magistrato in ruolo» (BIONDI 2020, 615): si tratta dell'evidente e insuperabile – almeno secondo quanto emerge nell'attuale momento storico e alla luce della nostra Costituzione materiale – distinzione tra la professione politica (intrisa di partecipazione e assoggettamento alle direttive) e quella giudiziaria. Proprio da questa giurisprudenza e al di là dello specifico divieto di cui all'art. 3, comma 1, lett. h, d.lgs. n. 109/2006, sembra emergere che i caratteri della funzione giudiziaria siano assolutamente incompatibili con quelli della politica, tanto che laddove si permetta l'ingresso di membri del potere giudiziario in organi politici, questi sono in grado di perturbare proprio il principale circuito del potere, quello politico, costringendolo a piegarsi a modalità di funzionamento del tutto inappropiate e non in armonia con il modello di democrazia rappresentativa accolto dal nostro sistema.

Detto in altre parole, la partecipazione (in modo sistematico e continuativo) di un magistrato ai partiti politici è in grado di mettere a rischio non solo l'indipendenza e l'imparzialità della magistratura, come comunemente sostenuto, ma anche il corretto funzionamento dei partiti e la forma di governo che su di essi si fonda nel tempo presente. Il magistrato, infatti, dovrebbe agire e manifestare il suo pensiero «non solo con l'equilibrio e la misura che connotano il comportamento esterno del magistrato, ma anche con una buona dose di distacco dai soggetti politici» (GORI 2018, 1815), venendo così a mettere a rischio sia i caratteri propri della funzione politica sia quella specifica funzione di (co)determinazione della politica nazionale che spetta costituzionalmente ai partiti in base all'art. 49, Cost.

L'art. 98, comma 3, Cost., sembrerebbe, dunque, porsi a tutela non solo dell'indipendenza, dell'autonomia e dell'imparzialità dei magistrati (e della magistratura nel suo complesso), ma anche degli stessi partiti e delle loro funzioni costituzionali (oltre che della politica più in generale).

La tesi proposta potrebbe essere accusata di provare troppo: se, infatti, fosse l'indipendenza di pensiero a rendere incompatibile il magistrato con il ruolo che l'art. 49 della Costituzione affida

propri di tutti i magistrati” (punto 9.7 della sentenza), ribadendo che il magistrato, “nello svolgimento dell'attività politica, è tenuto a preservare la propria indipendenza rispetto al partito e a salvaguardare la propria immagine pubblica di imparzialità” (punto 9.8 della sentenza), crea un vero e proprio statuto speciale del magistrato in-politica [...] e alimenta – essa sì – le perplessità del costituzionalista rispetto all'idea che il magistrato (e con lui tutti i cittadini?) possa fare a meno della mediazione dei partiti» (BIONDI 2020, 615); analoghe valutazioni sono svolte da DAL CANTO 2020, par. 7.

⁵⁶ Sulla questione dell'iscrizione del magistrato-eletto ai gruppi parlamentari e ai problemi che ciò pone, cfr. DONATI 2019, 6 s.; in giurisprudenza Cass., sez. un. civ, sent. n. 8906/2020 cit., par. 4, diritto.

⁵⁷ *Ibid.*, parr. 9.2 e 9.3, diritto.

ai partiti, se ne dovrebbe concludere che analoga incompatibilità dovrebbe colpire tutti quei professionisti che all'indipendenza di giudizio, all'agire secondo scienza e coscienza, sono comunemente tenuti. Secondo questa logica, dunque, risulterebbero analogamente incompatibili, ad esempio, i medici oppure i professori universitari.

Tale obiezione, però, non terrebbe adeguatamente conto della diversità istituzionale e normativa dei ruoli di questi diversi soggetti: al professore, come al medico o allo scienziato, è garantita libertà di giudizio, ma non è imposto un dovere giuridico di imparzialità di giudizio, se non forse da un punto di vista deontologico. Il professore, ad esempio, proprio per la sua libertà di scienza, coscienza ed insegnamento, è libero di agire secondo autonome valutazioni, ma anche di aderire a giudizi e valutazioni da altri espresse/imposte. Sebbene in ambito diverso da quello della politica, gli stessi casi Cordero⁵⁸ e Lombardi Vallauri⁵⁹ potrebbero essere adottati a sostegno di questa controdeduzione: i docenti sono sì liberi nell'insegnamento, ma possono *liberamente* scegliere di limitare (parzialmente) tale libertà, andando a svolgere la loro attività presso enti confessionali⁶⁰.

Per il magistrato ciò, viceversa, risulterebbe assolutamente inaccettabile, alla luce dei principi costituzionali e della sua collocazione istituzionale, in quanto la sua condotta e il suo ruolo non sono riconducibili ad una libertà (di essere indipendente e imparziale), ma ad un preciso dovere giuridico.

5. Una domanda finale

Perché la politica cerca i magistrati? Era questa la domanda da cui Beria d'Argentine nel 1979 partiva per cercare di esaminare il fenomeno dei magistrati in politica, da cui, poi, il Pizzorusso traeva spunto per il suo intervento del 1979.

Le spiegazioni offerte sia dal magistrato Beria sia dalla dottrina sono molteplici. Una prima spiegazione potrebbe risiedere nel fatto che si tratti di persone note nella vita pubblica e rispettate, in grado dunque di raccogliere consenso e svolgere proficuamente la professione di politico; una seconda spiegazione riguarderebbe la loro preparazione giuridica specifica che può risultare particolarmente utile nella produzione legislativa; una terza spiegazione, più maliziosa, consisterebbe nella considerazione che la magistratura sia «sede di potere reale e di potere pensante [...] e che quindi convenga avere con essa canali di comunicazione personalizzata»⁶¹.

Tutte queste ragioni non tengono però conto della questione di fondo che si è tentato di affrontare con questo scritto: la presenza di un magistrato in politica – nella specie in un partito politico – è oggettivamente in grado, al di là dei benefici immediati, di portare utilità complessiva ai partiti e al loro funzionamento interno? Oppure l'introduzione di elementi “estranei” – costituzionalmente vincolati a metodi di azione e ragionamento affatto diversi da quelli propri della politica – potrebbe essere in grado di aggravare ulteriormente la crisi dei partiti?

Tra le diverse obiezioni sollevabili, mi si permetta di evidenziarne una che credo sia particolarmente rilevante nel momento presente. L'abbandono o comunque l'attenuazione della natura

⁵⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 195/1972, in part., par. 6-7, considerate in diritto.

⁵⁹ Cfr. CEDU, II sez., *Affaire Lombardi Vallauri c. Italie* (req. n. 39128/05), sent. 20/10/2009, in part., par. 41.

⁶⁰ Con argomenti in parte analoghi, si potrebbe esaminare anche la posizione del medico: deontologicamente non vi è dubbio che egli sia obbligato ad «esercitare la medicina in libertà e indipendenza di giudizio e di comportamento» e di aiutare i malati, indipendentemente dalle loro condizioni economiche (v. giuramento di Ippocrate). Non vi è dubbio, però, che questa libertà di scienza e coscienza possa essere bilanciata con i doveri lavorativi che un medico (liberamente) assume, ad esempio, all'interno di una azienda privata che gli imponga di curare, durante l'orario di servizio, solo i solventi o, in qualunque caso, di seguire solo i protocolli validati dalla comunità scientifica, anche se, in astratto o alla luce di conoscenze avveniristiche, non i migliori e più rispondenti (secondo il suo personale giudizio) alla cura del malato stesso.

⁶¹ BERIA D'ARGENTINE 1979.

compromissoria della politica, che potrebbe derivare dalla partecipazione di soggetti che non possono perseguire la mediazione, ma debbono costantemente (e sono adusi a) tendere alla verità, alla giustizia e a mantenersi “indipendenti”, non è forse in grado di “scatenare le passioni”⁶² che assai nuocciono alla discussione e alla mediazione politica stessa e ad aggravare quella conflittualità esistente, come un fiume carsico, nella nostra storia repubblicana? La domanda non vorrebbe sinceramente essere retorica, ma solo spingere a valutare il problema, senza preconcetti ideologici.

⁶² Cfr. *supra* e nt. 48.

Riferimenti bibliografici

- ANCONA E. 2019. *La verità nel processo: quale corrispondenza? La prospettiva del dibattito italiano*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 73, 1, 2019, 23 ss.
- ARENDT H. 2004. *Verità e politica*, Bollati Boringhieri.
- ARU S. 2020. *La discussa partecipazione dei magistrati alla politica*, in «Rivista AIC», 1, 2020, 457 ss.
- BERIA D'ARGENTINE A. 1979. *Perché a tanti magistrati non piace il «giudice candidato»*, in «Corriere della Sera», 28 aprile 1979, 1.
- BESUSSI A. (ed.) 2015. *Filosofia, verità e politica: questioni classiche*, Carocci, 2015.
- BESUSSI A. 2013. *Verità e politica: filosofie contemporanee*, Carocci.
- BIONDI F. 2014. *Le attività politiche dei magistrati: alcune indicazioni dai giudici disciplinari*, in «Quaderni costituzionali», 2, 2014, 412 ss.
- BIONDI F. 2017. *Può un magistrato essere eletto e, nel contempo, essere processato disciplinarmente per essersi iscritto ad un partito?*, in «Quaderni costituzionali», 3, 2017, 606 ss.
- BIONDI F. 2020. *La Corte di cassazione chiude il «caso Emiliano» e sbarrata la strada ai magistrati in politica*, in «Quaderni costituzionali», 3, 2020, 613 ss.
- BOLOGNA C. 2018. *Apparenza d'imparzialità o tirannia dell'apparenza? Magistrati e manifestazione del pensiero*, in «Quaderni costituzionali», 3, 2018, 613 ss.
- BORRÈ G. 1994. *Articolo 98 3° comma*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A. (eds.), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli.
- CALAMANDREI P. 1955. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Valeri*, vol. I, Giuffrè, 461 ss.
- CARLONI E. 2011. *Le verità amministrative: l'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Giuffrè.
- CARRATTA A. 2014. *Dovere di verità e completezza nel processo civile (I e II parte)*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 68, 1, 2014, 47 ss. e 491 ss.
- CERRI A. 1966. *Sindacati, associazioni politiche, partiti*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2, 1966, 1919 ss.
- CHIEPPA R. 2009. *Il divieto di attività politica dei magistrati: meglio tardi che mai (ricordi storici delle tesi dell'associazione dei magistrati)*, in «Giurisprudenza costituzionale», 54, 4, 2009, 2584 ss.
- DAL CANTO F. 2020. *Magistrati e impegno politico: problemi e prospettive a partire dalla recente definizione della vicenda Emiliano*, disponibile in <https://www.giustiziainsieme.it/it/ordinamento-giudiziario/1246-magistrati-e-impegno-politico-problemi-e-prospettive-a-partire-dalla-recente-definizione-della-vicenda-emiliano> (consultato il 19/11/2021).
- DAL CANTO F. 2021. *Note minime sul disegno di legge Bonafede di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in «Osservatorio AIC», 1, 2021, 164 ss.
- DE NARDI S. 2009. *L'art. 98, terzo comma, Cost. riconosce al legislatore la facoltà non solo di "limitare" bensì di "vietare" l'iscrizione dei magistrati a partiti politici (anche se sono collocati fuori ruolo per svolgere un compito tecnico)*, in «Giurisprudenza costituzionale», 54, 6, 2009, 5121 ss.
- DE SANTIS V. 2018. *Indipendenza e imparzialità del magistrato fuori ruolo tra disciplina sul rientro dei magistrati e democraticità interna dei partiti*, in «federalismi.it», 22, 2018, 1 ss.
- DE VIVO J. 2018. *La spinosa questione della partecipazione dei magistrati alla vita politica. Considerazioni alla luce del «caso Emiliano»*, in «federalismi.it», 24, 2018, 1 ss.

- DEIDDA B. 2013. *Riserbo dei magistrati e libertà di manifestazione del pensiero ... alla prova del caso Ruby*, in «*Questione giustizia*», 4, 2013, 190 ss.
- DICIOTTI E. 1997. *Norme, validità e interpretazione giudiziale*, Giappichelli.
- DICIOTTI E. 1999a. *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli.
- DICIOTTI E. 1999b. *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Giappichelli.
- DOGLIANI M. 2017. *Rappresentanza, governo e mediazione politica*, in «*Costituzionalismo.it*», 2, 2017, 13 ss.
- DONATI F. 2019. *L'impegno in politica dei magistrati*, in «*federalismi.it*», 21, 2019, 1 ss.
- ESPOSITO C. 1954. *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam.
- FERRAJOLI L. 2021. *Magistratura e democrazia*, in «*Questione giustizia*» 28/07/2021. Disponibile in: <https://www.questionegiustizia.it/articolo/magistratura-e-democrazia> (consultato il 19/11/2021).
- FERRI G. 2010. *I magistrati e la politica: il problema del divieto di iscrizione ai partiti nella sentenza n. 224/2009 della Corte costituzionale*, in «*Studium Iuris*», 16, 2, 2010, 136 ss.
- FERRI G. 2015. *Il diritto di elettorato passivo e il divieto per i magistrati di partecipazione sistematica e continuativa ai partiti politici*, in «*Rassegna parlamentare*», 57, 1, 2015, 141 ss.,
- FERRI G. 2017. *Autonomia e indipendenza della magistratura tra «vecchio» e «nuovo» ordinamento giudiziario*, in «*Rivista AIC*», 4, 2017, 1 ss.
- FERRUA P. 1995. *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in BESSONE M., GUASTINI R. (eds.), *La regola del caso: materiali sul ragionamento giuridico*, Cedam, 337 ss.
- FIANDACA G. 2008. *Intorno a verità e contraddittorio nel processo penale*, in MANZIN M., PUPPO F. (eds.), *Audiatur et altera pars: il contraddittorio fra principio e regola*, Giuffrè, 223 ss.
- FIMIANI P., FRESA M. 2013. *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari*, Giappichelli.
- GABRIELLI C. 2018. *Un'eccezione suggestivamente argomentata, un'affermazione di infondatezza condivisibile, un assetto normativo comunque da rimediare*, in «*Giurisprudenza costituzionale*», 63, 4, 2018, 1798 ss.
- GAROFOLI V., INCAMPO A. (eds.) 2012, *Verità e processo penale*, Giuffrè.
- GORI L. 2018. *Sull'iscrizione e partecipazione sistematica e continuativa dei magistrati a partiti politici, ovvero sui rapporti perennemente irrisolti fra magistratura e politica*, in «*Giurisprudenza costituzionale*», 63, 4, 2018, 1806 ss.
- IMARISIO L. 2009. *Ineleggibilità e incompatibilità politico-istituzionali: profili costituzionali*, Jovene.
- IPPOLITO F. 2018. *Recuperare la fiducia e non rincorrere il consenso*, in «*Questione Giustizia*», 4, 2018, 231 ss.
- KANT I., CONSTANT B. 1996. *La verità e la menzogna: dialogo sulla fondazione morale della politica*, Mondadori.
- KELSEN H. 1994. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Rizzoli Etas.
- LEOPARDI G. 1820. *Novella: Senofonte e Niccolò Machiavello* (in *Operette morali*, in *Tutte le opere*, vol. I, Sansoni Editore, 1969).
- LEOPARDI G. 1822. *Per la novella Senofonte e Machiavello* (in *Operette morali*, in *Tutte le opere*, vol. I, Sansoni Editore, 1969).
- LOCKE J. 1689. *Two Treatises of Government*, for Awnsham Churchill.
- LONGHI L. 2018. *Il divieto di iscrizione a partiti politici per i magistrati collocati fuori ruolo per motivi elettorali. Riflessioni a margine del c.d. caso Emiliano*, in «*Osservatorio AIC*», 3, 2018, 45 ss.

- MACHIAVELLI N. 1532. *Il principe*, per Bernardo di Giunta.
- MANDATO M. 2018. *A proposito del bilanciamento tra libertà di associazione politica ed esercizio di funzioni giurisdizionali*, in «Nomos. Le attualità nel diritto», 3, 2018, 1 ss.
- MASSA T. 2004. *Per non «disciplinare» la libertà di manifestazione del pensiero del magistrato*, in «Questione Giustizia», 4, 2004, 802 ss.
- MAZZARELLA F. 2015. *Dialoghi a distanza in tema di socialità e storicità del diritto. Italia Francia e Germania tra fine Ottocento e primo Novecento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 44, 1, 2015, 384 ss.
- MAZZARELLA F. In corso di pubblicazione. *Tradizione e rivoluzione*, in DEROUSSIN D., LÖHNIG M., MAZZARELLA F., WAGNER S. (eds.), *Bürgerliches Recht im nach bürgerlichen Zeitalter – 100 Jahre Soziales Privatrecht in Deutschland, Frankreich und Italien, vol. II, Totalitäres Soziales Privatrecht? Die juristische “Achse Berlin-Rom”*, Klostermann.
- MONTALBANO G. 1974. *Magistratura e sistema politico*, in «Rassegna dei magistrati», 14, 2, 1974, 72 ss.
- MORTARA L. 1885. *Lo Stato moderno e la giustizia*, Unione Tipografico-Editrice.
- NICOTRA I. 2020. *Il conflitto di interessi come declinazione del principio costituzionale d'imparzialità*, in «Rivista AIC», 3, 2020, 1 ss.
- PERINI M. 2003. *A proposito di Neocostituzionalismo*, in «Studi senesi», 2, 2003, 305 ss.
- PERINI M. 2019. *I partiti e la democrazia interna. Un problema irrisolto*, Giuffrè.
- PERTICI A. 2002. *Il conflitto di interessi*, Giappichelli.
- PINARDI R. 2005. *La libertà di manifestazione del pensiero dei magistrati nella giurisprudenza costituzionale e disciplinare*, in PIZZORUSSO A., ROMBOLI R., RUGGERI A., SAITTA, A., SILVESTRI G. (eds.), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 293 ss.
- PIZZORUSSO A. 1974. *L'ordinamento giudiziario*, in ID 2019. *L'ordinamento giudiziario*, Editoriale Scientifica, 263 ss.
- PIZZORUSSO A. 1977. *La magistratura nel sistema politico italiano*, in ID 2019. *L'ordinamento giudiziario*, Editoriale Scientifica, 991 ss.
- PIZZORUSSO A. 1979. *I magistrati in Parlamento*, in ID 2019. *L'ordinamento giudiziario*, Editoriale Scientifica, 1047 ss.
- PIZZORUSSO A. 2004. *Giustizia e giudici*, in ID 2019. *L'ordinamento giudiziario*, Editoriale Scientifica, 1025 ss.
- PIZZORUSSO A. 2019. *L'ordinamento giudiziario*, Editoriale Scientifica.
- POLIZZI G.E. 2018. *Il «caso Emiliano». I nodi ancora irrisolti del divieto di iscrizione ai partiti politici dopo la sentenza n. 170 del 2018*, in «Osservatorio AIC», 3, 2018, 55 ss.
- PRISCO S. 2009. *Una nuova sentenza della Corte costituzionale sull'esercizio delle libertà politiche da parte dei magistrati*, in «federalismi.it», 16, 2009, 1 ss.
- RESCIGNO G.U. 2007. *Note sulla indipendenza della magistratura alla luce della Costituzione e delle controversie attuali*, in «Costituzionalismo.it», 1, 2007, 1 ss.
- REVEDIN A.M. 1983. *Politica e verità: Jean Jacques Rousseau e il ritorno del principe*, Giuffrè.
- SARACENO P. 1979. *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione: linee di un'analisi socio-politica del personale dell'alta magistratura italiana dall'unità al fascismo*, Ed. Ateneo & Bizzarri.
- SBAILÒ C. 2006. *Politica e verità: tra Platone, Weber e realtà virtuale*, Marcovalerio Edizioni.
- SCHIAVELLO A. 2004. *Il positivismo giuridico dopo Herbert Hart: un'introduzione critica*, Giappichelli.

- SILVESTRI G. 1985. voce *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in «Enciclopedia del diritto», XXXIV, Giuffrè, 670 ss.
- SOBRINO G. 2018. *Magistrati 'in' politica: dalla Corte costituzionale un forte richiamo all'indipendenza (ed alla sua immagine esteriore)*, in «forumcostituzionale.it», 8, 2018. Disponibile in: <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/?p=11205> (consultato 19/11/2021).
- SODDU F. 2007. *La presenza e il ruolo dei magistrati nel Parlamento liberale*, in «Le Carte e la Storia. Rivista di storia delle istituzioni», 2, 2007, 35 ss.
- SPAGNA MUSSO E. 1969. voce *Giudice (nozione e profili cost.)*, in «Enciclopedia del diritto», XVIII, Giuffrè, 940 ss.
- SPANGHER G. 2016. *Verità, verità processuale, verità mediatica, verità politica*, in «Diritto penale e processo», 22, 6, 2016, 806 ss.
- SPATARO A. 2018. *Comunicazione della giustizia sulla giustizia. Come non si comunica*, in «Questione Giustizia», 4, 2018, 294 ss.
- TARUFFO M. 1993. *Note sulla verità dei fatti nel processo civile*, in GIANFORMAGGIO L. (ed.), *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, 340 ss.
- TARUFFO M. 2012. *La verità nel processo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 66, 4, 2012, 1117 ss.
- TARUFFO M. 2014. *Dovere di verità e completezza nel processo civile. Parte prima*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 68, 2, 2014, 47 ss.
- TARUFFO M. 2018. *Verità e prova nel processo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 72, 4, 2018, 1305 ss.
- TORRETTA P. 2015. *L'incandidabilità al mandato parlamentare: la «legge Severino» oltre il «caso Berlusconi»*, Editoriale Scientifica.
- TREVES R. 1962. *Libertà politica e verità: saggi vari*, Edizioni di Comunità
- VELLUZZI V. 2000. *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli.
- VELLUZZI V. 2002. *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli.
- VENTURINI F. 2017. *I magistrati eletti al Parlamento italiano, 1861-2013: dati e metodologia*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1, 2017, 175 ss.
- VIGEVANI G.E. 2001. *Stato democratico ed eleggibilità*, Giuffrè.
- WEBER M. 1948. *Il lavoro intellettuale come professione. Due saggi*, Einaudi.
- ZANON N., BIONDI F. 2014. *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli.

L'INTERPRETAZIONE
DEI DIRITTI
COSTITUZIONALI ALLA
LUCE DELL'OLISMO
SEMANTICO

ALCUNE INDICAZIONI
METODOLOGICHE DALLA
FILOSOFIA DEL LINGUAGGIO

MICHELE ZEZZA



L'interpretazione dei diritti costituzionali alla luce dell'olismo semantico
Alcune indicazioni metodologiche dalla filosofia del linguaggio

The Interpretation of Constitutional Rights in Light of Semantic Holism
Some Methodological Guidance from the Philosophy of Language

MICHELE ZEZZA

Ricercatore di postdottorato nel Dipartimento di Direito do Estado dell'Universidade de São Paulo (USP).

E-mail: michele.zezza@for.unipi.it

ABSTRACT

L'articolo si concentra sul problema dell'indeterminatezza nella formulazione linguistica delle disposizioni costituzionali che riconoscono diritti fondamentali. Da questo punto di vista, si utilizzano alcune indicazioni provenienti dall'ambito della riflessione filosofico-linguistica, al fine di riflettere su come il contesto esterno possa condizionare l'interpretazione giuridica del contenuto dei diritti costituzionali. Questa scelta, ispirata a un certo ideale di sincretismo metodologico, intende suggerire la possibilità di una trasposizione analogica di alcune acquisizioni essenziali dell'olismo semantico all'ambito dell'interpretazione costituzionale.

The paper addresses the problem of indeterminacy in the linguistic formulation of the constitutional provisions enshrining fundamental rights. The research will adopt some methodological indications from the philosophy of language, in order to reflect on how the external context might influence the legal interpretation of the content of the constitutional provisions. This choice, inspired by a certain ideal of methodological syncretism, is meant to suggest the possibility of an analogical transposition of some essential acquisitions of semantic holism to the scope of the constitutional interpretation.

KEYWORDS

indeterminatezza normativa, diritti costituzionali, olismo semantico, filosofia del linguaggio

Normative Indeterminacy, Constitutional Rights, Semantic Holism, Philosophy of Language

L'interpretazione dei diritti costituzionali alla luce dell'olismo semantico

Alcune indicazioni metodologiche dalla filosofia del linguaggio

MICHELE ZEZZA

1. *L'apertura del testo costituzionale* – 2. *Un'ipotesi di trasposizione analogica* – 2.1. *La tesi di Duhem-Quine (in estrema sintesi) e la sottodeterminazione delle teorie* – 2.1.1. *La tesi "forte"* – 2.2. *L'olismo semantico e la dipendenza contestuale del senso* – 3. *Il ruolo del contesto nell'interpretazione giuridica dei diritti costituzionali* – 4. *Alcune osservazioni conclusive.*

1. *L'apertura del testo costituzionale*

Secondo l'autorevole ricostruzione di H.L.A. Hart, tutti i termini del linguaggio comune dispongono di un *nucleo di significato fisso*, nei quali l'indeterminatezza è minima in quanto esiste un consenso generalizzato intorno alla loro inclusione (o esclusione) nell'estensionalità del termine, e di una *"zona di penombra"* occupata dai casi difficili o dubbi¹, rispetto ai quali l'interprete dispone di un certo spazio di discrezionalità in quanto il riferimento dei termini utilizzati (es. classico: l'aggettivo "calvo") non è completamente determinato. Nel capitolo VII de *Il concetto di diritto* intitolato *"Formalismo e scetticismo sulle norme"* e dedicato all'interpretazione giuridica, utilizzando l'esempio dell'espressione linguistica costituita dal "divieto di introdurre veicoli nel parco", osserva l'autore:

«in tutti i campi dell'esperienza, non soltanto in quello delle norme, vi è un limite insito nella natura del linguaggio, alla guida che il linguaggio in termini generali può offrire. Vi saranno invero dei casi chiari che ricorrono costantemente in contesti simili ai quali le espressioni generali sono chiaramente applicabili ('se mai esistono dei veicoli l'automobile è uno di questi'), ma vi saranno anche dei casi in cui non è chiaro se esse si applicano o no. ('Il termine veicolo usato in questo contesto include le biciclette, gli aeroplani e i pattini a rotelle?') (HART 2002 [1961], 148)»².

Lo stesso tipo di discorso può farsi, secondo Hart, per il linguaggio giuridico, in quanto strettamente imparentato con il linguaggio ordinario: l'interpretazione talvolta è il risultato di un processo conoscitivo e talaltra il prodotto di una decisione discrezionale; essa scopre significati nei casi facili e crea significati nei casi difficili. Pertanto, nel formulare regole generali è preclusa al legislatore la possibilità di prevedere ogni possibile combinazione di circostanze che possa verificarsi in futuro. Per ogni regola generale potrà sempre presentarsi qualche situazione fattuale nella quale la questione se uno specifico caso concreto ricada o meno nello spettro di applicazione della regola eventualmente da applicare non potrà essere risolta sulla base delle convenzioni linguistiche o delle regole interpretative utilizzate abitualmente.

* Il presente lavoro è stato finanziato dalla *Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo* (FAPESP), con il seguente n. di processo: 2017/24035-9.

¹ Fa notare Timothy Endicott (ENDICOTT 1997) che, contrariamente a quanto sembra credere Hart, in molte occasioni può essere controverso stabilire se un determinato caso rientri nel nucleo di certezza o nella zona di penombra.

² Per una trattazione (in chiave critica) di questo esempio, cfr. SCHAUER 2009, 151-158, il quale osserva che spesso i problemi interpretativi più rilevanti provengono non dalla formulazione o dalle difficoltà testuali o lessicali inerenti alla disposizione dell'enunciato, ma da ragioni valoriali o teleologiche riconducibili a una scelta dell'interprete. Un'analisi più approfondita del medesimo autore si può trovare in SCHAUER 2008.

In presenza di una situazione di incertezza, di fronte a regole generali flessibili, per determinare l'effettivo contenuto degli enunciati normativi, si rende necessario il ricorso a una *scelta* tra diverse interpretazioni astrattamente possibili. A questo proposito, HART (2002, cap. VII) parla espressamente di «*struttura (o tessitura) aperta*» del linguaggio giuridico, per riferirsi a fenomeni quali l'incompatibilità delle norme, la possibilità di discostarsi dalla legge, la presenza di *hard cases*, e così via. L'elaborazione di questa nozione si deve a Friedrich WAISMANN (1945), il quale, riprendendo alcune idee sviluppate da Ludwig WITTGENSTEIN (2009) in particolare nel par. 80 delle *Ricerche filosofiche*, in un articolo sulla *Verificabilità* analizza la possibilità che tutti gli enunciati empirici siano caratterizzati da una vaghezza strutturale³. All'interno del dibattito filosofico-giuridico, e del resto anche nelle intenzioni di Hart, il riferimento alla *open texture* tende a rafforzare l'idea che la vaghezza⁴ rappresenti una caratteristica inevitabile del linguaggio giuridico.

Da questa caratteristica strutturale del diritto occorre poi separare, quantomeno su un piano logico, quella forma di *indeterminatezza intenzionale* del testo costituzionale (rinvenibile in particolare nel caso delle lacune), che si riscontra in tutti quei casi in cui gli autori della disposizione, per assenza di informazioni empiriche sul futuro, non possono disciplinare in dettaglio le modalità e i contenuti della sua applicazione (non erano empiricamente conoscibili nel dopoguerra, ad esempio, i social media, Internet o la struttura del DNA, ma nemmeno, per dire, le evoluzioni future delle pratiche di culto religioso).

È un dato su cui sembra possibile convergere agevolmente, a prescindere dalle posizioni teoriche, il fatto che le disposizioni che riconoscono diritti fondamentali, unitamente alle loro limitazioni, sono solite essere formulate attraverso un ampio ricorso a espressioni o *locuzioni valutative* (“pari dignità sociale”) e indeterminate (“diritto alla salute”, “diritto alla vita”, “famiglia come società naturale”, ecc.). I testi costituzionali riconoscono valori che tendono a essere formulati in modo ampio e generico, affinché il loro significato sia poi specificato in sede di applicazione.

Sebbene sia innegabile che, in determinate circostanze, la considerazione dei fattori extralinguistici possa contribuire a rendere più agevole l'applicazione di norme formulate oscuramente, esistono alcune ragioni che dovrebbero indurre ad adottare quantomeno un atteggiamento di cautela di fronte alla tendenza, da parte dell'organo giudiziario, a interpretare evolutivamente il contenuto delle disposizioni costituzionali sulla base di una considerazione globale del contesto esterno (in qualunque modo lo si concepisca). Al fine di illustrarle, può essere opportuno recuperare alcune indicazioni teoriche, provenienti dalla filosofia del linguaggio, sull'olismo semantico.

2. Un'ipotesi di trasposizione analogica

All'interno di un modello di *cultura giuridica sostanzialista* quale quello che caratterizza il “*costituzionalismo dei diritti*”⁵, nella propria attività di interpretazione e applicazione del diritto, i giudici tendono spesso a interpretare le disposizioni sulla base di un confronto con la dimensione sostanziale e valoriale del testo costituzionale. Nella loro opera di concretizzazione delle disposizioni che riconoscono diritti costituzionali, essi si comportano prevalentemente come *agenti morali* adottando, più o meno implicitamente, un “*punto di vista interno*” rispetto alla pratica giuridica⁶.

³ Cfr., al riguardo, MAKOVEC, SHAPIRO 2019.

⁴ È possibile (e opportuno) distinguere, su un piano analitico, la vaghezza del significato dei testi normativi dalla loro indeterminatezza, ossia il fatto che ogni testo normativo esprima potenzialmente una pluralità di significati alternativi: «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» (DICIOTTI 1999, 377). Sul tema della vaghezza, la letteratura è piuttosto ampia: cfr., da ultimo, ASGEIRSSON 2020.

⁵ Su questa nozione, cfr. PINO 2017.

⁶ Per questa nozione, il riferimento è HART 2002, 106-108, su cui, da ultimo, cfr. DELGADO 2019.

Ora, nelle considerazioni che seguono s'intende dimostrare che le implicazioni sul piano conoscitivo dei processi di redazione e successiva concretizzazione dei principi costituzionali presentino una certa affinità con l'*immagine olistica* dei processi conoscitivi delineata da Willard Van Orman Quine sulla scorta delle riflessioni, qui appena richiamate in maniera estremamente sintetica, di Pierre Duhem. La congiunzione di questi approcci (il primo limitato al campo della filosofia della fisica e il secondo relativo all'ambito linguistico e conoscitivo in generale) afferma che tutte le teorie – che possono consistere in una singola proposizione oppure, più spesso, in un insieme finito di diverse proposizioni – possono sempre essere “salvate” dalla confutazione con qualche opportuno aggiustamento nella conoscenza di sfondo in cui sono immerse (cfr. LAKATOS 2001, 102). Non s'intende argomentare – è bene precisare – a favore di una relazione d'identità tra la filosofia del linguaggio e la teoria dell'interpretazione giuridica, quanto piuttosto – questa in definitiva l'ipotesi⁷ euristica che sorregge l'analisi – la possibilità di una trasposizione analogica di alcune acquisizioni essenziali dell'*olismo semantico*.

Applicare all'ambito dell'interpretazione giuridica anche le tesi di Duhem implicherebbe, in linea di principio, il problema teorico di accettare la liceità di formulare tesi di carattere conoscitivo a partire dall'esame delle teorie scientifiche, il che non rientra tra gli obiettivi del presente studio. Si può ad ogni modo osservare che il primo tentativo organico di trasposizione analogica di alcuni contenuti della fisica contemporanea va rinvenuto nello studio pionieristico di Laurence Tribe *The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn from Modern Physics*. Il costituzionalista statunitense, nella sua ricostruzione teorica, si proponeva di delineare un nuovo “paradigma del ragionamento giuridico e dell'analisi costituzionale” dichiaratamente basato su alcuni elementi della teoria kuhniana (in particolare, per quanto attiene alla lettura della storia della conoscenza scientifica in termini rivoluzionari). Osserva in questo senso l'autore:

«[i]n Einstein's view, space is not the neutral “stage” upon which the play is acted, but rather is merely one actor among others, all of whom interact in the unfolding of the story. Einstein's brilliance was to recognize that in comprehending physical reality the “background” could not be abstracted from the “foreground”.

[...] A parallel conception in the legal universe would hold that, just as space cannot extricate itself from the unfolding story of physical reality, so also the law cannot extract itself from social structures; it cannot “step back”, establish an “Archimedean” reference point of detached neutrality, and selectively reach in, as though from the outside, to make fine-tuned adjustments to highly particularized conflicts. Each legal decision restructures the law itself, as well as the social setting in which law operates, because, like all human activity, the law is inevitably embroiled in the dialectical process whereby society is constantly recreating itself» (TRIBE 1989, 4).

Più recentemente, Roberto Bin ha ripreso questa linea interpretativa, identificando quattro premesse della meccanica quantistica che si potrebbero applicare al campo dell'interpretazione giuridica: a) «l'osservatore agisce all'interno del sistema osservato e ne fa parte»; b) «se ogni osservatore è parte del sistema osservato, allora [...] tutti i possibili risultati dell'osservazione possono coesistere ed essere egualmente validi»; c) «l'osservazione determina ciò che deve essere osservato, perché il risultato di un'osservazione dipende da ciò che l'osservatore decide di osservare»; d) «ogni atto di osservazione costituisce un processo irreversibile. [...] Ogni regola giuridica è fonte di possibilità infinite d'interpretazione e applicazione a casi concreti»⁸.

⁷ Seguendo con una certa libertà la ricostruzione di POPPER 1984, possiamo definire un'ipotesi teorica come il risultato dell'incontro tra determinati schemi concettuali a carattere astratto e determinate conoscenze empiriche non ancora verificate scientificamente nel caso in esame.

⁸ BIN 2013, 18-20. Sebbene sia apertamente ispirato al lavoro di Tribe, una delle differenze principali tra i due studi consiste nel modo di concepire l'indeterminismo all'interno del quadro teorico della meccanica quantistica (e, di

Data la problematicità del tema, che richiederebbe uno spazio autonomo di trattazione, si rimanda ad altra occasione la possibilità di esplorare la validità di questo tipo di operazione (lo studio della rilevanza dell'olismo in campo fisico ai fini della comprensione dei processi interpretativi in ambito giudiziale). L'approccio che sorregge la presente ipotesi di lavoro risponde a una metodologia più moderata consistente nel verificare la possibilità di utilizzare alcune indicazioni provenienti dalla riflessione di Quine e di alcuni approcci contestualisti per analizzare il problema dell'interpretazione dei diritti costituzionali.

2.1. La tesi di Duhem-Quine (in estrema sintesi) e la sottodeterminazione delle teorie

In termini generali, si può osservare innanzitutto che la “*tesi di Duhem-Quine*” (*Duhem-Quine thesis*) sembra rafforzare – e di fatto a questa prospettiva è stata collegata all'interno del dibattito teorico – la nozione di “*sottodeterminazione delle teorie*” (*Underdetermination Thesis*)⁹ da parte dei dati osservativi: l'idea secondo cui esiste in linea di principio un numero infinito di teorie in grado di rendere conto, in modo adeguato, di una determinata serie di fatti empirici. In sintesi, una teoria consiste in un complesso indeterminato (non delimitabile a priori) di ipotesi: $T \equiv (i_1 \wedge i_2 \wedge i_3 \dots \wedge i_n)$ e $\sim T \equiv \sim (i_1 \wedge i_2 \wedge i_3 \dots \wedge i_n)$, che implica che $\sim (i_1 \wedge i_2 \wedge i_3 \dots \wedge i_n) \equiv \sim (\sim i_1 \vee \sim i_2 \vee \sim i_3 \dots \vee \sim i_n)$. Se si presuppone che una teoria T implica una conseguenza osservativa O : $T \rightarrow O$, e che l'esperimento a cui si riferisce O non si realizza (quindi $\sim O$), per *modus tollens*, $\sim T$. Qualsiasi teoria può essere conservata, per quante prove contrarie possano esistere, purché si apportino correzioni abbastanza radicali da qualche parte nelle ipotesi ausiliarie (e non nelle ipotesi sottoposte direttamente a test in ogni momento dato). Viene rigettata, da questo punto di vista, la tesi generalmente nota come “*falsificazionismo metodologico ingenuo*” (cfr. LAKATOS 2001, 181-216)¹⁰ in base al quale una teoria falsificata da un esperimento dovrebbe essere immediatamente accantonata: un approccio di questo tipo – obiettano i sostenitori dell'olismo epistemologico – presuppone una concezione “atomistica” delle teorie, delle nostre credenze, e della conferma di un'ipotesi in particolare; se siamo invece disposti a modificare parti delle nostre conoscenze chiamate in causa dall'esperimento, ogni teoria che apparentemente potrebbe risultare in contrasto con determinati dati osservativi può essere resa compatibile con essi.

Stabilite queste premesse, è opportuno chiarire un aspetto centrale: è solo attraverso un certo grado di astrazione teorica che si può trattare in termini unitari la tesi di Duhem-Quine. Quella proposta da Duhem è una tesi di carattere metodologico (come è impossibile verificare conclusivamente un'ipotesi, così è impossibile falsificarla poiché essa è sempre connessa a un insieme di altre ipotesi), mentre nel caso di Quine, quantomeno se consideriamo l'argomentazione sviluppata ne *I due dogmi dell'empirismo*¹¹, si tratta di una tesi al contempo metodologica e semantica (anche se maggiormente incentrata su quest'ultima dimensione)¹².

riflesso, nel campo dell'interpretazione giuridica). Il costituzionalista italiano analizza infatti la filosofia globale che fa da sfondo alla meccanica quantistica utilizzando un approccio continuista, per cui essa rappresenta non una negazione totale, quanto piuttosto un complemento della fisica classica (il paradigma newtoniano-laplaciano). Gli autori, tuttavia, convergono nel considerare legittima l'ipotesi di trasposizione analogica di alcuni assunti epistemologici della fisica contemporanea.

⁹ Cfr. in particolare DUHEM 1978; QUINE 1966, capp. I, II.

¹⁰ Nell'attribuire questa posizione a Karl Raimund Popper, LAKATOS (2001, 191) evidenzia la differente impostazione che li caratterizza anche in relazione all'interpretazione dell'“argomento di Duhem-Quine” (cfr. LAKATOS 2001, 211, n. 47; per la posizione di Popper, cfr. in particolare POPPER 1998, 64-66).

¹¹ Occorre precisare che successivamente Quine ha attenuato (o sarebbe forse più corretto dire “indebolito”) notevolmente la propria impostazione (alla quale peraltro non ha mai riconosciuto una dimensione sistematica), considerandosi piuttosto un “olista moderato, relativo”: il controllo non investe tutta la conoscenza, bensì solo una sua parte; cfr. in particolare QUINE. 1981, 71.

¹² Sulle differenze tra i due approcci, cfr. ARIEW 1984; GILLIES 1998, 319: «[t]he differences between the Duhem and Quine theses concern the range of hypotheses to which the holistic thesis is applied and the extent of the “the-

Sulla scia della ricostruzione di Imre Lakatos, è sicuramente opportuno distinguere due versioni della tesi:

«[n]ella sua *interpretazione debole*» osserva «essa asserisce solo l'impossibilità di mandare a segno un colpo sperimentale diretto contro un bersaglio teorico strettamente specificato e la possibilità logica di modellare la scienza in un numero indefinito di modi differenti. [...] Nella sua *interpretazione forte* la tesi Duhem-Quine esclude qualsiasi regola di scelta *razionale* fra le alternative» (LAKATOS 2001, 102)¹³.

Un conto – dice Lakatos – è sostenere che nessuna ipotesi sia mai falsificabile dall'esperienza perché è sempre possibile trovare un'ipotesi ausiliaria che, aggiunta a essa, le consenta di cooptare il risultato negativo; un altro conto, invece, è affermare che sia possibile confrontare solo un insieme di enunciati con l'esperienza.

2.1.1. La tesi "forte"

Riprendendo e radicalizzando le tesi di Duhem, Quine propone un'immagine della conoscenza in base alla quale l'unità minima di significanza empirica coincide con l'intera rete delle nostre credenze considerate nella loro globalità. Ogni teoria scientifica – sostiene l'autore – può paragonarsi a un campo di forze che entra in contatto con l'esperienza unicamente nei suoi confini; ogni teoria consiste in un complesso di proposizioni o enunciati solidali, la cui verità o falsità è predicabile solo attraverso una considerazione complessiva del sistema¹⁴. Qualsiasi modifica locale all'interno di questo campo risulta connessa con una modifica da qualche parte. Inoltre, a determinare la nostra inclinazione verso una determinata teoria contribuiscono anche le nostre abitudini, i nostri interessi e le nostre credenze logiche. Gli enunciati di cui si compone uno schema concettuale, articolati in una pluralità indefinita di forme, affrontano il tribunale dell'esperienza congiuntamente, come una corporazione.

La verifica di una teoria, pertanto, consisterà in un processo dimostrativo articolato, che implica il confronto con tutte le proposizioni derivabili dai suoi assiomi e con i dati dell'esperienza: tale principio, noto come "*olismo della conferma*", afferma appunto che ciò che vale come giustificazione di un enunciato dipende dalla rete di conoscenze e di teorie a nostra disposizione, per definizione rivedibili (non esistono enunciati immuni da revisione). L'unità di conferma empirica di una teoria, detto in altri termini, non è data dai singoli enunciati che la compongono, ma dalla teoria stessa intesa nella sua globalità.

Scrive W.V.O. Quine nel celebre saggio su *I due dogmi dell'empirismo*:

«[t]utte le nostre cosiddette conoscenze o convinzioni, dalle più fortuite questioni di geografia e di storia alle leggi più profonde di fisica atomica o financo della matematica pura e della logica, tutto è un edificio fatto dall'uomo che tocca l'esperienza solo lungo i suoi margini. [...] Un disaccordo con l'esperienza alla periferia provoca un riordinamento all'interno del campo; si devono riassegnare certi valori di verità ad alcune nostre proposizioni» (QUINE 1966, 40 s.).

In questa prospettiva, tutti i nostri enunciati teorici, e non soltanto quelli scientifici, appaiono privi

oretical group" for a hypothesis to which the holistic thesis does apply».

¹³ Una posizione simile si può trovare in LAUDAN 1990, 267-297.

¹⁴ «[A]nche se il cambiamento di una credenza o proposizione implica in linea di principio un cambiamento nelle relazioni inferenziali tra tutte le altre credenze e proposizioni di un dato sistema, il significato di questo cambiamento deve essere limitato a un numero ristretto di credenze o proposizioni: ogni cambiamento concettuale è intelligibile solo sulla base di uno sfondo stabile, composto da una maggioranza di relazioni inferenziali immutate tra credenze o proposizioni» (ESFELD 2018, III).

di significato, se considerati isolatamente (cfr. ESFELD 2001). Il principio di rivedibilità degli asserti, in particolare, si applica tanto all'ambito logico-matematico quanto a quello linguistico.

2.2. *L'olismo semantico e la dipendenza contestuale del senso*

L'impostazione di Quine – è bene insistere su questo punto – presenta un campo di applicazione decisamente più ampio: non si limita soltanto al mondo della fisica¹⁵, ma coinvolge più in generale la metodologia scientifica, il piano extrascientifico, conoscitivo e linguistico¹⁶.

Per quanto riguarda quest'ultimo profilo, in particolare, nella filosofia del linguaggio più recente si è andato diffondendo, sulla scorta delle riflessioni di autori come lo stesso Quine, ma anche (in particolare) WITTGENSTEIN (2009) e DAVIDSON (1967), un orientamento teorico che rileva come non soltanto il senso di una parola è sempre dipendente dal contesto, ma, sulla base di un approccio più radicale, lo stesso significato di una parola o di un enunciato si ricollega al linguaggio nella sua globalità. Questa impostazione si configura come una rivisitazione e un ampliamento dell'assunto fregeano secondo il quale ogni parola possiede un significato solo nel contesto dell'enunciato in cui si inserisce: in base a questa prospettiva, il mutamento del significato di una qualsiasi parte del linguaggio produce un mutamento più o meno diretto in ogni altra sua parte; d'altra parte, il significato dell'enunciato presenta una priorità logica su quello del singolo termine, del quale costituisce la *ratio cognoscendi*.

All'interno della prospettiva di Friedrich Ludwig Gottlob Frege, invece, nei contesti indiretti (relativi a conoscenze e credenze) il riferimento coincide con il contenuto della credenza, il pensiero creduto o conosciuto, mentre negli enunciati del discorso diretto il riferimento¹⁷ risiede nel valore di verità. Sebbene compaia un'anticipazione nell'*Ideografia*, la vera e propria formulazione di tale principio si ha nei *Fondamenti dell'aritmetica*, per poi scomparire, di fatto, negli scritti successivi¹⁸. In quest'ultima opera, sostanzialmente, svolge la funzione di ridefinire adeguatamente il concetto di numero: esso consente di spiegare come i numerali (i segni che rappresentano i numeri), che di per sé non hanno un contenuto rappresentabile, possano avere comunque un significato, sebbene il loro referente non sia individuabile indipendentemente dal pensiero. Superando la concezione di matrice empirista incentrata sulla corrispondenza tra nome e idea, parola e cosa, si afferma così l'idea che il significato di un enunciato emerge solo nel contesto della frase.

Ora, un aspetto rilevante della teoria di Frege è che essa assume come modello del senso di un enunciato le leggi della matematica, intese come universalmente e atemporalmente valide. Risulta assente, in questo apparato teorico, la considerazione della dimensione pragmatica del contesto extra-linguistico, che viene piuttosto assorbita all'interno del piano semantico.

Il capovolgimento più sistematico di questa impostazione si deve a Wittgenstein, il quale, in particolare nelle *Ricerche filosofiche*, sottolinea come il linguaggio sia inestricabilmente connesso a un complesso di azioni, convenzioni e regole che, a seconda del contesto in cui s'inseriscono,

¹⁵ Dalla prospettiva duhemiana sono escluse le discipline extrascientifiche così come quelle scienze non ancora giunte alla «cosiddetta fase di maturazione» (cfr. DUHEM 1894, 182), come la fisiologia e certe branche della chimica, dal momento che «in tali scienze il confronto tra deduzioni di una teoria e fatti dell'esperienza è sottoposto a regole molto semplici» (DUHEM 1978, 203).

¹⁶ «[L]a scienza non è un sostituto del senso comune, ma una sua estensione» (QUINE 1975, 286-303). Per una critica della connessione tra piano semantico ed extrasemantico all'interno della prospettiva olistica, cfr. FODOR, LEPORE 1992, 44-54 («whereas the natural objects of semantic interpretation are linguistic entities like formulas, the natural bearers of confirmation relations are trans-linguistic entities like propositions»; FODOR, LEPORE 1992, 53).

¹⁷ Riprendendo una distinzione canonica all'interno della filosofia del linguaggio, possiamo assumere che il significato contiene due dimensioni: il *senso* o l'intensione – che rappresenta la componente intra-linguistica del significato – e il *riferimento* o l'estensione – ossia la relazione della parola con l'oggetto da essa denotato. L'elaborazione più completa di questa distinzione, com'è noto, risale a Frege nel celebre saggio *Über Sinn und Bedeutung* (cfr. FREGE 2001).

¹⁸ Cfr. FREGE 1965, parr. 3, 62.

producono contenuti differenti per ogni enunciato. I *contesti d'uso* in cui s'inseriscono le espressioni che utilizziamo abitualmente non possono essere descritti sulla base di un'analisi formale del linguaggio. In enunciati del tipo “questo albero è coperto di foglie”, ad esempio, la mera sequenza dei vocaboli non può restituire l'espressione completa del pensiero, in quanto richiede di essere integrata da informazioni di carattere temporale e spaziale, nonché da altri dati relativi al contesto di riferimento (i toni, gli sguardi, altri aspetti del comportamento, ecc.). Per comprendere il significato di una parola all'interno di un enunciato, occorre pertanto conoscere le regole che governano il “gioco linguistico” («il tutto costituito dal linguaggio e dalle attività con le quali è intessuto»¹⁹) in cui l'enunciato è inserito, nella maggior parte dei casi sulla base di una funzione non denominativa bensì espressiva: ad esempio, comunicare un comando, una preghiera o un lamento. Solo nel contesto di un atto linguistico un enunciato esprime dunque un contenuto determinato. Senza voler analizzare in profondità le due posizioni in questione, nonché i notevoli problemi interpretativi che hanno generato, ci si può limitare a evidenziare come la differenza di fondo rispetto all'approccio fregeano consiste nel fatto che, nel secondo Wittgenstein – includendo dunque non soltanto le *Ricerche filosofiche*, ma anche quel complesso di appunti, lezioni, diari e lettere successivi alla pubblicazione del *Tractatus Logico-Philosophicus* – il contesto non è più dato dal singolo enunciato, ma da un insieme di possibili enunciati all'interno dei quali s'inserisce un termine. Il significato dell'enunciato è comprensibile soltanto sullo sfondo di un intreccio di parole e azioni rappresentato dai giochi linguistici.

Alla prospettiva dell'*olismo semantico* sono state rivolte diverse critiche, nella maggior parte dei casi tese a evidenziare l'implausibilità di alcune sue conseguenze: la minaccia che esso rappresenterebbe per la stabilità diacronica del significato e, di conseguenza, per i processi di comunicazione e comprensione. Appare problematico, se si assume questa prospettiva, stabilire in quale misura possano evolversi i significati, e in quale misura il singolo parlante e la comunità linguistica continuino a utilizzare il linguaggio con gli stessi significati nel corso del tempo. Se il significato di una parola dipende dalla totalità del linguaggio in cui si inserisce – si sostiene da più parti – esso si ricollegherà inevitabilmente alla totalità degli usi peculiari dell'idioletto da parte di ogni singolo parlante. Ad esempio, il significato di “automobile” finirebbe per rinviare alla particolare accezione che ogni soggetto attribuisce al vocabolo, sulla base del proprio utilizzo individuale e privato del linguaggio. Di conseguenza, se non è possibile che due parlanti condividano lo stesso significato delle parole, se il significato delle parole varia a seconda dei soggetti, la comunicazione stessa diventa ingestibile²⁰. Appare irrealistica, in particolare, l'idea che una qualsiasi espressione (una parola, una locuzione, un enunciato) di un linguaggio non possa essere compresa se considerata isolatamente, al di fuori di un contesto di legami potenzialmente inesauribile con altre espressioni. Per quanto ampia possa essere la competenza grammaticale, lessicale e semantica di un soggetto, è evidente che non riuscirebbe mai a padroneggiare nella sua interezza la lingua di un altro parlante, e questo anche presupponendo in linea ipotetica (un'ipotesi che, tuttavia, non trova riscontro nella realtà) che lessico e regole grammaticali siano immutabili nel corso del tempo.

Una possibile strategia per rispondere al relativismo implicito nell'*olismo semantico* risiede nella teoria elaborata da Donald Davidson: in base a questa prospettiva, infatti, la comunicazione si configura come una condivisione non di significati intesi come convenzioni linguistiche bensì di credenze fondamentali relative al nostro mondo. Nel dialogo intra-linguistico, secondo questa impostazione, le credenze dell'interlocutore sono derivate dai significati che riteniamo egli dia alle parole, e i significati delle sue parole sono derivati da quelle che riteniamo siano le sue credenze. Diviene così possibile costruire quella che l'autore definisce una “teoria del significato” o “teoria

¹⁹ WITTGENSTEIN 2009, par. 7.

²⁰ Cfr. in particolare DUMMETT 1991, 221-244.

dell'interpretazione radicale", che consente di comprendere in una lingua già nota i contenuti di una lingua completamente sconosciuta, specificando le condizioni di verità dei suoi enunciati e tenendo presente che ogni corrispondenza dovrà necessariamente coinvolgere tutte le espressioni²¹.

Gli assunti costitutivi dell'olismo semantico influenzeranno poi vari programmi di ricerca, accomunati dalla tesi fondamentale che alle parole non si associano, come riteneva la semantica tradizionale, insiemi di condizioni di applicazione astratte, bensì delle applicazioni particolari. Opponendosi all'idea di una determinazione meccanica delle condizioni di verità degli enunciati da parte del loro significato linguistico, queste teorie concepiscono il senso come un risultato, ossia come il prodotto dell'interazione fra la collezione dei contesti d'uso passati e il contesto presente. Le modalità in cui si manifestano le relazioni di dipendenza tra queste occasioni d'uso non sono quindi date a priori, ma sono determinate dal contesto stesso.

Un modello particolarmente rilevante di concezione pragmatica del linguaggio è costituito dal "contestualismo indicale", ossia quella forma di relativismo semantico in base alla quale «le diverse caratteristiche dei contesti determinano contenuti differenti per l'enunciato che diventa oggetto di una attività di comunicazione»²². La denominazione di questo approccio rimanda a quegli enunciati in cui figurano elementi indessicali o deittici (*deissi personali, spaziali e temporali*): espressioni – come ad es. "io questo qui non lo voglio" o "questo è più costoso di quello" – che facciano riferimento alla situazione spazio-temporale in cui lo stesso enunciato è emesso, alle persone che emettono o ricevono l'enunciato, ossia ad assunzioni estranee al profilo semantico dell'enunciato in questione²³. In prima approssimazione, un contesto può essere visto come un insieme di fattori di contorno o di sfondo²⁴ che influiscono, da un punto di vista spazio-temporale e/o logico, sul significato di un fenomeno, di un processo o di una rappresentazione. In ambito linguistico, più in particolare, il contesto può concepirsi come la "posizione" in cui un determinato enunciato è utilizzato all'interno della frase o del linguaggio stesso. Tuttavia, le espressioni indicali presentano delle caratteristiche peculiari non riconducibili a questo schema generale, in quanto il loro riferimento (si pensi ai casi di indicali come "io", "ora", "qui", ecc.) è dato in forma relativa, mutevole non soltanto a seconda del mutamento dello stato di cose, ma anche rispetto a un singolo stato di cose.

Come si cercherà di mostrare, questa teoria del significato contiene applicazioni interessanti sul piano della teoria dell'interpretazione giuridica, per il rilievo attribuito ai condizionamenti esercitati dal contesto interpretativo, e per la concezione del rapporto fra gli oggetti e i fatti (e il simbolismo linguistico di cui si serve la comunità dei parlanti per renderne conto)²⁵.

²¹ Cfr. DAVIDSON 1967.

²² VILLA 2017, 220. Al riguardo, con riferimento al contestualismo indicale, Herman Cappelen parla di "content relativism", allo scopo di sottolineare come, nelle situazioni in cui il contesto di ricezione del messaggio è separato dal contesto di emissione (ed è questo il caso anche della comunicazione giuridica), l'interprete sarà indotto a ricostruire il significato del messaggio all'interno di quel contesto di riferimento (cfr. CAPPELEN 2009, 23 s., 32 s.).

²³ Esempi rappresentativi di questa impostazione si possono trovare in particolare in MACFARLANE 2009; WEATHERSON 2009. Una ricognizione interessante dei diversi aspetti della dipendenza contestuale si deve a John PERRY 1998, il quale distingue tra: A) *contesto presemantico*, che permette di disambiguare le categorie sintattiche; B) *contesto semantico*, relativo alla situazione in cui si mostra a chi si riferiscono gli indicali, i dimostrativi e i pronomi anaforici; C) *contesto postsemantico*, relativo agli altri aspetti del contesto che dipendono da teorie e concezioni generali.

²⁴ Sulla nozione di sfondo si rimanda a SEARLE 1998, 107 s. («[i]t is this set of capacities, abilities, tendencies, habits, dispositions, taken-for-granted presuppositions, and "know-how" generally that I have been calling the "Background", and the general thesis of the Background that I have been presupposing throughout this book is that all of our intentional states, all of our particular beliefs, hopes, fears, and so on, only function in the way they do – that is, they only determine their conditions of satisfaction – against a Background of know-how that enables me to cope with the world»).

²⁵ Cfr. RECANATI 2004, spec., 143. «According to Indexicalism, it is the sentence which, via the conventional meaning of the context-sensitive expressions it contains, triggers and controls the appeal to the speaker's meaning. The speaker's meaning thus plays a role in the determination of truth-conditional content, but it does so only when the sentence itself sets up slots to be pragmatically filled (Minimalism)» (ivi, 96). Insiste sulla rilevanza di questo

3. Il ruolo del contesto nell'interpretazione giuridica dei diritti costituzionali

La trasposizione (non automatica o irriflessa bensì critica), nel campo dell'esperienza giuridica, di alcuni di questi strumenti metodologici può contribuire innanzitutto a gettare luce su diversi aspetti notevoli che caratterizzano la dipendenza contestuale dell'interpretazione dei diritti costituzionali. Una lettura olistica può evidenziare come il fondamento delle scelte interpretative dei giudici sia costituito dai dati normativi selezionati, e sia influenzato in maniera determinante da differenti presupposti teorici e da differenti opzioni di politica del diritto. In particolare, il principio di carattere pragmatico secondo cui nessun enunciato possiede un significato avulso dal contesto di riferimento sembra particolarmente idoneo, sul piano teorico, a render conto del funzionamento dei processi interpretativi che coinvolgono le disposizioni costituzionali attributive di diritti fondamentali.

L'ampio spazio di configurazione che la redazione dei diritti costituzionali tende a lasciare all'interprete, soprattutto nei casi in cui egli abbia a che fare con termini che incorporano un denso *contenuto etico sostanziale*²⁶, può evidentemente favorire la tendenza alla creatività giudiziaria. Delineare questo quadro, tuttavia, non significa (non implica, non impone di) attribuire una valenza intrinsecamente positiva all'*interpretazione evolutiva* influenzata dal contesto²⁷. In estrema sintesi. L'indeterminatezza strutturale delle formule costituzionali può indurre il giudice ad adottare un atteggiamento orientato a individuare il contenuto dei diritti nel *contesto interpretativo* in cui s'inserisce il testo costituzionale, lasciandosi pertanto condizionare dalla morale (o coscienza) sociale di riferimento. Questo spazio di discrezionalità, per il giudice costituzionale e ordinario, potrà avere conseguenze deleterie, ad esempio nel favorire il sorgere di una prassi interpretativa influenzata da un'atmosfera esterna ostile al rispetto del dettato costituzionale o alla tutela dei diritti costituzionalmente riconosciuti; o da un clima culturale frammentato e conflittuale (circostanza alquanto verosimile se si considera che i diritti, il più delle volte, rappresentano il terreno di profondi disaccordi sostanziali) che renda ancor più difficile quest'opera di ricognizione sociologica (la "mappatura" dei valori morali diffusi all'interno di una data società)²⁸; o ancora, da una congiuntura economico-finanziaria sfavorevole. In queste ed altre circostanze il rischio persistente è quello di erodere il significato stesso della rigidità costituzionale, rendendo al contempo meno trasparente la decisione del giudice, che in definitiva sarà portato a fare appello a un qualche criterio valutativo implicitamente assunto come riferimento.

4. Alcune osservazioni conclusive

(1) Nelle considerazioni anteriori si è cercato di mostrare come sia decisamente implausibile, controintuitivo, che un testo costituzionale che costituisce il risultato di un "patto sociale" fra tradizioni politico-culturali eterogenee, pensato con lo scopo di durare a lungo, contenga discipline di dettaglio, diritti formulati in maniera circostanziata e precisa. Al contrario, la cornice estremamente generica delineata dalle disposizioni costituzionali apre agli interpreti una pluralità di "mondi costituzionalmente possibili"²⁹. I diritti, valori e principi etici che informano il

approccio per la teoria del diritto, VILLA 2017, cap. V.

²⁶ Su questa nozione, cfr. CELANO 2013, 125-130.

²⁷ «[S]i dice "evolutiva" ogni interpretazione che attribuisca ad un testo normativo un significato nuovo, diverso da quello usuale o consolidato. L'interpretazione evolutiva è frutto dell'adattamento di vecchie, o relativamente vecchie, leggi (o costituzioni) a situazioni nuove, non previste dal legislatore storico (o dai padri costituenti)» (GUASTINI, 2011, 100).

²⁸ Su questi problemi, cfr. già TARUFFO 1989.

²⁹ L'espressione si trova in MORESO 1997, 167.

contenuto dei testi costituzionali delle odierne democrazie liberali sembrano presentare un *nesso globale interno* (o, quantomeno, una trama di relazioni), che emerge tanto nei casi (invero più frequenti) di incompatibilità quanto nella loro cooperazione sinergica³⁰.

(2) Nel processo di interpretazione e applicazione del diritto, i giudici non si trovano di fronte a “oggetti” esterni indipendenti dalla propria osservazione³¹; essi piuttosto tendono a interpretare le disposizioni sulla base di un continuo confronto interno con la dimensione sostanziale e valoriale del testo costituzionale, influenzati, tra le altre cose, anche dalle proprie intuizioni morali immediate, dalle “cristallizzazioni culturali” sedimentatesi all'esterno del testo giuridico³² e dai principi etici generali della cultura giuridica di riferimento. Basandosi su un complesso necessariamente finito di informazioni e di strategie interpretative previamente selezionate, i giudici arrivano a formulare una conclusione provvisoria, considerata corretta *all things considered*, e spesso guidata da assunti sostanziali di ragionevolezza pratica o concezioni comprensive del bene pubblico.

È illusorio, per le ragioni considerate precedentemente, ritenere che l'indeterminatezza dello stile di redazione costituzionale dei diritti, per quanto in larga misura inevitabile, produca automaticamente effetti benefici in sede interpretativa, in termini di legittimità democratica della gestione giudiziaria dei diritti piuttosto che in relazione alla loro attuazione. Nel panorama costituzionale attuale, grava sempre sul giudice un notevole onere di argomentazione, ogniqualvolta si troverà a dover operare una scelta interpretativa: incombe sul potere giudiziario l'obbligo di “fondare” le proprie scelte (giustificare le proprie decisioni) in relazione a varie materie, tra le quali, naturalmente, il bilanciamento tra diritti. Le ragioni giuridiche a sostegno delle decisioni interpretative, in questo senso, appaiono strutturalmente parziali, rendendo pertanto possibile un complesso di risultati potenzialmente confliggenti.

(3) L'utilizzo di una chiave interpretativa incentrata sulla rilevanza dei fattori contestuali può aiutare a comprendere i limiti strutturali a cui è soggetta la conoscenza dei giudici (e più in generale di qualsiasi operatore del diritto), che dispongono di un complesso di contenuti informativi inevitabilmente parziale e frammentario. L'impossibilità pratica, dovuta al carattere necessariamente incompleto e parziale delle nostre informazioni, di conoscere in anticipo le conseguenze giuridiche delle clausole costituzionali attributive di diritti fondamentali, dovrebbe indurre a osservare l'insieme dei casi possibili, per sviluppare eventualmente calcoli statistici. Quanto detto può essere illustrato con un esempio. Riprendendo la ricostruzione di Daniel Mendonca, la posizione del Tribunale costituzionale spagnolo sul conflitto classico tra il diritto all'informazione e il diritto alla libera espressione, da un lato, e il diritto all'intimità e alla tutela della propria immagine (protetti dagli articoli 20.1, 20.4 e 18.1 della Costituzione spagnola), dall'altro, si può sintetizzare nella seguente formula: «[i]l diritto all'informazione prevale sul diritto alla reputazione, a meno che l'informazione sia ingiuriosa o, pur senza esserlo, non sia veritiera o sia priva di rilevanza pubblica» (MENDONCA 2003, 79, trad. mia)³³. Ora, dal momento che i tribunali non possono trat-

³⁰ Questa tesi, naturalmente, è debitrice nei confronti dell'idea dworkiniana della lettura morale (*moral reading*) della costituzione, interpretabile in senso olistico come un complesso di principi etico-politici intrinsecamente collegati tra di loro; cfr. DWORKIN 1996. Una prospettiva per certi versi analoga a quella dworkiniana si può trovare nell'*intratestualismo* di Akhil Reed Amar: un modello di costruzione interpretativa volto a evidenziare l'architettura generale della costituzione (statunitense) inteso come documento unitario i cui significati sono intrecciati tra di loro; cfr. in particolare AMAR 1999, 747-827; per un raffronto: YOUNG, VERMEULE 2000.

³¹ Parla a questo proposito di “ontologia del materialismo”, BIN 2013, 11.

³² Cfr. HÄBERLE 2001, 33.

³³ Nella prospettiva dell'autore, la regola individuata costituisce una riformulazione più sintetica di due regole fondamentali rinvenibili in altrettante sentenze del Tribunal Constitucional: 1) «[la libertad de información], como regla general, debe prevalecer siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen» (STC 142/1991); 2) «[no pueden] entenderse protegidas por las libertades de expresión e información aquellas expresiones

tare le controversie giuridiche applicando una regola di gerarchizzazione specifica previamente stabilita, ma solo intervenire sulla base delle circostanze concrete, è ragionevole parlare di regole di condotta che non potranno essere applicate perentoriamente in casi futuri. Su un piano logico e ipotetico, il primo passaggio consisterà nella costruzione di una tassonomia che permetta di collocare ogni caso all'interno di una determinata categoria; successivamente, verranno elaborate alcune regole di priorità condizionata che non implicano una gerarchizzazione tassativa, ma solo un ordine aperto e rivedibile. La più importante di queste regole afferma appunto che quando si verifica una collisione tra la libertà d'espressione e il diritto alla privacy il conflitto deve essere risolto in favore di quest'ultimo diritto, ma la libertà d'informazione dovrà prevalere ogniqualvolta il contenuto informativo sia veritiero e di rilevanza pubblica. Tale regola deve intendersi come aperta e incompleta, dal momento che nulla esclude che in futuro si presentino nuove circostanze che imporranno di aggiungere un'altra condizione a quelle già fissate o a riformulare i concetti di "veridicità" e "rilevanza pubblica"³⁴.

Questo procedimento è indubbiamente assoggettabile a una forma di controllo intersoggettivo: le soluzioni individuate possono rappresentare dei modelli di orientamento per i casi futuri. Tuttavia, rimane sempre aperta la possibilità che il giudice si liberi del vincolo costituito dal precedente. È sempre possibile, in termini più ampi, elaborare un nuovo universo di proprietà che presenti una struttura diversa, al fine di istituire un nuovo ordine di compatibilità tra le norme in conflitto. È logicamente possibile che, rispetto a una determinata decisione giuridica, si segua un criterio universale di risoluzione delle antinomie, ma non è ragionevole, a causa della necessaria limitazione delle nostre conoscenze, escludere in linea di principio la possibilità di rivedere tale ragionamento. In questi casi, pertanto, si può solo parlare di provvisorie e rivedibili "rules of thumb", generalizzazioni di decisioni particolari non necessariamente valide per i casi futuri³⁵. Le decisioni adottate, sempre relative a casi specifici, sono suscettibili di essere universalizzate in base alla regola del precedente, proiettandosi su tutti i casi generici dotati di caratteristiche analoghe. La variabilità intrinseca a cui è soggetta la rilevanza dei singoli casi non esclude, su un piano concettuale, la possibilità di costruire sistemi di conflitto "consistenti", logicamente coerenti, all'interno dei quali emerge una risposta tendenzialmente univoca per determinati casi di conflitto.

o manifestaciones que [...] resulten formalmente injuriosas o despectivas, y ello equivale a decir que estos derechos no autorizan el empleo de apelativos injuriosos utilizados con fines de menosprecio, puesto que la Constitución no reconoce ni admite el derecho al insulto» (STC 85/1992).

³⁴ Cfr. al riguardo anche ATIENZA 1998.

³⁵ Quanto detto vale principalmente nei sistemi di *common law*, nei quali la revoca ("overruling") determina l'esclusione retroattiva del precedente all'interno del sistema e la sua sostituzione con il nuovo precedente stabilito dal giudice che l'ha operata. La vincolatività del precedente può inoltre essere superata con il *distinguishing*: in questo caso il giudice esclude l'applicabilità di uno specifico precedente al caso di specie, sulla base di alcune differenze che appaiono rilevanti per la questione da decidere. Il principio dello *stare decisis* (quel principio generale dei sistemi di *common law* in virtù del quale il giudice è obbligato a conformarsi alla decisione adottata in una precedente sentenza, ogniqualvolta la fattispecie in esame coincida integralmente con quella già trattata nel caso in essa decisa) non è di norma presente (o quantomeno: non con la stessa intensità e frequenza) nei sistemi di *civil law*, dove il giudice è soggetto innanzitutto al rispetto del codice e/o della legge. Tuttavia, anche in quest'ultimo contesto ordinamentale accade con frequenza che venga confermata una decisione adottata in una precedente sentenza: ciò avviene principalmente nel caso in cui la fattispecie portata all'esame del giudice sia identica a quella già trattata nel caso in essa deciso. Anche per effetto della rilevanza crescente assunta dai principi costituzionali e dalle clausole generali, i precedenti desumibili dalle sentenze della corte costituzionale assumono una rilevanza decisiva persino nei contesti di *civil law* (cfr. in questo senso SCODITTI 2018, 24). La forza persuasiva del precedente all'interno dei due sistemi tende a variare su un piano quantitativo (cfr. al riguardo TARUFFO 1996, 55-64).

Riferimenti bibliografici

- AMAR A.R. 1999. *Intratextualism*, in «Harvard Law Review», 112, 4, 1999, 747 ss.
- ARIEW R. 1984. *The Duhem Thesis*, in «British Journal for the Philosophy of Science», 35, 4, 1984, 313 ss.
- ASGEIRSSON H. 2020. *The Nature and Value of Vagueness in the Law*, Hart Publishing.
- ATIENZA M. 1998. *Juridificar la bioética*, in «Isonomía», 8, 1998, 85 ss.
- BIN R. 2013. *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva “quantistica”*, Franco Angeli.
- CAPPELEN H. 2009. *The Creative Interpreter: Content Relativism and Assertion*, in «Philosophical Perspectives», 22, 1, 2009, 23 ss.
- CELANO B. 2013. *I diritti nello Stato costituzionale*, il Mulino.
- DAVIDSON D. 1967. *Truth and Meaning*, in «Synthese», 17, 1, 1967, 304 ss.
- DELGADO S. 2019. *El punto de vista interno en la teoría del derecho*, in «Revista de Derecho» (UCUDAL), 15, 19, 2019, 143 ss.
- DICIOTTI E. 1999. *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli.
- DUHEM P. 1894. *Quelques réflexions au sujet de la physique expérimentale*, in «Revue de Questions Scientifiques», 36, 1894, 179 ss.
- DUHEM P. 1978. *La teoria fisica: il suo oggetto e la sua struttura*, il Mulino (ed. or. 1906, trad. it. di S. Petruccioli).
- DUMMETT M.A.E. 1991. *The Logical Basis of Metaphysics*, Duckworth.
- DWORKIN R. 1996. *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press.
- ENDICOTT T.A.O. 1997. *Vagueness and Legal Theory*, in «Legal Theory», 3, 1, 1997, 37 ss.
- ESFELD M. 2001. *Holism in Philosophy of Mind and Philosophy of Physics*, Kluwer.
- ESFELD M. 2018. *Filosofia della natura. Fisica e ontologia*, Rosenberg & Sellier (ed. or. 2012).
- FODOR J., LEPORÉ E. 1992. *Holism: A Shopper’s Guide*, Blackwell.
- FREGE F.L.G. 1965. *Logica e Aritmetica*, Boringhieri.
- FREGE F.L.G. 2001. *Senso, funzione e concetto. Scritti filosofici*, Laterza (trad.it. di C. Penco, E. Picardi).
- GILLIES D. 1998. *The Duhem Thesis and the Quine Thesis*, in COVER J.A., CURD M., PINCOCK C. (eds.), *Philosophy of Science: The Central Issues*, W.W. Norton & Company, 302 ss. (ed. or. 1995).
- GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Giuffrè.
- HÄBERLE P. 2001. *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Carocci (ed. or. 1982).
- HART H.L.A. 2002. *Il concetto di diritto*, Einaudi (ed. or. 1961).
- LAKATOS I. 2001. *La metodologia dei programmi di ricerca scientifici*, Il Saggiatore – Est. Quality Paperbacks (ed. or 1978).
- LAUDAN L. 1990. *Demystifying Underdetermination*, in WADE SAVAGE C. (ed.), *Scientific Theories*, University of Minnesota Press, 267 ss.
- MACFARLANE J. 2009. *Nonindexical Contextualism*, in «Synthese», 166, 2, 231 ss.

- MAKOVEC D., SHAPIRO S. (eds.) 2019. *Friedrich Waismann: The Open Texture of Analytic Philosophy*, Palgrave Macmillan.
- MENDONCA D. 2003. *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Tecnos.
- MORESO J.J. 1997. *La indeterminación del Derecho y la interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- PERRY J. 1998. *Indexicals, Contexts and Unarticulated Constituents*, in ALISEDA-LLERA A., VAN GLABBEK R.J., WESTERSTÅHL D. (eds.), *Proceedings of the 1995 CSLI-Armsterdam Logic, Language and Computation Conference*, CSLI Publications.
- PINO G. 2017. *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Il Mulino.
- POPPER K.R. 1998. *Logica della scoperta scientifica: il carattere autocorrettivo della scienza*, Einaudi (ed. or 1934).
- POPPER K.R. 1984. *Poscritto alla Logica della scoperta scientifica. Il realismo e lo scopo della scienza*, Il Saggiatore (ed. or. 1983).
- QUINE W.V.O. 1966. *I due dogmi dell'empirismo*, in ID, *Il problema del significato*, a cura di E. Mistretta, Ubaldini (ed. or. 1951).
- QUINE W.V.O. 1975. *I modi del paradosso e altri saggi*, Il Saggiatore.
- QUINE W.V.O. 1981. *Theories and Things*, Belknap Press.
- RECANATI F. 2004. *Literal Meaning*, Cambridge University Press.
- SCHAUER F.F. 2008. *A Critical Guide to Vehicles in the Park*, in «New York University Law Review», 83, 4, 2008, 1109 ss.
- SCHAUER F.F. 2009. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press.
- SCODITTI E. 2018. *Giurisdizione per principi e certezza del diritto*, in «Questione giustizia», 4, 2018, 24 ss.
- SEARLE J.R. 1998. *Mind, Language and Society*, Basic Books.
- TARUFFO M. 1989. *La motivazione delle decisioni fondate su standards*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Giappichelli, 311 ss. (ed. or. 1988).
- TARUFFO M. 1996. *Per un'analisi comparata del precedente giudiziario*, in «Ragion pratica», 6, 1996, 55 ss.
- TRIBE L. 1989. *The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn from Modern Physics*, in «Harvard Law Review», 103, 1, 1989, 1 ss.
- VILLA V. 2017. *Disaccordi interpretativi profondi: saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, Giappichelli.
- WAISMANN F. 1945. *Verifiability* (Part II of a symposium), in «Proceedings of the Aristotelian Society», supplementary volume XIX, 1945, 119 ss.
- WEATHERSON B. 2009. *Conditionals and Indexical Relativism*, in «Synthese», 166, 2, 2009, 333 ss.
- WITTGENSTEIN L.J.J. 2009. *Ricerche filosofiche* Einaudi (ed.or. 1953).
- YOUNG E.A., VERMEULE A. 2000. *Hercules, Herbert, and Amar: The Trouble with Intratextualism*, in «Harvard Law Review», 113, 3, 2000, 730 ss.

DISCUSSIONI

Discussione su
"Contra el paternalismo jurídico"
di G. Maniaci

ALCUNE OSSERVAZIONI SULL'ANTIPATERNALISMO MODERATO DI MANIACI

ENRICO **DICIOTTI**



Alcune osservazioni sull'antipaternalismo moderato di Maniaci

Some Remarks on Maniaci's Soft Antipaternalism

ENRICO DICIOTTI

Professore ordinario (Università di Siena).

E-mail: enrico.diciotti@unisi.it

ABSTRACT

Espongo qui alcune osservazioni sul libro di Giorgio Maniaci, *Contra el paternalismo jurídico*, che intende difendere una teoria antipaternalistica moderata. Dapprima mi occupo del concetto di paternalismo. Discuto poi della possibilità di giustificare un divieto di danneggiare se stessi sulla base di ragioni non paternalistiche. Infine esamino i caratteri che, secondo Maniaci, un'azione deve possedere per evitare interferenze paternalistiche, mostrando che la sua posizione può essere considerata paternalistica anziché antipaternalistica.

Here, I make some remarks on Giorgio Maniaci's book, *Contra el paternalismo jurídico*, aimed at defending a soft antipaternalistic theory. Firstly, I deal with the concept of paternalism. Then, I discuss the possibility of justifying a prohibition of self-harming activities on the basis of non-paternalistic reasons. At last I analyse the properties that, according to Maniaci, an action should have to avoid paternalistic interferences, and I show that his position may be considered paternalistic instead of antipaternalistic.

KEYWORDS

paternalismo giuridico, giustificazione di norme, principio del danno ad altri, azione razionale, autonomia individuale

Legal Paternalism, Justification of Norms, Harm to Others Principle, Rational Action, Individual Autonomy

Alcune osservazioni sull'antipaternalismo moderato di Maniaci

ENRICO DICIOTTI

1. *Introduzione* – 2. *Giustificazioni paternalistiche e norme paternalistiche* – 3. *Azioni dannose a se stessi e alla società* – 4. *L'antipaternalismo moderato di Maniaci*.

1. *Introduzione*

Il libro di Giorgio Maniaci offre, come ogni buon libro, molti temi di riflessione anche a chi sia d'accordo con la maggior parte delle sue argomentazioni e, come lui, propenda per una posizione moderatamente paternalistica (o, come preferisce dire Maniaci, una posizione moderatamente antipaternalistica). Esporrò qui alcune osservazioni riguardo al concetto di paternalismo, alla giustificazione delle norme tipicamente etichettate come paternalistiche, alla concezione moderatamente paternalistica (o moderatamente antipaternalistica) proposta da Maniaci. Suppongo che Maniaci si troverà d'accordo con me per quanto concerne il concetto di paternalismo, dubito che condividerà la mia posizione riguardo alla giustificazione delle norme tipicamente etichettate come paternalistiche, credo che respingerà la mia analisi della sua concezione.

2. *Giustificazioni paternalistiche e norme paternalistiche*

La mia prima osservazione è sul concetto di paternalismo, ovvero su che cosa vuol dire occuparsi di paternalismo.

Con la parola “paternalismo” si fa riferimento all'atteggiamento o alle idee di chi (un singolo individuo, un insieme di individui o un'entità collettiva come la società o lo stato) agisce per il bene di qualcun altro, ma contro la volontà o i desideri di costui e, tipicamente, limitando la sua libertà¹. Il paternalismo giuridico, dunque, si manifesta principalmente con la produzione di norme che restringono la libertà degli individui (spesso attribuendo loro obblighi e divieti², ma anche in altro modo) allo scopo di impedire loro di danneggiare se stessi, ovvero di tenere comportamenti incompatibili con i loro interessi o con la realizzazione del loro bene.

L'atteggiamento o l'insieme di idee cui si fa riferimento col termine “paternalismo” può essere detto *paternalistico*; e possono inoltre essere dette *paternalistiche* la finalità per cui agisce chi adotta questo atteggiamento e la giustificazione che costui avanza o avanzerebbe, ove se ne presentasse l'occasione, a sostegno della propria azione. Si può anche parlare di *misure paternalistiche*, *interferenze paternalistiche*, *azioni* o *attività paternalistiche*, *norme* o *leggi paternalistiche*, ma solo in relazione a una finalità paternalistica o a una giustificazione paternalistica di queste misure, interferenze, azioni o attività, norme o leggi. Queste non sono cioè di per sé *paternalistiche* (o *non paternalistiche*), ma possono essere dette *paternalistiche* per estensione o per metonimia, quando si assuma che abbiano finalità o giustificazioni *paternalistiche*.

La gran parte delle norme che, negli ordinamenti giuridici esistenti, impongono obblighi e divieti non viene considerata come *paternalistica*, poiché si ritiene pacificamente che la finalità o

¹ Sulla definizione del paternalismo vedi, tra gli altri, DWORKIN 1983, 20; FEINBERG 1986, 3 ss.; GERT, CULVER 1976; KLEINIG 1983, 3 ss.; VANDEVEER 1986, 16 ss.

² Essenzialmente di queste norme dichiara di occuparsi MANIACI 2020, 24.

giustificazione di queste norme non sia paternalistica. Pare ad esempio indiscutibile che il divieto dell'omicidio, del sequestro di persona, delle minacce e delle percosse abbia la finalità di evitare che gli individui producano danni ad altri, cioè che sia fondato sul *principio del danno ad altri* (*Harm to Others Principle*)³.

Per contro, alcune norme che impongono obblighi e divieti vengono abbastanza spesso considerate come *paternalistiche*, in base all'idea che il loro scopo sia impedire che gli individui danneggino se stessi. Norme di questo genere sono ad esempio quelle che vietano l'uso di sostanze stupefacenti, il gioco d'azzardo, il duello, la guida di motocicli senza casco e di autoveicoli senza cintura di sicurezza. Esse appaiono però come *paternalistiche* solo fin quando sia loro attribuita una finalità paternalistica o una giustificazione paternalistica (cessano di apparire come tali quando venga loro attribuita una diversa finalità o giustificazione).

Occuparsi di paternalismo giuridico vuol dire dunque occuparsi di una possibile finalità di norme, ovvero di una loro possibile giustificazione; non significa invece occuparsi di determinate norme, più o meno spesso etichettate come *paternalistiche*, o più precisamente della questione se esse abbiano o non abbiano buone ragioni a loro fondamento⁴. Ritenerne che la giustificazione paternalistica di una norma debba essere respinta, o perché incoerente o perché basata su premesse inaccettabili, non equivale a ritenere che quella norma sia ingiustificata, cioè inadeguata al conseguimento di uno scopo accettabile.

Credo che Maniaci sia d'accordo con questa osservazione. Egli definisce infatti il paternalismo giuridico come «la concepción ético-política según la cual el Estado, o un sujeto autorizado por el Estado, tiene derecho a usar la coerción, contra la voluntad de un individuo adulto»⁵. E, chiaramente, mostrare l'inaccettabilità di questa concezione non equivale a mostrare che determinate norme, più o meno spesso giustificate sulla base di essa, sono inadeguate al conseguimento di ogni scopo accettabile.

Coerentemente con questa impostazione, Maniaci dice di non voler rispondere alla domanda se norme particolari, come ad esempio quelle che vietano l'uso di sostanze stupefacenti, abbiano o non abbiano buone ragioni a loro fondamento, in quanto non intende occuparsi della questione se le attività vietate da quelle norme producano danni a terzi (oltre che a coloro che le eseguono) e se quelle norme possano quindi essere giustificate adducendo il principio del danno ad altri⁶. Tuttavia egli pare contravvenire ai suoi propositi nel paragrafo 10 del Capitolo 2, quando prende in considerazione un argomento, di tipo utilitarista, ricorrente nel dibattito sul paternalismo: l'argomento che «nessuno è completamente isolato», per cui risulta impossibile o quasi impossibile

«arrecare un danno serio o permanente a se stessi senza che il male si estenda almeno fino a chi ci è più vicino, e spesso molto oltre. Se un uomo lede le sue proprietà, danneggia chi direttamente o indirettamente ne traeva sostentamento, e generalmente diminuisce in maggiore o minore misura le risorse complessive della comunità. Se deteriora le sue facoltà fisiche o mentali, non solo fa del male a coloro la cui felicità dipendeva [...] da lui, ma si pone nell'incapacità di rendere i servizi di cui è in generale debitore ai suoi simili, e talvolta diventa un peso per il loro affetto e la loro benevolenza»⁷.

A mio modo di vedere, questo argomento merita di essere preso in considerazione, poiché è in grado di fornire, in determinate circostanze, una giustificazione accettabile di alcune norme. Non è però un argomento a sostegno del paternalismo giuridico o di una particolare variante di questa conce-

³ Com'è noto, la formulazione di questo principio, accompagnata dall'idea che solo sulla base di esso sia possibile giustificare limitazioni della libertà individuale, viene fatta risalire a MILL 1991, 12 s.

⁴ Vedi DICOTTI 1988, 80 ss.

⁵ MANIACI 2020, 24.

⁶ Vedi MANIACI 2020, 67 s.

⁷ MILL 1991, 92; citato in MANIACI 2020, 120.

zione. È invece un argomento che mostra come alcune norme, tipicamente etichettate come *paternalistiche*, trovino o possano talvolta trovare una giustificazione in ragioni non paternalistiche.

3. Azioni dannose a se stessi e alla società

Ci sono azioni i cui effetti ricadono solo su chi le esegue?

John Stuart Mill sembra dare una risposta affermativa a questa domanda, quando afferma che «vi è una sfera d'azione in cui la società [...] ha, tutt'al più, soltanto un interesse indiretto: essa comprende tutta quella parte della vita e del comportamento di un uomo che riguarda soltanto lui, o se riguarda anche altri, solo con il loro libero consenso e partecipazione»⁸. Se questa risposta fosse corretta, vi sarebbero azioni il cui eventuale divieto non potrebbe certamente essere giustificato ricorrendo a una qualche variante, più o meno estesa (e accettabile o inaccettabile), del principio del danno ad altri.

Almeno per quanto concerne le attività che producono o possono produrre un danno alla salute o all'integrità fisica di chi le esegue, questa risposta è però chiaramente sbagliata: se si trascurano circostanze insolite o eccezionali (come ad esempio la circostanza che un individuo viva in isolamento sulla cima di un monte, senza alcun contatto con il resto dell'umanità), le attività di cui stiamo parlando possono avere e generalmente hanno conseguenze negative anche per altri individui, ovvero per il loro benessere, per la soddisfazione delle loro preferenze. È possibile affermare che solo alcune di queste attività hanno effetti *rilevanti* sul benessere di altri individui, perché non tutte ledono interessi meritevoli di tutela⁹; questa affermazione presuppone però un giudizio di valore riguardo agli interessi meritevoli di tutela.

Prendiamo il fenomeno dell'alcolismo. Bere abitualmente quantità eccessive di alcolici può portare un individuo alla dipendenza da alcol, con conseguenti danni alla sua salute ed effetti negativi sulla sua vita relazionale e lavorativa. E solitamente da tutto ciò discendono effetti negativi anche sulla vita e gli interessi di altri: innanzitutto, dei familiari dell'alcolista e di coloro che hanno con lui qualche relazione, affettiva o lavorativa; inoltre, almeno talvolta, dell'intera società (di una parte non esattamente determinabile dei suoi membri), cui viene a mancare il contributo alla produzione della ricchezza precedentemente fornito dall'alcolista e che, almeno là dove uno stato sociale garantisca cure mediche e assistenza, deve sopportare i costi delle sue cure e assistenza. Indubbiamente potrà avvenire che alcuni, come ad esempio i produttori di alcolici, traggano vantaggi da un diffuso alcolismo, ma gli effetti negativi, economici e sociali, di questo fenomeno prevarranno generalmente su quelli positivi. E la questione che può porsi è se questi costi economici e sociali giustifichino, almeno quando superino un certo limite, proibizioni o altre misure (come ad esempio tasse sull'acquisto di alcolici) volte a limitare la libertà individuale e a reprimere il fenomeno dell'alcolismo.

Maniaci, come ho accennato nel precedente paragrafo, non trascura questo problema, ma il modo in cui lo affronta e le conclusioni cui perviene non mi paiono soddisfacenti. Scrive Maniaci:

«la idea de calificar como “jurídicamente no revocables” a la mayor partes de los lazos afectivos, sociales y económicos, que el individuo genera con la comunidad, o con algunos de sus miembro – sobre todos los lazos *originarios*, y no libremente constituidos por el individuo mediante un contrato o un matrimonio – no es solo moralmente aberrante – porque transforma al individuo en un *instrumento* al servicio del Estado o de la comunidad organizada para maximizar la utilidad de su mayoria –, sino que también parece estar en conflicto con muchos principios protegidos por las constituciones de los Estados

⁸ MILL 1991, 15.

⁹ Vedi la distinzione tra due significati di “danno” (danno come lesione di un interesse e danno come *ingiusta* lesione di un interesse) in FEINBERG 1984, 34 ss.

occidentales [...] (por ejemplo, los arts. 13, 16 y 32 de la Constitución italiana). Pienso en las leyes y en los principios constitucionales que permiten [...] el no trabajar, el expatriarse *definitivamente*, el mendigar [...], o en las leyes que no castigan penal o civilmente el suicidio, la tentativa de suicidio, el rechazo de tratamientos médicos vitales [...].

Indipendentemente de los lazos “libremente” constituidos por el individuo, parece que los únicos deberes que implican la realización del propio individuo, que son, de echo, y es justo que lo sean, reconocidos por las constituciones occidentales contemporáneas – come también en la concepción de Mill – son deberes hacia personas específicas, come descendientes o ascendientes, y no deberes hacia la comunidad en general. El propio deber de defender a la patria, entendido, como ya no sucede en muchos países, como la obligación de realizar el servicio militar, puede ser no realizado mediante la objeción de conciencia, mientras que el deber de pagar impuestos presupone que exista algún rédito o patrimonio. Los mismos deberes de solidaridad social y económica, previstos en el art. 2 de la Constitución italiana, son interpretados normalmente como deberes materiales, que presuponen un rédito o patrimonio, y que no imponen una controprestación personal»¹⁰.

E, dopo avere meglio chiarito le precedenti affermazioni, così continua:

«Iguualmente aberrante sería la concepción ético-política [...] según la cual la libertad del individuo (en ausencia de una responsabilidad de naturaleza contractual) puede ser limitada, no solo con el fin de evitar que terceros sufran una pérdida de ingresos, sino sobre todo con el fin de no ocasionar un *sufrimiento psicológico* a los padres, amigos, socios, colegas o vecinos de casa»¹¹.

Con una certa approssimazione, la sua posizione potrebbe riassumersi così: è inaccettabile che agli individui siano imposti obblighi di svolgere attività a favore degli interessi o per il benessere di altri individui, poiché imporre loro obblighi di questo genere significa renderli semplici strumenti al servizio del benessere altrui, schiavi dell'altrui felicità.

Ora, tutti noi (o quasi tutti noi) vedremmo come un incubo una società umana plasmata a somiglianza di quella delle formiche, in cui ogni attività degli individui dipendesse da obblighi di svolgere attività finalizzate al benessere della collettività. La posizione espressa da Maniaci, che si riallaccia alla notissima affermazione di Mill secondo cui «su se stesso, sulla sua mente e sul suo corpo, l'individuo è sovrano»¹², sembra tuttavia condurre a un altro estremo, rappresentato da una società libertaria o anarco-capitalistica in cui ognuno possiede un assoluto diritto di proprietà su di sé (sulla sua mente e sul suo corpo) ed ha i soli obblighi di non invadere la sfera della libertà altrui (la sfera della proprietà altrui) e di rispettare gli impegni contrattuali (ossia di non rescindere i legami liberamente costituiti con gli altri). Anche una società di questo genere appare poco attraente; e non solo ai miei occhi, ma anche a quelli di Maniaci¹³, considerando la sua adesione (dichiarata nel libro) ai valori del liberalismo egualitario¹⁴.

Maniaci non condivide però l'idea che un'assoluta sovranità sulla propria mente e il proprio corpo, con la conseguente assenza di obblighi di svolgere attività a favore dell'altrui benessere,

¹⁰ MANIACI 2020, 120 s.

¹¹ MANIACI 2020, 125.

¹² MILL 1991, 13.

¹³ Lo stesso Mill così precisa o ridimensiona la portata della propria affermazione: «vi sono anche molte azioni positive nei confronti di altri che ciascuno può essere legittimamente obbligato a compiere: ad esempio testimoniare davanti a un tribunale, portare il giusto contributo alla difesa comune e a ogni altra attività collettiva necessaria agli interessi della società di cui si gode la protezione, compiere certi atti di assistenza individuale, come salvare la vita di un altro essere umano o intervenire a proteggere delle persone indifese contro gli abusi [...]. Una persona può causare danno agli altri non solo per azione, ma anche per omissione, e in entrambi i casi ne deve giustamente render loro conto» (MILL 1991, 14).

¹⁴ Sul conflitto tra l'idea della proprietà di sé e le dottrine politiche egualitarie, vedi COHEN 1995, capp. 3 ss.

sia in contrasto con i valori del liberalismo egualitario, ovvero con l'assetto dello stato sociale. Egli asserisce infatti che obblighi di svolgere attività a favore di altri non si riscontrano nella Costituzione italiana né nelle leggi del nostro ordinamento o, se è possibile individuarne qualcuno, questo è soggetto a condizioni o eccezioni che rendono possibile sottrarsene.

Nota Maniaci che, nel nostro ordinamento, a nessuno è imposto di lavorare per garantire a tutti istruzione, salute e assistenza, e che l'obbligo di contribuire alla spesa pubblica è condizionato dal possesso di un reddito sufficiente o di una sufficiente quantità di beni. Inoltre, ciascuno può abbandonare gli altri membri della società, sottraendosi agli eventuali obblighi nei loro confronti, semplicemente emigrando all'estero, dato che a tutti è garantita la libertà di espatriare. Un dovere assoluto di fare qualcosa a vantaggio della società, ovvero indistintamente di tutti i suoi membri, parrebbe imposto agli individui là dove sussiste il servizio militare obbligatorio, ma questo dovere, peraltro non più vigente nel nostro ordinamento, trova in realtà un'eccezione, in ogni ordinamento che condivide i nostri stessi valori, nell'obiezione di coscienza. Solo nei confronti dei figli, del coniuge e dei genitori vengono imposti obblighi non eludibili o più difficili da eludere.

Ebbene, se nell'esame della questione deve essere attribuita qualche importanza al contenuto della Costituzione italiana, conviene ricordare che questa da un lato attribuisce a ogni cittadino il dovere (il "sacro dovere") di difendere la Patria (art. 52, comma 1) e «di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società» (art. 4, comma 2), e dall'altro lato impone a tutti «di concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva» (art. 53, comma 1) e di adempiere ai «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» (art. 2). Si deve ovviamente ritenere che il "sacro dovere" di difendere la Patria non sia venuto meno con l'abolizione del servizio militare obbligatorio e che questo potrebbe dunque, in accordo con la Costituzione, essere ripristinato in ogni momento; per quanto poi concerne l'obiezione di coscienza, è opportuno ricordare che, nel nostro ordinamento, questa non consentiva di sottrarsi a ogni obbligo nei confronti della società, ma permetteva semplicemente di accedere al cosiddetto servizio civile, ossia di sostituire l'attività di formazione militare con altre attività socialmente utili. Non è qui possibile esaminare le altre disposizioni, i modi in cui possono essere intese e i modi in cui in cui vengono attuate, ma la loro formulazione rende evidente che la Costituzione italiana non rinuncia ad ascrivere agli individui doveri di agire per il bene della collettività. E il fatto che un individuo possa sottrarsi alla gran parte di questi doveri emigrando all'estero non significa che questi doveri siano inesistenti.

Si potrebbe poi aggiungere che Maniaci trascura altri obblighi, presenti nel nostro ordinamento e ragionevolmente non contrastanti con la nostra Costituzione, di agire a vantaggio di altri o della collettività nel suo insieme: ad esempio, l'obbligo di testimoniare in un processo, l'obbligo di soccorrere persone ferite o in stato di pericolo, l'obbligo di prestare assistenza e soccorso in mare a persone e imbarcazioni in difficoltà.

Mi sembra che il succo della questione sia però il seguente: se riteniamo che qualcuno abbia il diritto di ricevere un certo beneficio dai membri della società cui appartiene, dobbiamo anche ritenere che costoro abbiano l'obbligo di garantirgli tale beneficio. È possibile che i membri della società si organizzino in modo tale da evitare di dovere eseguire direttamente, in prima persona (tutti insieme o a turno), le attività necessarie per garantire il beneficio dovuto: ad esempio, possono decidere di raccogliere, contribuendo ciascuno in proporzione al proprio reddito, una somma sufficiente per pagare chi, volontariamente (sottoscrivendo un contratto di lavoro), si impegna a svolgere quelle attività. Se decidono questo, contraggono l'obbligo di agire in modo tale da produrre collettivamente una ricchezza sufficiente per garantire il beneficio dovuto. E ad ogni modo, quale che sia il modo in cui decidono di organizzarsi, si deve rilevare che la soluzione adottata costituisce la concretizzazione di un obbligo, condiviso da tutti, di agire a vantaggio di qualcuno: se avere un obbligo di questo genere significa essere ridotti a strumenti del benessere altrui, allora i cittadini di uno stato sociale sono in una certa misura ridotti a strumenti di questo genere.

Se chi «deteriora le sue facoltà fisiche e mentali [...] si pone nell'incapacità di rendere i servizi di cui è [...] debitore ai suoi simili»¹⁵, non mi pare dunque aberrante l'idea che, in determinate circostanze, possa esserci una buona ragione per proibire attività che provocano il deterioramento delle facoltà fisiche e mentali di chi le esegue. In quali circostanze? Quando il sacrificio di una libertà individuale, ossia della libertà di eseguire quelle attività, risulti minore del sacrificio che, in termini di benessere collettivo, dovrebbe essere sopportato nel caso in cui quelle attività fossero permesse. Si può pensare che ciò accada assai raramente, ma al riguardo sono evidentemente possibili disaccordi, dato che per soppesare i due sacrifici (quello relativo alla libertà individuale e quello relativo al benessere di tutti) è necessario basarsi su ipotesi dall'incerto contenuto e ricorrere a giudizi di valore. D'altra parte, là dove valori diversi (libertà e eguale benessere, in questo caso) entrano in competizione, il loro bilanciamento può sempre essere eseguito in modi diversi, ottenendo risultati contrastanti.

Inoltre, chi deteriora le proprie facoltà fisiche e mentali, se in generale è possibile che divenga un peso per l'affetto e la benevolenza dei suoi simili¹⁶, lo diviene inevitabilmente in una società in cui è garantita a tutti assistenza sanitaria e sociale. In una società di questo genere non sarà dunque irragionevole, almeno in alcune circostanze, richiedere ai cittadini di non agire per il proprio piacere personale se ciò può provocare loro danni, al corpo o alla mente, che arrechino un costo eccessivo, in termini di cure e di assistenza, alla collettività. Quali siano esattamente queste circostanze sarà, nuovamente, una questione controversa, la cui soluzione dovrà essere affidata a un bilanciamento di valori dall'esito incerto.

4. *L'antipaternalismo moderato di Maniaci*

Le ultime osservazioni hanno ad oggetto la concezione moderatamente antipaternalistica di Maniaci, e più precisamente i caratteri che un'azione o un'attività dannosa (o comunemente ritenuta dannosa) per chi la esegue dovrebbe presentare, secondo questa concezione, per essere certamente al riparo da interferenze paternalistiche. Secondo Maniaci,

«el Estado [...] no tiene derecho a usar la coerción contra la voluntad de un individuo adulto, con el fin [...] de evitar que, a través de una acción o de una omisión, se cause, trate de hacerlo o corra significativamente el riesgo de causarse (aquello que es considerado) un daño; verbigracia, físico, psicofísico o económico. Ello, si es cierto o verosímil que la voluntad de tal individuo adulto [...] se ha formado de manera racional, que ha sido expresada en tanto persona capaz de discernir, que ha estado basada en el conocimiento de los hechos relevantes, que es estable en el tiempo y que se ha formado de manera que se encuentre suficientemente libre de presiones coercitivas»¹⁷.

Quando un soggetto voglia eseguire un'attività di questo genere, ma la sua volontà non presenti i requisiti indicati, la questione se a quel soggetto debba o non debba essere permesso di eseguire quell'attività ricade al di fuori del campo di indagine di Maniaci e dovrà dunque essere risolta sulla base di criteri che egli si astiene dal precisare¹⁸. Il permesso di eseguire attività di questo genere, o almeno quelle più rischiose o che comportano la perdita certa di un bene importante, dovrebbe essere conferito a un individuo solo dopo che uno o più esperti (psicologi, medici, ecc.) avessero accertato che costui è capace di intendere e di volere e che la sua volontà di eseguire quelle attività non dipende da pressioni coercitive, si è formata in modo razionale in base alla

¹⁵ MILL 1991, 92.

¹⁶ MILL 1991, 92.

¹⁷ MANIACI 2020, 65 s.

¹⁸ MANIACI 2020, 95 s.

conoscenza dei fatti rilevanti, è stabile nel tempo¹⁹.

Sui requisiti che, a giudizio di Maniaci, un'azione dovrebbe presentare per essere al riparo da interferenze paternalistiche, farò due osservazioni. La prima è che questi requisiti risultano, nell'esposizione di Maniaci, troppo indeterminati per poter essere utilizzati senza un'eccessiva arbitrarietà. L'altra è che la tesi secondo cui il possesso di quei requisiti è condizione della libertà di eseguire azioni dannose per se stessi, può difficilmente essere considerata come (moderatamente) antipaternalistica.

Il primo requisito è quello della *razionalità*. Affinché a un individuo spetti la libertà di eseguire un'azione *X* che, certamente o probabilmente, gli procurerà un danno, bisogna che siano soddisfatte le seguenti condizioni: egli non deve essere in stato di shock, né essere affetto da una psicopatologia permanente o temporanea, da un grave handicap mentale, da una forma grave di demenza senile, o da qualche altra cosa di questo genere, insomma non deve trovarsi in una condizione in cui la sua capacità di compiere scelte *razionali* sia fortemente ridotta²⁰; bisogna inoltre che la sua volontà di fare *X* sia *razionale*. Quali siano esattamente i caratteri di una volontà *razionale* non è però ben chiarito da Maniaci, per cui questo requisito finisce col risultare parzialmente indeterminato. Pare di capire che la volontà di fare *X* sia *razionale* se l'azione *X* può essere ritenuta adeguata, sulla base di una conoscenza dei fatti rilevanti accessibile a una persona comune, a produrre un risultato che soddisfi un desiderio del soggetto agente, ove tale desiderio non sia incompatibile con un altro desiderio del medesimo soggetto. Per quanto concerne quest'ultimo aspetto, Maniaci porta l'esempio di una persona «que desea, al mismo tiempo, *a*) fumar treinta cigarillos al día y *b*) tener la probabilidad más elevada de vivir una vida saludable el mayor tiempo posible»²¹; non è però chiaro se una volontà *non razionale* sia determinata da qualsiasi conflitto tra desideri di uno stesso soggetto o solo da alcuni di questi conflitti, che per qualche ragione possono essere ritenuti più gravi degli altri.

Il secondo requisito è quello della *sufficiente conoscenza dei fatti rilevanti*: per essere al riparo da interferenze paternalistiche, l'azione di un individuo deve dipendere da una decisione presa avendo sufficiente conoscenza dei fatti che consentono di prevederne le conseguenze (più o meno probabili). Si potrebbe notare che una sufficiente conoscenza dei fatti rilevanti costituisce plausibilmente, anziché un requisito che si aggiunge a quello della *razionalità*, un presupposto di una decisione *razionale*, in quanto è estremamente improbabile che un soggetto, mancando di questa conoscenza, deliberi una linea di azione che soddisfa i suoi desideri (per contro, se una decisione è *razionale*, nel senso di adeguata al soddisfacimento dei desideri del soggetto agente, è irrilevante che costui l'abbia presa possedendo oppure non possedendo una sufficiente conoscenza dei fatti rilevanti). Questo è tuttavia un punto su cui non è necessario soffermarsi.

Il terzo requisito è quello della *stabilità della volontà*, ovvero dei desideri per soddisfare i quali un individuo decide di agire. Anche questo requisito appare piuttosto indeterminato, poiché non sono indicate le condizioni che devono verificarsi affinché una certa volontà o un certo desiderio possano dirsi "stabili": quanto a lungo questa volontà o questo desiderio devono persistere; se essi debbano costantemente presentarsi con una certa intensità o invece possano presentarsi saltuariamente, sebbene con una certa frequenza; e così via.

Il quarto requisito è quello dell'*assenza di pressioni coercitive*: per essere al riparo da interferenze paternalistiche, l'azione di un soggetto non deve dipendere da coercizione fisica, né da una coercizione psicologica *inaccettabile*, né da violenza epistemica. Un individuo, dice Maniaci, subisce una coercizione fisica se viene materialmente costretto a fare qualcosa, mentre subisce una coercizione psicologica se, per le minacce di altri o per l'assetto della società, agisce con il timore di subire un danno rilevante nel caso in cui non tenga un certo comportamento. La

¹⁹ MANIACI 2020, 97 s.

²⁰ MANIACI 2020, 93 s.

²¹ MANIACI 2020, 96.

violenza epistemica è infine costituita da «graves y continuas discriminaciones sociales y económicas» sofferte fin dall'infanzia, ove queste determinino in chi ne ha sofferto «una idea distorsionada de sí mismo, un sentido profundo de inferioridad respecto de otras etnias, grupos sociales, que tendrían el derecho, verbigravia, de humillarlo, amenazarlo, golpearlo»²².

L'indeterminatezza del concetto di violenza epistemica è evidente e rende arduo l'accertamento dei casi in cui una violenza di questo genere si sia verificata (Maniaci indica quattro sintomi di questa violenza²³, ma la loro identificazione richiede valutazioni su cui è facile dissentire). E non meno indeterminato risulta il concetto di coercizione psicologica *inaccettabile*.

Questa coercizione «nace da una cierta relación entre los deseos de un sujeto-agente e las opciones a su disposición». Un soggetto subisce una coercizione *inaccettabile* se sono soddisfatte due condizioni: se, per la limitatezza delle opzioni a sua disposizione, la scelta di eseguire un'azione è causa inevitabile di una sua frustrazione, in quanto un suo desiderio *importante* può essere soddisfatto solo al prezzo di rendere impossibile la soddisfazione di un altro suo desiderio *importante*; e se questi desideri sono *effettivamente importanti*, cioè se concernono beni che quel soggetto ha il diritto (morale; non necessariamente giuridico) di ottenere. Ad esempio, è vittima di una coercizione *inaccettabile* un operaio metalmeccanico che «ha decidido trabajar, independientemente de horas extra, doce horas al día para cubrir los gastos médicos relativos al trasplante de corazón de su hijo» (assumendo che non avesse altre opzioni a sua disposizione), mentre non lo è un qualunque individuo che vende «una parte de su propio cuerpo para adquirir una tercera casa en la Toscana». Per identificare i casi di coercizione *inaccettabile* è necessaria, dice Maniaci, «una concepción de los derechos fundamentales: en particular, en lo que a mi atañe, [...] una concepción de la igualdad liberal»²⁴.

Oltre ad essere eccessivamente indeterminati, questi requisiti appaiono, nel loro complesso, tanto esigenti da far dubitare della pretesa di Maniaci che la sua posizione sia davvero (moderatamente) antipaternalistica o, comunque, che egli riesca a offrire ragioni a sostegno di una posizione antipaternalistica. Infatti, non è azzardato pensare che la volontà degli individui di eseguire attività dannose per se stessi manchi frequentemente dell'uno o dell'altro requisito e che pertanto siano molte le circostanze in cui, secondo la posizione di Maniaci, sarebbe giustificato un intervento paternalistico.

Molto esigente appare il requisito dell'assenza di pressioni coercitive. Si può infatti presumere che la classe delle decisioni dipendenti da pressioni coercitive risulti molto estesa: vi potrebbero essere incluse, ad esempio, la decisione di un individuo indigente di vendere un rene per pagare cure mediche indispensabili a se stesso o a un proprio parente; la decisione di una donna di una famiglia islamica di indossare il burqa; la decisione di un malato terminale povero e non sufficientemente provvisto di assistenza pubblica di ricorrere all'eutanasia; la decisione di un individuo indigente di utilizzare sostanze stupefacenti particolarmente economiche e, al tempo stesso, particolarmente pericolose. Molto esigente appare inoltre il requisito della razionalità: le azioni che non soddisfano effettivamente le preferenze di chi le esegue o che vengono eseguite da individui che non hanno risolto un loro interno dissidio tra desideri incompatibili sono, plausibilmente, una grande quantità.

Maniaci potrebbe affermare che la sua concezione conferisce a tutti gli individui adulti e capaci la libertà di eseguire attività che normalmente producono solo danni lievi a chi le esegue, mentre esige la presenza di questi requisiti nelle decisioni di eseguire attività che certamente o molto probabilmente causeranno un danno grave a chi le esegue. Però non è chiaro sulla base di quale ragione potrebbe giustificare questa affermazione.

C'è, a questo riguardo, un aspetto della questione da mettere a fuoco: se si assume, come sembra fare Maniaci, che il bene degli individui stia nella soddisfazione delle loro preferenze non ef-

²² MANIACI 2020, 98.

²³ MANIACI 2020, 219 s.

²⁴ MANIACI 2020, 100.

finire, che un ordinamento giuridico debba garantire agli individui una ragionevole possibilità di realizzare il loro bene e che, infine, sia possibile (almeno in molti casi) conoscere le preferenze non effimere degli individui, allora è difficile respingere la conclusione che sia giustificata ogni norma giuridica che permette o prescrive interventi paternalistici volti a precludere la possibilità di agire in contrasto con le proprie preferenze non effimere. Data questa assunzione, appare in linea di principio irrilevante ogni distinzione tra azioni atte a produrre danni a chi le esegue: tra le azioni che provocano un danno grave e quelle che provocano un danno lieve, oppure tra le azioni eseguite per semplice stupidità o mancanza di adeguata riflessione e quelle eseguite a causa di un'incapacità di intendere e di volere.

Maniaci dice di proporre una concezione antipaternalistica rispettosa dell'autonomia individuale. Ma un'azione autonoma, per il modo in cui egli la definisce, è appunto un'azione che, oltre a non dipendere da pressioni coercitive, soddisfa le preferenze stabili di chi la esegue.

Per chiarire meglio la posizione di Maniaci, è opportuno distinguere due problemi che si presentano nella discussione del paternalismo. Il primo problema è come debbano essere definiti gli interessi o il bene degli individui, la cui lesione provoca un danno. Il secondo problema è se e in che misura sia giustificato un intervento volto a soddisfare gli interessi o realizzare il bene di un individuo, cioè volto a evitargli un danno, quando egli non acconsenta a questo intervento o espressamente lo rifiuti.

Per quanto concerne il primo problema, si può assumere che il bene o gli interessi degli individui siano, almeno in una certa misura, "oggettivi" anziché "soggettivi", cioè indipendenti dai loro effettivi desideri. Oppure si può assumere che il bene o gli interessi degli individui siano "soggettivi", cioè dipendano interamente dai loro desideri effettivi.

Per quanto concerne il secondo problema, è possibile adottare una posizione *più o meno paternalistica*, cioè assumere che una quantità più o meno estesa di azioni contrastanti con gli interessi o il bene di chi le esegue debba essere impedita.

Ora, chi adotti una posizione paternalistica a partire dall'assunzione che il bene o gli interessi degli individui siano "oggettivi", potrà essere considerato come un sostenitore di una possibile variante del *paternalismo moralistico o perfezionistico*²⁵. Invece, chi adotti una posizione paternalistica a partire dall'assunzione che il bene o gli interessi degli individui siano "soggettivi", dovrà essere considerato come un sostenitore di una possibile variante del *paternalismo non moralistico o perfezionistico*.

Ebbene, Maniaci rifiuta certamente il *paternalismo moralistico o perfezionistico*, ma non sembra fornire ragioni per respingere il *paternalismo non moralistico o perfezionistico*. Essere antipaternalisti significa infatti accettare la tesi che agli individui debba essere garantito, almeno in alcune circostanze, il diritto di danneggiare se stessi, ossia di eseguire azioni incompatibili col loro bene o il loro interesse; e la teoria di Maniaci pare piuttosto implicare il rifiuto di questa tesi.

Mi pare che, dalla prospettiva di Maniaci, sia in qualche misura possibile limitare l'estensione delle interferenze paternalistiche adducendo i seguenti fatti: (1) il fatto che molto spesso non siamo in grado di conoscere le preferenze stabili degli altri individui²⁶; (2) il fatto che, considerando l'avversione di un individuo per le intromissioni nei suoi affari, un intervento paternalistico nelle sue attività potrebbe produrre effetti complessivamente negativi, anziché positivi, in termini di soddisfazione delle sue preferenze²⁷; (3) il fatto che un eccesso di interventi paternali-

²⁵ *Paternalismo moralistico o perfezionistico* in senso lato: vedi DICIOTTI 2005, 102 s.; diverso il modo in cui il moralismo e il perfezionismo sono associati al paternalismo da FEINBERG 1984, 26 (*Moralistic Legal Paternalism* e *Moralistic Benefit-Conferring Legal Paternalism*).

²⁶ Vedi MILL 1991, 88.

²⁷ In altri termini, si potrebbe sostenere che un intervento paternalistico è legittimo solo se l'individuo la cui libertà è ristretta acconsentirebbe di subirlo, conformemente alle proprie preferenze stabili, se al riguardo fosse in grado di eseguire una scelta razionale (teorie paternalistiche basate sul concetto di consenso ipotetico di chi subisce

stici può risultare dannoso per lo sviluppo e il benessere della società²⁸; (4) il fatto che gli interventi paternalistici hanno un costo che ricade su tutti i membri della società. Limitare sulla base di questi fatti l'estensione delle interferenze paternalistiche è però cosa diversa dal giustificare il diritto di danneggiare se stessi.

l'intervento paternalistico sono state proposte, tra gli altri, da DWORKIN 1980, 28 ss.; CROCKER 1980, 130 ss.; HUDSON 1983, 43 ss.; VANDEVEER 1986, 75 ss.).

²⁸ Vedi MILL 1991, 64 ss. Incidentalmente, si può anche notare che limitare l'estensione delle interferenze paternalistiche sulla base di questi fatti potrebbe significare, dalla prospettiva di Maniaci, ridurre gli individui a strumenti dell'altrui benessere.

Riferimenti bibliografici

- COHEN G. A. 1995. *Self-Ownership, Freedom, and Equality*, Cambridge University Press.
- CROCKER L. 1980. *Positive Liberty*, Martinus Nijhoff.
- DICIOTTI E. 1988. *La giustificazione paternalistica di norme*, in «Studi senesi», 100, 1988, 76 ss.
- DICIOTTI E. 2005. *Preferenze, autonomia e paternalismo*, in «Ragion pratica», 24, 2005, 99 ss.
- DWORKIN G. 1983. *Paternalism*, in SARTORIUS R. (ed.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, 19 ss. (ed. or. 1972).
- FEINBERG J. 1984. *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 1: Harm to Others*, Oxford University Press.
- FEINBERG J. 1986. *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 3: Harm to Self*, Oxford University Press.
- GERT B., CULVER C. 1979. *Paternalistic Behavior*, in «Philosophy & Public Affairs», 1979, 6, 45 ss.
- HUDSON J. D. 1983. *The Ethics of Legal Coercion*, Reidel.
- KLEINIG J. 1983. *Paternalism*, Manchester University Press.
- MANIACI G. 2020. *Contra el paternalismo jurídico*, Marcial Pons.
- MILL J. S. 1991. *Saggio sulla libertà*, il Saggiatore (ed. or. *On Liberty*, John W. Parker and Son, 1859, trad. it. di S. Magistretti).
- VANDEVEER D. 1986. *Paternalistic Intervention*, Princeton University Press.

SU PATERNALISMO
E ANTIPATERNALISMO
GIURIDICO NELL'OTTICA
DI UN PENALISTA

A PROPOSITO DEL LIBRO
DI GIORGIO MANIACI,
*CONTRA EL
PATERNALISMO JURÍDICO*

GIOVANNI FIANDACA



Su paternalismo e antipaternalismo giuridico nell'ottica di un penalista
A proposito del libro di Giorgio Maniaci, *Contra el paternalismo jurídico*

On Legal Paternalism and Antipaternalism from the Perspective of a Criminal Lawyer
On Giorgio Maniaci's, *Contra el paternalismo jurídico*

GIOVANNI FIANDACA

Emerito di Diritto penale, Università degli studi di Palermo.

E-mail: giovanni.fiandaca@unipa.it

ABSTRACT

In questo articolo, l'autore si domanda se la giustificazione del *soft paternalism* di Feinberg sia migliore di quella dell'antipaternalismo moderato di Maniaci. In seguito, analizza brevemente due sentenze sul suicidio assistito, rispettivamente della Corte costituzionale italiana, del 2019, e della Corte Costituzionale tedesca, del 2020, concludendo che Maniaci preferirebbe le idee della Corte Costituzionale tedesca.

In this article, the author presents some doubts on whether the justification of Feinberg's soft paternalism is better than the justification of Maniaci's moderate antipaternalism. After that, he briefly analyses two judgments on assisted suicide: one by the Italian Constitutional Court from 2019, and another by the German Constitutional Court from 2020, concluding that Maniaci mostly likely shares the ideas of German Constitutional Court.

KEYWORDS

Feinberg (Joel), suicidio assistito, paternalism *soft*

Feinberg (Joel), assisted suicide, soft paternalism

Su paternalismo e antipaternalismo giuridico nell'ottica di un penalista

A proposito del libro di Giorgio Maniaci,

Contra el paternalismo jurídico

GIOVANNI FIANDACA

1. *Premesse* – 2. *Sintesi dell'approccio teorico di Giorgio Maniaci* – 3. *Paternalismo e antipaternalismo nelle questioni di fine-vita anche alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale.*

1. *Premesse*

Il libro di Giorgio Maniaci *Contra il paternalismo giuridico*, apparso nel 2012 e ripubblicato in lingua spagnola nel 2020 con integrazioni e l'aggiunta di un nuovo capitolo (dedicato ad alcune scoperte delle scienze cognitive circa gli errori che di frequente inficiano i nostri ragionamenti quotidiani), offre elementi e spunti di riflessione utili anche agli studiosi di diritto penale: i quali (compreso chi scrive) hanno rivolto maggiore attenzione al tema del paternalismo in particolare nell'ultimo quindicennio, con contributi sollecitati per un verso da un confronto critico con l'imponente riflessione di Joel Feinberg sui "limiti morali" del diritto penale e, per altro verso, dalla sempre più pressante emersione anche nella prassi giudiziaria delle spinose questioni di fine-vita.

Esplicitare le ragioni di questo accresciuto interesse scientifico è, forse, superfluo. I temi e i problemi solitamente discussi sotto l'etichetta "paternalismo" incrociano, sotto diversi aspetti, questioni di fondo relative alla *legittimazione* sostanziale – sul duplice versante teorico e politico – delle leggi penali nell'ambito di una democrazia liberale (o, se si preferisce, costituzionale): sulla base di quali principi o criteri vanno stabiliti i contenuti e tracciati i confini di una tutela penale non arbitraria né (soverchiamente) autoritaria, ma *legittima* anche perché sufficientemente rispettosa dei diritti costituzionalmente garantiti, nel cui novero rientra appunto – non ultimo – il diritto all'autonomia e all'autodeterminazione di ogni persona adulta? Com'è noto, si tratta di questioni di fondo che, nell'area europeo-continentale, vengono prevalentemente affrontate nell'ottica della cosiddetta teoria del bene giuridico, successivamente riveduta in chiave costituzionale, mentre nell'area anglo-americana sono tradizionalmente discusse alla stregua di principi di criminalizzazione che – a loro volta – affondano le radici nelle differenti premesse politico-culturali di partenza, come emerge con emblematica evidenza a proposito del famoso "principio del danno ad altri" difeso e teorizzato dagli autori di orientamento liberale a partire da John Stuart Mill¹.

Nell'ambito dell'amplissima rivisitazione teorica dei criteri di criminalizzazione delle condotte umane effettuata nei quattro volumi della nota opera *The Moral Limits of the Criminal Law*, venuti progressivamente alla luce negli anni '80 dello scorso secolo, Joel Feinberg assegna – non a caso – al *legal paternalism* il ruolo di un autonomo criterio selettivo di condotte punibili, accanto all'altro principio di ispirazione anch'essa conservatrice del *legal moralism*: ai quali il giusfilosofo statunitense contrappone i due principi liberali dell'*harm to others* e dell'*offense to others*, così pro-

¹ Come ho più volte rilevato, la teorizzazione europeo-continentale incentrata sulla categoria concettuale del "bene giuridico" soltanto apparentemente riflette una concettualizzazione di tipo dogmatico assiologicamente neutrale, dal momento che anch'essa sottintende – nella molteplicità delle versioni in cui è stata via via formulata – opzioni politico-ideologiche e orientamenti culturali di fondo, ancorché non sempre esplicitati; mentre le teorie di legittimazione del diritto penale di area anglo-americana, al confronto, esibiscono più apertamente le matrici politico-culturali o filosofiche da cui prendono le mosse: cfr. ad esempio FIANDACA 2008, 153 ss.

spettando fondamentalmente nell'insieme quattro diversi possibili principi di giustificazione della punibilità, non necessariamente alternativi ma eventualmente concorrenti². Ma fino a che punto è giustificato far assurgere il paternalismo giuridico a principio autonomo di legittimazione di precetti penali, posto sullo stesso piano di altri principi? Si tratta di un principio che ha la stessa forza e consistenza – *mutatis mutandis* – del principio ad esempio del danno, o dei criteri sviluppati in area europeo-continentale dalla teoria del bene giuridico?

A ben vedere, si può anche adottare una prospettiva visuale che tende a concepire il principio paternalistico non già quale principio autonomo di criminalizzazione collocabile accanto ad altri principi concorrenti, bensì quale principio che interagisce con principi dotati rispetto ad esso di più forte e assorbente valenza orientativa ai fini della selezione dei legittimi contenuti della tutela penale: in questo diverso orizzonte prospettico, sotto l'etichetta di paternalismo (o antipaternalismo) giuridico vengono in rilievo aspetti problematici che attengono al possibile rilievo da attribuire alla volontà e all'autodeterminazione dei soggetti titolari di beni o interessi già giudicati *prima facie* come meritevoli di protezione alla stregua dei principi di penalizzazione veri e propri o, comunque, di principi dotati di prioritaria e più generale portata selettiva del penalmente tutelabile (a cominciare proprio dal principio del danno ad altri)³.

2. Sintesi dell'approccio teorico di Giorgio Maniaci

Fatte queste premesse, accostiamoci più da vicino al libro di Maniaci cercando di fare una sintesi dei profili contenutistici che a nostro avviso più lo caratterizzano.

a) Comincio col rilevare che l'autore, nel ruolo di studioso di filosofia del diritto, sviluppa riflessioni trasversali ai vari settori ordinamentali, che si estendono quindi al di là del diritto penale strettamente inteso per coinvolgere potenzialmente ogni ambito giuridico in cui è previsto il ricorso a strumenti di tipo coattivo o *lato sensu* punitivo (come nel caso emblematico delle sanzioni amministrative). Se ciò è vero, è altrettanto vero però che i riferimenti anche impliciti al diritto penale occupano uno spazio non secondario almeno per due ragioni. Per un verso, perché la sanzione penale esemplifica in partenza la forma più intensa di coazione statale, e nel novero delle questioni più rilevanti ricorrentemente dibattute da paternalisti e antipaternalisti rientrano, appunto, fatti penalmente sanzionati in modo non lieve, come ad esempio l'omicidio del consenziente o l'aiuto al suicidio; e, per altro verso, per un motivo che lo stesso Maniaci esplicita nella parte finale delle sue considerazioni introduttive: l'aver cioè concepito il proprio libro come "una breve *glossa*" alla grande opera di Feinberg sui limiti morali del diritto penale, ovvero come un «tentativo di comprenderla e migliorarla». Anticipo subito che, se è apprezzabile l'intento di puntare a un miglioramento della teorizzazione feinberghiana, verificare con tendenziale obiettività se si tratti di un tentativo riuscito o meno mi pare impresa tutt'altro che agevole per una ragione forse intuibile. È infatti la stessa natura del tema in discussione a sollecitare approcci e modelli argomentativi influenzati, comunque, da pregiudiziali opzioni o simpatie politiche, giudizi di valore soggettivi e preferenze radicate nella sensibilità personale: sicché, lungi dal potersi pretendere di prospettare assunti dimostrabili con rigore scientifico, si può più modestamente puntare a sostenere – come, del resto, proprio Feinberg ha l'onestà intellettuale di ammettere⁴ – punti di vista che risultino più persuasivi o più plausibili rispetto a possibili punti di vista alternativi (ma anche questo confronto in termini di maggiore o minore persuasività risentirà, pur sempre, di margini di opinabilità soggettiva!).

² Per una ampia illustrazione e una approfondita analisi critica delle tesi di Feinberg cfr., nell'ambito della dottrina penalistica italiana, i contributi contenuti nei due volumi collettivi FIANDACA, FRANCOLINI 2008 e CADOPPI 2010. Si vedano altresì SERRAINO 2010; PULITANÒ 2011, 489 ss.

³ In termini analoghi, cfr. PULITANÒ 2011, 519 ss.

⁴ FEINBERG 1986, 52.

b) La definizione di *paternalismo giuridico* da cui si prendono le mosse nel primo capitolo lo identifica – nel solco di precedenti definizioni diffuse in letteratura – con una concezione etico-politica che autorizza lo Stato a impiegare strumenti coercitivi contro la volontà di un individuo adulto (capace di compiere scelte consapevoli, coerenti e libere da costrizione), al fine di evitare che questo stesso individuo cagioni a sé stesso (ciò che viene considerato) un danno fisico, psicofisico o economico. Mentre per *antipaternalismo giuridico* viene intesa una concezione etico-politica che *contesta* il diritto dello Stato di usare la coercizione contro la volontà di un individuo adulto allo scopo di evitare che questi si autodanneggi, qualora risulti certo o verosimile che la volontà di tale individuo si sia formata in maniera consapevole e razionale, sia basata sulla conoscenza di fatti rilevanti, sia stabile nel tempo e sufficientemente libera da pressioni coercitive. Ma attenzione: dal canto suo, Maniaci precisa e sottolinea che la definizione suddetta si riferisce non all'antipaternalismo in generale, bensì a quello che egli etichetta come antipaternalismo “moderato” e che intende far proprio e difendere in contrapposizione a una concezione antipaternalistica radicale o “hard” (che darebbe invece in ogni caso rilievo alla volontà individuale, qualunque sia e in qualunque modo si sia formata). Nella sostanza, l'orientamento “moderato” recepito nel libro qui in discussione appare invero analogo (come rileva lo stesso autore) a quello teorizzato da Joel Feinberg, ma con una differenza di etichettatura: il giusfilosofo statunitense (al contrario di Maniaci!) autodefinisce, infatti, la propria posizione “paternalismo moderato”. Certo, a prima vista può apparire discutibile che l'analogia sostanziale di due prese di posizione teoriche finisca con l'essere desumibile dall'impiego di un medesimo aggettivo (“moderato”) apposto a due concetti che, invece, contenutisticamente si contraddicono (paternalismo e antipaternalismo). Anche se Maniaci non si dilunga nell'approfondire la ragione della sua scelta definitoria, è fondatamente da supporre che questa risieda nel voler fugare il dubbio che il paternalismo *soft* costituisca pur sempre una forma di paternalismo. E la riprova possiamo, indirettamente, ricavarla dal fatto che è lo stesso Feinberg a riconoscere che alla propria teorizzazione si attaglierebbe meglio l'etichetta di “antipaternalismo *soft*”: solo che il giusfilosofo americano preferisce alla fine mantenere la distinzione convenzionale tra “*hard and soft paternalism*” per evitare che l'introduzione dell'etichetta di “antipaternalismo moderato” possa causare più confusione che chiarezza nel dibattito teorico⁵. In ogni caso, tutto ciò comprova che davvero rilevanti non sono le etichettature in sé stesse considerate, bensì i contenuti sottostanti!

c) Dopo le premesse definitorie, sempre nel primo capitolo si delimita il campo d'indagine ponendo in chiaro che non è obiettivo dell'autore procedere ad una discussione approfondita di tutti i possibili casi in cui una prospettiva di antipaternalismo moderato consentirebbe legittimamente allo Stato di usare mezzi coercitivi per ostacolare condotte autolesive: in luogo di una esaustiva trattazione casistica, si rinviene nel libro una analisi critica degli argomenti pro e contro il paternalismo giuridico, effettuata (soprattutto nel secondo capitolo) con prevalente riferimento al problema della giustificazione della coercizione statale attraverso l'impiego di sanzioni penali o anche extra-penali volte a impedire la produzione di danni o pericoli a sé stessi. Così delimitato il principale oggetto d'indagine, sempre nel primo capitolo si comincia a rivolgere l'attenzione al problema dei presupposti, in presenza dei quali si può ritenere che la volontà di un individuo adulto si formi in modo non solo consapevole ma anche libera da costrizioni. Per esplicitare alcuni aspetti impliciti in tale problema, nel paragrafo 3 si dà conto dell'esistenza nella letteratura filosofica di almeno due concezioni della coercizione o costrizione, rispettivamente soggettiva (o formale) e oggettiva (o sostanziale-valutativa, detta anche “moralizzata”), che nella loro unilateralità si espongono a obiezioni per ragioni diverse specificamente evidenziate nel libro: per cui Maniaci preferisce adottare una concezione “mista”, che faccia cioè interagire la dimensione soggettiva con quella oggettiva, l'una riferita alla pressione psicologica così come di

⁵ FEINBERG 1986, 16.

fatto autopercepita dal soggetto in questione (secondo i suoi vissuti interiori, desideri ecc.), l'altra rispecchiante invece l'uso sociale-valutativo del concetto di costrizione così come adottato dalla maggioranza delle persone anche sulla base di parametri morali o giuridici di giudizio. Per riportare le stesse parole di MANIACI (2012, 27):

«In conclusione, nei casi paradigmatici in cui trova applicazione una dottrina antipaternalista, la volontà di compiere un'azione pericolosa o dannosa per sé stessi deve essere *sufficientemente libera da pressioni coercitive*. Mentre il significato dell'espressione "pressione coercitiva" dipende da una concezione formale, l'aggettivo "sufficiente" consente di esplicitare, ove necessario, le considerazioni valutative relative all'accettabilità o meno della coercizione».

d) La parte più rilevante del libro – almeno ai miei occhi di penalista – è quella contenuta nel secondo capitolo, dedicato all'analisi dei principali argomenti rispettivamente adottati in letteratura pro e contro il paternalismo. Tra le premesse "metateoriche" che fanno da presupposto all'analisi, mi piace in particolare richiamare l'accento posto sul divario tra l'"efficacia retorica" e la reale "validità" degli argomenti in campo. Scrive Maniaci:

«Ci sono argomenti *retoricamente* molto diffusi, ma soprattutto considerati molto persuasivi nel dibattito politico, morale, giuridico. Purtroppo molti degli argomenti di fatto "persuasivi" non sono razionalmente *validi*. [...] L'argomento della dignità umana, quello della sacralità della vita umana, quello del bene comune, se e in quanto adottati a favore del paternalismo, sono argomenti fallaci o parassitari degli altri. Argomenti che, cioè, sono affetti da *petitio principii*, incoerenza o eccessiva indeterminazione» (MANIACI 2012, 52).

Tendenzialmente condivido questo rilievo critico, avendo a mia volta più volte stigmatizzato – tra l'altro – il frequente uso manipolatorio del valore della "dignità umana", reso possibile nell'ambito della stessa giurisprudenza costituzionale proprio dalla genericità, indeterminazione e polivalenza culturalmente condizionata del relativo concetto, strumentalizzabile addirittura per finalità opposte (cioè per portare argomenti sia a favore dell'intangibilità dei diritti individuali, sia a favore dell'ingerenza dei poteri statali in funzione di controllo o limite all'autonomia personale)⁶.

Ciò premesso, cerco di sintetizzare i tratti salienti della concezione di Maniaci, la quale emerge in larga misura dal confronto critico con le posizioni altrui.

In coerenza con l'orientamento antipaternalista, un ruolo centrale viene attribuito al valore dell'autonomia individuale, nella sostanza riecheggiando la nota concezione feinberghiana dell'autonomia come sovranità assoluta su sé stessi; e, nel contempo, riproponendo l'assunto che quello di autonomia è un concetto "complesso", comprensivo di molteplici presupposti, dei quali sono nel libro in particolare analizzati i seguenti quattro: razionalità della decisione (e dell'azione); sufficiente libertà da pressioni coercitive; conoscenza dei fatti rilevanti; stabilità nel tempo dei desideri. In proposito, si tratta di confrontarsi con una letteratura amplissima, a cominciare da quella pressoché sterminata relativa innanzitutto alla nozione di razionalità pratica, nel cui ambito – come Maniaci si preoccupa di rimarcare – si distinguono rispettivamente concezioni di tipo sia sostanziale (che cioè instaurano relazioni tra la razionalità e la sfera della moralità) sia formale (che si limitano invece a privilegiare la correttezza, la coerenza e l'assenza di contraddizioni nella procedura argomentativa, prescindendo da valutazioni sostanziali in chiave di meritevolezza o di censura circa le motivazioni, le preferenze personali e i desideri sottostanti alla scelta volontaria); e si distingue altresì tra razionalità e "ragionevolezza", traendone – come

⁶ Rinvio, tra le mie prese di posizione più recenti, a FIANDACA 2020a, 274 ss. e ulteriori riferimenti ivi contenuti.

ad esempio fa esplicitamente Feinberg⁷ – implicazioni differenziate in punto di ammissibilità o meno di interferenze paternaliste nell'altrui libertà di decisione e azione.

Dal canto suo, Maniaci fa propria una concezione “formale” e “limitata” della razionalità, alla cui stregua delinea una sintesi delle condizioni che rendono insufficientemente razionale, anche in una prospettiva antipaternalista, una data decisione (cioè psicopatologie permanenti o temporanee, immaturità psicologica da minore età, gravi *handicap* mentali, demenza senile ecc., nonché altri possibili *deficit* intellettuali o psicologici o cognitivi che impediscono di considerare volontaria, e dunque come autentica espressione di autonomia personale, determinate scelte o determinati tipi di azione). A mio avviso, più interessanti sono le considerazioni dedicate alla sufficiente libertà da pressioni coercitive, condizione che viene concettualizzata ricollegandola all'idea di autonomia, a sua volta integrata alla stregua di una concezione “liberal-egualitaria” nel solco di Rawls o di Dworkin. È ad una concezione di tal genere che Maniaci ritiene di potere far ricorso per cercare di risolvere casi notoriamente difficili da affrontare in una ottica antipaternalista, come ad esempio quello di Tizio, operaio privo di sufficienti risorse economiche, che decide di alienare un suo rene per sostenere le spese mediche relative al trapianto di cuore di cui necessita il figlio: Tizio subirebbe – in adesione all'impostazione teorica suddetta – un'ingiusta pressione coercitiva, tale da compromettere la libertà della scelta di alienare dietro corrispettivo il suo rene, qualora lo Stato (come invece dovrebbe fare) non garantisse una tutela effettiva dei suoi diritti fondamentali, tra cui quello alle prestazioni sanitarie. Ad una analisi particolareggiata di quattro problematiche tipologie casistiche, sulle quali ometto qui di soffermarmi anche perché per lo più prive di concreto interesse penalistico, è poi dedicato un capitolo autonomo (il terzo e il quarto nella rispettiva edizione italiana e spagnola del libro).

Quanto ancora alla stabilità nel tempo dei desideri, anche l'antipaternalista – rileva giustamente Maniaci – non può non prendere atto che si tratta di una condizione frequentemente messa in forse dal fatto che le nostre aspirazioni e i nostri desideri – anche quando non appaiono irrazionali né irragionevoli – spesso mutano per effetto dei condizionamenti altrui o della pressione delle circostanze; e che d'altra parte – aggiungerei a mia volta – la volubilità dei nostri stati emotivi è andata vieppiù accentuandosi nella società attuale, divenuta, per dirla con Bauman, sempre più “liquida” e sempre più abitata da sciame di individui in preda di incessanti desideri effimeri. Se così è, il rifiuto del paternalismo non può comportare un pregiudiziale disconoscimento di ogni preoccupazione volta a verificare se la volontà di compiere certe azioni, tanto più se gravi e produttive di conseguenze irreparabili, sia non già dovuta a suggestioni momentanee, bensì seria e durevole: al contrario, l'esigenza di prevenire il rischio che azioni gravemente autolesive vengano compiute in maniera troppo avventata può rendere legittima, anche agli occhi di un antipaternalista, l'imposizione di “periodi di riflessione” secondo modalità e tempi conformi allo scopo.

Ma non basta. Oltre al carattere non effimero della volontà, andrebbe altresì verificato che questa si formi sulla base di conoscenze rilevanti in rapporto all'azione da compiere. Perché non contrasta con l'antipaternalismo questa ulteriore verifica? Perché l'angolazione visuale con cui l'antipaternalista la effettua si farebbe carico del dubbio se lo stesso individuo ignaro di fatti rilevanti (ad esempio, che il fumo di 30 sigarette al giorno può provocare un cancro ai polmoni) vorrebbe pur sempre agire nel medesimo modo (fumare lo stesso quantitativo di sigarette), continuando a considerarlo conforme ai propri desideri o interessi, anche qualora venisse successivamente in possesso delle conoscenze mancanti: rileverebbe dunque – ancora una volta – non ciò che lo Stato o soggetti terzi con approccio paternalista ritengono corrisponda al migliore interesse o al benessere dell'individuo che sceglie di comportarsi in una certa maniera, ma in ogni caso il punto di vista soggettivo dell'agente in questione. Sicché, la limitazione della libertà individuale consentita dall'antipaternalismo non sfocerebbe in un sindacato sostanziale sul proget-

⁷ FEINBERG 1986, 106 ss., 126 ss., 132 ss.

to di vita o sulle preferenze e i desideri dell'agente concreto, bensì rimarrebbe di natura procedurale perché volta appunto a consentire un qualche procedimento di verifica o controllo circa la sufficienza delle basi cognitive possedute da chi si auto-espone a rischio. Attenzione, però: come in più punti si sottolinea nel libro, la procedura di verifica per risultare legittima non deve essere lunga, né a maggior ragione vessatoria. In proposito, vale la pena citare i passi che ben evidenziano, riassuntivamente, il pensiero di Maniaci nelle parti forse più convincenti:

«Se la tutela del valore dell'autonomia individuale implica il diritto di realizzare il proprio piano di vita, allora implica anche il diritto *ad essere lasciati in pace*. Quest'ultimo diritto è il diritto *a non essere lasciati soli*, che implica l'essere protetti da azioni autolesive compiute in condizioni di insufficiente razionalità, grave e incolpevole ignoranza dei fatti rilevanti, nonché la tutela di alcuni diritti fondamentali, come diritto alla vita, alla salute, rappresentano i due fuochi della concezione antipaternalista qui sostenuta» (MANIACI 2012, 92).

Lo stesso Maniaci, peraltro, ha lo scrupolo di chiedersi se questo suo orientamento teorico non mascheri in fondo una qualche forma di paternalismo, o nasconda una visione morale di tipo perfezionista secondo cui ciascun individuo sarebbe tenuto a evitare di comportarsi in modo superficiale, avventato, impulsivo. Siamo certi che esprimere preferenze e compiere azioni senza possedere alcune informazioni rilevanti equivalga, *ipso facto*, a manifestare una volontà non reale, non autentica, come sostiene ad esempio – tra altri – Feinberg, o sostenerlo significa appunto contraddire l'approccio antipaternalista? Volendo in parte differenziare la propria posizione da quella feinberghiana, Maniaci tende a distinguere – forse con eccesso di analiticità! – quattro categorie di individui (in estrema sintesi: 1. impulsivi razionalmente soddisfatti di esserlo; 2. impulsivi infelici di esserlo; 3. analfabeti, non responsabili della loro ignoranza, che sconoscono fatti rilevanti; 4. individui tendenzialmente non impulsivi, che fanno quello che vogliono e – se possibile – lo realizzano), per evidenziare in particolare quelle rispetto alle quali l'imposizione di brevi periodi di riflessione sarebbe compatibile col suo antipaternalismo: com'è intuibile, si tratta delle categorie 2 e 3, cioè degli individui impulsivi e scontenti e di quelli gravemente illetterati. È convincente questa sorta di perseguita via di mezzo rispetto all'orientamento di Feinberg? Lascio volutamente insoluto l'interrogativo.

3. Paternalismo e antipaternalismo nelle questioni di fine-vita anche alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale

Il libro qui in discussione – come già accennato – non è incentrato su di una analisi approfondita di quelle questioni problematiche che più specificamente interessano il penalista e che, com'è noto, negli ultimi anni hanno sempre più riguardato le drammatiche situazioni di fine-vita con particolare riferimento ai legittimi spazi di sopravvivenza delle tradizionali fattispecie criminose dell'omicidio del consenziente e dell'aiuto al suicidio; inoltre, la riflessione dell'autore è maturata anteriormente alla più recente giurisprudenza costituzionale in materia, che di conseguenza non ha potuto essere presa in considerazione nella stesura del suo lavoro. Nondimeno, e com'era del resto inevitabile, il libro abbonda di riferimenti esemplificativi a temi come l'eutanasia e il suicidio assistito, ancorché non approfonditi *ex professo* o sviluppati in forma sistematica: ed è anche per questo che non mi sembra un fuor d'opera dedicarvi spazio in questo paragrafo.

Anche tra noi penalisti, una premessa è abbastanza condivisa. Cioè la tutela tendenzialmente assoluta del bene della vita, tradizionalmente predisposta da figure criminose come quelle sudette anche a dispetto della contraria volontà di chi desidererebbe non continuare a vivere, ha alla base preoccupazioni paternaliste intrecciate invero con ragioni riconducibili al moralismo giuridico. È paternalista, da un lato, la pretesa legale di negare ogni rilevanza alla manifestazio-

ne di volontà del titolare del bene-vita, perché in questo modo è l'ordinamento statale a scegliere d'autorità ciò che è bene, o comunque preferibile per gli individui singoli e per la società, senza concedere alcuno spazio all'autodeterminazione individuale. È moralista, dall'altro lato, la prospettiva aggiuntiva che individua il fondamento della tutela penale inderogabile della vita nel carattere "sacro" di essa o comunque nel suo ritenuto superiore valore intrinseco, e ciò nel solco di concezioni religiose e/o morali storicamente assai radicate⁸. Anzi, è proprio l'idea della sacralità della vita umana ad avere, probabilmente, funto per tantissimo tempo da più potente base emotiva per contrastare la legalizzazione dell'eutanasia nelle sue diverse forme⁹.

Come sappiamo, queste tradizionali giustificazioni della tutela incondizionata della vita umana sono entrate progressivamente in crisi quale riflesso, in larga misura inevitabile, dell'accentuato pluralismo politico-ideologico, culturale ed etico che connota le società in cui viviamo. Pluralismo per effetto del quale non solo confliggono o concorrono nello spazio pubblico diverse concezioni morali del bene e del giusto, ma può assistersi persino all'emergere di posizioni non del tutto omogenee tra i sostenitori di una medesima concezione "comprensiva" o tra gli aderenti a una stessa fede religiosa (significativa ad esempio, da questo punto di vista, la differenza di orientamenti in tema di fine-vita presente oggi all'interno del mondo cattolico). Non a caso, la stessa idea della "sacralità della vita" – sottoposta anche da Maniaci a serrata analisi critica quale concerto vago e ampiamente controvertibile, insieme a quelli altrettanto vaghi e controvertibili di dignità umana e bene comune (MANIACI 2012, 127 ss.) – è ormai suscettibile di essere declinata secondo accezioni differenti da quella religiosa, inclusa una interpretazione laica che – per quanto paradossale possa a prima vista apparire – può invece fornire argomenti a favore, anziché contro, la legittimità della rinuncia volontaria alla vita¹⁰.

Se così è, una difficile e tormentosa questione tende allora a porsi e riproporsi nell'ambito di una democrazia costituzionale informata al principio del pluralismo: come deve orientarsi il diritto (inteso in senso non solo legislativo, ma anche dottrinale e giurisprudenziale) rispetto alla molteplicità delle concezioni morali "comprensive" (in senso rawlsiano) coesistenti in un contesto storico-sociale dato? Può in particolare il diritto penale, il settore più invasivo e intollerante dell'ordinamento giuridico, legittimamente porre l'arma della punizione al servizio di una tra le concezioni etico-politiche concorrenti, dotandola di forza coattiva? In effetti, per il settore penale il rapporto con la sfera morale si pone in termini di accentuata problematicità sotto diversi aspetti, non ultimo per la non infrequente sovrapposizione o contiguità tra valori morali e beni penalmente tutelati e, di conseguenza, per la maggiore difficoltà di mantenere quella separazione tendenziale tra diritto e morale che costituisce comunque (almeno in teoria) un presupposto irrinunciabile del liberalismo politico e, altresì, di un diritto penale di ispirazione liberale. Agli occhi di un giurista – ad esempio, come chi scrive – ancora idealmente legato a un liberalismo penale che aspirerebbe a circoscrivere l'ambito della tutela penalistica ai soli beni "essenziali" ai fini della convivenza sociale, e considerati tali sulla base di auspicabili "consensi per intersezione" (in senso rawlsiano) il più possibile ampi e trasversali, non può certo essere la sanzione punitiva lo strumento legittimato ad imporre o proteggere valori morali che si contrappongono conflittualmente a valori alternativi. Ciò non equivale, beninteso, a teorizzare ingenuamente un liberalismo penale del tutto neutrale rispetto alle concezioni morali, cosa che sarebbe di fatto impossibile; significa, piuttosto, rifiutare l'idea che lo scontro tra le morali comprensive possa essere deciso utilizzando la legge penale come arma da guerra impugnabile da uno Stato che de-

⁸ Sia consentito in proposito rinviare per ulteriori svolgimenti ai miei scritti seguenti: FIANDACA 2009, 227 ss.; e, in un orizzonte teorico più ampio, FIANDACA 2011, 1383 ss.

⁹ DWORKIN 1994, 269.

¹⁰ Cfr. DWORKIN 1994, 270. Più di recente, per una ampia e approfondita rivisitazione critica delle giustificazioni tradizionalmente addotte a sostegno di una tutela incondizionata e a tutto campo del bene-vita si veda, nella letteratura filosofica italiana, FORNERO 2020 (libro cui ho dedicato lo scritto di commento FIANDACA 2020b, 126 ss.).

cida di parteggiare a favore di una delle concezioni in campo (sia pure eventualmente maggioritaria)¹¹. Se e in che misura un liberalismo penale così concepito possa riuscire a tradursi in concreta linea-guida della politica penale contemporanea, è una complessa e aggrovigliatissima questione che qui non affronto anche per ragioni di spazio. Quel che di sicuro sappiamo è che il diritto penale degli ultimi decenni, peraltro non solo italiano, ha presentato e continua purtroppo a esibire (anche al di là del ben noto estremismo punitivista di più recente marca populista) larghi tratti di illiberalismo anche in chiave eticizzante.

A questo punto, a un prevedibile interrogativo non ci si dovrebbe però sottrarre: paternalismo e antipaternalismo sono contrapposte concezioni etico-politiche anch'esse a carattere "comprensivo", cioè concezioni globali del bene e del giusto, che perciò si pongono in tensione con i principi di una legislazione penale idealmente ispirata a un liberalismo politico riluttante ad apparentare la politica penale a qualche morale totalizzante? Anche questo interrogativo solleva in realtà un groviglio di questioni. In approssimativa sintesi, mi limito qui a rilevare che anche il liberalismo politico può presentarsi in versioni che lo rendono assimilabile ad una concezione etica comprensiva, nella misura in cui esso manifesti la pretesa di trasporre pressoché per intero sul piano della decisione politica i principi di un'etica di ispirazione liberale; e un analogo discorso, del resto, vale rispetto ai possibili modi di concepire il liberalismo penale. Da questo punto di vista, una certa ambiguità è stata in proposito non a caso diagnosticata nella stessa filosofia penale di Feinberg: nel senso che l'approccio liberale che la ispira è parso – credo, giustamente – oscillante tra il tradizionale liberalismo etico o teleologico (che intende cioè sé stesso come razionale e corretta concezione del bene) di John Stuart Mill, e il più recente liberalismo politico o deontologico (aperto, nel privilegiare le libertà fondamentali, a più concezioni concorrenti del bene) di John Rawls¹². Comunque sia, è pur vero che sotto altri versi può risultare positivo ed essere perciò auspicabile che tanto sul piano della riflessione teorica, quanto su quelli del dibattito pubblico e della successiva deliberazione democratica le visioni morali concorrenti, anziché fare un passo indietro, vengano allo scoperto e si confrontino esplicitamente nell'offrire possibili orizzonti di senso e contenuti rilevanti in vista delle politiche penali da deliberare: quel che da penalista – testardamente, contro ogni smentita da parte della realtà effettuale! – "liberale" (in senso non comprensivo) continuerei ad augurarmi è che questo confronto aperto e trasparente, diversamente da quanto non di rado di fatto accade, non sfoci in scontri irriducibili tra contrapposte pretese totalizzanti, ma si traduca in intese compromissorie frutto di mediazioni e bilanciamenti ragionevoli.

Ciò mi sembrerebbe in linea di principio a tutt'oggi raccomandabile sia sul piano politico-legislativo, sia anche sul versante giurisdizionale, a cominciare dalla giurisprudenza costituzionale. A questo riguardo, mi pare non privo di interesse accennare alle ancora recenti pronunce in tema di suicidio assistito emesse sia dalla nostra Corte costituzionale sia dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco, le quali si prestano a un confronto anche sotto l'aspetto del rispettivo coefficiente di paternalismo e/o antipaternalismo che le connota.

Sulla presa di posizione della nostra Consulta (complessivamente risultante dalla precedente ordinanza n. 207/2018 e dalla successiva sentenza n. 242/2019) mi sono ampiamente soffermato in altri scritti, cui rimando¹³. Mi limito qui a rilevare che la presa di posizione suddetta, tentando un ragionevole bilanciamento tra tutela della vita e garanzia dell'autodeterminazione personale, rifugge dai due estremi di un paternalismo e di un antipaternalismo intesi entrambi in senso forte. Tenderei a qualificare questo orientamento intermedio in termini di paternalismo (più che di

¹¹ Per un approccio teorico analogo, e per ulteriori rilievi, cfr. PULITANÒ 2011.

¹² Cfr. SEHER 2000, 163 s.; sul punto anche FIANDACA 2008, 156. Ma non manca chi ritiene che «il linguaggio e il *pathos* delle fasciose pagine di Feinberg appaiono propri di una concezione comprensiva, in cui il liberalismo, o meglio l'idea della autonomia come sovranità, si presenta orgogliosamente come concezione morale globale, diversa e contrapposta ad altre» (PULITANÒ 2011, 497).

¹³ Mi riferisco ai miei seguenti scritti: FIANDACA 2020a, 265 ss.; FIANDACA 2020b, 77 ss.; FIANDACA 2020c.

antipaternalismo) *soft*, anche perché la ricerca di un punto di equilibrio tra i diritti/valori in gioco può considerarsi riuscita fino a un certo punto: criticabile è apparsa – non solo a mio giudizio – la eccessivamente rigorosa fissazione dei presupposti atti a rendere lecito l'aiuto a morire prestato a persone affette da patologie irreversibili e gravemente sofferenti; tra questi presupposti, è stato infatti dai giudici costituzionali in particolare inserito un requisito (l'essere cioè il paziente sottoposto a strumenti artificiali di sostegno) concretamente presente nel caso Cappato *sub iudice*, ma che risulta – a ben vedere – irragionevole far assurgere a presupposto di portata generale. Che un paziente possa o meno necessitare di mezzi di sostegno vitale dipende in realtà da fattori fortuiti ed esterni, come tali inidonei a fungere da valida *ratio distinguendi* di drammatiche situazioni esistenziali che, in termini di comparazione valoriale, appaiono più simili che dissimili. In ogni caso, la nostra Corte costituzionale non solo ha assai discutibilmente ritagliato sulla fisionomia specifica del caso concreto in discussione la tipologia casistica da sottrarre all'ambito applicativo dell'art. 580 c.p.: essa ha realizzato un tipo di bilanciamento tra vita e autodeterminazione non costituzionalmente obbligato, ma frutto – come era, del resto, inevitabile – di discrezionalità *lato sensu politica*¹⁴. In linea teorica, la Corte avrebbe potuto anche adottare un orientamento politico-valutativo incline ad aprire alla liceità dell'assistenza al suicidio maggiori spazi di quanto abbia voluto fare, in linea più con un antipaternalismo che con un paternalismo moderato. Forse, vale la pena esplicitarlo: non è il testo costituzionale come tale che può fornire indicazioni certe e univoche rispetto ai confini da assegnare ragionevolmente alla tutela dell'autonomia personale e del diritto all'autodeterminazione individuale; la stessa interpretazione costituzionale e le stesse operazioni di bilanciamento in sede giurisdizionale risentono inevitabilmente – e ciò è particolarmente evidente, appunto, rispetto alle tormentose questioni di fine vita – da un lato, di pregiudiziali politico-ideologiche, religiose, filosofiche ed etiche che, sebbene non sempre espressamente dichiarate, influenzano pur sempre (anche in maniera subconscia!) lo stesso approccio giuridico; e, dall'altro, delle tradizioni storico-culturali e dei mutamenti che intervengono nella coscienza sociale e nella sensibilità collettiva rispetto alle grandi questioni relative al vivere e al morire¹⁵.

Ciò detto, è anche vero che i tribunali costituzionali per lo più tendono, a maggior ragione nell'ambito delle materie eticamente sensibili, a evitare prese di posizione eccessivamente sbilanciate a favore di uno degli orientamenti di fondo in campo, sia per l'inclinazione del giudizio di costituzionalità a privilegiare la logica del bilanciamento, sia per la preoccupazione di tener conto di quell'accentuato pluralismo che continua a connotare il contesto in cui viviamo. Se così è, può apparire sorprendente l'orientamento decisamente antipaternalista adottato invece dalla Corte costituzionale tedesca nel dichiarare costituzionalmente illegittima, con sentenza del 26 febbraio 2020, la fattispecie di aiuto al suicidio prestato in forma commerciale (par. 217 StGB)¹⁶. La differenza rilevante, che subito emerge rispetto al *self restraint* manifestato in proposito dalla Corte italiana, consiste nel riconoscere un vero e proprio «diritto alla morte autodeterminata», includente a sua volta il diritto al suicidio e altresì la libertà di richiedere a terzi un aiuto a morire (e di avvalersene, ove questo aiuto venga offerto, ammettendosi peraltro nel contempo la legittimità dell'obiezione di coscienza da parte del personale sanitario), quale esplicazione del principio di autodeterminazione rapportato alla salvaguardia della dignità umana. L'altra ragio-

¹⁴ Sulla inevitabile “politicità” delle operazioni di bilanciamento costituzionale rinvio al mio ancora recente scritto FIANDACA 2020c, 77 ss.

¹⁵ Una significativa riprova dell'importanza dei mutamenti che intervengono nella sensibilità collettiva è, verosimilmente, desumibile anche dal successo di recente conseguito nella raccolta di firme per il referendum sull'eutanasia legale (tramite l'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p.) promosso dai Radicali italiani, dall'Associazione Coscioni e da altri gruppi associativi: cfr. in proposito *Il Corriere della sera* e *la Repubblica*, rispettivamente del 17 e 18 agosto 2021. Per alcune comprensibili preoccupazioni, in termini di prudente paternalismo “laico”, sollevate dal referendum in questione cfr. ad esempio l'intervento di Luciano Violante ne *la Repubblica* del 25 agosto 2021.

¹⁶ Per una disamina dettagliata di questa pronuncia v., nella dottrina italiana, MAGRO 2020, 33 ss.

ne fondamentale di differenziazione consiste nella scelta di non circoscrivere il diritto di morire alle sole situazioni di soggetti gravemente ammalati e sofferenti, bensì di attribuirvi portata generale, per di più escludendo possibili limitazioni al suo esercizio in base ad una valutazione da parte di una autorità esterna della meritevolezza o meno delle motivazioni che inducono a desiderare la morte. Afferma testualmente, infatti, il *Bundesverfassungsgericht* che il diritto in parola

«esiste in ogni fase dell'esistenza umana. La decisione del singolo di porre fine alla propria vita in accordo con la propria concezione della qualità e del senso dell'esistenza deve essere rispettata in punto di principio dallo Stato e dalla società in quanto atto autonomo di autodeterminazione».

Sempre nella ricca motivazione della sentenza (articolata in 96 pagine), si instaurano poi esplicite e impegnative correlazioni tra diritto di morire e dignità umana: nel replicare cioè alla possibile obiezione che il riconoscimento di un diritto al suicidio possa porsi in contrasto con la garanzia costituzionale della dignità umana, i giudici tedeschi giungono alla conclusione opposta che è al contrario il rispetto dell'autodeterminazione personale, quale espressione diretta della dignità dell'uomo, ad imporre il riconoscimento del diritto generale di togliersi la vita¹⁷.

Valutata col metro di giudizio del penalista medio di casa nostra, la Corte di Karlsruhe avrebbe finito col lasciarsi andare ad un astratto ed eccessivo liberalismo individualista, assegnando soverchio spazio alla libertà di autodeterminazione del singolo, e sottovalutando di conseguenza esigenze solidaristiche e di adeguata protezione di soggetti a vario titolo deboli. A questo punto, è forse superfluo ribadire che la possibile preferenza per il modello di decisione costituzionale italiano o per quello tedesco non dipende da ragioni giuridiche scientificamente neutrali: hanno un peso tutt'altro che secondario, ancora una volta, presupposti *lato sensu* culturali e modi di sentire (sia collettivi che individuali) che stanno a monte o a valle dei principi costituzionali e delle altre norme scritte. Verosimilmente, la presa di posizione marcatamente *liberal* del *Bundesverfassungsgericht* è stata influenzata da suggestioni filosofiche di ascendenza idealistica tipiche della tradizione culturale teutonica (che inducono, forse, a sovrastimare la capacità dell'essere umano di compiere scelte di vita e di morte in maniera autenticamente libera, consapevole e autoresponsabile), in un contesto nazionale altresì comparativamente meno esposto ai condizionamenti della religione cattolica.

Comunque sia, nel mettere punto a questi rapsodici rilievi, non possiamo non tornare al libro qui discusso per chiederci: Maniaci, partendo dal proprio antipaternalismo, parteggerebbe di più per la soluzione costituzionale italiana o per quella tedesca? Se abbiamo ben compreso il suo pensiero, la risposta non può che essere nel secondo senso.

¹⁷ Nella complessiva trama argomentativa della nostra Corte costituzionale non si rinvencono, invece, chiari e univoci nessi concettuali e normativi tra dignità umana e autodeterminazione personale: cfr. FIANDACA 2020a, 270 ss.

Riferimenti bibliografici

- CADOPPI A. (ed.) 2010. *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Giuffrè.
- DWORKIN R. 1994. *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, a cura di S. Maffettone, Edizioni di Comunità (ed. or. *Life's Dominion. An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Penguin Random House, 1993).
- FEINBERG J. 1986. *The Moral Limits of the Criminal Law, vol. 3: Harm to self*, Oxford University Press.
- FIANDACA G. 2008. *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in FIANDACA G., FRANCOLINI G. (eds.), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Giappichelli, 153 ss.
- FIANDACA G. 2009. *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in «Foro italiano», V, 227 ss.
- FIANDACA G. 2011. *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica ragione punitiva*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1383 ss.
- FIANDACA G. 2020a. *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in D'ALESSANDRO G., DI GIOVINE O. (eds.), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Giappichelli, 265 ss.
- FIANDACA G. 2020b. *Le questioni di fine-vita tra filosofia e diritto*, in «Politeia. Rivista di etica e di scelte pubbliche», 140, 126 ss.
- FIANDACA G., 2020c. *Intorno al bilanciamento in ambito penale, tra legislazione e giurisdizione*, in DI CARLO L. (ed.), *Bilanciamento e sistema delle fonti*, Giappichelli, 77 ss.
- FIANDACA G., FRANCOLINI G. (eds.). 2008. *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Giappichelli.
- FORNERO G. 2020. *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, Utet.
- MAGRO M.B. 2020. *Il suicidio assistito tra inviolabili diritti di libertà e obblighi di prestazione positiva nella decisione del Tribunale Costituzionale tedesco sul § 217 StGB*, in «Diritto penale XXI secolo», 19, 1, 2020, 5 ss.
- MANIACI G. 2012. *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli (trad. spagn. *Contra el paternalismo jurídico*, Marcial Pons, 2020, trad. Mauricio Maldonado).
- PULITANÒ D. 2011. *Paternalismo penale*, in BERTOLINO M., EUSEBI L., FORTI G. (eds.), *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, 489 ss.
- SEHER G. 2000. *Liberalismus und Strafe. Zur Strafrechtsphilosophie von Joel Feinberg*, Duncker & Humblot.
- SERRAINO F. 2010. *Premesse a uno studio sulle questioni di fine vita nel diritto penale. Una riflessione a partire dal liberalismo di Joel Feinberg*, Giappichelli.

ACERCA DEL
PELAGIANISMO
DE MANIACI
COMENTARIOS A *CONTRA*
EL PATERNALISMO
JURÍDICO

JOSÉ JUAN **MORESO**



Acerca del pelagianismo de Maniaci
Comentarios a *Contra el paternalismo jurídico*

Regarding Maniaci's Pelagianism
Comments on *Contra el paternalismo jurídico*

JOSÉ JUAN MORESO

Professore ordinario di Filosofia del Diritto, Universitat Pompeu Fabra, Barcellona.
E-mail: josejuan.moreso@upf.edu

ABSTRACT

En este comentario al libro de Giorgio Maniaci sobre el paternalismo se comienza introduciendo algunas cuestiones conceptuales tendentes a distinguir entre el paternalismo justificado y el no justificado. A continuación, se abordan tres cuestiones: a) la distinción hohfeldiana, habitual en teoría del derecho y crucial –según creo– para esta cuestión, entre tener un derecho como una *liberty*, que sólo significa que una acción no está prohibida, pero no genera deberes para terceros, ni deberes de impedir realizarla ni deberes de facilitar su obtención, y un derecho como un *claim*, que sí genera estos deberes para terceros; b) se presentan algunos comentarios sobre el argumento de la *pendiente resbaladiza* (*slippery slope*), muy presente en el libro contra el paternalismo, pero tal vez sin advertir que dicho argumento tiene un efecto bumerán; c) y, por último, lo más relevante, que el autor tiene una concepción *pelagiana* de la naturaleza humana que yo, con Agustín de Hipona, considero rechazable.

In this comment of Giorgio Maniaci's book on paternalism, I begin by introducing some conceptual questions that tend to distinguish between justified and unjustified paternalism. Next, three questions are addressed: a) the Hohfeldian distinction, common in legal theory and crucial (so I believe) for this question, between having a right *qua* liberty, which only means that an action is not prohibited, but does not generate duties for third parties, nor duties to prevent it from being carried out or duties to facilitate its obtaining, and a right *qua* claim, which does generate these duties for third parties; b) Some comments are presented on the slippery slope argument, very present in the book against paternalism, but perhaps without realizing that this argument has a boomerang effect; c) Finally, the most relevant thing, that the author has a Pelagian conception of human nature that I, with Agustín de Hipona, consider to be refuted.

KEYWORDS

paternalismo, argumento *slippery slope*, pelagianismo, vulnerabilidad de la naturaleza humana

Paternalism, slippery slope argument, Pelagianism, vulnerability of the human nature

Acerca del pelagianismo de Maniaci

Comentarios a *Contra el paternalismo jurídico*

JOSÉ JUAN MORESO

1. *Introducción* – 2. *A vueltas con la definición de paternalismo* – 3. *El caso de la eutanasia: claims and liberties* – 4. *Slippery Slope: Tu quoque* – 5. *El pelagianismo de Maniaci*.

Quid tantum de naturae possibilitate praesumitur?
Vulnerata, sauciata, vexata, perdita est.
Augustinus Hipponensis
(*De natura et gratia*, 62)

1. *Introducción*

En primer lugar, me siento honrado y agradecido por la posibilidad de participar en el debate que D&Q ha organizado sobre este libro de Giorgio¹. Se trata de un libro apasionado, escrito con las entrañas, como acostumbra a ser los escritos contra alguien o algo. Lo que, sin embargo, no impide en absoluto el rigor analítico, a veces obsesivo, en la presentación de los diversos argumentos y contraargumentos. Algo que los que conocemos desde hace ya muchos años a Giorgio sabemos bien. Los lectores de esta publicación posiblemente saben de mis vínculos académicos y personales, fraternos, con el grupo de filosofía jurídica de Palermo; además, Giorgio cuando era un joven estudiante de doctorado hizo una estancia de investigación en mi universidad, en Barcelona, y después nos ha visitado varias veces. Es decir, que este comentario es otro lazo en la larga cuerda que une nuestras conversaciones filosóficas, una cuerda trenzada con argumentos y, también, con afectos.

El paternalismo jurídico que Giorgio ataca es la concepción político-jurídica conforme a la cual está justificado usar la coacción estatal, al menos algunas veces, para evitar que algunas personas se causen a sí mismos algún daño, aunque ellos hayan elegido conscientemente, deliberadamente, racionalmente, con la información adecuada, en ausencia de amenazas, el curso de acción u omisión que ocasiona ese daño (p. 2).

En el libro hay muchos ejemplos, normalmente controvertidos, de dicho uso de la coacción en nuestras sociedades occidentales contemporáneas: la obligación de usar el cinturón de seguridad en los automóviles o el casco en las motocicletas, la prohibición en algunos países de la prostitución, el consumo de estupefacientes, la prohibición de la eutanasia, etc. Hay muchos más, sin embargo, que –al menos en las sociedades de la Unión europea– están ampliamente aceptados: la regulación de la jornada de trabajo, el establecimiento de un salario mínimo, las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, y un sinnúmero de regulaciones del derecho laboral que, siendo tuitivas de los intereses de los trabajadores, son característicamente *paternalistas*. En estos tiempos de pandemia, los ejemplos se multiplican; es cierto que a menudo las medidas que han tomado las autoridades se justifican por el *principio del daño*, para evitar que afectemos a los intereses de terceros gravemente, pero algunas de las medidas se han tomado también para impedir que nos dañemos a nosotros mismos. Y hay otros ejemplos: la prohibición de la venta

¹ MANIACI 2012 y en español recientemente MANIACI 2020. Las páginas entre paréntesis se refieren siempre a la versión italiana del libro, a MANIACI 2012.

de órganos, como los riñones, la prohibición del duelo, etc. Nuestro derecho contemporáneo tiene muchas medidas paternalistas.

O veamos un ejemplo distinto, que Maniaci no trata en el libro, pero que creo que tiene interés traer a colación: Manuel Wackenheim, de nacionalidad francesa, actuaba a comienzos de los años 90 del pasado siglo en un espectáculo denominado “lanzamiento de enanos” que tenía lugar normalmente en discotecas, y que consistía en lanzar a personas de extremadamente baja estatura, enanos, convenientemente vestidos para protegerlos, contra muros acolchados. Obviamente, con el consentimiento de las personas que protagonizaban tales atracciones. Los municipios franceses de Morsang-sur-Orge y de Aix-en-Provence prohibieron dichos espectáculos. El afectado señor Wackenheim recurrió a los Tribunales que le dieron la razón, pero los municipios apelaron ante el Consejo de Estado francés, que resolvió a su favor, básicamente con este argumento: «Le Conseil d'État a jugé que le respect de la dignité de la personne humaine est une composante de l'ordre public. Par conséquent, l'autorité investie du pouvoir de police municipale peut interdire une attraction qui y porte atteinte, même en l'absence de circonstances locales particulières, en faisant usage de son pouvoir de police générale»².

Dado que estoy de acuerdo con esta decisión del Consejo de Estado galo, es obvio que discrepo de algunos de las tesis centrales del libro de Giorgio. Trataré de mostrar mi desacuerdo de un modo algo indirecto, prestando atención a algunos aspectos que creo que pueden arrojar algunas dudas sobre los argumentos del libro. En concreto me referiré a tres de ellos, a los que dedicaré las secciones tercera, cuarta y quinta, respectivamente: a la distinción hohfeldiana, habitual en teoría del derecho y crucial –según creo– para esta cuestión, entre tener un derecho como una *liberty*, que sólo significa que una acción no está prohibida, pero no genera deberes para terceros, ni deberes de impedir realizarla ni deberes de facilitar su obtención, y un derecho como un *claim*, que sí genera estos deberes para terceros; a una atención especial hacia el argumento de la *pendiente resbaladiza* (*slippery slope*), muy presente en el libro contra el paternalismo, pero tal vez sin advertir que dicho argumento tiene un efecto bumerán y, por último, lo más relevante, que Giorgio tiene una concepción *pelagiana* de la naturaleza humana que yo, con Agustín de Hipona, considero rechazable. Antes de ello, sin embargo, en la segunda sección, introduciré algunas cuestiones conceptuales tendentes a distinguir entre el paternalismo justificado y el no justificado.

2. A vueltas con la definición de paternalismo

Mi primer contacto con la cuestión del paternalismo tuvo lugar en la primavera de 1987, en las primeras Jornadas de Filosofía práctica, organizadas por Jorge Malem en Barcelona (y que después siguieron durante una década en Tossa de Mar), cuando era todavía un estudiante de doctorado. Después las ponencias presentadas fueron publicadas en 1988 en la revista *Doxa*.³ Atienza, en su intervención en este debate, puso de manifiesto algo que me parece relevante

² *Conseil d'Etat, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orange et Ville d'Aix-en-Provence.* <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-27-octobre-1995-commune-de-morsang-sur-orge-et-ville-d-aix-en-provence>. Véase también, con especial hincapié en la relevancia de la dignidad para este caso, GÓMEZ MONTORO 2017. Además, la decisión del Consejo de Estado fue ratificada por el Comité de derechos humanos de Naciones Unidas en 1999, Manuel Wackenheim v. France, Comunicación No. 854/1999, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/854/1999 (2002). <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/854-1999.html>.

³ Las sesiones se abrieron con la ponencia de Ernesto GARZÓN VALDÉS (1988a, a la que hay que añadir 1988b), y contaron con las intervenciones de Paulette DIETERLEN (1988a, 1988b), Victoria CAMPS (1988a, 1988b), Manuel ATIENZA (1988), Eligio RESTA (1988) y Javier DE LUCAS (1988). Después, en España, este debate dio lugar al menos a dos tesis doctorales, publicadas como libros: Guillermo DÍAZ PINTOS (1993) y Macario ALEMANY (2006), en ALEMANY 2005 y ALEMANY 2017 se hallarán dos presentaciones muy perspicuas, cuya posición comparto.

también para evaluar las tesis del libro de Maniaci⁴. Se trata de que, en la literatura pertinente, a menudo se suele usar el término ‘paternalismo’ con un matiz peyorativo, y entonces se concluye que el paternalismo nunca está justificado, impidiendo de este modo discernir entre medidas de paternalismo *justificado* (como la mayoría consideramos los casos, por ejemplo, de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo) y medidas de paternalismo *injustificado* (como por ejemplo sería, al menos para la mayoría, la censura y prohibición de leer determinados libros a las personas adultas). Creo que algo de esto sucede con la propuesta de Maniaci.

Maniaci (p. 2) define así el paternalismo jurídico⁵:

«Possiamo denominare *paternalismo giuridico* la concezione etico-politica in base alla quale lo Stato, o un soggetto autorizzato dallo Stato, ha il diritto di usare la coercizione, contro la volontà di un individuo adulto, anche qualora le sue scelte siano, ad esempio, sufficientemente coerenti, basate sulla conoscenza dei fatti rilevanti e libere di coazione, al fine, esclusivo e principale, di tutelare (quelli che vengono considerati) i suoi interessi, ovvero (ciò che viene qualificato come) il suo bene; in particolare al fine di evitare che questi, tramite un’azione o un’omissione, cagioni, o rischi, o tenti in modo significativo di cagionare, a sé stesso (ciò che viene considerato) un danno ad esempio fisico, psicofisico, economico».

Y esta es la definición de Atienza de paternalismo éticamente justificado⁶:

«Una conducta o una norma paternalista está justificada éticamente si y sólo si:

- a) está realmente encaminada hacia la consecución del bien objetivo de una persona o una colectividad,
- b) los individuos o la colectividad a quien se aplica o destine la medida no pueden prestar su consentimiento por poseer algún tipo de incapacidad básica –transitoria o no–, y
- c) se puede presumir racionalmente, que estos prestarían su consentimiento si no estuvieran en la situación indicada en b) y (por tanto) conocieran cuál es realmente su bien».

Ahora vemos claro que, para muchos autores⁷, las medidas coactivas dirigidas a evitar que determinadas personas se causen un daño a sí mismas, cuando estas personas son *incompetentes básicos* están justificadas. Y esta parece ser también la posición de Maniaci. Por ejemplo, Maniaci (p. 21) sostiene que si una persona, que vive en una sociedad donde está permitida la comercialización de los órganos entre personas vivas, decide enajenar uno de sus riñones para pagar la operación de corazón que precisa su hijo, y que él no puede permitirse, entonces esta decisión está *viciada*, está tomada bajo circunstancias que anulan su consentimiento. Maniaci añade (p. 21):

«La controprova è semplice. Immaginiamo di offrire a Tizio una casa gratuita in un complesso di edilizia residenziale pubblica (che gli consentirebbe di risparmiare il denaro speso per pagare il canone di locazione) e l’assistenza sanitaria gratuita per i suoi figli. Avendo, adesso, più opzioni a disposizione cosa farebbe Tizio? Quale sarebbe la sua volontà? Quella, probabilmente, ‘rebus sic stantibus’, di non alienare più il rene».

⁴ ATIENZA 1988.

⁵ MANIACI 2012, 2. Como él mismo nos advierte esta definición sigue de cerca las propuestas de los autores más relevantes sobre la cuestión: Gerald DWORKIN (1983), Joel FEINBERG (1983), por ejemplo.

⁶ ATIENZA 1988, 209. GARZÓN VALDÉS (1988b) acepta esta definición de ATIENZA con la matización de que, en su enfoque, no se debe hablar de “la consecución de un bien” sino de la “evitación de un daño”; se trata de una relevante diferencia, pero sin consecuencias para lo que aquí deseo mostrar.

⁷ Por todos, GARZÓN VALDÉS 1988a.

Y, parece, por lo tanto, hay razones para declarar ilícito un mercado de riñones. Se trata, de acuerdo con Atienza, de un caso de paternalismo éticamente justificado. Sin embargo, para Maniaci, se trata de un caso de intervención que no es realmente *paternalista*. Algo semejante, aunque su análisis nos llevaría más lejos de lo que aquí puedo permitirme, sucede con cuatro casos que ocupan todo su capítulo tercero y último. Casos de prohibiciones de comportamientos que Maniaci no considera casos de auténtico paternalismo, son los siguientes: 1) los contratos de esclavitud, 2) la transmisión de la titularidad de los derechos fundamentales, 3) la violencia sobre las mujeres y 4) los espectáculos que pueden causar la muerte de sus participantes, como la lucha de gladiadores o el juego de la ruleta rusa.

Pero entonces, me temo, esta es una discusión de palabras, de cómo ha de ser usado el término “paternalismo”. Para Maniaci los casos que para Atienza son supuestos de paternalismo justificado, no son realmente supuestos de paternalismo⁸. Pero no debemos discutir de palabras, debemos evitar las disputas verbales⁹. Esta no es la cuestión relevante, la única cuestión relevante es la de disponer de una noción clara de *incompetente básico*, porque sólo a los incompetentes básicos se les puede imponer medidas paternalistas de modo justificado. Y sobre ello es, me temo, sobre lo que versan nuestras discrepancias.

3. *El caso de la eutanasia: claims and liberties*

En el capítulo segundo, Giorgio dedica unas veinte páginas (pp. 56-75) a analizar, siempre con el caso de la eutanasia en mente, lo que denomina el argumento del “piano inclinato o della strage degli innocenti”. De un aspecto del argumento *slippery slope*, el argumento de la pendiente resbaladiza, he de ocuparme en la siguiente sección, con el fin de mostrar algunas cuestiones relevantes para el libro. En estas páginas Giorgio trata de mostrar que hay varias falacias en el argumento contra la legalización de la eutanasia y el suicidio asistido consistente en que dicha legalización conllevaría que dichas técnicas se usen masivamente contra personas de edad avanzada o, en cualquier caso, con sus capacidades mentales o físicas reducidas, sin su consentimiento¹⁰. Creo que lleva razón en mucho de lo que dice. Sin embargo, creo que imagina que frente a la eutanasia y el suicidio asistido sólo cabe una posición paternalista, que lo prohíbe penalmente, y otra antipaternalista, que lo despenaliza. Pero esta es una posición que simplifica, según creo, el debate. Caben muchas posiciones respecto de este asunto. Desde una muy prohibicionista, que castiga penalmente (como en algunas legislaciones tradicionales) la tentativa de suicidio hasta una muy permisiva, que considera que ha de haber un derecho de todas las personas adultas, mediando un consentimiento serio y estable, a ser asistidas

⁸ Normalmente los autores ofrecen una definición amplia de paternalismo que incluye tanto los casos justificados como los injustificados. Paradigmáticamente DWORKIN 2020: «Paternalism is the interference of a state or an individual with another person, against their will, and defended or motivated by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm». Esto deja muchas cuestiones conceptuales en el aire, una relevante es analizada recientemente por ENOCH (2016), referida al status de las creencias acerca de la incompetencia básica de algunas personas. Aquí no puedo ocuparme de ella.

⁹ Establecer cuándo una disputa filosóficamente es meramente verbal es una cuestión, a veces, intrincada. No puedo detenerme aquí en ello. Véase, por ejemplo, CHALMERS 2011.

¹⁰ Por cierto, un argumento crucial en las famosas decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazando reconocer un derecho constitucional a la eutanasia se encuentra en: *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997) y *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997). Así es como rechazan, en buena medida, los afinados argumentos a favor de dicho reconocimiento de un famoso informe *Amicus curia* redactado por seis de los más influyentes filósofos morales estadounidenses: Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Timothy Scanlon y Judith Jarvis Thomson (DWORKIN et al. 1997).

médicamente para morir¹¹. Y entre estas posiciones, caben muchas posiciones intermedias. Creo que podemos aprender algo de esta discusión¹².

En primer lugar, como, escribiendo sobre esta cuestión, nos recuerda oportunamente L.W. Sumner, «no es inconsistente considerar que alguna práctica es moralmente impermissible, pero debe ser jurídicamente permitida»¹³, y también, como él añade, «que tampoco es inconsistente pensar que alguna práctica es moralmente permisible, pero no debe ser jurídicamente permitida»¹⁴. El primer tipo de casos es más obvio: por ejemplo, aunque tenemos el deber moral de ayudar a nuestros amigos cuando lo necesitan, convertir tal deber en un deber jurídico sería implausible y socavaría, además, la práctica de la amistad, tal como la concebimos. Pero también hay casos del segundo tipo. Por ejemplo, tal vez es moralmente permisible cambiar de dirección en una carretera, porque llego tarde a una cita, si la carretera tiene perfecta visibilidad y es obvio que no hay nadie en las cercanías, pero dicho comportamiento no puede convertirse en institucionalmente, jurídicamente, permitido, porque no hay modo razonable de agrupar estos casos en una excepción que no produzca peores consecuencias.

En segundo lugar, sin embargo, afortunadamente, los derechos institucionales pueden concebirse con alcances diversos. El más reconocido de los enfoques sobre los diversos sentidos que la expresión ‘derecho’ tiene en el ámbito jurídico y, en general, en el ámbito práctico, es el de W.N. Hohfeld¹⁵. Hohfeld distingue cuatro sentidos diferentes de la expresión ‘derecho’: derecho como *libertad* (‘liberty-right’ o también ‘privilege-right’), como *pretensión* (claim-right), como *potestad* (‘power-right’) y como *inmunidad* (‘immunity-right’). Aquí nos interesan los dos primeros. En el primer sentido, en el sentido de derecho como libertad, ‘tener derecho a X’ significa algo como ‘hacer X no está prohibido’. En este sentido, por ejemplo, yo tengo el derecho como libertad a ir a cenar al *Celler de Can Roca* de Girona. Tengo dicho derecho porque no hay norma alguna que me lo prohíba, ahora bien, este derecho puede ser frustrado porque cuando trato de ir (como sucede a muchos a menudo) me dicen que no hay sitio ese día. En cambio, el segundo sentido de derecho, el derecho como una pretensión, comporta no sólo que me está permitido hacerlo, sino que los demás tienen el deber de no impedírmelo y, si se trata de una obligación a obtener algún servicio, que alguien tiene el deber de proporcionármelo. En este sentido, los derechos son correlativos a deberes. Así mi derecho a expresar mis ideas comporta que nadie puede impedírmelo y mi derecho a percibir mi salario que mi empleador tiene el deber de pagármelo.

Pues bien creo que esta idea puede guiarnos adecuadamente para distinguir los casos del suicidio y del auxilio ejecutivo a cometerlo. Es sensato conceder un derecho como libertad a suicidarse, en el sentido de no penar los comportamientos de tentativa de suicidio, aun si pensamos que moralmente el suicidio es un comportamiento incorrecto. Tiene sentido dado que otras razones también tienen peso: las circunstancias que llevan a las personas a cometer suicidio hacen que la amenaza de la pena no actúe con ellos del modo adecuado y, por lo tanto, es inútil sumar más sufrimiento al sufrimiento del suicida. Sin embargo, concebido como libertad, este derecho no comporta ningún deber para terceros y es, en este sentido, compatible tanto con penar el auxilio ejecutivo al suicidio cuanto con no prohibir a los que tratan de impedir que alguien se suicide. Esta es la regulación adecuada, en mi opinión, para los casos de auxilio ejecutivo al suicidio no eutanásico. Aunque, es cierto, podrían considerarse en los casos de auxilio al suicidio no eutanásicos atenuantes cualificadas, que disminuyeran la sanción penal al

¹¹ Una posición adoptada por el Tribunal Constitucional de la República federal alemana en una decisión reciente: BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020- 2 BvR 2347/15 -, Rn. 1-343. http://www.bverfg.de/e/rs20200226_2bvr234715.html.

¹² Uso aquí algunas ideas ya presentadas en MORESO 2021.

¹³ SUMNER 2011, 20.

¹⁴ SUMNER 2011, 21.

¹⁵ HOFELD 1919.

mínimo. Sin embargo, considero razonable que el derecho penal califique como antijurídica, en algún modo, dicha conducta.

En las circunstancias de la eutanasia, por el contrario, hay razones para conceder a las personas un derecho como pretensión, un *claim*, un derecho que comporta el deber de proporcionarles un auxilio médico para que lleven a cabo sus propósitos. Un derecho, ha de ser obvio, compatible con la objeción de conciencia individual de aquellos profesionales que verían contrariadas sus convicciones más profundas si se les obligara a ello.

Mi posición personal es, por lo tanto, que una concepción adecuada de la dignidad humana funda un derecho como *claim* a una muerte médicamente asistida, con el consentimiento de los afectados, a las personas que padecen una enfermedad incurable o bien terminal o bien gravemente invalidante. En cambio, para los casos no eutanásicos, la dignidad humana sólo funda un derecho como *liberty*, es decir, la tentativa al suicidio debe estar despenalizada. Lo que es compatible, y en mi opinión requiere una concepción adecuada de la dignidad, con la punición del auxilio ejecutivo al suicidio en tales casos, a menudo con las atenuantes adecuadas.

Obviamente, no es este el lugar para discutir esta intrincada cuestión, mi intención es sólo poner de manifiesto, porque creo que dicho punto de vista está ausente en el libro de Giorgio, que en estas cuestiones complejas las posiciones posibles no son sólo dos, sino que hay un espectro de ellas y que hay que afinar y detallar los argumentos con cuidado para adoptar la más conveniente.

4. *Slippery Slope*: Tu quoque

En esta sección quiero mostrar algo más ortogonal, menos relacionado con las razones para adoptar una posición determinada en el debate sobre el paternalismo. A menudo, como en el caso de la eutanasia, Giorgio responde a las objeciones de los defensores de medidas paternalistas, tratando de detener la pendiente en algún lugar, tratando de mostrar, por ejemplo, que la legalización de la eutanasia no ha de comportar la consecuencia *horrible* de la masacre de muchos inocentes.

El problema que quiero señalar aquí es que el propio Maniaci usa a menudo el argumento de la pendiente resbaladiza para contestar los argumentos de los defensores del paternalismo. A menudo, los autores contrarios a la legalización de la eutanasia argumentan que autorizar la eutanasia es contrario a la dignidad humana. Y esta es una de las respuestas del autor a dicha idea (pp. 132-133):

«Innanzitutto, si tratta di un argomento che si presta facilmente ad essere utilizzato per giustificare politiche paternaliste, se non peggio autoritarie, soprattutto nel dibattito bioetico. Basta affermare, infatti, che lo svolgimento di determinate attività (praticare il sesso orale, abortire, consumare pornografia, usare anticoncezionali) va proibito perché indegno. Come dice Jorion, “possiamo chiederci in quale misura avrebbe potuto essere rimproverato a Picasso, Schiele, Bacon di attentare, nella loro rappresentazione dell’essere umano, alla sua dignità”».

Pero esta es una instancia prístina del argumento *slippery slope*.

Lo que me lleva a considerar que un análisis más paciente del argumento es necesario. Hay un breve y precioso texto de Bernard Williams al respecto que nos puede ser de ayuda¹⁶. Williams distingue entre dos tipos de argumentos *slippery slope*, los argumentos del resultado *horrible* y los argumentos del resultado *arbitrario*¹⁷. Los primeros, por así decirlo, impugnan la

¹⁶ WILLIAMS 1995.

¹⁷ WILLIAMS 1995, 213.

conclusión que se halla al fondo del argumento, los segundos impugnan la pendiente. Un caso de los primeros puede ser precisamente el argumento de que legalizar la eutanasia terminará con la masacre de muchos inocentes. Un caso del segundo, para seguir con la eutanasia, podría ser que la exigencia de la ley reciente española en su art. 5.1.c) según la cual el que solicita la ayuda para morir debe: «Haber formulado dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito, o por otro medio que permita dejar constancia, y que no sea el resultado de ninguna presión externa, dejando una separación de al menos quince días naturales entre ambas»¹⁸. ¿Por qué quince días? No podrían ser veinte o treinta o...

Los argumentos *slippery slope* suelen ser instancias de argumentos *sorites*¹⁹. Y como en los argumentos *sorites*, la solución no reside en rechazar la primera premisa, que acostumbra a ser claramente verdadera (algo como, por ejemplo, “Bill Gates es rico”), ni tampoco rechazar todas las instancias de la segunda premisa, a veces denominada el *principio de tolerancia* (por ejemplo, “si un rico pierde un euro, sigue siendo rico”). Se trata de mostrar, de un modo u otro (hay muchas estrategias en la filosofía del lenguaje contemporánea)²⁰, que no todas las instancias de la segunda premisa son verdaderas. Algunas veces, y esto es muy importante en el derecho, la forma de falsar la segunda premisa será arbitraria, por ejemplo, poniendo la mayoría de edad a los 18 años o la prohibición de circular a más de 120 km/h en las autopistas, pero esta es una arbitrariedad benéfica, por decirlo así, con cierto aire de paradoja, una *arbitrariedad justificada*.

Creo que el libro de Maniaci, y muchos de sus argumentos con ello, se habría beneficiado de un análisis más pausado de la naturaleza y el alcance del argumento de la pendiente resbaladiza.

5. El pelagianismo de Maniaci

Esta sección contiene mi mayor objeción al libro de Maniaci, puesto que lo dicho hasta aquí sólo pretende analizar, por así decirlo, el marco de los argumentos del autor, aquí me voy a ocupar del lienzo. De lo que diré aquí estoy menos seguro, es mucho más tentativo. Se trata de una mera conjetura.

La conjetura descansa en la idea siguiente: creo que el debate sobre el paternalismo y su justificación es, en su nervio principal, un debate acerca de cuándo estamos justificados para decir que una persona es un *incompetente básico*, cuándo podemos afirmar que el consentimiento de una persona está *viciado*. Y la conjetura, entonces, consiste en sostener que en el debate hay dos concepciones de la naturaleza humana. La primera considera que los seres humanos, habitualmente, cuando obramos somos racionales, en el sentido de que lo hacemos con un conjunto coherente de creencias, con la información necesaria, con los fines que perseguimos bien determinados, que conocemos los medios para alcanzar dichos fines y que no estamos bajo coacción ni amenaza, ni obramos como consecuencia psicológica de la compulsión y la debilidad de la voluntad. Es una concepción *optimista* de la naturaleza humana, que atribuiré a Pelagio (y a sus seguidores, como Julián de Eclana), aquel monje procedente de la Britania romana, que a comienzos del siglo V de nuestra era recibieron la crítica amarga de Agustín de Hipona, que consiguió al final que sus ideas fueran declaradas heréticas por la Iglesia Católica. La segunda, que como ya se comprende atribuiré a Agustín de Hipona, es más *pesimista*: piensa que hay una jactancia excesiva en dicha posición, como lo dice Agustín en el texto que abre esta contribución, que de hecho la naturaleza humana está “vulnerada, herida, desgarrada, arruinada...”.

No es, deseo aclararlo, que sea partidario de la teología de Agustín. Tomo esta idea con independencia de las ideas de Agustín acerca de la gracia divina, la predestinación y el pecado

¹⁸ Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

¹⁹ He defendido esta posición en MORESO (2015).

²⁰ Vd. MORESO 2015.

original, ideas –dicho sea de paso–, que no veo cómo podamos aceptar racionalmente. Pero creo que el obispo de Hipona, con su experiencia personal, había comprendido algo muy relevante acerca de la naturaleza humana²¹.

Estas ideas están presentes en la literatura actual en filosofía política. Por ejemplo, en 2009, Thomas Nagel editó lo que había sido, en 1942, la tesis de grado del joven John Rawls en la Universidad de Princeton, a ella añadió un texto inédito de Rawls, de 1997, poco antes de morir, ‘On My Religion’²². En este último texto Rawls explica cómo en Princeton tuvo una gran cercanía con la religión, incluso considerando ingresar en un seminario para convertirse en pastor episcopaliano. Entonces fue llamado a filas y luchó con el ejército norteamericano en la Segunda Guerra Mundial, en su enfrentamiento con Japón, en las Filipinas. Y, hacia 1945, abandonó sus creencias religiosas como consecuencia, nos cuenta, de tres hechos que le afectaron profundamente²³: el sermón de un pastor anglicano que les decía que Dios acompañaba las balas de los americanos y detenía las de los japoneses, la muerte de uno de sus mejores amigos, que se había presentado voluntario con él para una misión doble, uno debía participar en una acción de vigilancia de los japoneses, el otro debía dar sangre para un herido, el azar hizo que la sangre compatible fuese la de Rawls, y su amigo murió en la misión y, lo más importante dice, el conocimiento –que hasta entonces ignoraba totalmente– de las monstruosidades del Holocausto de los judíos a manos de los nazis. Pues bien, Rawls en su tesis criticaba fuertemente la posición de Pelagio acerca de que podemos alcanzar la salvación sólo por el mérito²⁴. Entonces lo defendía por razones teológicas, por ejemplo: «There is no merit before God. Nor should there be merit before Him. True community does not count the merits of its members. Merit is a concept rooted in sin, and well disposed of»²⁵. Pero hay otros pasajes en los que Rawls prefigura lo que será un aspecto fundamental de su teoría de la justicia, por ejemplo²⁶:

«The human person, once perceiving that the Revelation of the Word is a condemnation of the self, casts away all thoughts of his own merit...The more he examines his life, the more he looks into himself with complete honesty, the more clearly he perceives that what he has is a gift. Suppose he was an upright man in the eyes of society, then he will now say to himself: “So you were an educated man, yes, but who paid for your education; so you were a good man and upright, yes, but who taught you your good manners and so provided you with good fortune that you did not need to steal; so you were a man of a loving disposition and not like the hard-hearted, yes, but who raised you in a good family, who showed you care and affection when you were young so that you would grow up to appreciate kindness—must you not admit that what you have, you have received? Then be thankful and cease your boasting».

Como bien dicen Joshua Cohen y Thomas Nagel en la introducción a este libro de Rawls: «This brings us to a particularly striking continuity between the thesis and Rawls’s later views: the rejection of merit. One of the most famous and controversial claims of *A Theory of Justice* is that a just social order should not aim to distribute benefits according to desert. Rawls is concerned there not to reject the idea of moral worth of merit entirely, but to deny its suitability as a basis for determining distributive shares, or any of the other entitlements of persons in a well-ordered society»²⁷.

²¹ La idea se me ocurrió leyendo la magnífica y canónica biografía de Agustín de Hipona, BROWN 2000.

²² RAWLS 2009.

²³ RAWLS 2009, 262-263.

²⁴ RAWLS 2009, 170-174, 229-230.

²⁵ RAWLS 2009, 241.

²⁶ RAWLS 2009, 240.

²⁷ COHEN, NAGEL 2019, 18.

Rawls considera que el mérito no ha de ser la medida de la justicia, de la distribución de los bienes, porque nuestros talentos y capacidades son fruto de la lotería natural, y por dicha razón han de ser comprendidos como “common assets”²⁸. En la teoría madura de Rawls ya no es la gracia divina la que viene a remediar esta naturaleza humana más dolorida, sino precisamente el hecho de compartir un proyecto en común bajo los principios de la justicia; es en este contexto en donde podemos desarrollar nuestra racionalidad y nuestra autonomía. Y, por lo tanto, la justicia como equidad debe proporcionar a todos el acceso a los bienes primarios, en especial, al bien primario del autorrespeto. Por dicha razón, según creo, se deben prohibir los espectáculos como el lanzamiento de enanos antes comentado. O, aunque esta es una cuestión mucho más controvertida, se puede prohibir la prostitución (castigando, como se hace en algunos países, a los clientes y no a aquellas personas que ejercen la prostitución, que son las víctimas). Si hay razones para considerar que el ejercicio de la prostitución lamina el autorrespeto de las personas que la practican, que daña su afectividad de un modo irreparable, que en la inmensa mayoría de ocasiones fue elegida por la ausencia de alternativas dignas al alcance de las personas afectadas (este es el argumento para descartar como censurable la prohibición de la venta de riñones que usa Maniaci, p. 21), y si hay razones para creer que la prohibición no causará mayores daños a las personas que ejercen la prostitución que su permisión, entonces creo que hay buenas razones para excluir esta práctica en una sociedad bien ordenada.

También Michael Sandel ha criticado recientemente con fuerza una concepción de la sociedad fundada en el mérito y ha subrayado los orígenes pelagianos de esta concepción de la naturaleza humana²⁹. Hay también, sin embargo, quienes consideran que la doctrina del liberalismo político se aviene más con la concepción de Pelagio y son, por lo tanto, más *liberistas*, y piensan que Rawls, conscientemente, traiciona este legado³⁰. Mis simpatías están con Rawls y, me temo, con Agustín de Hipona. Pero un análisis detallado de todo ello deberá aguardar otra ocasión.

Baste decir aquí que me parece que una concepción *agustiniana* o *rawlsiana* de la naturaleza humana, una concepción que insista en la *fragilidad* y la *vulnerabilidad* de los seres humanos (algo a veces reconocido por Giorgio, por ejemplo, p. 100), ha de permitir un espacio para algunas medidas paternalistas justificadas, que permitan que las personas puedan participar en condiciones de igual libertad en los asuntos comunes y que eviten que pongan en riesgo aquello que posibilita dicha participación. Es obvio que, también, hay que prestar atención a no imponer medidas por razones *perfeccionistas*, algo que no puede ignorarse en este debate. Tal vez por ello, y con esta sugerencia termino, instrumentos que las autoridades pueden usar, pero que no son coactivos³¹, como los incentivos que hacen más sobresalientes determinados cursos de acción que otros, sean –cuando son posibles– más aptos para alcanzar los fines que a veces persiguen las medidas paternalistas, son los famosos *nudges*³². Pensemos en un ejemplo paradigmático: para conseguir que los estudiantes de una universidad se alimenten más saludablemente, se colocan en la cafetería los platos más saludables en la estantería a la altura de los ojos de los estudiantes, los otros platos se sitúan en estanterías menos accesibles. Aún en estos casos, habrá que estar atentos a que dichos *nudges* se establezcan de manera pública y transparente, y que no consigan sus fines mediante la manipulación³³.

²⁸ Vd. RAWLS 1971, sec. 48 y RAWLS 2001, 72-73.

²⁹ SANDEL 2020.

³⁰ NELSON 2019, por ejemplo.

³¹ Vd. ALEMANY 2017.

³² THALER, SUNSTEIN 2008.

³³ DWORKIN 2020.

Referencias bibliográficas

- ALEMANY M. 2005. *El concepto y la justificación del paternalismo*, en «Doxa», 28, 26 ss.
- ALEMANY M. 2006. *El paternalismo jurídico*, Iustel.
- ALEMANY M. 2017. *Paternalismo*, en «Eunomía», 12, abril-septiembre 2017, 199 ss.
- ATIENZA M. 1988. *Discutamos sobre paternalismo*, en «Doxa», 5, 203 ss.
- AUGUSTINUS HIPPONENSIS. 413-417. *De natura et gratia*. S. Aurelii Augustini Opera Omnia: Patrologiae Latinae. Disponible en: http://www.augustinus.it/latino/natura_grazia/index.htm.
- BROWN P. 2000. *Augustine of Hippo. A Biography*. A New Edition with an Epilogue, University of California Press.
- CAMPS V. 1988a. *Paternalismo y bien común*, en «Doxa», 5, 195 ss.
- CAMPS V. 1988b. *Sigamos discutiend*, en «Doxa», 5, 223 ss.
- CHALMERS D. 2011. *Verbal Dispute*, en «Philosophical Review», 120, 515 ss.
- COHEN J., NAGEL T. 2009. *Introduction*, en RAWLS J. (2009), 1 ss.
- DÍAZ PINTOS G. 1993. *Autonomía y paternalismo*, Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- DIETERLEN P. 1988a. *Paternalismo y Estado del bienestar*, en «Doxa», 5, 175 ss.
- DIETERLEN P. 1988b. *Respuesta a M. Atienza*, en «Doxa», 5, 221 s.
- DWORKIN G. 1983. *Paternalism*, en SARTORIUS R. (ed.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, 19 ss.
- DWORKIN G. 2020. *Paternalism*. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2020 Edition), Zalta E.N. (ed.). Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/paternalism/>.
- DWORKIN R. et al. 1997. *Assisted Suicide: The Philosophers' Brief*, en «New York Review of Books», March 27 1997.
- ENOCH D. 2016. *What's Wrong with Paternalism: Autonomy, Belief and Action*, en «Proceedings of Aristotelian Society», CXVI, 21 ss.
- FEINBERG J. 1983. *Legal Paternalism*, en SARTORIUS R. (ed.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, 3 ss.
- GARZÓN VALDÉS E. 1988a. *Es éticamente justificable el paternalismo jurídico*, en «Doxa», 5, 155 ss.
- GARZÓN VALDÉS E. 1988b. *Sigamos discutiendo sobre el paternalismo*, en «Doxa», 5, 215 ss.
- GÓMEZ MONTORO Á. 2017. *Dignidad, autonomía y derechos humanos*, en «Nuestro tiempo. Revista cultural y de cuestiones actuales», 696, octubre-diciembre 2017.
- HOHFELD W.N. 1919. *Fundamental Legal Conception*, Yale University Press.
- LUCAS J. DE 1988. *Sobre el origen de la justificación paternalista del poder en la antigüedad clásica*, en «Doxa», 5, 243 ss.
- MANIACI G. 2012. *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli.
- MANIACI G. 2020. *Contra el paternalismo jurídico*, trad. de M. Maldonado, Marcial Pons.
- MORESO J.J. 2015. *The Uses of Slippery Slope Argument*, en BUSTAMANTE T., DAHLMAN C. (eds.). *Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation*, Springer, 53 ss.
- MORESO J.J. 2021. *Dignidad humana: eutanasia y auxilio ejecutivo al suicidio*, en TOMÁS-VALIENTE LANUZA C. (ed.). *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, 76 ss.

- NELSON E. 2019. *The Theology of Liberalism: Political Philosophy and the Justice of God*, Harvard University Press.
- RAWLS J. 1971. *A Theory of Justice*, Harvard University Press.
- RAWLS J. 2001. *Justice as Fairness: A Restatement*, Harvard University Press.
- RAWLS J. 2009. *A Brief Inquiry into the Meaning of Sin and Faith, with 'On my Religion'*. Ed by T. Nagel, Harvard University Press.
- RESTA E. 1988. *Metáfora del contrato*, en «Doxa», 5, 227 ss.
- SANDEL M. 2020. *The Tyranny of Merit: What's Become of the Common Good?*, Farrar, Straus and Giroux.
- SUMNER L.W. 2011. *Assisted Death: A Study in Ethics and Law*, Oxford University Press.
- THALER R.H., SUNSTEIN, C.R. 2008. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press.
- WILLIAMS B. 1995. *Which slopes are slippery?*, en ID., *Making sense of humanity and other philosophical papers*, Cambridge University Press, 213 ss.

IL PATERNALISMO
GIURIDICO TRA
PRINCIPIO DEL DANNO
E MORALISMO
GIURIDICO

ALCUNE RIFLESSIONI
A PARTIRE DAL LIBRO
DI GIORGIO MANIACI

ALESSANDRO SPENA



Il paternalismo giuridico tra principio del danno e moralismo giuridico Alcune riflessioni a partire dal libro di Giorgio Maniaci

Legal Paternalism Between Harm Principle and Legal Moralism Some Reflections Starting from Giorgio Maniaci's Book

ALESSANDRO SPENA

Università degli Studi di Palermo.
E-mail: alessandro.spena@unipa.it

ABSTRACT

Nell'articolo si sostiene che il paternalismo giuridico non costituisce un autonomo principio di criminalizzazione. A tal fine, si analizza il ruolo dell'immoralità dell'atto nel funzionamento dei tre principi di criminalizzazione del moralismo giuridico, del principio del danno e del paternalismo giuridico: la tesi è che, al di là delle apparenze, tutti e tre questi principi suppongano che l'immoralità dell'atto costituisca l'oggetto intenzionale di una criminalizzazione legittima. Questa tesi è sostenuta, dapprima, con riferimento specifico al principio del danno, del quale si prospettano diversi possibili tipi di moralizzazione, e poi, più diffusamente, con riferimento al paternalismo giuridico; nel farlo, si mostra, facendo leva sulla ricostruzione critica effettuata da Giorgio Maniaci nel suo libro, che tutti i possibili argomenti a sostegno del paternalismo giuridico non sono, in effetti, che variazioni sul principio del danno o argomenti meramente e direttamente moralistici.

The article argues that legal paternalism does not constitute an autonomous principle of criminalisation. To this end, the article analyses the role of the immorality of the act in the functioning of the three principles of criminalisation of legal moralism, harm principle, and legal paternalism: the thesis is that, beyond appearances, all three of these principles assume that the immorality of the act constitutes the intentional object of legitimate criminalisation. This thesis is argued, firstly, with specific reference to the harm principle, of which various possible types of moralisation are envisaged, and then, more widely, with reference to legal paternalism. In doing so, it is shown, relying on the critical reconstruction carried out by Giorgio Maniaci in his book, that all the possible arguments in support of legal paternalism are in fact nothing more than variations on the harm principle or merely and directly moralistic arguments.

KEYWORDS

paternalismo giuridico, moralismo giuridico, principio del danno

Legal paternalism, Legal Moralism, Harm Principle

Il paternalismo giuridico tra principio del danno e moralismo giuridico

Alcune riflessioni a partire dal libro di Giorgio Maniaci

ALESSANDRO SPENA

1. *Il paternalismo giuridico non esiste* – 2. *Quale paternalismo?* – 3. *Moralismo giuridico e legittimazione della criminalizzazione* – 4. *Moralismo e danno* – 5. *Moralismo giuridico e paternalismo giuridico* – 5.1. *Immoralità dell'atto e paternalismo indiretto* – 5.2. *Immoralità dell'atto e paternalismo diretto* – 5.2.1. *Il paternalismo diretto come forma del principio del danno?* – 5.2.2. *Il paternalismo diretto come forma di moralismo giuridico* – 6. *Conclusioni*.

1. *Il paternalismo giuridico non esiste*

L'espressione "paternalismo giuridico" indica, secondo la definizione che ne dà Giorgio Maniaci nel suo libro *Contro il paternalismo giuridico*,

«la concezione etico-politica in base alla quale lo Stato, o un soggetto autorizzato dallo Stato, ha il diritto di usare la coercizione, contro la volontà di un individuo adulto, anche qualora le sue scelte siano, ad esempio, sufficientemente coerenti, basate sulla conoscenza dei fatti rilevanti e libere da coazione, al fine esclusivo o principale, di tutelare (quelli che vengono considerati) i suoi interessi, ovvero (ciò che viene qualificato come) il suo bene; in particolare al fine di evitare che questi, tramite un'azione o un'omissione, cagioni, o rischi, o tenti in modo significativo di cagionare, a sé stesso (ciò che viene considerato) un danno, ad esempio fisico, psicofisico, economico» (MANIACI 2012, 2).

Sono, pertanto, norme giuridiche paternalistiche quelle che autorizzano l'uso della coercizione – ad es., della sanzione penale (la quale, essendo io un penalista, da qui in avanti userò come riferimento paradigmatico del mio discorso) – contro il medesimo soggetto nel cui interesse, esclusivo o principale, esse sono poste, il cui bene esse, in via esclusiva o principale, mirano a tutelare; una norma giuridica può dirsi paternalistica se, e solo se, autorizza l'uso della forza per impedire a un soggetto di compiere un'azione o un'omissione per lui dannosa, allo scopo, esclusivo o prevalente, di fare il suo stesso bene, di evitare, cioè, che egli cagioni a sé un danno, si faccia del male.

Poiché, d'altra parte, le norme giuridiche in sé non hanno scopi, e ciò che chiamiamo "scopo della norma giuridica" è solo una possibile giustificazione della sua esistenza o applicazione, parlare di "norme giuridiche paternalistiche" è in realtà improprio, se si prende questa espressione alla lettera: con essa bisogna piuttosto riferirsi, come sottende chiaramente la definizione di Maniaci, ad una possibile giustificazione dell'esistenza e applicazione di una norma; in questo senso, non esistono norme giuridiche paternalistiche, ma soltanto giustificazioni paternalistiche di norme giuridiche, argomenti paternalistici, ragioni paternalistiche a sostegno dell'esistenza o dell'applicazione di questa o quella norma. A rigore, dunque, paternalismo *giuridico* non è paternalismo del diritto, ma paternalismo *sul, circa il diritto*, lettura paternalistica del diritto, chiave di lettura paternalistica di norme giuridiche.

Il problema posto dal paternalismo giuridico è se quelle paternalistiche siano buone ragioni a sostegno dell'esistenza o dell'applicazione di una norma giuridica, se queste siano adeguatamente giustificate mediante ricorso ad argomenti paternalistici: se il fatto che l'esistenza e

l'applicazione di una norma giuridica abbiano l'effetto di impedire a un soggetto di causare danno a sé stesso sia una buona ragione a loro sostegno¹.

Nel suo libro Maniaci sciorina una serie di contro-argomenti finalizzati a contestare il paternalismo giuridico, e a sostenere (quella che egli definisce) una concezione (moderatamente) anti-paternalistica, secondo la quale

«lo Stato, o un soggetto autorizzato dallo Stato, *non* ha il diritto di usare la coercizione contro la volontà di un individuo adulto al fine, esclusivo o principale, di evitare che questi, tramite un'azione o un'omissione, cagioni, o rischi, o tenti in modo significativo di cagionare a sé stesso (ciò che viene considerato) un danno, ad esempio fisico, psicofisico, economico (ledendo in questo modo il suo bene), se è certo o verosimile che la volontà di tale individuo adulto, volontà di compiere attività pericolose e/o dannose, si sia formata in modo razionale, e sia espressa da persona capace di intendere e volere, sia basata sulla conoscenza dei fatti rilevanti, sia stabile nel tempo e sufficientemente libera da pressioni coercitive» (MANIACI 2012, 3).

Nelle sue linee generali, io trovo questa tesi condivisibile, così come trovo convincenti molti degli argomenti addotti da Maniaci a suo sostegno. Non ho dunque obiezioni importanti da muovere al libro, a partire dalle quali intavolare un contraddittorio col suo autore. Sfrutterò, semmai, l'invito rivoltomi a partecipare a questa discussione per riprendere il filo di una riflessione sul paternalismo giuridico, che già alcuni anni orsono avevo avviato, proprio in occasione della presentazione dell'edizione italiana del libro di Maniaci (SPENA 2014), cercando di portare ad emersione un punto che si può così riassumere: *il paternalismo giuridico non esiste, come autonomo principio di criminalizzazione*; al di là delle apparenze o della retorica comunemente impiegata, la sostanza profonda di ciò che si presenta come paternalismo giuridico è in realtà costituita da altri principi di criminalizzazione, che rispondono a logiche diverse da quella paternalistica. L'idea del paternalismo giuridico è frutto di una estensione analogica e metaforica di un atteggiamento – quello del *pater*, del genitore nei confronti del figlio – che ha *ratio* e logica completamente diverse da quelle proprie del rapporto fra stato e cittadino o, più in generale, fra potere pubblico e soggetti che vi sono sottoposti. In epoche storiche meno affezionate all'autonomia dell'individuo di quanto non lo sia l'odierna, quell'idea può essere servita a legittimare – facendole sembrare bonarie, altruisticamente rivolte al bene del cittadino – misure limitative della libertà (il paternalismo come *liberty-limiting principle*²) che trovavano altrove il proprio fondamento; questo *fondamento altro* vorrei appunto far emergere, usando, nell'ultima parte, il libro di Maniaci come prezioso supporto tematico e argomentativo.

Come passaggio intermedio, mi soffermerò anche sugli altri principi di criminalizzazione, che mi paiono costituire la sostanza dissimulata del paternalismo giuridico. E questi sono, a seconda degli argomenti concretamente impiegati, il moralismo giuridico e il principio del danno. D'altronde, come cercherò di mostrare, il principio del danno è esso stesso ridicibile, almeno secondo una certa interpretazione (che a me pare la più plausibile), ad una forma speciale di moralismo giuridico. Quest'ultimo si staglierà, dunque, come l'orizzonte sul quale, esplicitamente o implicitamente, si muove sempre la legittimazione della criminalizzazione. Trarre le ulteriori conseguenze di un tale assunto, però, rimane fuori dalle ambizioni di questo contributo.

2. Quale paternalismo?

Prima di procedere oltre, è opportuna una precisazione. Il paternalismo al quale mi sto qui rife-

¹ Così, ad es., FEINBERG 1986, 4, presenta il paternalismo penale: «It is always a good and relevant (though not necessarily decisive) reason in support of a criminal prohibition that it will prevent harm (physical, psychological, or economic) to the actor himself».

² Sul concetto di *liberty-limiting principle*, v. FEINBERG 1984, 7 ss.

rendo è quello dispotico, meglio noto come duro (*hard paternalism*), non quello tutorio, detto anche moderato (*soft paternalism*). Paternalismo dispotico è, come discende dalla definizione citata in apertura, l'imporre a una persona matura e competente il suo stesso bene, evitando in particolare che essa procuri danno a sé stessa, senza tenere in alcun conto il suo volere contrario, per quanto questo volere si sia formato in maniera razionale, libera da pressioni coercitive, consapevole dei fatti rilevanti e stabile nel tempo (così Maniaci sintetizza le quattro condizioni della sufficiente autonomia di un soggetto: MANIACI 2012, 76 ss.); essere paternalisti, in questo senso, significa ritenere giusto costringere una persona a fare il proprio interesse, anche se questa, in maniera libera e consapevole, non voglia farlo. È ad esso che ci si riferisce quando si usa l'etichetta "paternalismo" per indicare un atteggiamento di ostinata sopraffazione dell'autonomia dei consociati, trattati, a dispetto della loro capacità di compiere scelte autonome, come dei minori da accudire; da cui l'arguta notazione di Joel Feinberg che «"Paternalism" is a label that might have been invented by paternalism's enemies» (FEINBERG 1986, 4). Paternalismo tutorio è invece l'atteggiamento di chi è mosso dalla preoccupazione di evitare che una persona si procuri un danno mentre versa in condizioni di incompetenza basica, che la rendono incapace di compiere scelte pienamente autonome, ossia libere consapevoli e responsabili (SPENA 2014, 1215). Dal punto di vista del paternalismo dispotico, l'autonomia del soggetto paternalizzato non ha alcun rilievo: rileva soltanto (quello che secondo il *pater* costituisce) il suo bene, un bene nel quale l'autonomia del paternalizzato non è inclusa, e che su questa prevale, al punto che è lecito imporglielo anche se quegli, in maniera libera e consapevole, vi si oppone. Viceversa, è proprio l'autonomia del paternalizzato il tema, il fondamento del paternalismo tutorio, trattandosi di impedire che un soggetto – in circostanze nelle quali non versi in condizioni di piena responsabilità – compia atti la cui importanza richiede invece che siano compiuti in maniera pienamente responsabile; non è un caso, ad es., che Maniaci (MANIACI 2012, 5 s.), come si è visto, consideri questa, in realtà, una forma di antipaternalismo (moderato). Nella logica di questo approccio, invero, il *pater* non vuole affatto imporre al soggetto paternalizzato una propria concezione del bene, anche a costo di conculcarne la libertà di scelta; il suo atteggiamento è semmai animato dal bisogno solidaristico di integrare la responsabilità di un soggetto che, per ragioni strutturali o anche solo contingenti, ne sia carente.

Sebbene anche il paternalismo tutorio, o antipaternalismo moderato che dir si voglia, abbia dei lati oscuri (MANIACI 2012, 141 ss.; SPENA 2014, 1223 ss.), che meriterebbero di essere affrontati, e sebbene a me sembri che la difesa che Maniaci fa (MANIACI 2012, 141 ss.) della sua concezione antipaternalista moderata dalla minaccia di questi lati oscuri sia la parte più macchinosa e meno convincente del suo libro, in questo mio contributo metterò da parte il paternalismo tutorio per concentrarmi invece su quello dispotico; in definitiva, è *contro* quest'ultimo che Maniaci rivolge il suo sforzo argomentativo, e a me interessa capire un po' meglio che consistenza abbia questo suo obiettivo polemico.

3. *Moralismo giuridico e legittimazione della criminalizzazione*

Tutti i principi di legittimazione della criminalizzazione sottendono un elemento moralistico, nella misura in cui essi pretendono di indicare le condizioni in presenza delle quali la criminalizzazione può tutto sommato considerarsi un bene, moralmente legittima³. Questo elemento moralistico, tuttavia, può giocare ruoli diversi. Seguendo R.A. Duff (DUFF 2007, 82 ss.), possiamo immaginare, in particolare, due di questi ruoli, ossia quello dell'immoralità come oggetto in-

³ Sulla *moral legitimacy* come fuoco di tutti i *liberty-limiting principles*, v. ancora FEINBERG 1984, 6 s.

tenzionale di responsabilità penale e quello dell'immoralità quale mera condizione di responsabilità penale:

«When I am held responsible, there is something for which I am held responsible. Within any practice of responsibility-ascription there are also conditions of responsibility, which must be satisfied if the ascription is to be justified, but which are not part of that for which the person is held responsible. It is a condition of being criminally responsible for any crime that I was not at the time of the crime, and am not now, disordered in a way that undermined my capacity to be guided by reasons or to answer for my actions: but I am not held criminally responsible for not being thus disordered. If it is argued that criminal responsibility is grounded in 'choice', or in 'character', we must therefore ask whether that ground is taken to constitute the object, or a condition, of responsibility. Are we to be criminally responsible for our criminal choices, or for our defective character traits? Or are we to be held responsible for something else, for instance for a criminal action, on condition that we chose to act thus, or on condition that the action flowed from a defective character trait? Likewise, if it is said that criminalisation must be grounded in harm, or in wrongfulness, we must ask whether the harm or the wrongfulness is the object or a condition of criminal responsibility: are we to be criminally responsible for the harm or wrong that we do; or are we to be responsible for something else, on condition that our conduct is harmful or wrongful?»

Quando parliamo di *moralismo giuridico*, ci riferiamo ad una concezione per la quale l'immoralità dell'atto gioca il ruolo di oggetto intenzionale della responsabilità penale, e dunque di ragione positivamente fondante la legittimità di una scelta di criminalizzazione: in un'ottica moralistica, l'immoralità di un atto costituisce una buona ragione per criminalizzarla, e dunque per renderne l'autore penalmente responsabile; lo stato è legittimato ad usare la forza del diritto penale, per impedire ai consociati di comportarsi in maniera immorale, di compiere atti, od omettere di compiere atti, in violazione di doveri morali che su di essi graverebbero. Così inteso, il moralismo giuridico può trovare il proprio fondamento in una concezione retributiva e puramente deontologica della sanzione penale, per la quale quest'ultima è positivamente giustificata dalla riprovevolezza del soggetto a cui la si applica; riprovevolezza che a sua volta consiste nel fatto di comportarsi in modo immorale (così, ad es., MOORE 2017, 443 s.). Ma il moralismo giuridico-penale, in realtà, può trovare fondamento anche in una concezione preventiva, anziché retributiva, della sanzione penale, per la quale quest'ultima non si giustifichi tanto, retroattivamente, quale contrappeso della riprovevolezza del comportamento di un soggetto, quanto, prospetticamente e consequenzialisticamente, come strumento capace (una capacità, per vero, tutta da dimostrare sul piano empirico) di far sì che le persone (il soggetto punito o la generalità dei consociati) agiscano moralmente – se non nel senso di orientarli ad atteggiamenti interiori di rettitudine morale, almeno nel senso di orientarli a non compiere condotte immorali.

In ogni caso, né l'uno né l'altro fondamento implicano che un moralista giuridico debba ritenere sempre legittimo ricorrere alla sanzione penale per punire qualsiasi tipo di immoralità; il moralismo giuridico, come per vero qualunque principio di criminalizzazione, opera su due piani distinti: uno attinente alla valutazione dell'atto col quale si interferisce; l'altro direttamente attinente ad una valutazione dell'interferenza con l'atto. Secondo il moralista giuridico il secondo piano di valutazione dipende dal primo, ma non occorre che vi si appiattisca integralmente; la sua posizione è semmai quella di individuare nell'immoralità dell'atto una ragione *prima facie*, o *pro tanto*, per criminalizzarne l'autore; il che non esclude affatto che questa ragione venga poi messa in bilanciamento con altre ragioni, che possono militare contro la criminalizzazione e, se prevalenti, precluderle la legittimità. In una accezione liberale del moralismo giuridico, queste altre ragioni discenderanno, innanzitutto, dall'esigenza di garantire l'individuo contro invasioni eccessive della sua libertà (cfr. ancora MOORE 2014, 197 ss.) e si tradurranno nella operatività di criteri limitativi, sul modello di quelle che Joel Feinberg chiama *mediating maxims* (es., FEINBERG

1984, 187 ss., in relazione al principio del danno; FEINBERG 1985, 25 ss., in relazione all'*offense principle*): ad es., in omaggio ad una esigenza di proporzionalità, è plausibile pensare che il moralista giuridico consideri legittimamente criminalizzabili solo le immoralità più gravi (MOORE 2017, 453) o solo quelle che possano considerarsi dotate di rilevanza pubblica (es., HUSAK 2008, 135 ss.; DUFF, MARSHALL 1998, 7 ss.; DUFF 2007, 140 ss.⁴).

Rimane l'attribuzione all'immoralità dell'atto di un valore fondante dell'uso legittimo della coercizione penale: in prospettiva moralistica, l'una costituisce la ragione ultima, e dunque l'oggetto intenzionale, dell'altro, cioè in ragione di cui l'atto può venire coercitivamente impedito, o il soggetto che lo ha commesso punito; da questo punto di vista, l'immoralità dell'atto è parte necessaria della risposta a domande come: "cosa c'è in quest'atto che rende legittimo impedirlo coercitivamente?", o "per cosa è legittimo punire una persona?" Tutte le volte che l'immoralità dell'atto entra nella legittimazione della criminalizzazione in questa veste di ragione fondante, sia pure *pro tanto*, abbiamo a che fare con una forma di moralismo giuridico.

4. Moralismo e danno

Qual è il ruolo dell'elemento moralistico nel funzionamento di altri principi di criminalizzazione? Per non rendere il discorso troppo dispersivo, cercherò di rispondere a questa domanda esclusivamente con riferimento al *principio del danno* (inteso come principio del danno *a terzi*) e, nel prossimo paragrafo, al paternalismo (inteso come principio del danno *a sé stessi*); tralascierò invece il cosiddetto *offense principle* (su cui, per tutti, FEINBERG 1985), al quale, ad ogni modo, buona parte di quel che verrò dicendo in questo paragrafo potrebbe essere esteso senza particolari difficoltà.

Detto in maniera estremamente semplificata, ciò che, nell'ottica del principio del danno, legittima lo stato a usare la coercizione penale è la prospettiva di impedire che, col proprio comportamento attivo od omissivo, una persona pregiudichi gli interessi di altre persone; è la prevenzione del danno, innanzitutto inteso come *setback to interest* (FEINBERG 1984, 31 ss.), come lesione di interessi altrui, non l'immoralità dell'atto o la lesione di interessi propri, a costituire in tal caso la ragione ultima («the only purpose», per MILL 1869, 223; «an appropriate reason», per FEINBERG 1984, 11 s.) per la quale si può legittimamente usare coercizione pubblica, e penale in particolare, contro l'individuo. Questa logica sottende, almeno in molti dei suoi propugnatori, una visione intrinsecamente utilitaristica, che muove dall'idea che la sanzione penale (come in generale la coercizione giuridica), comportando essa stessa dei costi (sia per il soggetto, che la subisce, sia per la società, che deve applicarla), possa considerarsi legittima solo se consente di evitare costi maggiori (quantomeno in forma aggregata), e dunque di conseguire una maggiore utilità sociale di quella che si avrebbe invece non applicandola: l'uso della coercizione pubblica, e della sanzione penale in particolare, è insomma legittimo solo in quanto permetta di incrementare il benessere generale; il danno è una buona ragione per ricorrere alla coercizione, eventualmente anche penale, se, e solo se, prevenirlo ha l'effetto prevedibile di produrre maggior felicità per il maggior numero di persone⁵.

Anche qui, però, come *mutatis mutandis* abbiamo visto per il moralismo giuridico, la ragione fondante (dannosità dell'atto) costituisce solo una ragione *pro tanto* a favore della criminalizzazione, che va bilanciata con altre considerazioni, le quali, se prevalenti, rendono *pro toto* illegittima la criminalizzazione. Tra queste altre considerazioni, rientrano senz'altro le *mediating maxims*, a cui accennavo in precedenza; ma – ecco il punto – vi rientra anche l'immoralità dell'atto: come princi-

⁴ Ma questi ultimi autori propugnano una versione del moralismo giuridico tutt'affatto particolare, sulla quale non posso qui diffondermi.

⁵ Le radici di questo modo di ragionare le ritroviamo agevolmente già in BECCARIA 1965 e BENTHAM 1907, ma poi, soprattutto, in MILL 1869 e in HART 1962 (specie se letto in combinazione con HART 1968).

pio di *legittimazione* della coercizione/criminalizzazione, anche il principio del danno assume necessariamente che l'atto da prevenire sia moralmente ingiusto; sarebbe un modo invero paradossale di intenderlo se lo si usasse per legittimare lo stato a sanzionare penalmente la causazione di danni *giusti*: la sanzione penale, e in particolar modo la *pena*, ha un valore espressivo di riprovazione (per un comportamento che deve essere *illecito* e *colpevole*, dunque riprovevole, rimproverabile), che sarebbe del tutto distonico e immotivato qualora lo si riferisse a comportamenti dei quali non si assumesse la contrarietà a (una qualche declinazione della) moralità. Lo riconosce esplicitamente Joel Feinberg (FEINBERG, 1988, 12, sulla scorta di osservazioni di MACCORMICK 1982):

«even a penal code based exclusively on the harm principle [...] is meant to do more than merely prevent harm. In so protecting people, it also means to vindicate the morality of preventing harm and respecting autonomy. That is why its sanctions are *punishments* expressing public reprobation and moral censure of the harm-causing wrongdoer».

Il principio del danno va dunque riferito «only to setbacks that are also wrongs» (FEINBERG 1984, 105 ss.): *danni ingiusti*, a voler tradurre sinteticamente. Con questa precisazione: che quella qui rilevante, essendo connessa all'idea del danno e funzionale all'operatività del principio del danno, è un'immoralità non già *free-floating* (FEINBERG 1988, 18 ss.), ma legata al fatto che qualcuno, in particolare, abbia titolo in prima persona di lamentarsi della sua commissione; un'immoralità che dunque «give[s] rise to personal grievances» (FEINBERG 1988, 18; su ciò, POSTEMA 2005); non basta che l'atto costituisca un *wrong*; occorre che sia un *wrong* diretto a qualcuno, contro qualcuno, un *wrong* fatto a qualcuno: non basta che il soggetto abbia agito *wrongly*, occorre invece che, in ragione del suo atto, qualcuno sia stato *wronged*. Per il principio del danno, insomma, l'interesse non viene in rilievo nella sua nuda dimensione empirica, ma solo come *vested interest*, come interesse protetto dalla sussistenza, in capo ad altri, di un divieto di interferenza, e dunque come diritto (ancora Feinberg 1984, 105 ss.; ma si veda già MILL 1869, cap. IV; sul punto, volendo, v. anche SPENA 2010, 514 ss.). Danno, di conseguenza, non è ogni lesione dell'interesse di un terzo, ma solo quella che costituisca altresì violazione di un suo diritto. Questo è un punto importante, perché permette di chiarire come per il principio del danno non sia la generica immoralità a rilevare, ma, appunto, la protezione che la società è tenuta a garantire ai diritti dei consociati; l'esigenza suo tramite perseguita non è quella – perfezionistica – di moralizzare le persone, renderle moralmente migliori, ma quella di garantire che i diritti dei consociati non vengano lesi («the morality of preventing harm and respecting autonomy»), poiché a questo, tra le altre cose, servono la società e il conferimento del monopolio della forza legittima in capo allo stato.

Rimane, tuttavia, da chiarire in quale ruolo l'immoralità dell'atto, così definita, entri nella logica del principio del danno. Le opzioni, come già sappiamo, sono due: come oggetto intenzionale di responsabilità penale o come sua mera condizione. L'opzione a prima vista più naturale parrebbe la seconda (questo è, ad es., il modo in cui Duff interpreta l'impostazione feinberghiana: DUFF 2007, 83 s.): l'immoralità dell'atto come *side constraint of justice*, che affianchi il pregiudizio dell'altrui interesse quale componente indefettibile di un esercizio legittimo della criminalizzazione; così, mentre ragione fondante di un tale esercizio legittimo sarebbe la mera lesione dell'altrui interesse, la relativa immoralità ne costituirebbe invece un limite; non una buona ragione, in positivo, per criminalizzare un soggetto (il *per cosa* lo si punisce), ma, nondimeno, una condizione senza la quale non sarebbe legittimo criminalizzarlo: la cui assenza costituirebbe, dunque, una buona ragione per *non* criminalizzare.

Ora, l'idea che la società abbia una buona ragione per sanzionare penalmente la lesione di un altrui interesse, a prescindere dal fatto che questo costituisca oggetto di un diritto, potrebbe sembrare in linea con una logica utilitaristica, che si è detta sottesa al principio del danno: si potrebbe infatti sostenere che la lesione dell'altrui interesse (protetto o meno come diritto) pesi già di per sé come un fattore dal quale dipenda il benessere generale della società, la quantità di felicità in essa

presente. Ma, a ben vedere, le cose sono un po' più complicate di così: anche in un'ottica meramente utilitaristica, a rilevare non sarebbe una qualsiasi lesione di interesse, ma soltanto quelle che determinino, appunto, un detrimento del benessere generale; e, naturalmente, non ogni lesione di interesse ha questo effetto, poiché altrimenti l'utilitarismo si incarterebbe in uno stallo irrisolvibile. D'altra parte, limitare il *setback to interest* rilevante a quello soltanto che determini un detrimento del benessere generale significa già, in un'ottica utilitaristica, moralizzare il concetto di danno, limitarlo, cioè, a quei soli casi nei quali la lesione di un interesse è anche, utilitaristicamente, un fatto moralmente illecito. Il che ci porterebbe fuori dalla seconda opzione e dritti dentro la prima: l'immoralità come oggetto di responsabilità penale, e il principio del danno come moralismo a matrice utilitaristica, per il quale l'uso della sanzione penale sia legittimo tutte le volte che esso possa prevedibilmente contribuire a massimizzare il benessere generale, quale che sia il prezzo da pagare in termini di sacrificio delle libertà individuali. In tal modo, però, il principio del danno abiurerebbe alla propria vocazione originaria di costituire un argine alla ricerca coercitiva dell'interesse e della felicità dei molti, eretto a tutela dell'autonomia dell'individuo.

Non è un caso che John Stuart Mill eviti di cadere in questo paradosso facendo giocare la violazione di un diritto già nella definizione del concetto di danno; Mill, infatti, non identifica il danno con la lesione di un qualsiasi interesse altrui, ma lo limita alla sola lesione di

«certain interests, which, either by express legal provision or by tacit understanding, ought to be considered as rights[...]. The acts of an individual may be hurtful to others or wanting in due consideration for their welfare, without going the length of violating any of their constituted rights. The offender may then be justly punished by opinion, though not by law» (MILL 1869, 276).

Ciò, peraltro, sulla base di una concezione dei diritti essa stessa non utilitaristica, o quantomeno non direttamente utilitaristica⁶, la quale, cioè, non identifica diritti e massimizzazione del benessere generale (il che renderebbe i primi sostanzialmente superflui e ci riporterebbe alla precedente opzione), ma fa dei primi un limite alla (possibilità, per la società, di perseguire legittimamente la) seconda. Scrive infatti Mill (MILL 1869, 276):

«As soon as any part of a person's conduct affects prejudicially the interests of others, society has jurisdiction over it, and the question whether the general welfare will or will not be promoted by interfering with it becomes open to discussion. But there is no room for entertaining any such question when a person's conduct affects the interests of no persons besides himself».

La discussione su cosa possa essere fatto, in termini di esercizio della coercizione, per promuovere il benessere generale deve dunque seguire, e non precedere, la definizione del danno a terzi (e correlativamente, l'identificazione dei diritti di costoro), la quale segna invece l'estremo limite inferiore al di sotto del quale la coercizione pubblica non si può spingere nell'aspirazione a massimizzare la felicità dei più. Questo salva il principio del danno dal prestarsi alle applicazioni il-liberali contro le quali esso era stato concepito; non lo salva, tuttavia, dal vedersi comunque ridotto ad una forma di moralismo giuridico. Della costruzione milliana possono darsi, infatti, due letture diverse, a seconda del ruolo che vi si ritenga attribuito alla prevenzione del danno ad altri in rapporto al perseguimento del benessere generale; in entrambe, tuttavia, il fondamento della coercizione finisce per risiedere nella (in una diversa forma di) immoralità dell'atto.

Secondo una prima lettura, il fondamento della coercizione consiste nella prevenzione di un danno ad altri; Mill sembra sostenerlo esplicitamente allorché afferma che «the only purpose for

⁶ Sul punto, BRINK 2013, 217 ss.; WOODARD 2019, 121 ss., nonché, più in generale, sulle teorie utilitaristiche dei diritti, 118 ss.

which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others» (MILL 1869, 223); il perseguimento del benessere generale, in questa visione, costituisce semmai un limite alla coercizione legittima: la ragione per cui si può legittimamente criminalizzare una condotta (il *per cosa* si può venire legittimamente criminalizzati) risiederebbe nell'aver causato danno ad altri; questa criminalizzazione sarebbe tuttavia legittima solo a condizione che non vi si opponga l'esigenza di perseguire il benessere generale: che la condotta dannosa per un altro soggetto consenta, nondimeno, di massimizzare, tutto sommato, il benessere generale, renderebbe illegittimo criminalizzarla, nonostante, in linea di principio, la sua dannosità costituisca una buona ragione *pro tanto* per farlo.

Questa non è, però, la sola possibile lettura dell'impostazione milliana. Il passaggio di *On Liberty* da ultimo citato, in realtà, non attiene direttamente al rapporto fra danno e benessere generale; l'affermazione che solo il danno *ad altri* possa costituire un "purpose" legittimo della coercizione vi ha, piuttosto, il senso di escludere che la coercizione possa essere legittimamente usata per evitare che il soggetto cagioni danno *a sé stesso*, o comunque per costringerlo a fare il proprio stesso bene: «The only part of the conduct of any one, for which he is amenable to society, is that which concerns others. In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign» (MILL 1869, 224). Altrove, e in particolare in un altro passaggio che pure ho già più sopra riportato (MILL 1869, 276), lo stesso principio è ripreso, ponendolo però, stavolta, proprio nella prospettiva del rapporto fra danno e benessere generale: Mill vi ribadisce che la "giurisdizione della società" entra in gioco solo rispetto a condotte che ledono interessi altrui, ma sembra pure intendere che l'oggetto specifico di tale "giurisdizione" risieda nella questione se l'uso della coercizione promuova o meno il benessere generale; è questo benessere ciò che specificamente concerne la società («To individuality should belong the part of life in which it is chiefly the individual that is interested; to society, the part which chiefly interests society»: MILL 1869, 276): il danno ad altri vi assume rilievo non di per sé stesso, ma come canale, punto di emersione di un possibile detrimento al benessere generale. In questa versione, la causazione di un danno, pur sempre intesa come violazione di un altrui diritto, costituisce una condizione perché la società possa cominciare a discutere dell'uso della coercizione pubblica per incrementare il benessere generale: il principio del danno indicherebbe dunque un limite all'uso legittimo della coercizione, non il suo fondamento, che invece risiederebbe nell'obiettivo (utilitaristico) di massimizzare il benessere generale.

Nell'una come nell'altra lettura, il principio milliano del danno si risolve comunque in una forma specifica di moralismo giuridico⁷. Nella prima, ciò discende dall'aver moralizzato il concetto di danno, intendendolo come violazione di diritti, di *legitimate concerns* altrui, definiti in termini non (o quantomeno, non direttamente) utilitaristici: il principio, così inteso, recita che la sola ragione per la quale si può usare legittimamente la coercizione consiste, appunto, nel prevenire (la commissione di quella specifica forma di immoralità non utilitaristica che consiste ne) la violazione di un altrui diritto. Nella seconda lettura, invece, a costituire oggetto intenzionale della responsabilità penale è l'impatto negativo della condotta sul benessere generale, mentre la sua dannosità per altri ne costituisce, piuttosto, il limite insuperabile: la ragione per cui si

⁷ Ma che il principio del danno sia una forma specifica di moralismo giuridico è conclusione alla quale, al termine della sua monumentale riflessione sul tema, giunge anche Joel Feinberg (FEINBERG 1988, 12 s.): «any liberty-limiting principle[...] is a principle for enforcing some segment of morality. That is because the very apparatus of the criminal law with its characteristic symbolic and expressive functions, is a means of giving the seal of authoritative moral judgement to its verdicts and punishments. The criminal law can even be understood as an instrument for creating and reinforcing moral consensus. Like the other [...] liberty-limiting principles then, the harm principle is, obviously, a kind of moralistic principle, aimed at determining the moral values that may properly be enforced by the morality-shaping apparatus of the criminal law. But it still does not follow that the harm principle permits the criminal law to proscribe any and all kinds of wrongdoing[...]. By definition, that principle remains substantially narrower than the (other) moralistic principles, and can be coherently contrasted with them».

può usare coercizione pubblica è la massimizzazione del benessere generale, ma solo in quanto questa dipenda dall'impedire il compimento di condotte dannose per altri; anche in questo caso, il principio del danno viene fuori come una ipotesi speciale di moralismo giuridico, che però individua il fondamento della coercizione non già nell'immoralità non (direttamente) utilitaristica della violazione di un altrui diritto (che opera semmai come *side constraint*), ma nell'immoralità utilitaristica costituita dall'impatto negativo della condotta sul benessere generale.

5. Moralismo giuridico e paternalismo giuridico

L'elemento moralistico gioca dunque un ruolo cruciale nel principio del danno, al punto che, secondo l'interpretazione che – tra quelle qui considerate – è parsa più plausibile, quest'ultimo costituisce una forma specifica di moralismo giuridico. Rimane da capire se l'immoralità dell'atto (auto-)dannoso giochi un ruolo anche rispetto al paternalismo giuridico, e quale sia, eventualmente, questo ruolo. Occorre partire da una notazione generale, utile a impostare la risposta a queste domande: a differenza degli altri *liberty-limiting principles*, il paternalismo trova il proprio baricentro più nella posizione, nel ruolo morale di colui che pretende di interferire con la libertà altrui (il *pater*), che non in quella del soggetto la cui libertà è oggetto di interferenza (il paternalizzato); volendo osare di più, possiamo dire che il paternalismo pretende, in qualche modo, di privare di rilievo la posizione di quest'ultimo soggetto, quale posizione morale autonoma, per assorbirla in quella del *pater*: in definitiva, come abbiamo visto, esso nega ogni rilievo all'autonomia di colui che si procura il danno, considerandolo in sostanza privo della capacità necessaria a compiere scelte morali.

Che il paternalismo privi di rilievo morale la posizione del soggetto paternalizzato emerge anche da un'altra significativa circostanza, che concerne più specificamente il paternalismo *penale*, e quindi l'uso della sanzione penale (o comunque di una sanzione punitiva da infliggere *post factum*) in funzione paternalistica: infatti, non ci vuole molto ad accorgersi di come, in tal caso, il paternalismo operi sempre in via indiretta; di come, cioè, le norme penali paternalistiche non abbiano mai, per contenuto, l'attribuzione di responsabilità (e l'applicazione di sanzione) penale direttamente al soggetto paternalizzato. Esistono bensì norme penali che incriminano chi compia certe condotte auto-pregiudizievoli (es.: autocalunnia, incendio di cosa propria, frode in assicurazione), ma queste, all'evidenza, non si prestano a giustificazioni paternalistiche. Le norme penali per le quali si possono ipotizzare giustificazioni paternalistiche hanno tutte, semmai, la caratteristica di imputare la responsabilità a un soggetto *diverso* da quello che subisce il danno: sono norme che non puniscono, propriamente, il danno a sé, ma il danno inflitto ad altri con il loro consenso; la ragione per cui si prestano a letture paternalistiche non sta, dunque, nel fatto che esse puniscano lo stesso soggetto che pretendono di proteggere, ma nel fatto di rendere irrilevante il loro consenso alla lesione inflitta da altri (SPENA 2014, 1231 ss.).

Possiamo perciò dire, sintetizzando, che il paternalismo giuridico considera priva di rilievo morale autonomo la condotta del paternalizzato; rilievo morale che attribuisce invece, *in positivo*, alla posizione del *pater* e, *in negativo*, allorché per quella condotta si tratti di imputare una responsabilità *post factum*, alla posizione del terzo che, agendo col consenso del paternalizzato, abbia contribuito al danno. Entrambi questi soggetti (l'uno necessariamente, l'altro eventualmente) assumono, nella vicenda paternalistica, il ruolo di simulacri moralmente competenti del soggetto paternalizzato, del quale, dal punto di vista della responsabilizzazione morale, prendono il posto.

Questo smembramento della posizione morale del paternalizzato a beneficio di altri soggetti (*pater* e terzo) rende di difficile decifrazione quale sia il ruolo che il paternalismo riserva all'immoralità dell'atto pregiudizievole oggetto di interferenza, e comporta inoltre che la questione non possa essere affrontata in maniera unitaria, poiché considerazioni diverse emergono a seconda che ci si riferisca alle ipotesi di paternalismo diretto (interferenza coercitiva con la con-

dotta auto-pregiudizievole direttamente compiuta dal paternalizzato) o a quelle di paternalismo indiretto (interferenza coercitiva, con eventuale ricorso a forme di responsabilità – penale o comunque punitiva – *post factum*, con condotta pregiudizievole compiuta dal terzo col consenso del paternalizzato o col contributo dato dal terzo al compimento di atto auto-pregiudizievole compiuto direttamente dal paternalizzato).

5.1. *Immoralità dell'atto e paternalismo indiretto*

La seconda ipotesi è, tutto sommato, la più semplice da decifrare: essa, come si è detto, si riferisce a vicende che vertono sulla condotta di terzi, strutturalmente basate su un danno ad altri (terzo che lede il paternalizzato o lo aiuta o lo sollecita a danneggiarsi). Ciò che la renderebbe una variante del danno a sé stessi sarebbe, come pure si è detto, il consenso della vittima, il quale avrebbe l'effetto di trasformare il significato fondamentale di queste vicende, in modo che la condotta, dannosa o agevolatrice, del terzo conti come manifestazione del volere del paternalizzato, e dunque come propaggine della sua condotta.

Ora, non vi è dubbio che il consenso in certi casi possa avere un effetto di radicale trasformazione del valore morale di un atto, e si tratta dei casi nei quali il (dis)valore morale dell'atto dipende interamente dal dissenso di chi ne subisce gli effetti (es.: violenza sessuale, che il consenso trasforma in un comune rapporto sessuale; violazione di domicilio, che il consenso trasforma in un comune invito a cena): ad esser lesa è qui, in sostanza, l'autodeterminazione di una persona, in qualcuna delle sue possibili declinazioni specifiche (autodeterminazione sessuale, autodeterminazione domiciliare, ecc.).

Quando si parla di paternalismo (indiretto), tuttavia, non ci si riferisce a questo genere di casi, bensì a casi nei quali il danno subito dal paternalizzato è indipendente dal suo consenso, quantomeno nel senso – minimale – che anche in presenza di un tale consenso si può dire che il soggetto subisca una lesione di propri interessi. In un caso di omicidio del consenziente, ad es., o di lesioni personali inflitte a soggetto consenziente, il consenso non esclude la lesione dell'interesse: il bene della vita o dell'integrità fisica vengono comunque lesi dall'atto; il consenso potrebbe tutt'al più escluderne il disvalore morale. Non intendo qui discutere se esso effettivamente lo escluda: il paternalista nega possa farlo, l'antipaternalista ritiene che invece, almeno a certe condizioni, possa. La questione rilevante adesso è un'altra: il fatto, cioè, che questa dannosità residua che li connota esclude che, nei casi di paternalismo indiretto, si possa credere che il consenso abbia una capacità moralmente trasformativa così radicale da rendere, sul piano morale, danno a sé stessi quello che strutturalmente è un danno ad altri; esso potrà tutt'al più rendere lecita una condotta che, comunque, rimane una condotta dannosa (nel senso, minimale, di lesiva di interessi altrui) compiuta dal terzo. Credere il contrario (che il consenso valga a trasferire la paternità della condotta da chi la compie a chi la subisce) è una tentazione dell'antipaternalismo, che in tal modo si mette nelle condizioni di ridurre tutto il nucleo problematico della vicenda all'autonomia del soggetto che subisce la lesione del proprio interesse. Così, però, si finisce per cadere in un eccesso opposto a quello in cui invece, come visto nel paragrafo precedente, cade il paternalista, ossia quello di disconoscere che tanto il terzo quanto il soggetto paternalizzato partecipino entrambi alla vicenda mantenendo ciascuno una posizione morale autonoma da quella dell'altro, sebbene a questa collegata: il terzo, in particolare, ha doveri morali che non svaniscono per il solo fatto di esaudire il volere del paternalizzato; egli non è un automa nelle mani di quest'ultimo: è egli stesso un soggetto morale autonomo, al quale la rilevanza dell'interesse leso mediante l'azione dannosa pone interrogativi, sollecitazioni morali in parte diverse e ulteriori rispetto a quelle poste dal volere del titolare del bene (SPENA 2014, 1241 ss.).

Considerare queste ipotesi come casi di paternalismo è, dunque, solo in parte corretto: il gesto paternalistico è quello di zittire (*silencing*) il paternalizzato, negandogli l'autorità, il titolo a consentire alla realizzazione della condotta del terzo; ma rispetto a questa stessa condotta, al suo im-

pedimento (ad es. mediante la minaccia di una sanzione penale), la vicenda non ha natura paternalistica. La posizione del terzo, insomma, non si decifra in termini paternalistici, ma semmai in base alla griglia interpretativa del principio del danno, e perciò, di riflesso, del moralismo giuridico. Per essa valgono i ragionamenti fatti in precedenza a proposito di questi principi (§§ 3 e 4).

5.2. *Immoralità dell'atto e paternalismo diretto*

Più complesso, invece, rispondere alla domanda se il paternalismo presupponga necessariamente l'immoralità dell'atto auto-pregiudizievole compiuto (non dal terzo che agisca dietro suo consenso, ma) direttamente dal soggetto paternalizzato.

Se si tralascia per un attimo il tema specifico del paternalismo *giuridico*, e si guarda invece al paternalismo come atteggiamento generale, quale può rinvenirsi anche nei rapporti interindividuali (tipicamente, in quelli familiari), sembra di poter dire che l'immoralità dell'atto non ne costituisca un presupposto necessario: penso, per fare un esempio, al genitore che cerchi di impedire al figlio, ormai adulto ed economicamente autonomo, di spendere ingenti quantità del proprio denaro in atti di beneficenza a favore dei più bisognosi; l'atto impedito, in questo caso, non sarebbe certo immorale, come potrebbe riconoscere, senza per questo contraddirsi, lo stesso genitore; il quale normalmente sarà mosso, invece che da esigenze morali (dall'esigenza, cioè, che sia fatta la cosa giusta), dall'affetto e dalla preoccupazione per il benessere (economico) del figlio.

Se, però, torniamo al paternalismo *giuridico*, non è difficile accorgersi di quanto sarebbe problematico estendervi un ragionamento di questo genere. Il paternalismo del genitore, si è detto, trae il proprio fondamento dall'affetto per il figlio, che mette in moto meccanismi interpersonali, e si appella a canoni morali, in parte diversi da quelli che operano nei rapporti con gli estranei⁸: è la forza del legame sentimentale a far sentire (ed entro certi limiti, a rendere) il genitore legittimato a cercare di forzare il figlio ad agire per il proprio bene, e non nell'interesse di terzi, pur a partire da una prospettiva nella quale l'atto autopregiudizievole oggetto di interferenza sia considerato non immorale; il benessere del figlio è senz'altro un *legitimate concern* del genitore; non gli si può dire – non, almeno, come e nella stessa misura in cui lo si può dire a un terzo estraneo – che non sia affar suo il modo in cui il figlio spende il proprio denaro, o più in generale tratta i propri interessi: tra i due corrono legami, basati sul sentimento e sulla consuetudine di vita, che neanche l'età adulta e la piena maturazione del figlio possono privare di ogni significato, e che, entro certi limiti, danno titolo al genitore di interferire paternalisticamente nella vita del figlio.

Un fondamento di questo genere perde, però, ogni consistenza quando si passi dal piano della cura e del legame interindividuale e familiare a quello giuridico e macro-politico, poiché evidentemente *l'affetto per il consociato* non costituisce giustificazione plausibile dell'esistenza o dell'applicazione di norme giuridiche; tanto meno se si tratta di norme che servano a interferire coercitivamente nella vita del consociato stesso: il rapporto stato-cittadino non ha carattere sentimentale, non è segnato dall'affetto dell'uno nei confronti dell'altro (anche se certa retorica patriottistica vorrebbe il contrario).

Allorché si ragiona di paternalismo giuridico, diviene allora più complicato escludere che l'immoralità dell'atto, oggetto di interferenza coercitiva, ne costituisca un necessario presupposto: per riuscirci, bisognerebbe trovare nel rapporto stato-consociato fattori sostitutivi del legame affettivo, capaci di svolgere il medesimo ruolo che quest'ultimo svolge nel rapporto genitore-figlio, e di avere, in particolare, il medesimo effetto di legittimazione dell'interferenza nella condotta del consociato, basata su una considerazione del suo benessere individuale esclusiva e non derivata dall'assunto che tale benessere costituisca l'oggetto di un particolare dovere morale

⁸ Sulla speciale considerazione morale dovuta ai rapporti familiari e affettivi, v. per tutti, da prospettive diverse, TRONTO 1993; HELD 2006; BRAMER 2010.

dello stesso consociato. Poiché, di tali fattori sostitutivi, non mi riesce di trovarne, la conclusione che mi sembra più plausibile trarre è che l'esistenza/applicazione di norme paternalistiche debba assumere l'immoralità dell'atto tra gli elementi dai quali dipende la propria giustificazione, che, dunque, nella giustificazione paternalistica di una norma debba necessariamente trovare spazio l'idea che l'atto da prevenire sia, in qualche senso, immorale, tale, cioè, che il soggetto paternalizzato abbia un dovere di astenersene: impedirglielo, seppur coercitivamente, sarebbe allora un *bene*, non soltanto perché contribuirebbe al suo benessere empirico, ma anche perché costituirebbe un modo per fare giustizia, per far sì che un dovere morale non venga violato.

5.2.1. *Il paternalismo diretto come forma del principio del danno?*

Che ruolo gioca, allora, l'immoralità dell'atto nella giustificazione paternalistica: oggetto o condizione? Poiché il paternalismo giuridico ruota intorno alla nozione di "danno" (essendo il paternalismo giuridico la concezione per la quale impedire che un soggetto cagioni danno a sé stesso è una buona ragione perché lo stato interferisca, anche coercitivamente, con la sua condotta), vien fatto di chiedersi se vi si possa applicare (mi riferisco al paternalismo giuridico diretto: rispetto a quello indiretto, sappiamo già che la risposta è positiva) il medesimo concetto di danno usato in riferimento al principio del danno. La risposta è senz'altro positiva se ci si limita a considerare il contenuto minimale del concetto di danno, inteso come lesione di un interesse, quindi come evento che riduce il benessere di chi lo subisce. Sappiamo già, però, che una nozione così minimale, e meramente empirica, non è sufficiente a svolgere il ruolo che le si vorrebbe conferire ai fini della legittimazione della coercizione pubblica, e penale in particolare (*supra*, § 4). Anche, e soprattutto, rispetto al paternalismo giuridico occorre che il concetto di danno venga, in qualche modo, moralizzato; altrimenti non si vede come causare un danno a sé stessi potrebbe costituire una buona ragione per interferire penalmente con la condotta – del tutto autoreferenziale – che lo causa: a credere il contrario, bisognerebbe giungere all'assurda conclusione che lo stato abbia una buona ragione per impedire ai consociati di compiere condotte che ledono i loro interessi, anche quando si tratti di condotte moralmente, e giuridicamente, doverose (es.: adempimento di una prestazione contrattuale, pagamento di un'imposta, ecc.).

Il concetto del danno va dunque, anche in tal caso, moralizzato. Con la conseguenza che l'immoralità dell'atto finisce anche qui per contribuire alla definizione della ragione fondante dell'uso legittimo della coercizione, e dunque dell'oggetto intenzionale, di ciò per cui, in ragione di cui l'atto viene coercitivamente impedito, o il soggetto che lo ha commesso punito; anche dal punto di vista di un paternalista, l'immoralità dell'atto costituirà contenuto necessario della risposta a domande come: "cosa c'è in quest'atto che rende legittimo impedirlo coercitivamente?", o "per cosa è legittimo punire una persona?"

Senonché, a questo punto sorge un problema. Rispetto al principio del danno, si è detto, la moralizzazione del danno avviene assumendo che la lesione dell'interesse del terzo rilevi solo se costituisce anche violazione di un suo diritto; il dovere morale di non cagionare danno al terzo è qui correlativo al diritto/pretesa del terzo a non essere leso nel proprio interesse. Può questo tipo di ragionamento estendersi al paternalismo giuridico? Per rispondere positivamente bisognerebbe essere disposti ad ammettere (in senso non metaforico o suggestivo, ma propriamente morale e quindi, a limite e a cascata, anche giuridico) l'esistenza di diritti e doveri nei confronti di sé stessi; il che, a sua volta, implicherebbe una rappresentazione – diciamo pure, schizofrenica – dell'individuo come portatore di un io diviso in due soggettività distinte, titolari di posizioni morali, e giuridiche, correlative e reciprocamente in tensione. Ora, non voglio disconoscere l'esistenza di fenomeni, che sperimentiamo tutti, quali indecisione, desideri contrastanti, conflitti interiori, che parrebbero fornire un vago sostegno psicologico a questa rappresentazione. Troverei, però, piuttosto impegnativo il passo verso una assolutizzazione di fenomeni di questo genere, che li ipostatizzi e li irrigidisca al punto di farne l'oggetto di veri e propri diritti e doveri

dell'individuo nei confronti di sé stesso. In fondo, come Virginia Woolf fa dire a Bernard, in *Le onde*, «Sotto la superficie, e nel momento preciso in cui sono più diviso in me stesso, io sono anche un tutto» (WOOLF 1979, 66): le lacerazioni e le volubilità che ciascuno di noi attraversa quotidianamente non tolgono che si rimanga «un tutto», che sarebbe artificioso scindere in posizioni morali, o addirittura giuridiche, confliggenti.

In ogni caso, a ritenere il contrario, si finirebbe per ridurre il paternalismo giuridico ad una sorta di *editio minor*, intra-individuale del principio del danno: la logica qui operante sarebbe pur sempre quella di non cagionare danni a terzi, con la sola peculiarità che in tal caso il *terzo* non sarebbe che *l'altra parte* del medesimo individuo contro il quale si esercita la coercizione.

Senza contare poi che ai diritti, per loro natura, deve potersi rinunciare: anche al diritto alla salute (e infatti si ha un diritto di rifiutare le cure) o al diritto alla vita (e infatti togliersi la vita è lecito); l'idea di un diritto contro sé stessi finirebbe, invece, per vincolare il soggetto in maniera assoluta, poiché ne implicherebbe una completa irrinunciabilità: se non altro perché la rinuncia a un diritto deve costituire una scelta autonoma rispetto a pressioni che provengano, tra gli altri, dal titolare del correlativo dovere; il che, nel caso del diritto contro sé stessi, sarebbe una situazione del tutto impossibile da conseguire, a meno di non immaginare una completa scissione tra diverse personalità che abitino il medesimo soggetto, più o meno sul modello che sperimenta la povera *Lizzie* nell'omonimo romanzo di Shirley Jackson.

5.2.2. *Il paternalismo diretto come forma di moralismo giuridico*

Nel caso del paternalismo dobbiamo allora immaginare che sia all'opera un diverso tipo di moralizzazione; una moralizzazione che chiama in causa il soggetto paternalizzato come titolare di doveri morali, che riguardano bensì la sua persona, ma di cui egli non costituisce la controparte attiva: o, dunque, (a) doveri morali *free-floating*, che, cioè, non coinvolgono la posizione morale attiva di alcun soggetto specifico che si assuma colpito dall'atto, o (b) doveri morali nei confronti di soggetti terzi, diversi dal paternalizzato. Un'alternativa la quale in ogni caso ci mostra che il paternalismo giuridico non esiste come principio di legittimazione autonomo: l'assunto paternalistico, per il quale il soggetto paternalizzato è protetto *per il suo stesso bene*, rivela tutta la sua inconsistenza; nella logica paternalistica, si tutela bensì *un suo interesse*, ma non lo si tutela *nel suo interesse*: lo si tutela, invece, o per assicurare la vigenza di principi morali, che trovano nel paternalizzato soltanto un'occasione per la propria concretizzazione (oggetto, non soggetto di pretese), o nell'interesse di terzi soggetti che si assumono anch'essi lesi, o messi in pericolo, in un loro interesse.

Una conferma di ciò ce la fornisce il vaglio critico dei possibili argomenti a favore del paternalismo, che Maniaci effettua nel suo libro: vi emerge chiaramente come tutti questi argomenti facciano in realtà appello, in ultima analisi, a ragioni non paternalistiche, ispirate, appunto, ora alla logica del principio del danno ora a considerazioni moralistiche indipendenti dal danno a terzi. Il cosiddetto *argomento del piano inclinato*, o *della strage degli innocenti* (MANIACI 2012, 56 ss.), ad es., ha cadenze consequenzialistiche nelle quali echeggia chiaramente la sostanza del principio del danno. Per il modo in cui lo presenta Maniaci,

«[l']argomento è che la legalizzazione dell'eutanasia o del suicidio assistito avrebbe un effetto non voluto (da chi la promuove e la approva), tanto tragico e moralmente inaccettabile, quanto inevitabile: che un certo numero di persone – spesso proprio le persone più povere e deboli – sarebbe “condotto” a morire, o sarebbe danneggiato, contro la sua volontà» (MANIACI 2012, 57).

E qui è evidente come il problema sia posto in termini non paternalistici, come bisogno di proteggere «[p]ersone “innocenti” [...] che non volevano realmente, o non avrebbero voluto in condizioni normali, dare il consenso all'eutanasia o al suicidio assistito» (MANIACI 2012, 57): come

esso, cioè, «si fond[*i*] sull'idea, condivisa anche da antipaternalisti, che bisogna assolutamente evitare di cagionare danni a terzi non consenzienti» (MANIACI 2012, 58)⁹.

Discorso analogo vale per l'argomento che Maniaci etichetta come *utilitarista/organicista*, il quale parte dall'assunto che «l'individuo è, per sua natura, un essere relazionale, che instaura e costruisce legami con la comunità di appartenenza, molti dei quali, una volta costituiti, non potrebbero più essere legittimamente rescissi. Legami finalizzati, ad esempio, a produrre reddito per sé e gli altri, accrescere il benessere psicofisico, o semplicemente psichico, proprio e altrui (di amici, colleghi, genitori, parenti, partner)» (MANIACI 2012, 103); dal che conseguirebbe il dovere di non cagionare certi tipi di danno a sé stessi, proprio per evitare che ne discendano pregiudizi anche a carico degli altri¹⁰. Ancora una volta, è lo stesso Maniaci a «dubitare che questo sia un argomento realmente paternalista» (MANIACI 2012, 105): infatti, non lo è per nulla, essendo interamente imperniato sul bene degli altri, o della collettività, anziché su quello del soggetto con la cui condotta si interferisce: «[*i*] paternalismo, infatti, non mira semplicemente a impedire che un soggetto agente cagioni un danno, ad esempio, fisico a sé stesso, o a vietare comportamenti socialmente svantaggiosi, bensì a tutelare (ciò che è ritenuto) il bene dell'individuo stesso» (MANIACI 2012, 105).

Altri argomenti derivano invece l'immoralità dell'atto autopregiudizievole dalla violazione di doveri morali *free-floating*, non correlativi alla posizione morale attiva di uno specifico soggetto terzo (e tantomeno a quella del paternalizzato). È il caso dell'*argomento teologico* (MANIACI 2012, 122 ss.), per il quale recarsi danno (ad es., commettendo suicidio) è immorale se, e solo se, in contrasto con precetti divini (es.: la vita è indisponibile perché non è nostra, ma dono di dio); ma è altresì il caso, più in generale, di tutti quegli argomenti che, anche da prospettiva non (dichiaratamente) teologica, fanno leva su idee, come la *sacralità della vita* o la *dignità umana* (su cui MANIACI 2012, 127 ss.), moralmente dense e suggestive, e perciò assai difficili da afferrare. Sostanza esplicitamente moralistica ha anche l'*argomento perfezionistico*, o *del perfezionismo morale*, per il quale «è indispensabile che ciascun individuo sia orientato, con la persuasione o, se necessario, con la forza, verso un ideale di eccellenza morale o di crescita spirituale, un ideale di virtù o di *human flourishing*» (MANIACI 2012, 114 ss.). A questo riguardo, è interessante notare che «[*w*]hether it takes an egoistic or non-egoistic form^[11], perfectionism is best understood as a moral theory that directs human beings to care about the perfection of others as well as themselves» (WALL 2017, par. 2). Di conseguenza, per il perfezionista il paternalismo giuridico può

⁹ Va anche detto che, secondo Maniaci, questo argomento sarebbe solo *apparentemente* antipaternalistico, poiché, in realtà, sarebbe «tipicamente addotto da veri paternalisti che lo usano per non mettere in discussione direttamente il valore dell'autonomia individuale, per evitare di discutere le numerose obiezioni adducibili contro l'argomento teologico o quello perfezionista» (MANIACI 2012, 58). Confesso che queste attribuzioni di vero o falso (anti)paternalismo mi convincono poco, poiché assumono l'esistenza di un *tipo d'autore* (il *vero paternalista*), che sarebbe tale al di là degli argomenti che usa, per una sorta di inclinazione interiore che egli dissimula sotto una parvenza ingannevole. Mi interessa di più stare sulla sostanza degli argomenti stessi (in definitiva, si può essere contrari all'eutanasia per ragioni non paternalistiche, e dunque senza essere paternalisti), la quale – su questo concordo con Maniaci – non ha nulla di propriamente paternalistico.

¹⁰ Una versione di questo *argomento* è quella che Maniaci chiama *del bene comune*, per il quale lo stato sarebbe legittimato ad «usare la coercizione al fine di evitare che il comportamento [*autopregiudizievole*] di un individuo cagioni alla sua famiglia, ai suoi parenti, ai suoi amici o vicini di casa, irritazione, riprovazione morale, disprezzo» (MANIACI 2012, 138).

¹¹ Un approccio perfezionistico, infatti «can take an egoistic or non-egoistic form. Egoistic forms [...] direct each human being to perfect himself as much as possible, or at least to some threshold level. Egoistic forms of perfectionism need not be narrowly self-interested. A number of perfectionist writers have held that the good of others contributes substantially to one's own good [...]. By promoting the good of others, one can thereby promote one's own good. On such views, there is no deep conflict between one's own perfection and the perfection of others. Non-egoistic forms of perfectionism, by contrast, allow for such conflicts. They hold that each human being has a non-derivative duty to perfect others as well as a duty to perfect himself. Such views, at least in principle, can direct human beings to sacrifice their own perfection for the sake of others» (WALL 2017, par. 2).

trovare legittimazione tanto perché, causando danno a sé stesso, il paternalizzato violi (quello che, in base ad una concezione morale oggettivistica, il paternalista perfezionista ritenga essere) il suo dovere di prendersi cura del *proprio* benessere e della propria eccellenza, fisica e morale, quanto perché è lo stesso paternalista (e, in ultima istanza, lo stato) ad avere il dovere di perfezionare il prossimo (oltre che sé stesso, in una visione non egoistica; oppure, in una visione egoistica, come modo per perfezionare sé stesso). In entrambe le ipotesi, l'intervento paternalistico si giustifica, ancora una volta, in termini squisitamente moralistici, come *enforcement* di doveri morali – siano essi del *pater* o del paternalizzato.

Altri argomenti, infine, supportano una tesi in realtà più vicina al paternalismo tutorio che al paternalismo dispotico: è il caso dell'*argomento della razionalità sostanziale*¹², per il quale «[n]essuno sano di mente vorrebbe suicidarsi o correre un rischio elevato di morire o di cagionare un danno grave alla propria salute», di talché

«chi vuole compiere certe azioni, ad esempio suicidarsi o duellare all'ultimo sangue, [dovrà ritenersi] inevitabilmente affetto da qualche temporanea o permanente "incapacità", [poiché] non ha alcuna ragione di compierle (McDowell, Scanlon), esprime un giudizio *distorto* (Sunstein), non attribuisce il giusto peso a considerazioni rilevanti (G. Dworkin), possiede una forza di volontà debilitata, oppure esprime un giudizio, non irrazionale ma, irragionevole» (MANIACI 2012, 53 s.).

Il problema così posto è esattamente quello del paternalismo tutorio: fare, cioè, in modo che il soggetto paternalizzato compia certe scelte importanti, che possono incidere in maniera significativa e irreversibile su suoi interessi primari, solo allorché versi in condizioni di piena autonomia; non si tratta di imporre al soggetto il suo bene a prescindere dal fatto che questi voglia consapevolmente disfarsene, ma di individuare le condizioni in presenza delle quali si possa effettivamente ritenere che egli, nel disfarsene, stia agendo con piena consapevolezza, guidato dalla ragione (*sub specie* ragionevolezza), non dall'incompetenza, dall'impulso, dallo sconforto o dalla debolezza del volere.

6. Conclusioni

Se si scava a fondo nel paternalismo giuridico (dispotico), si trova dunque la sostanza ultima di altri *liberty-limiting principles*, ossia (quando non il paternalismo tutorio) il principio del danno ad altri o, in ultima analisi, il moralismo giuridico. In un'ottica paternalistica correttamente decodificata, l'intervento coercitivo si legittima in quanto suo tramite si impedisca che il soggetto, ledendo (o consentendo alla lesione di) un proprio interesse, compia una immoralità che concerne bensì la sua stessa persona (che consiste, cioè, nella violazione di un dovere morale che grava su di lui e che riguarda – quello che il *pater* considera – il suo stesso benessere), ma che non ha in lui il titolare di un corrispondente diritto. Al paternalizzato viene impedito coercitivamente di compiere l'atto autopregiudizievole perché questo è un *wrong*, ma non è lui ad essere *wronged* dal compimento dell'atto.

Ne consegue che il paternalismo giuridico non esiste come autonomo principio di legittimazione della coercizione: gli argomenti a suo sostegno rimandano o alla necessità di impedire danni a terzi o a un'intrinseca immoralità dell'atto che prescinde dalla sua dannosità, dal suo essere un *wrong* diretto a qualcuno (moralismo giuridico "puro", non *harm-oriented*).

Ciò rende forse il libro di Giorgio Maniaci, *Contro il paternalismo giuridico*, un'impresa vana, una lotta contro i mulini a vento? Direi di no. Il paternalismo giuridico non esiste come auto-

¹² Al quale possono aggregarsene altri, che però Maniaci tratta separatamente: MANIACI 2012, 124 ss.

no principio di legittimazione, ma esiste certamente come atteggiamento e come retorica: un atteggiamento e una retorica che mettono in secondo piano l'autonomia dell'individuo, per ricoprirla dell'ingannevole manto del *bene per sé stessi*; esiste, se vogliamo, come strategia argomentativa tesa a dimostrare che, contrariamente alle apparenze, aver cura di un proprio interesse, talora, non è questione di esclusiva pertinenza del singolo individuo, ma tocca anche la società nel suo complesso, intesa ora come protettrice di altri interessi (individuali o collettivi) rispetto a quelli del soggetto paternalizzato, o come custode di una moralità condivisa. Il libro di Maniaci è un prezioso contributo allo smascheramento di questo inganno.

Riferimenti bibliografici

- BECCARIA C. 1965. *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. VENTURI, Einaudi.
- BENTHAM J. 1907. *An Introduction to of Morals and Legislation*, Clarendon Press.
- BRAMER M. 2010. *The Importance of Personal Relationships in Kantian Moral Theory: A Reply to Care Ethics*, in «Hypatia», 25, 2010, 121 ss.
- BRINK D.O. 2013. *Mill's Progressive Principles*, Clarendon Press.
- DUFF R.A. 2007. *Answering for Crime Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart Publishing.
- DUFF R.A., MARSHALL S. 1998. *Criminalization and Sharing Wrongs*, in «Canadian Journal of Law & Jurisprudence», 11(1), 1998, 7 ss.
- FEINBERG J. 1984. *Harm to Others*, Oxford University Press.
- FEINBERG J. 1985. *Offense to Others*, Oxford University Press.
- FEINBERG J. 1986. *Harm to Self*, Oxford University Press.
- FEINBERG J. 1988. *Harmless Wrongdoing*, Oxford University Press.
- HART H.L.A. 1961. *Law, Liberty, and Morality*, Stanford University Press.
- HART H.L.A. 1968. *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford University Press.
- HELD V. 2006. *The ethics of care: Personal, political, and global*. Oxford University Press.
- HUSAK D. 2008. *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press.
- MACCORMICK N. 1982. *Legal Right and Social Democracy*, Clarendon Press.
- MANIACI G. 2012. *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli (trad. spag. *Contra el paternalismo jurídico*, Marcial Pons, 2020, trad. Mauricio Maldonado).
- MILL J.S. 1869. *On Liberty*, Longman, Green, Longman, Roberts & Green (4th ed.).
- MOORE M.S. 2014. *Liberty's Constraints on What Should Be Made Criminal*, DUFF R.A., FARMER L., MARSHALL S.E., RENZO M., TADROS V. (eds.), *Criminalization: The Political Morality of the Criminal Law*, Oxford University Press, 182 ss.
- MOORE M.S. 2017. *Legal Moralism Revisited*, in «San Diego Law Review», 54, 2017, 441 ss.
- POSTEMA G. 2005. *Politics is About the Grievance. Feinberg on the Legal Enforcement of Morals*, in «Legal Theory», 11(3), 2005, 293 ss.
- SPENA A. 2010. *Harmless Rapes? A False Problem for the Harm Principle*, in «Diritto & questioni pubbliche», 10, 2010, 497 ss.
- SPENA A. 2014. *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 3, 2014, 1210 ss.
- TRONTO J. 1993. *Moral boundaries: A political argument for an ethic of care*, Routledge.
- WALL S. 2017. *Perfectionism in Moral and Political Philosophy*, in «Stanford Encyclopedia of Philosophy», disponibile in: <https://plato.stanford.edu/entries/perfectionism-moral/> (prima pubblicazione 13/02/2007; modificato 15/12/2017)
- WOOLF V. 1979. *Le onde*, Rizzoli (ed. or. *The Waves*, Hogarth Press, 1931, trad. it. G. De Angelis).
- WOODARD C. 2019. *Taking Utilitarianism Seriously*, Oxford University Press.

REPLICHE AI CONTRIBUTI DI MORESO, SPENA, FIANDACA E DICIOTTI

GIORGIO MANIACI



Repliche ai contributi di Moreso, Spena, Fiandaca e Diciotti

Replys to Contributions by Moreso, Spena, Fiandaca and Diciotti

GIORGIO MANIACI

Professore associato, Università degli studi di Palermo.

E-mail: giorgio.maniaci@unipa.it

ABSTRACT

In questo articolo, replico alle critiche e alle osservazioni mosse da Moreso, Diciotti, Spena e Fiandaca, relativamente al mio libro “Contra el paternalismo jurídico”.

In this article, I reply to criticisms and observations made by Moreso, Diciotti, Spena and Fiandaca about my book “Contra el paternalismo jurídico”

KEYWORDS

paternalismo (debole e forte), Feinberg (Joel), moralismo giuridico, corti costituzionali (italiana e tedesca)

paternalism (soft and hard), Feinberg (Joel), legal moralism, Constitutional courts (Italian and German)

Repliche ai contributi di Moreso, Spena, Fiandaca, Diciotti

GIORGIO MANIACI

1. *Woody Allen e la concezione di Moreso* – 1.1. *La libertà di suicidarsi e il diritto al suicidio assistito* – 2. *L'interpretazione in "malam partem" di Diciotti* – 2.1. *Diciotti e l'argomento utilitarista* – 3. *Il moralismo giuridico di Spena* – 4. *Il prof. Fiandaca e le due sentenze della Corte costituzionale italiana e quella tedesca* – 4.1. *La mia concezione e quella di Feinberg.*

1. *Woody Allen e la concezione di Moreso*

Io sono molto pessimista nella vita, devi saperlo se noi staremo insieme, sai, io sento che la vita è divisa in orribile e in miserrimo, sono come due categorie, sai l'orribile sarebbe ecco, per esempio un caso limite sarebbe quando uno è cieco o storpio, io non so come si faccia a vivere, è un mistero per me, sai, e il miserrimo sono tutti gli altri.
(*Io e Annie*, di Woody Allen)

Prima di incominciare queste brevi repliche, ai contributi sul mio libro *Contra el paternalismo jurídico*, farò una premessa di carattere generale che riguarda tutti i contributi. Tutti gli autori si sono chiesti perché denomino antipaternalismo moderato una concezione etico-politica che in letteratura è diffusamente conosciuta come *soft paternalism* o paternalismo debole, in contrapposizione ad un paternalismo *hard*. La ragione la spiega perfettamente Feinberg, anche se alla fine, vista la prevalenza in letteratura del termine *soft paternalism* l'autore adotta questa espressione. La ragione, dice Feinberg, è che il *soft paternalism* non ha niente di "paternalistico". Se tuteliamo una persona che si sta gettando dal nono piano di un palazzo in stato di intossicazione da alcol e droghe, stiamo tutelando il suo vero bene, i suoi reali interessi, la sua autonomia, quello che Feinberg chiama la sua *real choice*, il suo *real self* perché in stato di intossicazione da alcol e droghe non può ragionare per comprendere cosa è meglio fare, se uccidersi oppure no. Il paternalismo agisce *contro* la volontà dell'individuo, *limita* la sua libertà, ma l'unica reale volontà del soggetto, l'unica vera libertà è quella che dipende da ciò che il soggetto considera i suoi interessi, la sua libertà, la sua scelta, in presenza di razionalità e capacità di intendere e volere. La volontà, la libertà che viene limitata dal paternalismo debole che Spena chiama tutorio non è la vera volontà del soggetto, la sua vera libertà. Il paternalismo dovrebbe essere un principio che limita la volontà e la libertà del soggetto, ma in realtà, quello debole tutela la sua reale volontà, la sua vera autonomia. Una concezione che tutela la autonomia del soggetto non può essere paternalista.

Incomincerò con le osservazioni di Moreso¹. Con José Juan vi è un'amicizia e un affetto che dura da tanti anni, almeno da quando nel 2001 con una borsa di studio del CNR feci il primo di una lunga serie di periodi di studio e ricerca alla Pompeu Fabra di Barcellona, al cui gruppo di ricerca anche io sono molto legato.

Per cui per me è un onore e un piacere che José Juan abbia trovato il tempo per effettuare delle osservazioni acute e profonde sul mio libro, uscito nell'edizione italiana nel 2012, e in quella spagnola nel 2020, presso la Marcial Pons. Moreso, che è sicuramente più colto di me, mi attri-

¹ MORESO 2021.

buisce una concezione della natura umana di tipo pelagiano. Secondo questa concezione, molto ottimistica, dice Moreso,

«los seres humanos, habitualmente, cuando obramos somos racionales, en el sentido de que lo hacemos con un conjunto coherente de creencias, con la información necesaria, con los fines que perseguimos bien determinados, que conocemos los medios para alcanzar dichos fines y que no estamos bajo coacción ni amenaza, ni obramos como consecuencia psicológica de la compulsión y la debilidad de la voluntad».

Questa concezione si oppone ad un'altra concezione, pessimista, della natura umana, quella di Sant'Agostino, secondo cui, con le parole di Moreso «la naturaleza humana está vulnerada, herida, desgarrada, arruinada».

Io che sono più a mio agio con il cinema rispetto alla storia medioevale, direi che Moreso ha una concezione alleniana della vita, come si comprende dall'epigrafe del paragrafo, il quale distingue la vita delle persone in orribile e miserrimo. Secondo Pelagio, dunque, gli esseri umani sono tendenzialmente razionali, hanno un insieme di credenze coerenti, hanno credenze corrette sulla realtà, hanno ben chiaro gli obiettivi e i fini da raggiungere e sanno come realizzarli. Secondo Sant'Agostino, gli esseri umani sono perennemente fragili, vulnerabili, lacerati, dilaniati, feriti, rovinati. Moreso ha ragione nel pensare che io considero ideologicamente inaccettabile, ed empiricamente falsa la concezione di Sant'Agostino, anche perché questa concezione è utilizzata dalla Chiesa per mostrare che gli esseri umani non sanno quello che vogliono e dunque hanno bisogno di un pastore che li guidi come fossero pecore, e dunque devono ubbidire alla autorità ecclesiastica che conosce meglio di loro il loro bene. E, tuttavia, non condivido del tutto neppure la concezione pelagiana, credo che gli esseri umani conoscano i loro desideri meglio di chiunque altro, ma a volte non hanno le informazioni corrette necessarie per realizzarli; inoltre su questioni fondamentali, come il rapporto coi genitori, col partner, gli amici, credo gli esseri umani spesso si autoingannino, come dico nel terzo capitolo del libro *Contra el paternalismo jurídico*. Ci sono due concezioni della fragilità e vulnerabilità umana, una forte, sembrerebbe di stampo agostiniano, una debole, che è quella che condivido. Nella concezione forte la natura umana è sempre fragile e vulnerabile, e secondo assunto, tale fragilità determina in molti o alcuni casi una forma di incompetenza basica. Io credo che Moreso non sia del tutto coerente, perché rifiuterebbe in alcuni casi paradigmatici di incompetenza secondo i paternalisti, la concezione forte della vulnerabilità, ammesso che si possa attribuirle a Sant'Agostino, in quanto lui stesso ammette come legittima una forma di eutanasia attiva nei casi di malattie gravi e incurabili. Al contrario, l'argomento della fragilità è utilizzato proprio dai paternalisti per evitare qualunque forma di eutanasia attiva, proprio perché non ci sarebbe nessuno di più vulnerabile e fragile di una persona con una malattia grave e incurabile, con una prognosi infausta, e tale fragilità rende il suo consenso invalido secondo i paternalisti che adottano una concezione forte della vulnerabilità, cosa che Moreso non condivide. La seconda concezione della fragilità e vulnerabilità umana è che essa sia connessa ad eventi particolari, come un lutto importante, la morte di un compagno/a, di un figlio/a di un genitore, uno sradicamento dalla propria terra natia, un amore non corrisposto, l'impossibilità di avere bambini, l'impossibilità di avere una relazione affettiva stabile a causa di abusi o maltrattamenti subiti durante l'infanzia, l'essere impulsivi, imprudenti, superficiali, affetti da debolezza della volontà e infelici di esserlo. Queste fragilità sono spesso transeunti, anche quando assumono l'aspetto di una depressione reattiva, le persone si abituano alla loro nuova condizione dopo un po' di tempo dall'evento scatenante. La seconda caratteristica di questa condizione debole della vulnerabilità è che nei paesi occidentali la fragilità non è mai considerata una forma di incompetenza basica cioè non inficia l'autonomia del soggetto e gli consente di compiere azioni giuridicamente rilevanti, salvo che la fragilità si trasformi in grave depressione, nel qual caso le cose si complicano. In base alla seconda concezione della fragilità e vulnerabilità

umana, che condivido, è necessaria una procedura di accompagnamento alla decisione per tutti gli atti di disposizione del proprio corpo gravi e irreversibili, come il cambiamento di genere sessuale, la sterilizzazione volontaria, l'eutanasia attiva e passiva e il suicidio assistito, il consumo di droghe pesanti come eroina e cocaina. La procedura di accompagnamento alla decisione è un colloquio col medico che serve innanzitutto per evitare che persone in stato di irrazionalità o incapacità di intendere e volere, come un'intossicazione da droghe o alcol, stato di shock, di ipnosi, di grave depressione in assenza di gravi malattie fisiche, possano compiere azioni autolesive per sé stesse, come un suicidio assistito. In secondo luogo, nella procedura di accompagnamento alla decisione il medico offre tutte le informazioni rilevanti che il paziente potrebbe ignorare, di modo che il paziente conosca i fatti rilevanti e abbia un insieme di credenze rilevanti coerenti; inoltre il medico elimina eventuali incoerenze, presenta le informazioni in modo da evitare che il paziente commetta errori cognitivi descritti nel capitolo terzo del mio libro nella versione spagnola, ad esempio presenta eventi statisticamente rilevanti in termini di frequenze naturali (una su mille) e non in termini di probabilità formale (0,1%) e dà al paziente un periodo di tempo, ad esempio una settimana, per decidere in modo che sia sicuro della sua scelta. Quindi, in un certo senso, la condizione pelagiana, la razionalità, la conoscenza dei fatti rilevanti, l'insieme coerente delle credenze, l'assenza di fallacie, ecc., non è altro che il risultato della procedura di accompagnamento alla decisione, non il principio. Questa procedura tutela l'autonomia del soggetto, è rigorosamente antipaternalista, perché tutela molte persone dal compiere gesti irreversibili in stato di irrazionalità, incapacità di intendere e volere, tutela le persone più deboli cioè persone impulsive, superficiali, affette da debolezza della volontà, infelici di esserlo, e tutela coloro che non per loro colpa ignorano fatti rilevanti molto importanti, ad esempio che solo il 20-25% dei consumatori di eroina o cocaina diventa consumatore compulsivo e che un consumatore compulsivo di cocaina ha una certa probabilità di avere danni alla salute, ad esempio una probabilità sette volte maggiore di infarto al miocardio.

1.1. *La libertà di suicidarsi e il diritto al suicidio assistito*

Moreso poi distingue due casi, uno di un diritto-libertà o permesso e uno di diritto-pretesa nel senso di Hohfeld. In molti paesi occidentali il suicidio e il tentato suicidio sono libertà, cioè si tratta di comportamenti non sanzionati, non vietati. Ma il suicida non ha la pretesa che altri non interferiscano col suo comportamento suicidario, gli altri non hanno l'obbligo di non interferire, in maniera coattiva, col comportamento suicida, anzi in molti stati la polizia ha l'obbligo di intervenire. Quello, invece, all'eutanasia attiva, nel caso di una malattia grave e incurabile, è un diritto-pretesa, cioè l'individuo che vuole l'eutanasia attiva ha la pretesa a che gli altri non interferiscano con la sua decisione e i suoi comportamenti necessari per essere ucciso mediante iniezione letale. Sono totalmente d'accordo con Moreso su questo punto, io non credo nel diritto al suicidio, ma nel diritto all'eutanasia attiva e al suicidio assistito, cosa molto differente, perché come ho spiegato, per le ragioni analizzate prima, il suicidio assistito prevede una procedura di accompagnamento della decisione effettuata tramite il colloquio con un medico e uno psicologo che accertino la presenza delle quattro condizioni per un grado sufficiente di autonomia, la razionalità, capacità di intendere e volere, la sufficiente libertà da pressioni coercitive, la stabilità nello tempo dei desideri. Una penultima cosa. Moreso inserisce tra le norme che abbiano giustificazioni o scopi paternalisti anche le norme che tutelano i diritti dei lavoratori dipendenti, il diritto alla retribuzione, al riposo giornaliero, al riposo settimanale, alla sicurezza sul lavoro, ad un ambiente salubre. Queste norme, al contrario, hanno natura antipaternalista, perché tutelano uno dei quattro requisiti per un grado sufficiente di autonomia, la sufficiente libertà da pressioni coercitive. Tutelano la preferenza autonoma dei lavoratori alla chiusura della negoziazione. Questi diritti sono, infatti, inalienabili e irrinunciabili, ma non per ragioni paternaliste. Se il diritto al riposo giornaliero e settimanale fossero diritti rinunciabili *de iure* o *de facto*, i lavoratori

molto probabilmente subirebbero pressioni coercitive, minacce di licenziamento, di delocalizzazione, di riduzione della produzione, per essere indotti a rinunciare a tali diritti. Gli imprenditori potrebbero anche coalizzarsi per proporre soltanto contratti di lavoro di 14 ore al giorno e senza ferie pagate. Questo violerebbe l'autonomia dei lavoratori dipendenti, la loro libertà da pressioni coercitive, quindi l'irrinunciabilità di tali diritti ha ragioni antipaternaliste.

Infine, Moreso mi accusa di negare validità all'argomento del piano inclinato, o della china scivolosa utilizzato da molti autori contro l'eutanasia e il suicidio assistito e di utilizzarlo io stesso in altre occasioni. Secondo alcuni autori, la legalizzazione dell'eutanasia attiva avrebbe una conseguenza tragica e inevitabile, l'uccisione da parte dei medici delle persone più deboli, indifese, vulnerabili, contro la loro volontà. Questo argomento contiene varie fallacie, è soprattutto paranoico, perché la probabilità che tutti, medici, infermieri, psicologi, amici, parenti, fraintendano la volontà del paziente, che dice non voglio l'eutanasia e loro capiscono sì la voglio, è inesistente. Né c'è stata nessuna strage degli innocenti nei paesi in cui è legalizzata l'eutanasia o il suicidio assistito (Belgio, Lussemburgo, Germania, Olanda, Spagna, Svizzera). In seguito, affermo che l'argomento della dignità usato in chiave paternalista è pericolosissimo, perché in ambito bioetico si potrebbe considerare contrario alla dignità umana qualunque atto, il sesso orale, la prostituzione, la pornografia, la masturbazione ecc. Secondo me, ci sono solo due tipi di piano inclinato, uno empiricamente valido, basato su prove empiriche sufficientemente certe e un altro empiricamente invalido, dal punto di vista statistico-probabilistico. Il piano inclinato nel caso dell'argomento della dignità è basato su prove empiriche sufficientemente certe, perché di fatto utilizzato, come temevo, dalle femministe radicali contro la prostituzione, la pornografia, la maternità surrogata, così come è stato utilizzato in chiave paternalista dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza del 2019 con cui ha rigettato la questione di legittimità dei reati di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione, argomentando (anche) che la prostituzione offende la dignità della prostituta. Nello stesso senso, il catechismo della Chiesa cattolica considera contrari alla dignità dell'uomo la fornicazione, la prostituzione e la pornografia².

2. L'interpretazione in "*malam partem*" di Diciotti

Il contributo di Diciotti³ è molto più critico di quanto mi aspettassi, ricordavo un maggiore accordo su molte questioni, e dà l'impressione di effettuare a volte interpretazioni in *malam partem* del mio pensiero, anziché interpretazioni caritatevoli. Ma vediamo cosa afferma.

Diciotti mi accusa di utilizzare una concezione della razionalità e della libertà da pressioni coercitive troppo indeterminata. Per quanto riguarda la razionalità e la capacità di intendere e volere questa critica non mi sembra corretta. Io enumero tutta una serie di requisiti, credenze palesemente false, stato di shock, stato di ipnosi, intossicazione da alcol, droghe o psicofarmaci, immaturità psicologica dovuta alla minore età, psicopatologie permanenti o temporanee, contraddizioni logiche che determinano irrazionalità o incapacità di intendere e volere. Per semplicità, non ho distinto i requisiti della razionalità da quelli della capacità di intendere e volere. E, tuttavia, metto due paletti molto chiari nella concezione della razionalità, affermando che tale concezione è formale e limitata, e ciò rende la razionalità un requisito minimale, scheletrico, debole. In altri termini, è molto facile superare il test di razionalità formale e limitata. Eliminando dalle opzioni teoriche accettabili la razionalità sostanziale, si impedisce che un certo comportamento, il suicidio, sia considerato come irrazionale o insufficientemente razionale, con riguardo

² https://www.vatican.va/archive/catechism_it/p3s2c2a6_it.htm (PARTE TERZA. LA VITA IN CRISTO. SEZIONE SECONDA I DIECI COMANDAMENTI. CAPITOLO SECONDO. «AMERAI IL PROSSIMO TUO COME TE STESSO» ARTICOLO 6 IL SESTO COMANDAMENTO).

³ DICIOTTI 2021.

al suo contenuto. Già questo riduce molto il campo dei requisiti della razionalità. Nella razionalità formale o *humana* in genere i requisiti sono due, le contraddizioni logiche e le credenze false, cui si possono aggiungere, cito Elster, e il mio libro sulla razionalità del 2008, in una nota nel mio libro contro il paternalismo, alcune distorsioni irrazionali, come *wishful thinking*, preferenze adattive e conformismo. Secondo una concezione della razionalità limitata, cito Herbert Simon⁴ in nota nel mio libro, le persone iniziano il percorso previsto dalle teorie della scelta razionale, iniziano a individuare le opzioni disponibili, ad esempio le case in vendita, individuano alcune caratteristiche di queste opzioni, ad esempio la presenza di un riscaldamento centralizzato, la presenza di scuole ottime vicine, la presenza di ascensori, l'esposizione della camera da letto ad ovest, ecc., attribuiscono una preferenza a tali caratteristiche, ma non completano la procedura, ad un certo punto dicono "good enough", questa l'espressione di Simon. Il quando questo succeda, quando le persone smettono di cercare nuove opzioni, nuove caratteristiche è secondo Simon un salto nel buio. La formula prevista dalle teorie della scelta razionale sarebbe che una persona decide di interrompere la procedura quando il costo di un'informazione addizionale è superiore al beneficio della nuova e non acquisita informazione addizionale. Simon critica questa procedura perché, in realtà, non possiamo calcolare il beneficio della nuova informazione addizionale. In questo contesto, la concezione della razionalità diventa ancora più scheletrica, perché ci sono due livelli decisionali, il primo la ricerca delle opzioni, delle caratteristiche, l'attribuzione di preferenze, il secondo in cui il soggetto decide in modo coerente quante risorse intellettuali, materiali e soprattutto temporali dedicare a quel tipo di decisione, ad esempio comprare una casa. In tal senso, è possibile che un soggetto ignori di avere una credenza falsa, ma sia razionale per Simon, perché un individuo potrebbe legittimamente smettere di cercare di accertare se una certa credenza sia falsa, accettando questa possibilità e non volendo spendere più risorse temporali e materiali per accertarne la veridicità, essendo difficile, cioè molto dispendioso temporalmente accertare la veridicità di quella credenza. Per questo parlo di credenze palesemente false, cioè credenze che è facile accertare in base alla letteratura di riferimento se sono vere oppure no.

Sono convinto che anche Diciotti conosca bene la concezione della razionalità formale, quella di Elster e quella di Simon, che per necessarie ragioni di brevità non ho esplicitato del tutto nel testo, ma il mio concetto di razionalità è esplicitamente delimitato da queste due concezioni.

Per quanto riguarda il concetto di pressione coercitiva sufficiente essa ha un certo grado di indeterminatezza, ma non è possibile eliminarla salvo individuare tutti i diritti fondamentali della persona che subisce una pressione coercitiva, che determinano quando la pressione coercitiva è *sufficiente* a viziare il consenso, come nell'esempio che faccio dell'operaio metalmeccanico che lavora dodici ore al giorno per pagare le spese del trapianto di cuore del figlio in un sistema di assicurazioni private, senza welfare o senza un diritto alla salute costituzionalmente garantito a tutti. Così ad esempio la giurisprudenza italiana considera violenza sessuale l'ipotesi in cui il locatore ricatti la locataria dicendole che se non fanno sesso, la butterà fuori di casa, non avendo lei pagato l'affitto. In questo caso, il diritto fondamentale che rileva, non è quello di permanere in una casa senza pagare l'affitto, ma il diritto morale a non dormire per strada, soprattutto d'inverno, per cui il ricatto del locatore assume le vesti di una pressione coercitiva sufficiente a viziare il consenso. Non c'è modo di sfuggire a questa indeterminatezza, e infatti lo stesso Diciotti non propone una concezione migliore delle pressioni coercitive, semplicemente perché non c'è. Però metto un paletto preciso, cioè che le pressioni affettive, come un rifiuto amoroso o un abbandono affettivo, non rappresentano pressioni coercitive, perché non abbiamo il diritto-pretesa di essere amati. Facciamo degli esempi. Immaginiamo che un fidanzato dica alla fidanzata, la quale si rifiuta di fare sesso con lui da un mese, che se non avranno rapporti sessuali lui la lascerà. Se la donna acconsente non c'è violenza sessuale. Oppure un amico che chiede un pre-

⁴ Cfr. SIMON 1955, SIMON 1957, ELSTER 1983, ELSTER 1986, MANIACI 2008.

stato ad un altro suo amico, minacciandolo di non parlargli più qualora non gli desse il prestito. Anche in questo caso, non c'è estorsione se l'amico acconsente. Anche il concetto di violenza epistemica ha un suo grado di indeterminatezza, ma più specifico di come lo descrivo non si può. In realtà, si tratta di un fenomeno relativamente facile da individuare in base ai sintomi che individuo nel quarto capitolo. Si tratta di un fenomeno comune per quanto riguarda le donne nell'Ottocento e i primi settanta anni del Novecento, gli afroamericani nello stesso periodo negli Stati Uniti, e i dalit in India. Basta trovare un gruppo sociale fortemente discriminato giuridicamente, socialmente ed economicamente, che sia educato all'inferiorità fin dall'infanzia, che quindi interiorizzi il senso di inferiorità al punto da ritenere giusta la discriminazione. Questo spiega l'ostilità di alcune donne, che subivano la violenza epistemica, in Gran Bretagna al movimento delle suffragette che pretendevano il diritto di voto; la violenza epistemica spiega perché alcune donne erano contrarie al diritto di voto, essendo un gruppo giuridicamente, socialmente ed economicamente discriminato in una società ferocemente maschilista. Come dico nel testo, la violenza epistemica ha, dunque, paletti abbastanza determinati e può rappresentare per una donna straniera, parte di un gruppo fortemente maschilista, un vizio del consenso per quanto concerne la decisione di farsi maltrattare dal marito. Questa donna, infatti, avrà alcuni "sintomi", come la credenza nella superiorità intellettuale e morale degli uomini, probabilmente di natura religiosa, un odio di sé in quanto parte di un gruppo fortemente discriminato, un conformismo al gruppo sociale. Più di così il concetto di violenza epistemica non si può precisare, ma non possiamo farne a meno, cosa di cui evidentemente Diciotti non si rende conto, al fine di tutelare soggetti deboli che subiscono gravi discriminazioni.

In realtà, la maggior parte dei casi di pressione coercitiva sono individuati nel testo e condivisi in letteratura, come la coercizione fisica e la coercizione psicologica, intesa come la minaccia di un male, ad esempio, fisico, psicofisico o economico a qualcuno da parte di un terzo. I pochi casi dubbi riguardano, come Diciotti perfettamente intuisce, cosa dobbiamo consentire che i poveri in senso assoluto possano legittimamente fare. Ad esempio, in due articoli, uno pubblicato su "Doxa", uno in corso di pubblicazione⁵, affermo che un mercato libertario di organi, comprati e venduti come fossero televisori, è da evitare, perché in tale mercato capitalistico, visto che la domanda di organi è molto elevata, soprattutto di reni, e l'offerta ridotta, i reni avrebbero un costo significativo, escludendo i più poveri o i meno benestanti dalla possibilità di acquistare un rene nel mercato di libero, creando una forte disuguaglianza tra ricchi e poveri in termini di aspettativa di vita. In questo articolo, esploro, invece, la possibilità che lo Stato, il Servizio sanitario nazionale offra incentivi economici, ad esempio 30000 euro, in cambio della cessione di un organo non vitale, come un rene, un polmone o mezzo fegato. In questo contesto, escludo i poveri in senso assoluto dalla possibilità di cedere un organo in cambio di un corrispettivo dello Stato. Lo stesso per la maternità surrogata una volta che fosse legalizzata. Le ragioni fondamentali sono evitare una forma grave di *exploitation* delle classi più povere che potrebbero trasformarsi nella *riserva di organi* del paese, con conseguenze gravi per la loro salute visto che la cessione di un rene implica una certa probabilità di sviluppare ipertensione, il che è un fattore di rischio di malattie cardiocircolatorie, e una certa probabilità che l'unico rene rimasto si ammali. Lo stesso vale per la maternità surrogata, la madre va incontro al rischio di sviluppare varie malattie durante e dopo la gravidanza, come artrite reumatoide, depressione post-partum, infezioni mammarie e vaginali, emorragie, ipertensione, preeclampsia, diabete.

Dunque, escludo le persone più indigenti dalla possibilità di cedere un rene in cambio di un corrispettivo da parte del Servizio sanitario nazionale, e dalla possibilità di stipulare un contratto di maternità surrogata. Mentre non escluderei le donne povere dalla possibilità diventare prostitute, se la prostituzione fosse pienamente legalizzata e regolamentata, perché la prostituzione

⁵ MANIACI 2020b, MANIACI 2022.

non implica, di per sé, danni fisici o psicofisici alla prostituta stessa, come accade con la gravidanza. Nello stesso senso, i più poveri avrebbero diritto a consumare eroina o cocaina, perché tale comportamento non dipende da una pressione coercitiva.

Dopo avere affermato che i requisiti della razionalità e della stabilità nel tempo dei desideri sono troppo indeterminati, Diciotti afferma che sono troppo esigenti. Ad esempio, è normale che le persone abbiano conflitti tra desideri, dunque è un requisito molto facile da soddisfare, che implicherebbe che moltissime decisioni siano irrazionali. Al contrario di quanto pensa Diciotti, l'assenza di contraddizioni logiche tra desideri fondamentali e rilevanti, correttamente interpretata, è un presupposto indispensabile per qualunque procedura medica di accesso all'eutanasia o al suicidio assistito, direi per qualunque procedura medica basata sul consenso informato. Non possiamo concedere l'eutanasia ad una persona che un giorno dica la voglio, il giorno successivo non la voglio, e così sempre; deve decidersi, e il conflitto deve essere rilevante come dico nel testo, dipende da ciò che il soggetto racconta al medico, indipendentemente dal fatto che abbia qualche dubbio ben nascosto.

Anche il requisito della stabilità nel tempo dei desideri è facilissimo da soddisfare, e non è affatto esigente, basta dare al paziente un tempo di riflessione, ad esempio una settimana, per valutare se la sua decisione è ben ponderata, cosa prevista da moltissime leggi che prevedono procedure di accompagnamento alla decisione di soggetti che vogliono compiere atti di disposizione del proprio corpo gravi e irreversibili, Come accade con il cambiamento di genere sessuale, la sterilizzazione volontaria, l'aborto, l'eutanasia o il suicidio assistito, e come è infatti previsto dalla recente legge spagnola che ha legalizzato l'eutanasia attiva per pazienti gravi e incurabili.

Come dico nel mio testo, «Ad esempio, il medico durante il colloquio con un paziente gravemente malato (ma non terminale) o affetto da gravi handicap fisici potrebbe dare a quest'ultimo una settimana di tempo per decidere in modo sereno, non avventato, se vale la pena di morire»⁶.

La procedura, come dico nel testo, deve essere breve altrimenti si ricade nel paternalismo. Infine, Diciotti mi accusa di non condividere un paternalismo moralistico e perfezionista, ma di condividere un paternalismo non moralistico o perfezionista.

Dice Diciotti, «Essere antipaternalisti significa infatti accettare la tesi che agli individui debba essere garantito, almeno in alcune circostanze, il diritto di danneggiare se stessi, ossia di eseguire azioni incompatibili col loro bene o il loro interesse».

Per me questa concezione presunta antipaternalista non è solo inaccettabile, ma è insensata, perché il bene dell'individuo, il suo benessere psicofisico, i suoi interessi coincidono, come dico nell'introduzione del mio libro, con ciò che il soggetto adulto desidera in presenza dei requisiti della razionalità, capacità di intendere e volere, conoscenza dei fatti rilevanti, stabilità nel tempo dei desideri, sufficiente libertà da pressioni coercitive. Dunque, come dice chiaramente Feinberg sono ammessi interventi volti a stabilire, proceduralmente, quale sia la reale volontà del soggetto che vuole compiere attività gravemente dannose. In tal senso, io non credo, come già detto, nel diritto-pretesa al suicidio né che dovremmo dunque lasciare che le persone si gettino dal nono piano di un palazzo o accendano il gas per morire, perché non sappiamo se queste persone agiscono in stato di irrazionalità o incapacità di intendere e volere (non ripeterò tutti i requisiti già individuati), poiché tale intervento serve a determinare, tramite una procedura di accompagnamento alla decisione quale sia la reale volontà del soggetto. Mi sembra sufficientemente antipaternalista far scendere la persona in probabile stato di intossicazione da alcol dal nono piano, darle accesso al suicidio assistito tramite un colloquio con un medico e uno psicologo che accerti i quattro requisiti per un grado sufficiente di autonomia. Ciò che Diciotti dimentica, e forse non condivide, è che sono le stesse persone a richiedere in molti casi questo intervento, cioè che la polizia o i vigili del fuoco impediscano loro di uccidersi o automutilarsi in presenza di irraziona-

⁶ MANIACI 2012.

lità o incapacità di intendere e volere. Anche io vorrei essere salvato mentre mi sto gettando dal nono piano di un palazzo in preda ad un trip da LSD (che non ho mai consumato). Questi interventi volti a limitare la libertà dell'individuo di arrecare un grave danno a se stesso quando non è in condizione di ragionare sono paternalisti? No perché tutelano, a livello probabilistico-statistico l'autonomia della maggioranza delle persone che vorrebbe essere salvata in casi del genere. Lo stesso vale per la conoscenza dei fatti rilevanti. Se una persona inizia a consumare cocaina ed eroina, ignorandone non per sua colpa gli effetti sulla salute, perché ingannata dal contesto sociale in cui vive, cioè gli amici che si sbagliano sugli effetti della cocaina ed eroina, e la sua reale volontà, una volta conosciuti gli effetti sulla salute sarebbe di non consumare cocaina ed eroina, dobbiamo attribuirle, come dice Diciotti, il diritto di danneggiare sé stessa, contro i suoi reali interessi? Non credo che dovremmo farlo e non credo che tale interferenza sarebbe paternalistica, perché tuteliamo un soggetto debole, tuteliamo la sua autonomia, un soggetto che ignora fatti rilevanti non essendo responsabile della sua ignoranza, e che probabilmente vorrebbe essere salvato, cioè vorrebbe gli fosse impedito di consumare cocaina ed eroina, se ciò andasse contro la sua reale volontà. In secondo luogo, la procedura di accompagnamento alla decisione potrebbe, come dico nel mio testo, ampliare lo spettro di opzioni dell'individuo in modo rilevante. Se, ad esempio, una persona vuole consumare eroina per dimenticare e sopportare un evento tragico, come la morte della sua compagna, il medico potrebbe offrirgli un nuovo antidepressivo che potrebbe risollevarlo da questa situazione, nel qual caso non desidererebbe più consumare eroina. In terzo luogo, durante la procedura di accompagnamento alla decisione in cui il medico accerta l'assenza di irrazionalità e incapacità di intendere e volere, nello stesso lasso di tempo, il medico potrebbe informare il soggetto dei fatti rilevanti.

Ed è ovvio, sebbene Diciotti neghi che io possa farlo coerentemente, che distingo tra attività normalmente non dannose o pericolose da attività normalmente dannose e pericolose. E per due buone ragioni, come dico nel terzo capitolo in cui esamino questa distinzione. La prima è che più un'azione è dannosa più diminuisce la quantità di persone razionali che vorrebbe compierla, così come ci sono molti più consumatori di marijuana che di eroina. Dunque, dal punto di vista statistico c'è, nel caso di azioni gravemente autolesive come suicidarsi o automutilarsi, una probabilità maggiore di involontarietà o irrazionalità (praticamente sempre nel caso di gravi automutilazioni, come dice Feinberg). La seconda ragione è che è assurdo secondo me ed estremamente dispendioso e liberticida sottoporre i cittadini a colloqui pubblici obbligatori ogni qual volta intendano sposarsi, comprare una casa o una automobile per stabilire se conoscano tutti i fatti rilevanti o se siano stati impulsivi.

2.1. *Diciotti e l'argomento utilitarista*

Diciotti analizza un argomento, di tipo utilitarista, ricorrente nel dibattito sul paternalismo: l'argomento secondo cui «nessuno è completamente isolato», per cui risulta impossibile o quasi impossibile

«arrecare un danno serio o permanente a se stessi senza che il male si estenda almeno fino a chi ci è più vicino, e spesso molto oltre. Se un uomo lede le sue proprietà, danneggia chi direttamente o indirettamente ne traeva sostentamento, e generalmente diminuisce in maggiore o minore misura le risorse complessive della comunità. Se deteriora le sue facoltà fisiche o mentali, non solo fa del male a coloro la cui felicità dipendeva [...] da lui, ma si pone nell'incapacità di rendere i servizi di cui è in generale debitore ai suoi simili, e talvolta diventa un peso per il loro affetto e la loro benevolenza»⁷.

⁷ MILL 1997, 92; citato in MANIACI 2020a, 120.

Diciotti rileva correttamente che le norme che proibiscono ad una persona di deteriorare le sue facoltà mentali e fisiche, perché si trasformerà in un costo per la società che deve procurargli, nei paesi in cui il diritto alla salute è garantito a tutti, assistenza sociale e sanitaria, non è necessariamente paternalista, ma questo lo dico anche io nel libro; l'argomento utilitarista-organicista non è necessariamente paternalista. Anche se è legale, Diciotti fa l'esempio dell'alcolismo che potrebbe deteriorare le facoltà fisiche e mentali in modo da produrre un'alterazione grave dell'attività familiare e lavorativa e richiedere assistenza sociale e sanitaria. E poi aggiunge che

«In una società di questo genere non sarà dunque irragionevole, almeno in alcune circostanze, richiedere ai cittadini di non agire per il proprio piacere personale se ciò può provocare loro danni, al corpo o alla mente, che arrechino un costo eccessivo, in termini di cure e di assistenza, alla collettività. Quali siano esattamente queste circostanze sarà, nuovamente, una questione controversa, la cui soluzione dovrà essere affidata a un bilanciamento di valori dall'esito incerto».

In realtà, non condivido questa posizione di Diciotti, perché il bilanciamento di cui parla sopra non è né particolarmente difficile, né incerto o complesso, né controverso. In tutti i paesi occidentali in cui il diritto alla salute è riconosciuto come diritto costituzionalmente garantito a tutti, l'idea è che se un individuo, o una minoranza di persone, corre volontariamente un rischio di ledere le sue facoltà fisiche e mentali la società garantisce sempre il suo diritto alla salute e assistenza, come cure mediche e pensioni di invalidità. Farò alcuni esempi. Una persona che fuma due pacchetti di sigarette al giorno si espone ad un grosso rischio di contrarre un tumore ai polmoni e altre malattie, ma viene curato e assistito lo stesso dagli ospedali pubblici. Stessa cosa per chi pratica sport estremi, per gli alcolisti, per chi pratica la boxe e il wrestling, per chi nuota in tratti di costa dove sono stati spesso avvistati squali pericolosi, per chi fa sesso non protetto e contrae l'aids, per chi abusa di cibi ad alto contenuto di grassi e colesterolo diventando obeso, obesità che lo espone al rischio di malattie in futuro, per chi va in motocicletta. Tutti questi soggetti si espongono volontariamente, nel breve, medio o lungo periodo a eventi lesivi dell'integrità fisica e mentale, ma ciò non toglie nulla al loro diritto all'assistenza sociale e medica. Lo stesso vale in questi ordinamenti anche per le situazioni illegali, per cui vengono curati e assistiti anche gli eroinomani in overdose o i cocainomani con un infarto al miocardio, i fumatori di marijuana con nausea e allucinazioni o coloro che fanno un incidente automobilistico superando il limite di velocità. Per questa ragione, la normativa che proibisce il sesso sadomaso violento o il consumo di sostanze stupefacenti non è un giusto bilanciamento, ma semplicemente un'incoerenza rispetto a tutte le altre situazioni in cui le persone si espongono al rischio di una lesione dell'integrità psicofisica. E non è una questione di probabilità, perché molte delle attività lecite sopra individuate, come la boxe o l'alcolismo, hanno maggiori probabilità o probabilità simili di un rischio di una lesione rispetto al consumo di stupefacenti. Solo il 20-25% dei consumatori di cocaina, ecstasy o eroina è compulsivo, gli altri sono saltuari o occasionali, e solo 1/4 dei consumatori di cocaina ha problemi di salute collegati al consumo di stupefacenti, alcuni dei quali dipendenti dal proibizionismo, essendo le dosi a volte tagliate male o in sovradosaggio.

Un'eccezione potrebbe farsi nel caso in cui il comportamento della maggioranza produca eventi catastrofici, come non vaccinarsi nel caso di una pandemia da virus. Se la maggioranza non si vaccina, e contrae la malattia è una catastrofe, perché non ci saranno mai abbastanza posti letto per ricoverarli, trasformando la regione in una zona rossa, con grande catastrofe economica in caso di lock-down per i lavoratori indipendenti e autonomi. Ci sono alcuni diritti liberali che possono essere esercitati solo fino a quando sono esercitati da una minoranza, ma questo vale non solo per il diritto di consumare eroina e cocaina, ma anche per il diritto di emigrare, di essere curati, di abortire, di non fare figli. Se questi ultimi diritti fossero esercitati dalla maggioranza ci sarebbero grossi problemi di tenuta finanziaria, tributaria, socio-economica dello Stato. Ma è ovvio statisticamente che il desiderio di consumare cocaina ed eroina è proprio di una piccola minoranza in tutti i paesi occidentali.

In seguito, Diciotti critica fortemente l'idea secondo cui i doveri fondamentali degli individui che implicano un *facere* dell'individuo sono doveri nei confronti di individui specifici, come ascendenti e discendenti, ma non doveri nei confronti della collettività. Riconosco che tale affermazione appare fortemente estrema e necessita di essere specificata. Ciò che volevo dire è che i doveri che hanno un elevato grado di inderogabilità, indefettibilità, ineludibilità, e che implicano un *facere* dell'individuo, non sono doveri nei confronti della collettività. I doveri nei confronti della collettività, che implicano un *facere*, sono doveri *prima facie*, con un grado elevato di derogabilità, defettibilità, doveri facilmente eludibili, soprattutto l'obbligo di adempiere i doveri di solidarietà economica e sociale. Questo era il mio scopo principale, cioè mostrare che, al contrario di quanto sostenuto da alcuni costituzionalisti, l'adempimento dei doveri di solidarietà economica e sociale *presuppone, non impone*, la presenza di un reddito o della vita. Questo argomento non può essere utilizzato contro il suicidio assistito o l'eutanasia attiva. Per non assolvere l'adempimento dei doveri di solidarietà economica e sociale è sufficiente non lavorare, e farsi mantenere, non lavorare e mendicare senza molestie, fare l'eremita in alta montagna, emigrare all'estero, rifiutare trattamenti sala-vita, uccidersi bevendo grandi quantità di alcol, oppure un anziano misantropo può ritirarsi in isolamento nella sua campagna vivendo dei frutti della sua terra, pagando un contributo minimo in termini di tasse indirette per i semi e gli anticrittogamici da comprare via internet. Lo stesso vale per il contributo alle spese pubbliche.

Inoltre, i doveri individuati da Diciotti, l'obbligo di testimoniare in un processo, di soccorrere persone ferite sono sempre doveri nei confronti di persone specifiche. L'obbligo di testimoniare in un processo serve per realizzare nella misura maggiore possibile lo scopo principale del processo, cioè la ricerca della verità, dunque assolvere l'imputato se innocente o condannarlo se colpevole.

3. Il moralismo giuridico di Spina

In tutti e quattro i volumi di "The Moral Limits of Criminal Law" Feinberg distingue chiaramente quattro concezioni, due liberali, cioè l'*Harm to Others Principle*⁸ e l'*Offense Principle*⁹ e due illiberali, il *Legal Paternalism* e il *Legal Moralism*. Quest'ultimo viene definito nel senso che «It is necessary to prevent inherently immoral conduct whether or not such conduct is harmful or offensive to anyone», mentre il *Legal Paternalism* è una concezione secondo la quale «it is necessary to prevent harm to the very person it prohibits from acting, as opposed to others»¹⁰. Feinberg conserva questa terminologia, questa quadripartizione lungo tutti i volumi. Il fatto che nel passaggio citato da Spina¹¹ Feinberg definisca anche l'*Harm Principle* come un principio morale significa semplicemente che si tratta di un principio basato su giudizi di valore morali, ma, al contrario di quanto pensa Spina, si crea solo confusione se definiamo in generale l'*Harm to Others Principle* una forma di moralismo giuridico, perché se lo facessimo si creerebbe una confusione notevole, come una notte buia in cui tutti gli oggetti sono neri, e non potremmo più distinguere l'*enforcement of morals* di Devlin dalla posizione liberale di Hart o Mill, basata sul Principio del danno, non si capirebbe più nulla. Che Duff avvalori questa definizione, l'*Harm to others Principle* come una forma di moralismo giuridico, non sorprende perché Duff che è un moralista giuridico nel senso della quadripartizione feinberghiana, ha tutto l'interesse a mostrare che anche l'*Harm Principle* è una forma di *Legal moralism*, non uguale, ma dello stesso tipo del suo. Ma definire in ogni contesto giuridico e morale l'*Harm Principle* come una forma di *Legal moralism* è profondamente sbagliato e Feinberg non lo accetterebbe mai.

⁸ FEINBERG 1984.

⁹ FEINBERG 1985.

¹⁰ FEINBERG 1986, ix.

¹¹ SPINA 2021.

Una delle ragioni di questa confusione sta nel concetto di “harm” che Feinberg definisce in modo troppo generico come una lesione degli interessi altrui meritevole di tutela, a *wrong setback of interests*. Sarebbe preferibile, come faccio nell’articolo “Come interpretare il Principio del danno” e “Harm Principle e Offense Principle secondo un’etica liberale”¹² individuare i principali danni che secondo l’*Harm Principle* rappresentano una buona ragione per imporre una sanzione penale. Il danno fisico, la lesione della vita e dell’integrità fisica, il danno psicofisico, come una grave depressione che si manifesti dopo l’uccisione del compagno della persona depressa, il danno economico, e ciò che definisco *danno esistenziale*, cioè un’interferenza significativa nella sfera corporeo-percettiva che cagioni un danno psicologico o la violazione del domicilio, dell’onore, della privacy. Sarebbero casi di danno esistenziale un sequestro di persona, le molestie sessuali, lo stalking, o il caso di una persona che mi urini addosso. A ciò si può aggiungere la violazione delle regole di imparzialità della pubblica amministrazione. Questi sono i danni fondamentali che rappresentano una buona ragione per imporre una sanzione penale in ambito liberale. Il danno psicologico da solo non è una ragione sufficiente, in un’etica liberale, per giustificare l’uso della forza, perché Tizio potrebbe provare rabbia e disgusto al pensiero di due omosessuali che fanno l’amore, al pensiero che due omosessuali si stanno sposando in questo momento in qualche parte del paese o provi rabbia e disgusto per il fatto di sapere, anche se non lo vede o sente, che il vicino di casa organizza orge con prostitute e cocaina. Questa rabbia, questo disgusto morale sono del tutto irrilevanti dal punto di vista della criminalizzazione del comportamento altrui. Stessa cosa per il cosiddetto *moral harm*, che caratterizza propriamente il *legal moralism*; il *moral harm* non solo non è una buona ragione per criminalizzare un comportamento, ma in realtà essendo una forma di corruzione morale della persona, una sua perversione, non rappresenta neppure un danno vero e proprio dal punto di vista liberale. Una volta individuati i danni che rappresentano una buona ragione per infliggere una sanzione penale, in questo Spina ha ragione, è necessario per giustificare la criminalizzazione di un comportamento, per individuare l’oggetto intenzionale della criminalizzazione, che il danno sia ingiusto, *a wrong*, e questo è un requisito del tutto valutativo che dipende da complessi bilanciamenti tra principi costituzionali. Ad esempio, dato che la nostra costituzione garantisce la libertà di iniziativa economica non rappresenta un danno ingiusto il fallimento di un’impresa che non riesce ad affermarsi nel mercato capitalistico, cioè non riesce a competere con altre imprese nello stesso settore. La presenza di un danno a terzi rappresenta, tuttavia, un limite invalicabile, una condizione necessaria per la criminalizzazione di un comportamento, almeno nella concezione di Mill e nella mia, in cui non c’è spazio per l’*Offense Principle* per ragioni che non posso spiegare in questa sede. Basti dire che le molestie o le *offences* che Feinberg vorrebbe punire ricadono o nel danno esistenziale o in danni incrementali; cioè se il comportamento offensivo viene adottato da una persona sola, non succede niente, se lo fanno tutti o lo fa una minoranza significativa si creano problemi di igiene e salute pubblica, come chi urina, defeca, getta la spazzatura, o vomita intenzionalmente per strada o sull’autobus (cosa che tra l’altro induce gli altri a vomitare). Il principio del danno è, dunque, completamente differente dal moralismo giuridico. Quando impediamo, tramite la minaccia di una sanzione, ad una persona, un potenziale assassino, di uccidere altre persone non stiamo imponendo una concezione del bene, come potrebbe fare un moralista giuridico, una concezione, cioè, su ciò che un individuo, il potenziale assassino, dovrebbe fare per non sprecare la propria vita, né stiamo imponendo al potenziale assassino ideali di perfezione morale o di fioritura umana, come fa Duff che non vuole lasciare che i sadomasochisti praticino i loro rituali; non stiamo imponendo ideali paternalisti al potenziale assassino, o imponendo ideali di benessere psicologico o psicofisico al potenziale assassino, che potrebbe, invece, provare rabbia per non poter uccidere senza incorrere in una sanzione, non stiamo punendo una semplice *immoralità*,

¹² Cfr. MANIACI 2017, MANIACI 2019.

dunque, stiamo evitando un preciso danno a terzi, ad esempio fisico o esistenziale, contro la volontà razionale e autonoma del potenziale assassino.

Spena tenta, in seguito, di ricondurre il paternalismo indiretto al principio del danno. Si ha paternalismo diretto quando colui che compie il danno è la stessa persona la cui condotta si vorrebbe impedire, come nel caso del consumo di stupefacenti, mentre si ha paternalismo indiretto quando colui che cagiona materialmente il danno è un terzo, che agisce con il consenso dell'interessato, cioè del danneggiato.

Come fa a ricondurre al principio del danno il paternalismo indiretto? Perché, dice l'autore, a differenza dei casi di violenza sessuale e violazione del domicilio dove il consenso rende l'atto del tutto lecito, nel paternalismo indiretto, ci troviamo di fronte a

«casi nei quali il danno subito dal paternalizzato è indipendente dal suo consenso, quantomeno nel senso – minimale – che anche in presenza di un tale consenso si può dire che il soggetto subisca una lesione dei propri interessi. In un caso di omicidio del consenziente, ad es., o di lesioni personali inflitte ad un soggetto consenziente, il consenso non esclude la lesione dell'interesse: il bene della vita o dell'integrità fisica»¹³.

In realtà, Spena si confonde e dimentica che il paternalismo, come dico nell'introduzione all'edizione spagnola, adotta una teoria ideale degli interessi, una teoria oggettiva, per cui si potrebbe affermare che ci sarebbe una violazione di un interesse alla vita, anche contro le preferenze autonome dell'individuo, cioè contro la sua volontà di richiedere il suicidio assistito, una volontà razionale, basata sulla capacità di intendere e volere, sulla conoscenza dei fatti rilevanti, sulla stabilità nel tempo dei desideri, sulla sufficiente libertà da pressioni coercitive. Ma la teoria ideale degli interessi, come dico nell'introduzione, è una teoria assurda, in base alla quale potremmo dire che chiunque ha un certo *interesse oggettivo*, ad esempio affermare che una escort ha un interesse alla castità. In realtà, se adottiamo, come dovremmo, una teoria moderatamente soggettiva degli interessi, dove gli interessi di qualcuno, il suo bene, il suo benessere psicofisico, dipende da ciò che egli stesso considera i suoi interessi, in presenza delle nostre quattro condizioni per un grado sufficiente di autonomia, che ho menzionato nuovamente poco fa. In questo senso, chi richiede e ottiene l'eutanasia attiva, con iniezione letale del medico, non sta ledendo il suo *interesse alla vita*, perché non ha, da un punto di vista soggettivo, alcun interesse a vivere, dunque ottenendo l'eutanasia sta realizzando il suo bene, il suo benessere generale, il suo benessere psicofisico, sta realizzando i suoi interessi. Solo tra virgolette possiamo dire che lede "il bene della vita", perché per lui, ad esempio malato terminale la vita non è più un bene. Il problema sorge solo con il concetto di "danno", perché quest'ultimo è parzialmente oggettivo, dunque possiamo dire che l'agente sta arrecando un "danno alla sua vita", ma sta tutelando i suoi interessi, anche l'interesse a non vivere. Quindi se sta tutelando i suoi interessi, se sta tutelando il suo bene, non ha alcun senso applicare il principio del danno, perché, al contrario di ciò che pensa Spena, esattamente come nei casi di violenza sessuale e di violazione di domicilio il consenso del soggetto che richiede l'eutanasia *trasforma*, rende lecita, tutelando il medico gli interessi del paziente, il suo benessere, l'eutanasia. E non è vero che, come dice Spena, «il terzo, in particolare, ha doveri morali che non svaniscono per il solo fatto di esaudire il volere del paternalizzato». Se il terzo è consenziente, se il medico è consenziente all'eutanasia non ha alcun dovere morale di non uccidere il paziente, in base ad una dottrina liberale. Così in un incontro di boxe dove uno dei pugili si rompe due costole e la mascella, possiamo dire, dal punto di vista oggettivo, che c'è una lesione dell'integrità fisica, ma che tale lesione tutela gli interessi del pugile, tutela la sua scelta autonoma di partecipare all'incontro di boxe, rischiando lesioni dell'integrità fisica, ma sta sempre tutelando il suo bene, il suo benessere, i suoi

¹³ SPENA 2021, 148.

interessi, non avendo un interesse assoluto, inderogabile, indefettibile, all'integrità fisica, partecipando ad un incontro di pugilato in cui rischia volontariamente determinate lesioni. Il consenso ha carattere trasformativo proprio perché il pugile sta rischiando volontariamente di subire lesioni fisiche, sta tutelando i suoi interessi, che sono quelli di partecipare normalmente per un possibile guadagno o un titolo, ad un incontro di pugilato.

Mi è, invece, incomprensibile come Spina possa ricondurre il paternalismo diretto al principio del danno. Egli afferma che «la logica qui operante sarebbe pur sempre quella di non cagionare danni a terzi, con la sola peculiarità che in tal caso il *terzo* non sarebbe che *l'altra parte* del medesimo individuo contro il quale si esercita la coercizione».

Cosa vuol dire *l'altra parte* del medesimo individuo che subisce la coercizione? In contrasto con quanto affermato prima nel suo contributo, è come se Spina dividesse l'individuo in due parti, un io diviso, una che subisce il danno e l'altra che lo cagiona. Ma non esiste un io diviso, salvo nei casi di schizofrenia con sdoppiamento della personalità. Non c'è un'altra parte, l'individuo che cagiona un danno a se stesso è unico, indivisibile, è sempre la stessa persona che ad esempio consuma cocaina. Considerare il consumo di cocaina come un caso di danno a terzi confonde le nostre concezioni abituali di ciò che rappresenta un danno a terzi, come l'omicidio, dove ci sono due persone, l'assassino e la vittima e il consumo di cocaina dove c'è una sola persona, quella che consuma cocaina che cagiona un danno a se stessa. Del resto è ovvio che se Spina ritiene riconducibile al moralismo giuridico il principio del danno, è riconducibile al moralismo giuridico anche il paternalismo giuridico, in particolare quello diretto. Perché è ovvio che il paternalista considera immorale la condotta dannosa del soggetto la cui libertà viene limitata. Spina sostiene, dunque, che il paternalismo giuridico non rappresenta un autonomo principio di criminalizzazione. Ma in realtà, per Spina non c'è che un autonomo principio di criminalizzazione, cioè il moralismo giuridico, e questo come ho detto prima crea solo confusione. All'interno del moralismo giuridico Spina sarebbe costretto, infatti, a distinguere quattro tipi di moralismo giuridico, che corrispondono al principio del danno, a quello dell'*offence*, al paternalismo e al moralismo in senso stretto, operazione concettuale del tutto inutile. Ciò che Spina non considera è che la gente comune, ancor prima degli intellettuali di professione, vede una grande differenza tra criminalizzare una condotta come l'omosessualità, cioè la sodomia, perché meramente immorale per lo Stato, e una condotta come la vendita e il consumo di sostanze stupefacenti, perché il 20-25% dei consumatori di cocaina diventa compulsivo e ha dei problemi di salute, mentre la maggioranza dei consumatori ha carattere saltuario o occasionale, e chi diventa compulsivo ha una certa probabilità, sebbene non alta, di deteriorare, nel lungo periodo, le sue facoltà mentali e fisiche. Questa differenza la si trova, ad esempio, in Hart, in *Law Liberty and Morality*, dove Hart difende la legalizzazione della sodomia, ma non probabilmente quella della vendita e consumo di sostanze stupefacenti. Questa differenza cruciale per la maggior parte delle persone rende il paternalismo un autonomo principio di criminalizzazione. Spina potrebbe replicare che questa aspettativa o desiderio delle persone comuni non regge ad un'attenta analisi concettuale dei principi di criminalizzazione. Come ho detto prima è la proposta di Spina di ricondurre tutto al moralismo giuridico, che rende, invece, confuso il quadro concettuale. Non posso negare che uso argomenti morali pro e contro il paternalismo giuridico, cosa che lo farebbe ricondurre al moralismo giuridico, perché sia l'argomento teologico, che quello perfezionista che quello utilitarista-organicista sono argomenti morali, quello teologico morale-religioso. Ed è ovvio, lo dico anche io nel mio testo, che l'argomento utilitarista-organicista si può, ma non si deve necessariamente, interpretare come un argomento non paternalista, in cui la libertà di una persona viene limitata per evitare una lesione del benessere generale, dell'utilità della maggioranza, della famiglia, degli amici e parenti, come nel caso in cui amici e parenti volessero impedire a Tizio di consumare eroina, se lo vuole, perché sarebbero molto preoccupati e spaventati da tale situazione.

Lo stesso vale per altri argomenti come la dignità umana e la sacralità della vita umana che sono affetti da grave indeterminatezza semantica, e, dunque, sono parassitari degli altri argomenti, cioè nascondono, dissimulano altri argomenti, cioè quello teologico, perfezionista o utili-

tarista-organicista. E non è vero che io applico questi argomenti morali a casi di mera immoralità della condotta, come farebbe il *Legal moralism*, ad esempio la sodomia, cioè un *free-floating evil*, un mero *wrongdoing*. Io applico l'argomento utilitarista al caso di un soggetto che emigra definitivamente, smette di lavorare e si fa mantenere, smette di lavorare e chiede l'elemosina, casi di un danno economico alla comunità. Analizzo il caso dell'impatto che il consumo di cocaina ed eroina ha sulla famiglia del consumatore o l'impatto psicologico sulla famiglia nel caso in cui uno dei figli dicesse loro, "vi odio e non voglio rivedervi mai più", che sarebbe un caso di danno esistenziale, con dolo diretto probabilmente, anche se si tratta di un danno giusto, perché l'individuo, ad esempio maltrattato da piccolo, ha il diritto di rescindere i legami affettivi originali, salvi gli obblighi di assistenza familiare nei confronti dei genitori privi di mezzi di sussistenza, anche se a tale sussistenza pensa normalmente lo Stato.

Lo stesso vale per l'argomento perfezionista che applico specificatamente al caso dell'eutanasia, dove il perfezionista morale potrebbe rilevare una forma di vigliaccheria, una mancanza di coraggio, nel soggetto che non vuole più soffrire e richiede l'eutanasia attiva. Sempre strutturata e applicata al caso dell'eutanasia è l'obiezione che chiamo di Amleto, secondo la quale se sono vigliacchi coloro che hanno paura del dolore e richiedono l'eutanasia, cosa che ovviamente non credo, sarebbero vigliacchi anche coloro che non richiedono l'eutanasia perché hanno paura della morte e dell'Al di là.

Lo stesso vale per l'argomento teologico, in cui affermo che più una assunzione metafisico-trascendente è complessa più è improbabile che sia vera, così come l'affermazione "Il Papa sostiene che Dio è contrario all'eutanasia" è più improbabile dell'affermazione "Dio esiste".

4. Il prof. Fiandaca e le due sentenze della Corte costituzionale italiana e quella tedesca

Ringrazio di cuore il prof. Fiandaca che, nonostante plurimi impegni, ha trovato un po' di tempo da dedicare al mio libro e alla sua discussione¹⁴. Dopo un iniziale e apparente assenso alla dottrina rawlsiana secondo cui le dottrine comprensive non possono avere accesso ai dibattiti pubblici, morali e giuridici, dunque nella sfera della ragione pubblica, e il liberalismo politico e morale, inteso come principio del danno, è considerato da Rawls una dottrina comprensiva, Fiandaca approda, con mio grande piacere, alla conclusione che sarebbe preferibile che le dottrine comprensive escano allo scoperto e vengano discusse in relazione a questioni morali e giuridiche molto controverse come le scelte di fine vita. In realtà, io sono un po' più radicale su questo punto, cioè non credo che esista un criterio concettuale, e non puramente ideologico, per distinguere dottrine comprensive da dottrine non comprensive, e credo che considerare il principio del danno una dottrina comprensiva che non può essere utilizzata nel dibattito della ragione pubblica, rappresenti un vero auto-gol per un teorico sedicente liberal. Inoltre, rispetto al prof. Fiandaca non credo che tutte le dottrine comprensive siano uguali, che quelle di stampo religioso, del tipo "Dio è contrario alla legalizzazione dell'eutanasia" o "il Papa sostiene che Dio è contrario al suicidio assistito" non siano utilizzabili nel dibattito giuridico per varie ragioni. La prima è la loro totale infalsificabilità e inverificabilità, a differenza di assunzioni come l'acqua bolle a cento gradi a livello del mare, si tratta di credenze totalmente arbitrarie, chi può sapere cosa pensa Dio ammesso che esista? Credenze che per la loro arbitrarietà spesso si legano ad un argomento di autorità, moralmente molto discutibile e probabilmente non sufficientemente razionale, o che denota scarsa razionalità. non importa se l'autorità è religiosa o politica. In secondo luogo, argomenti religiosi non sono ammissibili in uno Stato laico o secolare, dove sono ammissibili solo ragioni, appunto, secolari, non religiose, come le chiama Audi¹⁵.

¹⁴ FIANDACA 2021.

¹⁵ Cfr. AUDI 2009.

In seguito il prof. Fiandaca esamina due sentenze, una del *Bundesverfassungsgericht* del 26 febbraio 2020, e l'altra della Corte costituzionale italiana n° 242/2019 sulla tematica importante del fine vita, concludendo che io parteggerei per la soluzione tedesca. Per quanto riguarda la sentenza della Corte costituzionale tedesca, non leggendo il tedesco, ho letto alcune sintesi e articoli su internet, compresa l'ottima sintesi che lo stesso *Bundesverfassungsgericht* ha inserito in inglese nel suo sito¹⁶.

Decidere quale sentenza sia moralmente accettabile è molto difficile per me, probabilmente perché la sentenza tedesca si presta a varie interpretazioni e perché mi sembra di individuare criticità in entrambe le sentenze. Il punto più debole della sentenza italiana è identificato anche dal prof. Fiandaca che afferma:

«criticabile è apparsa – non solo a mio giudizio – la eccessivamente rigorosa fissazione dei presupposti atti a rendere lecito l'aiuto a morire prestato a persone affette da patologie irreversibili e gravemente sofferenti; tra questi presupposti, è stato infatti dai giudici costituzionali in particolare inserito un requisito (l'essere cioè il paziente sottoposto a strumenti artificiali di sostegno) concretamente presente nel caso Cappato *sub iudice*, ma che risulta – a ben vedere – irragionevole far assurgere a presupposto di portata generale».

In secondo luogo, altrettanto criticabile è confinare il suicidio assistito solamente alle malattie incurabili. La sentenza tedesca pone problemi diversi.

Inizialmente, sembra attribuire un diritto assoluto al suicidio, un diritto, dice, di togliersi la vita e di commettere suicidio, il diritto ad una morte autodeterminata, di cui il diritto all'assistenza al suicidio da parte di associazioni commerciali è solo un corollario. Inteso in modo così assoluto sembrerebbe che la Corte voglia salvaguardare il diritto-pretesa di ciascuno di uccidersi come e quando vuole, cui corrisponde l'obbligo di terzi di non interferire, anche gettandosi dal nono piano di un palazzo o impiccandosi in casa propria. Il problema più spinoso nasce dal fatto che la mia teoria prevede una procedura di accompagnamento alla decisione, di cui ho già parlato, in cui un medico e uno psicologo accertano i quattro requisiti per un grado sufficiente di autonomia, la razionalità e la capacità di intendere e volere, la conoscenza dei fatti rilevanti, la stabilità nel tempo dei desideri, la sufficiente libertà da pressioni coercitive. Come dico nel mio libro, un certo disturbo dell'umore, un certo grado di ansia e depressione sono normali in una persona che ha una diagnosi e una prognosi tumorale infausta, che quindi non sarebbe ostativa al diritto all'eutanasia, esattamente come ammette Feinberg.

Il problema è che la corte tedesca esclude come necessaria la presenza di un medico, perché, dice, i medici sono poco propensi a praticare il suicidio assistito a causa di regolamenti professionali e codici deontologici, che sarebbero seguiti anche ove fossero dichiarati giuridicamente non vincolanti, come accadrebbe o accade con una sentenza come quella della Corte tedesca. Vediamo cosa dice la Corte.

«To date, physicians have shown little willingness to provide suicide assistance and cannot be obligated to do so; the right to a self-determined death does not entitle the individual to request suicide assistance from third parties. The laws and codes governing the medical profession further curb the willingness to provide suicide assistance. The prohibition of suicide assistance from physicians, which has been incorporated into the professional codes of most State Chambers of Physicians (*Landesärztekammern*), not only makes the effective exercise of individual self-determination contingent upon geographical coincidence but also guides the actions of physicians in practice even where the relevant codes are not considered legally binding. However, access to options for suicide assistance must not depend on physicians being willing to deviate from written law and to disregard it on their own authority by invoking their constitutionally guaranteed freedom. As long as this situation persists, it creates a factual need for assisted suicide services».

¹⁶ LAZZERI 2020, TIGRINO 2020, BUNDESVERFASSUNGSGERICHT 2020.

Questo fenomeno, cioè che la stragrande maggior parte dei medici si rifiuterebbe di prescrivere al suicida farmaci letali, come il pentobarbital, sembra un fenomeno nuovo, che non corrisponde a ciò che succede in Belgio, Lussemburgo, Olanda (dove è in vigore l'eutanasia) e Svizzera (dove è in vigore il suicidio assistito), e adesso dopo la recente legge che ha legalizzato l'eutanasia attiva in Spagna.

Sembra empiricamente implausibile che le associazioni commerciali e le cliniche private non trovino un medico che prescriva farmaci idonei a cagionare la morte del suicida, ma se fosse davvero così, sicuramente la presenza del medico potrebbe essere riservata ad una parte iniziale della procedura, ove il medico accerti che il paziente non sia schizofrenico o gravemente depresso in assenza di malattie fisiche. La Corte tedesca è molto esplicita nel concedere il suicidio assistito a prescindere dal fatto che il soggetto abbia una malattia incurabile, o sia giovane (non importa la fase della vita). E, tuttavia, prescrive che il soggetto abbia una volontà libera e consapevole, che sia autentica e definitiva. A questo punto, sorgono i primi dubbi. Una persona gravemente depressa in seguito ad un fallimento lavorativo, ad un divorzio, ad un lutto importante, ha una volontà libera e consapevole? Possiamo imporre una procedura che accerti che il soggetto abbia una volontà libera e consapevole, che sia autentica e definitiva? Dopo aver affermato che ciascuno ha il diritto fondamentale a togliersi la vita, la Corte mette, tuttavia, alcuni paletti, che il legislatore potrebbe introdurre e che non sarebbero incostituzionali.

Vediamo quali.

«It does not follow that the legislator is completely barred from regulating suicide assistance. But any legislation on this subject must be guided by the notion of humans as intellectual-moral beings capable of pursuing and exercising their freedom in self-determination. In the context of organised suicide assistance, a broad spectrum of options is available to the legislator for ensuring protection of self-determination in decisions regarding one's own life. These include procedural safeguards such as statutory obligations to provide information or observe waiting periods; requirements to obtain administrative approval, which ensure the reliability of the assisted suicide services offered; as well as the prohibition of particularly dangerous forms of suicide assistance. The legislator may also resort to the use of criminal law in that regard, at least to secure compliance by means of criminal sanctions. The right to suicide does, however, prohibit linking the permissibility of suicide assistance to certain substantive criteria, e.g. by requiring a diagnosis of incurable illness. Nonetheless, different requirements may be set, depending on the relevant circumstances, with regard to establishing that the individual's resolution to commit suicide is sincere and final. At the same time, sufficient space must remain in practice for the individual to exercise the right to depart this life and, based on their free will and with the support of third parties, to carry out this decision on their own terms. This not only requires legislative coherence in the design of the legal framework applicable to the medical profession and pharmacists but potentially also requires adjustments of the law on controlled substances. This does not preclude the legislator from retaining certain elements of consumer protection and abuse prevention in the area of drugs and controlled substances law and incorporating them into a concept of protection relating to suicide assistance».

La Corte tedesca, che non sembra avere dubbi per i casi di depressione reattiva, in seguito ad un lutto, cosa di cui io dubito invece, perché la depressione è una malattia mentale e i pensieri suicidi sono uno dei sintomi, mette due paletti procedurali possibili che corrispondono alla conoscenza dei fatti rilevanti, (*obligation to provide information*) e la stabilità nel tempo dei desideri (*waiting periods*), cioè dare al suicida un certo tempo di riflessione per stabilire se la sua volontà sia, con le parole della Corte, autentica e definitiva (*sincere and final*).

Stando così le cose, sembra si possa escludere che un soggetto abbia il diritto-pretesa di gettarsi dal nono piano di un palazzo. Mentre nel caso della depressione reattiva, la procedura dovrebbe secondo me essere molto più lunga, almeno sei mesi, perché molto spesso la depressione

grave, anche se i farmaci non riescono a curarla, cosa non frequente, scompare dopo un certo tempo, per cui sarebbe una violazione della vita umana lasciare che muoia una persona di quaranta anni, che potrebbe vivere fino ad ottanta, per cinque mesi di depressione. In ogni caso, la depressione causa grave sofferenza al soggetto, quindi dopo un certo tempo, ad esempio sei mesi, il diritto al suicidio assistito dovrebbe prevalere, è un difficile bilanciamento. Né la corte si pronuncia su casi ancora più complicati come la schizofrenia. Dovremmo consentire ad una persona che ha un'allucinazione e pensa di lanciarsi nella piscina dei delfini quando, invece, si sta lanciando nella piscina degli squali tigre di suicidarsi? Non credo.

4.1. *La mia concezione e quella di Feinberg*

In un altro passaggio argomentativo, il prof. Fiandaca dubita che la mia concezione sia migliore di quella di Feinberg, per quanto riguarda la giustificazione dei requisiti del consenso, cioè la razionalità, la capacità di intendere e volere, la conoscenza dei fatti rilevanti, la sufficiente libertà da pressioni coercitive, la stabilità nel tempo dei desideri. Come dico nel secondo capitolo del mio testo,

«In conclusione, questa la domanda decisiva, perché l'interferenza dello Stato, diretta ad accertare che la decisione presa dall'individuo di compiere azioni gravemente dannose e irreversibili, non sia affetta da insufficiente razionalità o momentanea incapacità di intendere e volere, è verosimilmente non lesiva della sua autonomia?»¹⁷.

Per due ragioni fondamentali. Innanzitutto, una qualche procedura (colloquio con il medico, con lo psichiatra) che accerti che l'individuo che vuole compiere un'azione gravemente autolesiva (come il suicidio o l'automutilazione) non sia affetto da un grave disturbo di personalità (che provoca allucinazioni, deliri paranoici o altro) è importante perché, come abbiamo visto, la procedura che eventualmente autorizzerebbe uno schizofrenico a compiere un atto autolesivo dovrebbe essere molto più complessa e dovrebbe tenere conto di numerosi fattori: la rilevanza dei sintomi psicopatologici nell'impedire la realizzazione dei desideri dell'agente medesimo (se Tizio ha un'allucinazione e crede di gettarsi nella vasca dei delfini, mentre si sta gettando nella vasca degli squali tigre, il suo desiderio non è verosimilmente quello di suicidarsi), la possibilità di comprendere i desideri del paziente (che in alcuni casi di discorsi o comportamenti totalmente disorganizzati è impresa ardua), la praticabilità di terapie alternative, la sofferenza psichica del paziente. Insomma entra in gioco, nel caso di pazienti affetti da gravi disturbi di personalità, una valutazione molto più complessa, quella del loro benessere psicofisico.

In secondo luogo, sono convinto che una seria indagine statistico-probabilistica mostrerebbe che moltissime persone vorrebbero che la collettività impedisca loro di compiere azioni gravi e irreversibili, come suicidarsi, automutilarsi o correre un rischio elevato di perdere la vita, qualora si trovino in una condizione di temporanea incapacità o palese irrazionalità, ad esempio intossicazione da droghe, da alcol, psicofarmaci, stato di shock, di ipnosi. Il che presuppone la necessità di accertare tali difetti di razionalità o volontarietà. In questi casi, lo Stato tutelerebbe la loro effettiva volontà, volontà spesso manifestata in un tempo anteriore, e che loro stessi, se lo facessero, lascerebbero scritto in ipotetiche "dichiarazioni anticipate di trattamento". Tali ragioni (congiuntamente ad altre, ad esempio tutelare il benessere psicofisico dell'individuo) potrebbero, dunque, giustificare l'interferenza dello Stato diretta a *impedire* il compimento dell'azione gravemente dannosa, azione compiuta in presenza di insufficiente razionalità o momentanea incapacità di intendere e volere¹⁸. Credo che Feinberg condividerebbe tale giustificazione, perché

¹⁷ Sul punto cfr. DICIOTTI 1986, 574; FEINBERG 1986, 13.

¹⁸ MANIACI 2012. Qualcuno potrebbe obiettare che una soluzione genuinamente antipaternalista sarebbe lasciare che ciascuno scriva le proprie "dichiarazioni anticipate di trattamento", che determinino, in modo del tutto ri-

quando all'inizio di *Harm to Self* definisce e argomenta in favore del *soft paternalism*, che corrisponde al mio antipaternalismo moderato, afferma che in un caso in cui un soggetto voglia tagliarsi la gola con un coltello, mentre versa in uno stato di intossicazione da droghe, dovremmo impedirglielo, limitare la sua libertà, perché stimo tutelando la sua reale volontà (*voluntariness*), la sua *real choice*, il suo *real self*. Il problema fondamentale riguarda il requisito della conoscenza dei fatti rilevanti. Quando parla del *soft paternalism*, all'inizio del libro¹⁹, Feinberg tratta questo requisito come determinante per la *voluntariness*, il consenso deve essere *free and informed*, è un requisito determinante per accertare se esista la *substantially voluntariness*. Perché il *soft paternalism* ha il diritto di limitare la libertà dell'individuo quando la sua volontà sia *substantially non-voluntary*, o quando si tratta di accertare proceduralmente che l'azione autolesiva sia *substantially non-voluntary*. In realtà, per quanto riguarda il requisito della conoscenza dei fatti rilevanti le cose sono molto più complicate, come lo stesso Feinberg dice nel capitolo in cui si occupa precisamente del ruolo dei *false beliefs*²⁰. In questi passaggi argomentativi Feinberg ammette che l'ignoranza dei fatti rilevanti vizia il consenso, quando induce un soggetto a comportarsi in un modo completamente diverso da come si sarebbe comportato se avesse saputo che la sua credenza era falsa. Detto in altri termini, un consenso non basato sulla conoscenza dei fatti rilevanti non è necessariamente *substantially non-voluntary*. Semplicemente non sappiamo cosa farebbe il soggetto una volta scoperta la credenza falsa. Ad esempio, una persona che consuma cocaina perché pensa faccia bene alla salute potrebbe cambiare idea, smettere di consumarla una volta scoperto che un quarto dei consumatori, quelli compulsivi, hanno problemi di salute. E, tuttavia, una volta scoperta la credenza reale, quella vera, potrebbe decidere di continuare a consumare cocaina perché gli piace molto. Adottando una concezione limitata della razionalità di cui ho già parlato, le cose si complicano ulteriormente. Perché è possibile che un soggetto abbia difficoltà ad accertare se una credenza sia vera o falsa, perché ci vogliono molte e dispendiose risorse temporali, intellettuali e materiali per accertarne la verità o la falsità e potrebbe decidere di lasciar perdere, e di accettare la possibilità della sua falsità. Ad esempio tutti ormai, con la pubblicità aggressiva sui pacchetti di sigarette, sanno che il fumo di tabacco fa male alla salute e può cagionare un tumore ai polmoni o altre malattie, ma potrebbe essere più complicato sapere l'esatta probabilità statistica che il soggetto si ammali di tumore al polmone. Le statistiche della Fondazione Veronesi riportano che ogni anno in Italia circa 45.000 persone muoiono per tumori e malattie associate al tabacco, e che l'89% dei tumori al polmone dipende dal fumo di tabacco per gli uomini, il 70% per le donne. Questi sono i dati più diffusi sul web, tali dati non ci dicono qual è la percentuale di rischio, la probabilità di rischio di ammalarsi di tumore al polmone. Quindi, un soggetto potrebbe accettare la possibilità che la sua credenza sia falsa e ciò razionalmente. In questo caso, la sua decisione, la sua scelta non è *substantially non-voluntary*. Lo stesso se il sogget-

spettoso della sua volontà, cosa alcuni dipendenti statali, ad esempio i vigili del fuoco o le forze dell'ordine, devono fare nel caso in cui costui voglia compiere un'azione dannosa e irreversibile, ad esempio gettarsi dall'ottavo piano di un palazzo, e si trovi in una condizione di temporanea incapacità o irrazionalità. Tale soluzione, tuttavia, non è giuridicamente praticabile. Immaginate i pompieri o la polizia alla ricerca disperata delle "dichiarazioni anticipate di trattamento" scritte in precedenza da un individuo che, ubriaco, vuole gettarsi dall'ottavo piano di un palazzo. Le leggi devono essere anche ragionevolmente applicabili, e vi sono ragioni antipaternaliste per tutelare la maggioranza, maggioranza che probabilmente, in casi del genere, vorrebbe essere salvata. Ragioni antipaternaliste per limitare temporaneamente la minoranza che non vorrebbe essere salvata. Se, infatti, i vigili del fuoco perdono tempo prezioso alla ricerca delle dichiarazioni anticipate di trattamento di Tizio che, ubriaco, vuole suicidarsi e avrebbe voluto essere salvato in questa situazione, ciò rappresenta un danno significativo a Tizio, se poi Tizio muore. È preferibile, in un bilanciamento degli interessi, impedire temporaneamente a Caio, ubriaco, di suicidarsi, sebbene Caio voleva suicidarsi e non avrebbe voluto essere salvato in questa situazione. È sufficientemente liberale, a mio avviso, consentire al soggetto agente di suicidarsi, se realmente lo voglia, una volta che sia sceso dall'ottavo piano e sia tornato sobrio.

¹⁹ FEINBERG 1986, 17 ss.

²⁰ Cfr FEINBERG 1986, 273 ss., 300 ss.

to agente non aspetta due settimane prima di decidere definitivamente come comportarsi. Come si giustifica allora il requisito della conoscenza dei fatti rilevanti? Ci sono solo due strade. La prima è che nello stesso tempo in cui il medico accerta che l'individuo sia razionale e capace di intendere e volere lo informa dei fatti rilevanti. La seconda strategia che io adotto è tutelare le persone più povere e più deboli, che potrebbero ignorare i fatti rilevanti non per loro colpa, ma per ignoranza del medico curante, perché ingannati, anche semplicemente per ignoranza e colpa, dal contesto sociale in cui vivono, perché sono quotidianamente oberati da problemi economici, con i figli, problemi di salute, in modo da non avere risorse temporali e intellettuali sufficienti per conoscere i fatti rilevanti su certe questioni fondamentali per la propria salute. Stessa strategia adotto per giustificare il requisito della stabilità nel tempo dei desideri, dare al soggetto da parte del medico un tempo per riflettere, un periodo breve di riflessione, ad esempio una settimana per pazienti malati gravi e incurabili, un tempo per decidere se vuole realmente compiere l'azione autolesiva. Ad esempio, un medico potrebbe dare una settimana di tempo ad un soggetto agente che vuole consumare cocaina, dopo avergli spiegato tutti i rischi per la salute, consegnandogli un documento che racchiude le stesse informazioni rilevanti. In questo caso, si tratta di tutelare i soggetti impulsivi, superficiali, affetti da debolezza della volontà, e infelici di esserlo e i soggetti che ignorano fatti rilevanti non per loro colpa. In questi due ultimi casi, ma non ne sono certo, si potrebbe parlare forse di scelte *substantially non-voluntary*. In ogni caso, anche partendo da strategie argomentative parzialmente differenti, le conclusioni cui giungiamo io e Feinberg mi sembrano abbastanza convergenti. Così Feinberg afferma che lo standard di volontarietà (*voluntariness*) deve essere più forte più grave è il danno che il soggetto si autoinfligge, e più irreversibile è il danno²¹. Sono completamente d'accordo, se il tempo di riflessione per accedere al suicidio assistito dovrebbe essere una settimana per pazienti con patologie gravi e incurabili, per una persona sana di corpo e di mente il tempo dovrebbe essere più lungo, almeno un mese. Così come diversa dovrebbe essere, come già detto, la procedura per una persona depressa che non ha malattie o disabilità fisiche.

²¹ FEINBERG 1986, 113 ss., 117 ss.

Riferimenti bibliografici

- AUDI R. 2009. *Natural Reason, Natural Rights, and Governmental Neutrality Toward Religion*, in «Religion and Human Rights», 4 ss.
- BUNDESVERFASSUNGSGERICHT 2020, *Criminalisation of assisted suicide services unconstitutional*, Press Release No. 12/2020 of 26 February 2020, Judgment of 26 February 2020 (https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bv_g20-012.html).
- DICIOTTI E. 1986. *Paternalismo*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XVI, 2, 557 ss.
- DICIOTTI E. 2021. *Alcune osservazioni sull'antipaternalismo moderato di Maniaci*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 2, 2021, 95 ss.
- ELSTER J. (ed.) 1986. *Rational Choice*, Basil Blackwell.
- ELSTER J. 1983. *Sour Grapes. Studies in the Subversion of Rationality*, Cambridge University Press.
- FEINBERG J. 1984. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Others*, Oxford University Press.
- FEINBERG J. 1985. *The Moral Limits of the Criminal Law. Offence to Others*, Oxford University Press.
- FEINBERG J. 1986. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*, Oxford University Press.
- FIANDACA G. 2021. *Su paternalismo e antipaternalismo giuridico nell'ottica di un penalista. A proposito del libro di Giorgio Maniaci Contra el paternalismo jurídico*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 2, 2021, 109 ss.
- LAZZERI F. 2020. *La Corte costituzionale tedesca dichiara illegittimo il divieto penale di aiuto al suicidio prestato in forma "commerciale"*, in «Sistema penale», 28 febbraio 2020, disponibile in: <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/corte-costituzionale-tedesca-illegittimo-divieto-aiuto-suicidio> (consultato il 14/12/2020).
- MANIACI G. 2008. *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Giappichelli.
- MANIACI G. 2012. *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli.
- MANIACI G. 2017. *Come interpretare il principio del danno*, in «Ragion Pratica», 48, 1, 141 ss.
- MANIACI G. 2019. *Harm principle e offence principle secondo un'etica liberale*, in «Criminalia», 643 ss.
- MANIACI G. 2020a. *Contra el paternalismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons.
- MANIACI G. 2020b. *¿Incentivos económicos a la cesión de órganos entre vivos?*, in «Doxa», 43 ss.
- MANIACI G. 2022. *Argomenti pro e contro la legalizzazione della maternità surrogata*, in corso di pubblicazione.
- MILL J.S. 1997. *Saggio sulla libertà (1859)*, il Saggiatore.
- MORESO J.J. 2021. *Acerca del pelagianismo de Maniaci. Comentarios a Contro il paternalismo giuridico*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 2, 2021, 123 ss.
- SIMON H.A. 1955. *A Behavioral Model of Rational Choice*, in «The Quarterly Journal of Economics», 69, 99 ss.
- SIMON H.A. 1957. *Models of Man*, Wiley.
- SPENA A. 2021. *Il paternalismo giuridico tra principio del danno e moralismo giuridico. Alcune riflessioni a partire dal libro di Giorgio Maniaci*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 2, 2021, 137 ss.
- TIGRINO A. 2020. *Il Bundesverfassungsgericht in tema di aiuto al suicidio prestato in forma commerciale. Verso un approccio realmente liberale al fine vita?* in «Archivio penale», disponibile in: <http://www.archiviopenale.it/il-bundesverfassungsgericht-in-tema-di-aiuto-al-suicidio-prestato-in-forma-commerciale-verso-un-approccio-realmente-liberale-al-fine-vita/articoli/27010> (consultato il 14/12/2020).

ALTRE DISCUSSIONI

BREVI RIFLESSIONI SULLA FORMAZIONE CULTURALE DEL GIURISTA, E SULLE SUE CONSEGUENZE

GIOVANNI TULUMELLO



Brevi riflessioni sulla formazione culturale del giurista, e sulle sue conseguenze

Brief Remarks on the Cultural Education of Lawyers and Its Consequences

GIOVANNI TULUMELLO

Giudice amministrativo.

E-mail: g.tulumello@giustizia-amministrativa.it

ABSTRACT

Prendendo le mosse dalle conclusioni dell'Avvocato Generale della Corte di Giustizia dell'UE nella causa C-561/19, l'autore riflette sul tema dell'educazione giuridica. Secondo Tulumello, gli avvocati e i giudici in particolare spesso difettano degli strumenti intellettuali utili per una esatta comprensione del caso di specie e per una corretta interpretazione del diritto. A parere dell'autore, questo dipende non tanto da una insufficiente formazione giuridica, quanto da una scarsità di letture extragiuridiche. Da qui la necessità di un'educazione culturale che non solo insegni le nozioni del diritto, ma sviluppi anche le capacità logico-cognitive richieste a un avvocato.

Taking the conclusions of the Court of Justice of the EU's Advocate General in the case C-561/19 as his starting point, the author reflects on the topic of legal education. According to the author, lawyers, and judges in particular, all too often lack the intellectual instruments for a proper comprehension of all aspects of the case at hand and for properly interpreting the law. This, according to the author, is due not so much to insufficient legal training, but above all to an inadequate cultural education, which, in turn, is a consequence of insufficient non-legal readings. Hence the need for a cultural education that not only teaches legal notions, but also develops the logical-cognitive skills required of a lawyer.

KEYWORDS

educazione culturale, formazione giuridica, letteratura, pensiero critico

Cultural education, legal education, literature, critical thinking

Brevi riflessioni sulla formazione culturale del giurista, e sulle sue conseguenze

GIOVANNI TULUMELLO

«... apriti un varco verso la libertà. Libertà da cosa?
Dalla stupida gloria di essere nel giusto»
PHILIP ROTH, *La macchia umana*

Nel 1991 Francesco Galgano dedicò un capitolo del suo *Il rovescio del diritto* a spiegare che i giuristi, specie quelli che scrivono, spesso non leggono¹: nel senso che, soprattutto, non praticano letture non giuridiche; il che spesso ha conseguenze sul modo di ragionare e di parlare².

Si dirà che è una carenza imputabile all'educazione pre-giuridica, scolare o familiare, quella che si compie – irrimediabilmente – entro la prima fase della vita³: ma occorre chiedersi se l'esercizio delle professioni giuridiche, e di quella del giudicare in particolare, possa prescindere; ché, in caso di risposta negativa, i testi letterari sarebbero evidentemente non meno importanti e necessari di quelli giuridici per una corretta formazione del giurista (e come tali la loro conoscenza non andrebbe lasciata alla sensibilità e all'iniziativa individuale: esattamente come accade per i testi giuridici).

Questa in Italia conserva tuttora un'impostazione tradizionalmente formale: il che non sarebbe di per sé un male, se non avesse un effetto culturale escludente rispetto ad altri settori del sapere e, ancor di più, rispetto alle dinamiche della vita (proprio quelle che il diritto, in ultima analisi, dovrebbe regolare: e la cui conoscenza dovrebbe aiutare l'interprete)⁴.

Il dato era ed è reale (anche prescindendo dagli effetti causati dal successivo avvento dei *social*, e dalla conseguente trasformazione di molti giuristi in *influencer* del diritto: nei quali solitamente l'assenza di adeguate letture metagiuridiche si associa ad un carente rigore del metodo giuridico).

Tutto ciò peraltro si registra in una fase storica in cui la giurisdizione tende talora a “decidere secondo valori”⁵: dunque con l'ulteriore rischio che la sostituzione del soggettivismo giudiziario

* L'Autore è grato al prof. Aldo Schiavello per gli stimoli alla riflessione.

¹ GALGANO 1991: la lettura del quale dovrebbe essere molto efficace nell'insegnare cosa un giurista non deve essere.

² «Quei giudici così formalisti, così accaniti contro i poveri accusati, che farebbero impiccare il miglior cittadino per arraffare un'onorificenza.... Mi sottrarrei al loro potere, ai loro insulti in cattivo francese che il giornale del dipartimento chiamerà eloquenza». STENDHAL 1830, libro secondo, cap. XXXVI (Particolari tristi).

³ ORTEGA Y GASSET 2014, 99: «Basta vivere appena un po' per conoscere i confini della nostra prigione. A trent'anni, al più tardi, già riconosciamo i limiti all'interno dei quali si muoveranno le nostre possibilità. Prendiamo possesso del reale, e è come aver misurato una catena stretta ai nostri piedi. Allora diciamo: 'È questa la vita' Niente di più? Un ciclo concluso che si ripete, sempre identico?' Ecco un'ora pericolosa per ogni uomo».

⁴ «Interrogarsi sull'educazione giuridica impone di rispondere alla domanda “che cos'è il diritto?”» SCHIAVELLO 2021, 107.

Per un'analisi delle peculiarità del problema nel settore del diritto amministrativo, LOMBARDI 2021, 81 ove l'affermazione secondo la quale «liberare l'insegnamento universitario dalle pastoie pandettistiche può non essere sufficiente. Perché questa operazione di svecchiamento degli approcci e dei metodi di insegnamento più tradizionali non si traduca in un addestramento superficiale, orientato esclusivamente alla pratica, occorre affiancare alle esercitazioni una decisa scelta di campo a favore del rafforzamento della dimensione culturale e interdisciplinare dello studente, in grado di ampliare il quadro delle sue competenze, fino a garantirgli l'acquisizione di una profonda e flessibile “scienza universale”»; nonché il seguente interrogativo (LOMBARDI 2021, 83): «può e deve il diritto amministrativo contaminarsi di quel “superfluo indispensabile”, da porre al centro dell'offerta formativa, come “somma di tutte quelle cognizioni che non rispondono a nessuno scopo pratico, ma che si debbono possedere se si vuole essere degli esseri umani e non delle macchine specializzate”? Esiste più di una ragione specifica affinché il giusperito amministrativista si impadronisca, fin dalla sua preparazione universitaria, della “scienza universale”?».

⁵ IRTI 2016, 917. In argomento, per tutti, FERRAJOLI 2016.

all'oggettività normativa conduca ad un'applicazione della norma per finalità (o in direzioni) diverse rispetto a quelle assunte quale fondamento della stessa, tutte le volte in cui tale sostituzione non trovi adeguato bilanciamento quanto meno nell'esistenza di freni e limiti culturali agli inevitabili rischi connessi agli eccessi di soggettivismo⁶.

Per fortuna ogni tanto aiuta il confronto con giuristi di diversa estrazione.

Leggevo nelle scorse settimane le conclusioni dell'Avvocato Generale della Corte di Giustizia Michal Bobek nel caso C-561/19, che sollecitavano la Corte a rivedere la propria giurisprudenza – retorica ed enfatica: e perciò, dice Bobek, inapplicabile – sull'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte dei giudici di ultima istanza.

Va cambiata, in sostanza, perché non funziona: anzi, perché non ha mai funzionato.

È elegante, sono quaranta anni che se ne parla e che si studia nelle aule universitarie⁷: ma non serve allo scopo.

Alla fine, l'Avvocato Generale sente di dover spendere un argomento non giuridico-formale:

«Nelle presenti conclusioni ho dedicato un bel po' di spazio a tentare di spiegare perché ritengo che l'uniformità ex sentenza CILFIT quanto alla corretta applicazione del diritto dell'Unione in ciascun caso di specie sia un'utopia. Tenuto conto del carattere decentralizzato e diffuso del sistema giudiziario dell'Unione, il meglio che si possa mai raggiungere è una ragionevole uniformità nell'interpretazione del diritto dell'Unione, in quanto questo tipo di uniformità è già un compito piuttosto arduo. Quanto all'uniformità nell'applicazione e nei risultati, la risposta è piuttosto semplice: “nessuno può perdere ciò che non ha mai avuto”».

La citazione finale – tratta da “*The complete angler*”, di Izaak Walton: testo nel quale la pesca è il pretesto per meditazioni filosofiche sul senso dell'esistenza – vale evidentemente anche nella vita: e, se vale nella vita, aiuta certamente nella scelta di una soluzione interpretativa circa la regola da osservare.

È uno (non frequenti) casi in cui un giurista, dotato evidentemente anche di una raffinata cultura non giuridica, utilizza in modo pertinente un riferimento letterario in chiave non estetica, ma sostanziale: non come sfoggio di sapere, ma come strumento logico, come concreto ausilio all'interpretazione giuridica; supportando il proprio convincimento con un argomento informale, ma non per questo meno efficace.

Bobek ha letto Walton: e (anche) questo gli ha fortunatamente impedito di elaborare una soluzione magari raffinata o “impegnata”, ma del tutto inutile.

Torna dunque il tema della formazione culturale del giurista, della sua comprensione dei fenomeni esistenziali, dei suoi riferimenti letterari: non di quelli “tematici”, in materia di diritto o di giustizia, ma piuttosto della comprensione di «scrittori che hanno considerato l'esercizio della letteratura come puro godimento dell'intelligenza (alla maniera di Borges o di Stendhal)»⁸.

E allora forse sarebbe opportuno formare chi interpreta il diritto (e soprattutto chi lo interpreta per poi giudicare) al “godimento dell'intelligenza”: obiettivo ambizioso, senz'altro, specie in certi casi (e proprio Leonardo Sciascia ce ne indica molto bene le difficoltà, nel dialogo fra il pro-

⁶ L'Avvocato Generale Bobek molto efficacemente suggerisce un superamento del soggettivismo del giudice nella materia oggetto della specifica questione interpretativa rimessa alla Corte di Giustizia, relativa alle condizioni dell'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale per i giudici di ultima istanza: «deve cambiare l'enfasi riguardo all'obbligo di rinvio pregiudiziale, passando dall'inesistenza di un ragionevole dubbio soggettivo quanto alla corretta applicazione del diritto dell'Unione riguardo a una specifica controversia all'esistenza di una divergenza oggettiva individuata nella giurisprudenza a livello nazionale, che pone quindi in pericolo l'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione all'interno dell'Unione europea. In tal modo, l'enfasi si sposta anche dalla definizione della risposta corretta nella causa dinanzi al giudice nazionale all'individuazione della giusta tipologia di questioni».

⁷ Già l'esordio delle conclusioni si affranca, con nettezza, da un approccio retorico: «Contrariamente ai giudici nazionali di ultima istanza, ho il sospetto che gli studenti di diritto dell'Unione abbiano sempre amato abbastanza la sentenza nella causa CILFIT».

⁸ LIPARI 2021.

fessore e l'allievo magistrato in *Una storia semplice*); ma proprio per questo irrinunciabile in un'ottica di civiltà non solo giuridica.

Anche perché il compito (e il problema) principale è proprio quello della comprensione, perché *legere et non intelligere est negligere*: e l'imputato chiede al giudice, come condizione umana del giudicare, non solo e non tanto di sapere, ma piuttosto di capire cosa esattamente è successo e perché⁹: non senza rammentargli che, in quanto individuo, la stessa cosa potrebbe capitare a lui¹⁰.

Non sono dunque gli interessi o i "valori", che spesso si traducono in pericolosi condizionamenti a monte (in pre-giudizi, dunque)¹¹, ma la fiducia nella persona umana (che presuppone la conoscenza delle sue dinamiche), ad orientare la chiave di lettura dell'ordinamento da parte del giudice¹².

Al di là del giudizio,¹³ e del giudizio penale, la stessa interpretazione delle norme andrebbe condotta sempre considerando che il diritto è scienza concreta, perché *hominum causa omne ius constitutum est*¹⁴.

Quindi, ci esorta l'Avvocato Generale, quando una cosa non funziona cambiamola: non teniamocela lì solo per scriverci "trattati accademici", e per replicare l'ossequio formale ad un principio risultato del tutto astratto¹⁵.

Il legame diventa allora biunivoco: perché se la ragione di quest'ultima affermazione poggia su argomenti non solo giuridici ma filosofici ed esistenziali, allora essa, forse, vale anche nella vita.

Così lo studio e la pratica del diritto possono essere una chiave per leggere le vicende umane, oltre la dimensione giuridico-formale: e viceversa.

Il problema di una cattiva interpretazione e di una cattiva applicazione del diritto può nascere infatti non solo da una carente formazione giuridica, ma anche da una inadeguata base culturale, dalla mancanza di letture sufficienti a sviluppare gli anticorpi necessari a contrastare un utilizzo inappropriato degli strumenti dell'analisi giuridica.

⁹ «Signor giudice, vorrei tanto che un uomo, un uomo solo, mi capisse. E desidererei che quell'uomo fosse lei» (SIMENON 1990, 9).

¹⁰ «E se lei riesce sempre a seguire il mio pensiero, a capire certe idee che la scandalizzano, non mi consideri pazzo: pensi semplicemente, con umiltà, che ho valicato un muro che forse un giorno valicherà anche lei, e al di là del quale le cose appaiono molto diverse» (SIMENON 1990, 154).

¹¹ «Sciascia diffidava di un esercizio della giurisdizione che non fosse orientato "ad altro che non sia, caso per caso, quello della giustizia secondo la legge, secondo lo spirito della legge: spirito – si vorrebbe – mai disgiunto dalla lettera". Fuori della legge non ci può essere né verità, né giustizia, ma solo arbitrio» (CAVALLARO 2021).

¹² «La mia ultratrentennale attività di magistrato mi impedisce di avere una visione rassegnata dell'ordinamento giuridico, come frutto di confronto e di scontro di interessi in contrasto. Niente di ideologico o di filosofico; ma la incoercibile necessità di credere nella centralità della persona umana, come artefice dell'ordine costituito e conseguentemente nell'infungibile ruolo delle istituzioni che della persona costituiscono le più significative manifestazioni. La mia fiducia nella razionalità del legislatore, anche se può far sorridere qualcuno (...), è, quindi, fiducia nell'uomo, che quale protagonista dell'incessante divenire della società, non può non rifiutare questo ruolo di spettatore, in posizione di inerme, passiva attesa di fronte allo scontro degli interessi in conflitto». (TORREGROSSA 1988, 47 ss.).

¹³ Si interroga sulla *Judicial Education* POSNER 2013, ove (p. 337), l'affermazione dell'esistenza di un "Widening gap between Academia and the Judiciary".

¹⁴ «Il giurista non deve compiacersi e innamorarsi troppo delle sue speculazioni, né proseguirle sempre e inesorabilmente fin dove la logica permette il gioco delle deduzioni e induzioni, giacché tali speculazioni hanno un limite che non bisogna oltrepassare e che è segnato dagli scopi pratici e concreti cui esse debbono mirare: proseguirle al di là può essere non solo inutile, ma pericoloso, se si giunge a conseguenze che, logicamente impeccabili, contrastano con quegli scopi che sono quelli che l'ordinamento giuridico si propone per le sue esigenze le quali non sono quelle della logica astratta» (ROMANO 1983, 118).

¹⁵ «Da diversi anni, l'obbligo di sottoporre una questione pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, TFUE, le eccezioni a tale obbligo, e soprattutto la sua attuazione, sono stati il metaforico "can che dorme" del diritto dell'Unione. Siamo tutti consapevoli del fatto che esistono. Siamo tutti in grado di discutere o addirittura di scrivere trattati accademici su tale argomento. Tuttavia, nella vita reale, è meglio che il cane sia lasciato indisturbato. In termini pragmatici (o cinici), l'intero sistema dei rinvii pregiudiziali funziona in quanto nessuno, di fatto, applica la sentenza CILFIT, certamente non alla lettera. Spesso, è meglio l'idea di un cane che dover trattare con l'animale in carne ed ossa» (Conclusioni dell'Avvocato Generale della Corte di Giustizia nel caso C-561/19).

Salvatore Satta osservava molti anni fa che la lettura della Costituzione – e, verrebbe da aggiungere oggi, della Carta dei diritti fondamentali, della C.E.D.U. e di altre fonti convenzionali spesso invocate in modo non sufficientemente meditato – produce su certi giuristi l'effetto che la lettura dei libri di cavalleria produceva su Don Chisciotte¹⁶: Satta può fare un'affermazione del genere perché ha letto il Chisciotte (come Bobek ha letto Walton), ne ha compreso la questione di fondo,¹⁷ ne ha colto il valore didascalico in punto – tra l'altro – di limite dell'irreale e del ridicolo (limite che ciascuno dovrebbe assumere come estremo:¹⁸ e tanto più, verrebbe da dire (con Satta), ove ci si faccia interpreti o sostenitori di una giurisprudenza secondo valori, improntata al soggettivismo).

In questo senso il contatto con la realtà, la formazione culturale non limitata al diritto, è il solo antidoto all' "ivresse et le vertige du solipsisme"¹⁹ che sempre più spesso connota certi "dialoghi" fra giurisdizioni.

Ciò che la letteratura può offrire al giurista è, dunque, soprattutto l'educazione al relativismo cognitivo e valutativo (paradigmatico è, in questo senso, l'apologo narrato da Dürrenmatt)²⁰; e, ancor prima, il senso di limitazione e di finitezza della giustizia umana, e la sua differenza con la grazia e con la giustizia divina:²¹ tanto più importante di fronte alla possibile tendenza del giudice terreno a farsi – ancorché per ragioni magari dallo stesso ritenute nobili – "arbitro in terra del bene e del male"²².

La letteratura può essere così l'antidoto a una possibile autoreferenzialità della valutazione giuridica, e del giudizio giudiziario in particolare, quando l'interprete si senta investito del compito di lottare per una causa (intellettuale o morale) che ritenga giusta, e più giusta di tutte le altre, sovvertendo così magari l'ordine anche costituzionale dei concetti e delle tutele; ma soprattutto, sovvertendo la necessità logica e culturale di un relativismo cognitivo e valutativo che è alla base dell'idea stessa di diritto.

¹⁶ SATTA 1971, 581.

¹⁷ «Una delle questioni principali del *Don Chisciotte* è se la cavalleria e i suoi valori ideali possano o meno rappresentare una forza operativa nel mondo reale». (WATT 1998, 51.)

¹⁸ Ma v. ORTEGA Y GASSET 2014, 105: «È vero che a Don Chisciotte manca qualche rotella. Ma il problema non si risolve dichiarando che Don Chisciotte è pazzo. Ciò che in lui è anormale, è stato e continuerà a essere normale nell'umanità. (...) Anche la giustizia e la verità, ogni opera dello spirito, sono miraggi che si producono nella materia. La cultura – il lato ideale delle cose – pretende di costituirsi come un modello separato e sufficiente, in cui possiamo trasferire la nostra interiorità. È un'illusione, e solo considerata come illusione, come un miraggio in terra, la cultura è al posto che le compete».

¹⁹ SAUVE 2011: «Le droit est bien un combat, ainsi que l'écrivait Rudolph von Ihering. Mais pour les juges, il n'est pas un combat contre l'autre ; il est un combat contre soi-même, contre la tentation de ne regarder que son pré carré et sa propre pensée, contre l'ivresse et le vertige du solipsisme. Ce n'est qu'à cette condition que la paix pourra être le terme du droit».

²⁰ DÜRRENMATT 1995, 5: «Il profeta Maometto è in cima a un colle in un luogo solitario. Ai piedi del colle c'è una fonte. Arriva un cavaliere. Mentre il cavaliere abbevera il suo cavallo, dalla sella gli cade una borsa di monete. Il cavaliere se ne va senz'accorgersi che ha perso la borsa. Arriva un secondo cavaliere, trova la borsa, la prende e s'allontana a cavallo. Arriva un terzo cavaliere e abbevera il suo cavallo alla fonte. Nel frattempo il primo cavaliere s'accorge di aver perso la borsa di monete e torna indietro. Crede che sia stato il terzo cavaliere a rubargli il denaro: ne nasce una lite. Il primo cavaliere uccide il terzo cavaliere, poi, non trovando la borsa, rimane sorpreso e taglia la corda. Il profeta in cima al colle si dispera. 'Allah – grida – il mondo è ingiusto. Un ladro si allontana impunito e un innocente viene ucciso!' Allah, che in genere non parla, risponde: 'Stolto! Che cosa vuoi mai capire della mia giustizia! Il denaro che il primo cavaliere ha perso lo aveva rubato al padre del secondo cavaliere. Il secondo cavaliere si è ripreso quello che già gli apparteneva. Il terzo cavaliere aveva violentato la moglie del primo cavaliere. Uccidendo il terzo cavaliere, il primo cavaliere ha vendicato sua moglie'. Quindi Allah si chiude nuovamente nel suo silenzio. Da quando ha udito la voce di Allah, il profeta loda la sua giustizia».

²¹ CORSO 2000, 95 ss.

²² F. DE ANDRÉ, *Un giudice* (Non al denaro, né all'amore, né al cielo).

Riferimenti bibliografici

- CAVALLARO L. 2021. *Il giallo, la verità e la legge. Ricordando Leonardo Sciascia (1921-1989)*, in «Questione Giustizia», disponibile in: <https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-giallo-la-verita-e-la-legge-ricordando-leonardo-sciascia-1921-1989>.
- CORSO G. 2000. *Maria avvocata di grazia*, in DE LIGUORI, A., *Maria nostra avvocata*, Sellerio, 95 ss.
- DÜRRENMATT F. 1995. *I dinosauri e la legge - Una drammaturgia della politica*, Einaudi.
- FERRAJOLI L. 2016. *Contro la giurisprudenza creativa*, in «Questione Giustizia», 4, 2016, 13 ss.
- GALGANO F. 1991. *Il rovescio del diritto*, Giuffrè.
- IRTI N. 2016. *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in «Rivista di Diritto Processuale», 71(4-5), 2016, 917 ss.
- LIPARI N. 2021. *Rileggendo Sciascia (con riflessioni su diritto e letteratura)*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1, 2021, 145 ss.
- LOMBARDI R. 2021. *Spunti di riflessione (di una amministrativista) per una considerazione sulla scienza giuridica e il suo insegnamento*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 21(1), 2021, 77 ss.
- ORTEGA Y GASSET, J. 2014. *Meditazioni del Chisciotte*, Mimesis.
- POSNER R. 2013. *Reflections on Judging*, Harvard University Press.
- ROMANO S. 1983. *Frammenti di un dizionario giuridico*, voce *Glissez, mortels, n'appuyez pas*, Giuffrè, 117 s.
- SATTA S. 1971. *Limite di estensione dell'art. 24 della Costituzione*, in «Rivista di Diritto e Giustizia costituzionale», II, 1971, 577 ss.
- SAUVE J.M. 2011. *Le contrôle de constitutionnalité en Europe* (allocution d'ouverture lors du colloque de droit comparé organisé à Paris par la Fédération européenne des juges administratifs le 19 mai 2011), disponibile in: <http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/le-controle-de-constitutionnalite-en-europe.html>
- SCHIAVELLO A. 2021. *L'educazione del giurista contemporaneo*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 21(1), 2021, 105 ss.
- SIMENON G. 1990. *Lettera al mio giudice*, Adelphi.
- STENDHAL 1830. *Il rosso e il nero*.
- TORREGROSSA G. 1988. *Intervento in occasione della presentazione del volume Introduzione al diritto urbanistico*, in «Rivista giuridica dell'edilizia», II, 47 ss.
- WATT I. 1998. *Miti dell'individualismo moderno*, Donzelli.

LA LOTTA PER
IL DIRITTO IN UN
MONDO IN FIAMME
RIFLESSIONI A PARTIRE
DAI VOLUMI PUBBLICATI
NELLA COLLANA *MATERIALI
PER UNA COSTITUZIONE
DELLA TERRA*

LUCIA RE



La lotta per il diritto in un mondo in fiamme
Riflessioni a partire dai volumi pubblicati nella collana *Materiali per una Costituzione della Terra*

The Struggle for Rights in a World on Fire
Notes on the Volumes Published in the Series *Materiali per una Costituzione della Terra*

LUCIA RE

Professoressa Associata, Università degli studi di Firenze.
E-mail: lucia.re@unifi.it

ABSTRACT

L'articolo riflette sulla prospettiva di una Costituzione della Terra, muovendo dai tre volumi pubblicati nella primavera del 2021 nella collana "Materiali per una Costituzione della Terra" di Giappichelli. Si sofferma quindi su *Migranti costituenti*, di Domenico Mogavero, mettendo in luce le possibili contaminazioni fra la proposta teorica, politica e religiosa che emerge da queste pagine, e quelle offerte da altri contributi teorici e dalle istanze dei movimenti sociali.

The essay reflects on the perspective of a Constitution of the Earth, starting from the three volumes published in the spring of 2021 in the series "Materiali per una Costituzione della Terra" by Giappichelli. It then focuses on *Migranti costituenti*, by Domenico Mogavero, highlighting the possible contaminations between the theoretical, political and religious proposal that emerges from these pages, and those offered by other theoretical contributions and by the claims of social movements.

KEYWORDS

costituzionalismo, diritti fondamentali, migrazioni, Costituente della Terra, Mediterraneo

constitutionalism, fundamental rights, migration, Constituent of the Earth, Mediterranean

La lotta per il diritto in un mondo in fiamme

Riflessioni a partire dai volumi pubblicati nella collana Materiali per una Costituzione della Terra

LUCIA RE

1. *Immaginazione teorica e «lotta per il diritto»* – 2. *Dal costituzionalismo (inter)nazionale alla Costituente della Terra* – 3. *Costituzionalismo globale e pluralismo religioso* – 4. *Nessuno è straniero* – 5. *Una Costituente del Mediterraneo*.

1. *Immaginazione teorica e “lotta per il diritto”*

In tempi di pandemia si discute molto del ruolo degli intellettuali, nel nostro come in altri paesi. La presa di parola appare infatti allo stesso tempo urgente e rischiosa. È urgente, poiché sotto i nostri occhi avvengono quotidianamente gravissime violazioni dei diritti fondamentali verso le quali si registra una crescente indifferenza delle opinioni pubbliche. Stiamo inoltre attraversando una crisi sistemica, che si manifesta *in primis* sul fronte del riscaldamento climatico e della distruzione della biodiversità, fenomeni cui, com'è noto, è almeno in parte legata anche la “coronacrisi”¹ che ci tiene in ostaggio da quasi due anni². Per uscire dalla crisi, da più parti si ritiene che sia necessario mettere in discussione non solo i modelli di produzione e di approvvigionamento energetico, ma anche le gerarchie che si sono andate consolidando all'interno del sistema capitalista, anche a causa dell'avvento del progetto politico neoliberale³. La presa di parola è tuttavia anche rischiosa perché, nella babele di voci che si esprimono attraverso *media* tradizionali e *social*, è facile essere fraintesi, strumentalizzati, aggrediti. Essa è inoltre sempre meno incoraggiata in ambito accademico, poiché la pressione per il raggiungimento degli standard quantitativi imposti dal governo neoliberale del sistema universitario induce molte studiose e studiosi a rinunciare alla partecipazione alla discussione pubblica, se non nell'ambito piuttosto limitato di quella che in Italia è stata chiamata la “terza missione” dell'Università⁴. Al di fuori di questo recinto, sono pochi gli accademici che si fanno udire ed ascoltare⁵.

In un suo breve scritto pubblicato di recente, Elisabetta Lalumera, guardando in primo luogo ai filosofi intervistati o citati dai *media* nazionali di tipo tradizionale, ha avanzato l'ipotesi che:

«i filosofi attivi, interpellati e visibili nel dibattito pubblico siano – per dirla in modo semplice – sempre gli stessi. Da un lato ci sono quelli dediti al compito di *épater la bourgeoisie*, che consiste nel sostenere posizioni estreme contro un supposto moralismo o scientismo comune [...]. Dall'altro lato, i filo-

¹ Mi riferisco ovviamente alla pandemia di covid 19. Il termine “coronacrisi” è meno impiegato in italiano di quanto lo sia la locuzione “Corona-Krise” nei paesi di lingua tedesca.

² Per una lettura in questo senso cfr. QUAMMEN 2015.

³ Per una discussione sull'impatto del capitalismo sul pianeta cfr., ad esempio, MOORE 2016.

⁴ Per “terza missione” si intende la «propensione delle strutture all'apertura verso il contesto socio-economico, esercitata mediante la valorizzazione e il trasferimento delle conoscenze» (Bando Anvur VQR 2004-2010, 15, https://www.anvur.it/wp-content/uploads/2011/11/bando_vqr_def_07_11.pdf, consultato il 10 novembre 2021). Si tratta, ad esempio, di attività di divulgazione scientifica e culturale svolte anche fuori dall'Università e collegate all'attività di ricerca.

⁵ Sulla distinzione fra udire, intendere, comprendere ed ascoltare in relazione anche al dibattito democratico e alle diverse istanze di pluralismo politico e morale cfr. ZANETTI 2019, cap. 2.

sofi visibili e interpellati nel dibattito pubblico sono gli autori di libri piacevoli e di successo ascrivibili alla tipologia editoriale dell'auto-aiuto [...]» (LALUMERA 2021).

Chi lavora nell'ambito della ricerca si è perlopiù accorto, del resto, di come negli ultimi decenni vi sia stata una sempre maggiore divaricazione fra l'editoria accademica, spesso finanziata attraverso i fondi di ricerca e fiorita anche grazie al *diktat* del “publish or perish” cui ormai sottostà il lavoro della maggioranza degli universitari, e le collane di saggistica delle case editrici che ancora si rivolgono a un pubblico più ampio. Lalumera scrive che:

«la relativa latitanza dei filosofi accademici nel dibattito pubblico, o la polarizzazione della popolarità verso alcune figure, potrebbe avere anche una determinante nei meccanismi di funzionamento dell'editoria: i filosofi visibili nel dibattito pubblico non sono forse quelli che pubblicano libri nella nostra lingua e che “vendono bene”?» (LALUMERA 2021).

E certamente si può concordare sul fatto che:

«la trasformazione verso la semplificazione dei corsi universitari, in atto da vari decenni, ha indebolito economicamente le case editrici che, di conseguenza, sembrano dover abbandonare le scelte culturali di lungo respiro [...], privilegiando, per le discipline umanistiche, i manuali oppure puntando occasionalmente sul pamphlet controverso» (LALUMERA 2021).

Né si possono dimenticare gli effetti prodotti sull'editoria dalla crisi delle librerie, schiacciate dal commercio elettronico, e dalla diversificazione delle attività di alcuni grandi gruppi editoriali e di distribuzione che hanno sempre più puntato anche su prodotti diversi dai libri (dai gadget alla ristorazione). Questi dati strutturali hanno un'influenza rilevante sia su come si configura il dibattito pubblico – o quel che ne resta nell'era dei *social media* – sia sul modo in cui gli intellettuali percepiscono il proprio ruolo sociale. Si è andata così cancellando una «presenza critica ma razionale nel dibattito democratico» (LALUMERA 2021), quella che Martha NUSSBAUM (2001, 359) auspicava potesse contribuire a fare chiarezza, a esplicitare i presupposti del discorso pubblico, evitando che ad avere la meglio siano solo «i proponenti più rumorosi». Si tratta di un panorama piuttosto desolante.

In questo quadro, la collana di Giappichelli “Materiali per una Costituzione della Terra”, diretta da Luigi Ferrajoli, Raniero La Valle e Tecla Mazzarese, appare come un dono prezioso, frutto della scelta deliberata di andare contro corrente. Questi intellettuali che, come ha scritto LA VALLE (2021, 17), vengono dal Novecento e guardano al futuro, lanciano infatti una sfida che è al tempo stesso teorica e politica. Essi hanno molto chiaro quale sia il loro ruolo nel dibattito pubblico e confidano nella capacità del pensiero di dare forma alla realtà (LA VALLE 2021, 96). Per questo promuovono una lotta politica e una «lotta per il diritto»⁶ che consentano di affrontare la “policrisi”⁷ in cui siamo immersi.

La collana è un luogo di riflessione e di approfondimento, ma anche uno strumento direttamente collegato all'ambizioso progetto politico e giuridico di giungere alla stesura e all'adozione di una Costituzione della Terra. Per ora sono tre i saggi pubblicati, tutti caratterizzati dalla brevità e da uno stile incisivo, volto a persuadere i lettori: *Perché una Costituzione della Terra?* di Lui-

⁶ Di «lotta per il diritto» ha parlato Luigi Ferrajoli, riprendendo la nota espressione di Rudolf Jhering (FERRAJOLI 2021, 63).

⁷ L'espressione “policrisi” è stata impiegata soprattutto nel dibattito relativo all'Unione Europea. Fu coniata da Jean Claude Juncker, allora Presidente della Commissione Europea, in un discorso tenuto ad Atene il 21 giugno del 2016 per sottolineare la convergenza fra la crisi economica del 2008, la minaccia rappresentata dal terrorismo, la “crisi dei rifugiati” e il referendum sulla Brexit. L'espressione è stata quindi ripresa fin dal titolo in ZEITLIN, NICOLI 2020.

gi Ferrajoli, *Ora si può* di Raniero La Valle e *Migranti costituenti. Tra accoglienza e rifiuto* di Domenico Mogavero. Tutti usciti nella primavera del 2021. Dopo un breve accenno ai primi due, i cui autori sono anche condirettori della collana e mirano dunque a inquadrare il progetto teorico e politico che viene proposto, è sul terzo che vorrei qui soffermarmi.

2. Dal costituzionalismo (inter)nazionale alla Costituente della Terra

Nel primo saggio FERRAJOLI (2021, 21) illustra il progetto di una Costituzione della Terra all'altezza delle sfide globali che caratterizzano la nostra era e lo qualifica come «un salto di civiltà nel diritto, nella politica e nell'economia», poiché esso implica «l'allargamento, a livello planetario, del paradigma del costituzionalismo rigido quale è stato adottato dalle odierne democrazie costituzionali all'indomani della liberazione dai nazifascismi». Ciò significa non istituire un Leviatano planetario⁸, ma introdurre tecniche, funzioni e istituzioni adeguate di garanzia dei principi di giustizia e dei diritti umani costituzionalmente stipulati (FERRAJOLI 2021, 47), dando piena attuazione al disegno del costituzionalismo (inter)nazionale⁹ postbellico.

La Costituzione della Terra implica un allargamento del paradigma costituzionale oltre lo Stato, in direzione di un «costituzionalismo sovranazionale, o di diritto internazionale, in aggiunta all'odierno costituzionalismo statale» (FERRAJOLI 2021, 55), di un «costituzionalismo di diritto privato, in aggiunta all'odierno costituzionalismo di diritto pubblico» (FERRAJOLI 2021, 55) e, infine, di «un costituzionalismo dei beni fondamentali, in aggiunta a quello dei diritti fondamentali, tramite la previsione di garanzie dirette a conservare e ad assicurare l'accesso di tutti al godimento di beni vitali come sono i beni comuni, ma anche i famarci salva-vita e l'alimentazione di base» (FERRAJOLI 2021, 55 s.).

La gestione attuale della pandemia, le mancate risposte dei governi nazionali alla crisi ecologica, le guerre che ancora si combattono in diverse parti del mondo possono indurre a considerare utopistico un simile progetto. Ferrajoli, tuttavia, come del resto fanno nei loro scritti anche gli altri due autori dei saggi finora pubblicati nella collana, invita a rovesciare il punto di vista. Proprio perché siamo di fronte a un simile fallimento degli Stati sovrani e delle istituzioni internazionali, è urgente immaginare un'alternativa all'ordine internazionale contemporaneo. Per FERRAJOLI (2021, 60), questa passa dall'adozione di una Costituzione della Terra che sia fonte sovraordinata a tutte le altre fonti del diritto, sia internazionali che statali, e raccolga e rielabori le «tradizioni costituzionali comuni» a tutte le carte oggi in vigore nelle democrazie costituzionali. L'adozione di tale norma dovrebbe essere supportata dalla «costruzione di una sfera pubblica internazionale garante della pace, dei diritti umani e dei beni comuni» (FERRAJOLI 2021, 61). Non di utopia si tratta per Ferrajoli, bensì della «sola alternativa razionale e realistica a un futuro di devastazioni, di guerre e di violenze in grado di travolgere gli interessi di tutti» (FERRAJOLI 2021, 61).

Sul pensiero di Ferrajoli e, più in generale sulle diverse proposte di costituzionalismo globale, si è sviluppato, a partire dalla fine del secolo scorso, un ricchissimo dibattito che non è mia intenzione qui ripercorrere¹⁰. Ciò che mi interessa sottolineare è come la proposta teorica di Ferrajoli sappia qui trasformarsi in un progetto politico e pedagogico, con una proiezione che ormai pochi intellettuali osano dare al proprio pensiero. Leggendo il testo, sembra persino di intravedere una disponibilità a rinunciare al rigore formale che ha caratterizzato la sua teoria del costitu-

⁸ Una prospettiva già criticata in ZOLO 1995.

⁹ La locuzione è di Tecla Mazzaresse e mira a evidenziare la natura fin dall'inizio inscindibilmente sia nazionale che internazionale del progetto politico e giuridico del costituzionalismo novecentesco. Cfr., ad esempio, MAZZARESE 2018.

¹⁰ Sull'opera di Ferrajoli cfr. ad esempio BACCELLI 2012. Cfr. anche MAZZARESE 2008. Per una critica del "global constitutionalism" e specialmente delle proposte di Richard Falk, cfr. ZOLO 1995. Con particolare riferimento al quadro europeo, cfr. la critica di LA TORRE 2021.

zionalismo e della democrazia¹¹, pur di dare slancio all'allargamento del paradigma costituzionale. Come detto, Ferrajoli respinge in modo chiaro l'accusa di promuovere l'istituzione di una "Cosmopolis", secondo il paradigma della "domestic analogy" (cfr. BULL 1966, 35), e riconosce il ruolo degli Stati costituzionali di diritto e delle sovranità nazionali, già aperte, del resto, verso l'esterno dall'esperienza del costituzionalismo (inter)nazionale novecentesco. Egli propone inoltre di costruire a un movimento di opinione largo, che favorisca la costruzione di una sfera pubblica globale nella quale le promesse formulate dal costituzionalismo (inter)nazionale siano prese sul serio (FERRAJOLI 2021, 63). Di qui anche la necessità di dar vita a una serie di scuole chiamate "Costituente Terra", con il compito di «sollecitare la riflessione e l'immaginazione teorica in ordine alle tecniche e alle istituzioni di garanzia idonee a fronteggiare le sfide e le catastrofi globali» (FERRAJOLI 2021, 65). Non siamo qui lontani dal "patriottismo costituzionale" di Jürgen HABERMAS (1990), peraltro citato anche da LA VALLE (2021, 96) a proposito della necessità di sviluppare una «politica interna del mondo».

Il libro si chiude riprendendo un passo di *Sopra il detto comune: "questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica"* di Kant, secondo cui «senza la speranza di tempi migliori, un serio desiderio di fare qualcosa di utile per il bene generale non avrebbe mai eccitato il cuore umano» (FERRAJOLI 2021, 66 s.). Ritroviamo lo spirito neo-illuminista che anima l'opera di Ferrajoli (così come quella di Habermas), uno spirito molto lontano da quelli che prevalgono in questi tempi postmoderni. La proposta può suscitare scetticismo per l'eccessiva fiducia riposta nel ruolo del diritto e nella formalizzazione dell'ordinamento giuridico¹². E tuttavia, Ferrajoli conosce bene le obiezioni dei "realisti" e sceglie di opporsi al loro pessimismo. L'obiettivo non è aggiungere altre parole a un lungo e complesso dibattito specialistico, ma è avanzare un vero e proprio progetto teorico e politico giustificato dall'urgenza di cambiare l'ordine del presente, perché il mondo è "in fiamme" (cfr. KLEIN 2019). Una simile prospettiva, soprattutto se aperta alla contaminazione e a una critica costruttiva, può contribuire a superare la frammentazione delle rivendicazioni di chi lotta oggi contro il neoliberalismo, aprendo ad alleanze trasversali che consentano di promuovere un'alternativa anche istituzionale all'ordine dato.

3. *Costituzionalismo globale e pluralismo religioso*

A partire dalla volontà radicale di rilanciare ed espandere il progetto del costituzionalismo (inter)nazionale, gli autori che finora hanno pubblicato nella collana sembrano dividersi i compiti. Se Ferrajoli illustra in *Perché una Costituzione della Terra?* il progetto giuridico e politico che viene proposto, Raniero La Valle spiega perché *Ora si può*, ossia perché, a suo avviso, siano recentemente caduti alcuni muri che non consentivano di realizzare un costituzionalismo globale in un contesto di pluralismo religioso e culturale. La riforma avvenuta nella Chiesa cattolica a partire dal Concilio Vaticano II e accelerata da Bergoglio e l'intensificarsi del dialogo interreligioso sono per La Valle elementi spesso trascurati, soprattutto dai pensatori occidentali abituati a pensare la politica in termini laici e a sottovalutare l'ostacolo che può derivare dallo scontro religioso. A partire dalle evoluzioni avvenute all'interno delle chiese cristiane, nell'Islam e nell'Induismo, tuttavia, è possibile, a suo avviso, pensare in modo nuovo quell'umanità che è il soggetto costituente della Costituzione della Terra (LA VALLE 2021, 21). Anche in questo caso dunque la collana dei "Materiali per una Costituzione della Terra" propone una riflessione non specialistica, ma in grado di mettere a fuoco dimensioni spesso neglette, quando non mistificate¹³, nel dibattito sull'ordine internazionale.

¹¹ Mi riferisco in particolare a FERRAJOLI 2007.

¹² Si tratta di una critica spesso mossa a questa prospettiva. L'ho in parte ripresa in RE 2021.

¹³ Penso in particolare all'enfasi posta, soprattutto all'inizio del secolo, sullo scenario dello "scontro di civiltà", a partire dalla nota tesi di HUNTINGTON 1997.

4. Nessuno è straniero

L'ultimo volume pubblicato nella collana in ordine di tempo contribuisce a individuare un segmento specifico dell'umanità costituente menzionata da La Valle. Il libro di Domenico Mogavero si intitola infatti *Migranti costituenti*. Mogavero è un uomo di quella Chiesa che LA VALLE (2021, 35) ci mostra aver fatto cadere le "mura di Gerico", aprendosi al riconoscimento delle diverse lingue religiose, valorizzando il "poliedro" delle differenze culturali¹⁴, rifiutando la violenza e giungendo così ad abbracciare l'umanità intera. È la Chiesa che, riprendendo la radicalità del messaggio evangelico, ha abrogato la nozione stessa di "straniero"¹⁵.

Mogavero è dal 2007 vescovo di Mazara del Vallo, in Sicilia, zona di frontiera, aperta sul Mediterraneo, dove risiedono molte persone di fede musulmana. Nel settembre del 2010 è stato nominato membro della Commissione episcopale della CEI per le migrazioni. Ha partecipato regolarmente alle sessioni annuali della Conferenza episcopale del Nord Africa (CERNA), un impegno di cui ha chiarito l'importanza nel libro-intervista *La Chiesa che non tace* (MOGAVERO 2011). Questo impegno e il servizio nella propria diocesi hanno, per sua stessa ammissione, cambiato il suo punto di vista, portandolo «verso posizioni di punta e di aperta contestazione, particolarmente in tutto ciò che attiene alla grande questione dell'immigrazione e dei rapporti col mondo islamico» (MOGAVERO 2011). Queste posizioni emergono con forza in *Migranti costituenti*, dove la questione è affrontata da una prospettiva culturale e da una prospettiva religiosa cristiana fino a proporre, in linea con il progetto di una Costituente della Terra ma anche riprendendo il sogno di alcuni pensatori e politici cattolici, a partire da Giorgio La Pira, una Costituente del Mediterraneo. Per porsi in questo orizzonte è in primo luogo necessario cambiare il punto di vista: Mogavero ci invita ad abbandonare il termine migrazioni. Non solo, come già una parte della sociologia aveva indicato¹⁶, a evitare le metafore idrauliche, il riferimento ai "flussi", e il lessico burocratico che riduce le persone al loro *status* amministrativo nel paese di arrivo (regolari, irregolari, clandestini, ecc.), ma a non usare la parola stessa migrazioni. Parliamo piuttosto di uomini, donne, ragazzi, ragazze, bambini e bambine. Migrare, del resto, «è una costante della condizione umana» (MOGAVERO 2021, 20). Non a caso la migrazione è al centro di due delle più note narrazioni antiche: quella biblica, in particolare in riferimento alla figura di Abramo, e quella omerica, col racconto del viaggio di Ulisse.

Accettare il fatto che gli esseri umani si siano sempre spostati in cerca di condizioni di vita migliori per sé e per la propria discendenza non significa tuttavia plaudere allo sradicamento delle persone costrette a lasciare il paese in cui sono nate, secondo l'imperativo liberista per cui a prevalere devono essere le esigenze del mercato globale del lavoro. Implica, al contrario, farsi carico dei bisogni, antepoendoli alla logica cinica degli interessi: occuparsi delle cause della povertà, riconoscere la frattura coloniale e le gerarchie che ne sono derivate, porre rimedio allo sfruttamento, fermare il cambiamento climatico. Significa, infine, riconoscere che le persone che giungono dai paesi più poveri non sono un costo per i paesi di arrivo, ma sono una risorsa in termini culturali oltre che demografici ed economici (MOGAVERO 2021, 30-37). Ciò è ancora più importante, secondo Mogavero, per chi si professa cristiano. La prospettiva antropologica del Cristianesimo è infatti incentrata sul riconoscimento dello straniero. Se le altre religioni monoteiste e la cultura classica concordano sul dovere di rispettare l'ospite, il Cristianesimo va oltre. Cristo stesso si identifica infatti con lo straniero. Non si tratta semplicemente di accoglierlo, ma di rivedere in modo radicale, a partire dalla questione dello straniero, l'organizzazione sociale. Oggi ciò significa combattere la

¹⁴ L'immagine è di Papa Francesco ed è richiamata in MOGAVERO 2021, 62.

¹⁵ Cfr. MOGAVERO 2021, 40-46. Si veda anche la bella analisi di Raniero LA VALLE (2021, 75-80).

¹⁶ Cfr., ad esempio, PALIDDA 2008.

“globalizzazione dell’indifferenza”¹⁷ che supporta il sistema economico-finanziario mondiale fondato sulla disegualianza. Mogavero cita in proposito alcuni interventi di Papa Francesco che torna costantemente sull’inaccettabile violenza nei confronti delle persone che migrano. Il Pontefice ha affrontato il tema in modo articolato nell’enciclica *Fratelli tutti* (FRANCESCO 2020), dove ha condannato le politiche volte a strumentalizzare le paure per l’immigrazione e ha auspicato l’attivazione di «una legislazione (*governance*) globale per le migrazioni»¹⁸.

5. Una Costituente del Mediterraneo

La dimensione sistemica delle migrazioni va affrontata per Mogavero in primo luogo sul piano regionale, a partire dal Mediterraneo, dove ogni anno annegano migliaia di persone in cerca di un futuro migliore. Non si tratta della cattiva gestione di una emergenza, ma della scelta deliberata dei governi di regolare gli ingressi in Europa accettando sia la violenza perpetrata dagli Stati da cui le persone partono – si pensi a ciò che avviene nei campi di detenzione presenti in Libia –, sia la morte di molti di coloro che cercano di entrare nel continente affrontando viaggi pericolosi. È del tutto evidente che le vite di chi cerca di attraversare le nostre frontiere non contano al pari di quelle dei cittadini. Sono “vite di scarto” (BAUMAN 2005) che possono essere sacrificate in nome della difesa della “Fortezza Europa”. In questo quadro, appare ancora più attuale, secondo MOGAVERO (2021, 63), la visione di La Pira, fautore di un “umanesimo mediterraneo”, un umanesimo che deve impegnarsi in forme di risarcimento riparatore per saldare il debito di giustizia creato dal colonialismo. A tale risarcimento può, per l’autore, contribuire anche una maggiore apertura verso le persone che intendono raggiungere la sponda Nord del “mare fra le terre”.

Pensare al Mediterraneo come a una regione in cui diversi popoli e culture si mescolano da millenni, un “pluriverso” (ZOLO 2006, 18), non significa allora indulgere nella retorica della vite e dell’ulivo, ignorare le violenze, i saccheggi e gli integralismi. Significa piuttosto operare per risanare queste ferite ancora aperte: respingere l’imperativo neoliberale dell’indifferenza e promuovere una “convivialità delle differenze” (MOGAVERO 2021, 68). Perché questo non rimanga solo un auspicio, oltre a lavorare sul piano culturale, nelle quotidiane pratiche di “cura della democrazia”¹⁹ e della convivenza, Mogavero propone anche un percorso che coinvolga le istituzioni: una Costituente del Mediterraneo che riprenda il disegno di La Pira. La immagina come un organismo che coinvolga i popoli, gli intellettuali, gli economisti, i rappresentanti religiosi, gli operatori del volontariato per costruire «un ponte di dialogo, di pace e di civiltà» (MOGAVERO 2021, 72). L’autore non nasconde il carattere visionario di questo progetto. A proposito del sogno di La Pira, parla infatti esplicitamente di “utopia” e, citando Edmond Rostand, autore che il sindaco di Firenze amava, ci ricorda che «C’est la nuit qu’il est beau de croire à la lumière; il faut forcer l’aurore à naître» (MOGAVERO 2021, 72).

Sarebbe facile, da laici, liquidare questa prospettiva come una forma di *wishful thinking*, il sogno di chi è abituato a guardare orizzonti tanto suggestivi quanto lontani, e sorridere amaramente del ciclico riproporsi di questa utopia pacifista che si indirizza al Nord Africa e al Medio Oriente, regioni in cui guerra e dittature opprimono milioni di persone. La prospettiva di Mogavero è necessariamente quella di un uomo di fede e di Chiesa. Essa muove dal Cristianesimo per parlare a tutte le persone che intendono respingere la violenza dell’ordine mondiale contemporaneo. Il vescovo di Mazara però è stato anche un attento osservatore dei moti nati, ormai un

¹⁷ MOGAVERO 2021, 48. L’espressione è di Papa Francesco (*Omelia*, visita a Lampedusa 8 luglio 2013, https://www.vatican.va/content/francesco/it/homilies/2013/documents/papa-francesco_20130708_omelia-lampedusa.html, consultato il 9 novembre 2021).

¹⁸ FRANCESCO 2020, n. 132. Il passo è citato in MOGAVERO 2021, 58.

¹⁹ Riprendo l’espressione da TRONTO 2013.

decennio fa, sulla sponda Sud del Mediterraneo e conosce la vivacità delle società civili di alcuni paesi dell'area Medio Oriente e Nord Africa (MENA) e le resistenze di coloro che prendono la parola e difendono le proprie idee di fronte a regimi illiberali (MOGAVERO 2011). Il sogno si cala dunque in una realtà complessa che le divisioni nazionali e le fratture Occidente/Oriente, Nord/Sud, a partire dalle quali siamo abituati a ragionare, tendono a oscurare. Ed è da questa realtà di lotta per i diritti e di ricerca della pace che esso può tradursi in concrete azioni politiche, diplomatiche e di cooperazione.

In Italia, già pensatori laici come Franco Cassano e Danilo Zolo (CASSANO, ZOLO 2006) avevano promosso la costruzione di una “alternativa mediterranea”, a partire dalla consapevolezza che il Mediterraneo è un mare dilaniato dai conflitti. Essi erano convinti che la costruzione di una diplomazia mediterranea che coinvolgesse società civili e istituzioni, nazionali ed europee, fosse l'unica strada per la pacificazione dell'area. In particolare ZOLO (2006, 39) auspicava che l'Europa, ritrovate le sue radici mediterranee, si mostrasse capace di ergersi a soggetto internazionale, dotato di una forte identità culturale e politica. Scriveva:

«L'Europa, dimentica delle sue radici mediterranee, subisce una grave amputazione, che è all'origine della sua incapacità autocritica, della sua debolezza identitaria, della sua impotenza come attore politico internazionale. L'Europa è costretta a pensarsi come “vecchia Europa”, e cioè come una fase superata dello sviluppo storico che ha portato all'affermazione della civiltà occidentale. E in questa prospettiva, salvo la sua arretratezza politica e militare, l'Europa tende a identificarsi con gli Stati Uniti e a dividerne il “fondamentalismo della modernità”, dominato dall'individualismo, dalla pulsione acquisitiva, dalla competizione, dal mito dell'efficienza produttiva e della crescita economica, dalla devastazione dell'ambiente» (ZOLO 2006, 64).

Al contrario, un'Europa che riscoprisse le sue radici mediterranee poteva a suo avviso profilarsi come uno spazio di mediazione e di neutralizzazione degli opposti estremismi (ZOLO 2006, 64).

Nella sua critica all'ordine internazionale creatosi all'inizio degli anni Duemila, a egemonia statunitense e caratterizzato dal ritorno della teoria della “guerra giusta”²⁰, Zolo aveva anche proposto un “pacifismo debole”, fondato su una diplomazia non ufficiale e sul protagonismo delle ONG e dei movimenti²¹. In quella occasione aveva riconosciuto un ruolo importante anche ad alcune organizzazioni cattoliche, in primo luogo alla Comunità di Sant'Egidio (ZOLO 1995, 180). Come LA VALLE (2021) ci ha ricordato nel suo testo, la prospettiva religiosa è spesso trascurata dai laici. Anche a partire dalle riflessioni teoriche, dalle iniziative diplomatiche e dall'impegno sociale di quella parte della Chiesa che si mostra aperta al dialogo e, in linea con il pontificato di Francesco, condanna le gerarchie necropolitiche²² dell'ordine contemporaneo, è tuttavia possibile costruire un fronte che invochi politiche alternative e si schieri a favore della difesa dei diritti fondamentali e della dignità della persona, oggetto di un attacco frontale da parte dell'ideologia neoliberale.

Nel chiudere questa riflessione vorrei allora notare come la collana “Materiali per una Costituzione della Terra” vada proprio nella direzione di una contaminazione fra prospettive culturali, politiche e disciplinari differenti, ma accomunate dalla volontà di dare piena attuazione ai diritti fondamentali consacrati all'indomani della Seconda guerra mondiale nel diritto

²⁰ Tale teoria è com'è noto servita per giustificare le guerre condotte dagli Stati Uniti e dai loro alleati a partire dagli anni Novanta del Novecento. Per un *excursus* sulle sue radici storiche e sugli usi contemporanei, cfr. PIETROPAOLI 2008.

²¹ Cfr. ZOLO 1995, in particolare cap. 5.

²² Achille Mbembe ha definito la “necropolitica” come una politica il cui obiettivo è esporre alla violenza e alla morte una parte sempre più ampia della popolazione (cfr. ad esempio MBEMBE 2020). Utilizzo qui il termine in un'accezione parzialmente diversa, per sottolineare come l'esposizione alla morte di chi si trova ai livelli più bassi della gerarchia economica e sociale sia un dato strutturale delle società neoliberali contemporanee. Contrariamente a Mbembe, non ritengo però che tale esposizione alla violenza sia l'obiettivo della necropolitica. Penso piuttosto che si tratti di uno strumento di selezione e di governo biopolitico impiegato su larga scala. Ho discusso le tesi di Mbembe in RE 2020.

internazionale. Il costituzionalismo (inter)nazionale è un progetto giuridico basato su una visione politica e ancorato ad una prospettiva antropologica che oggi si cerca di smantellare, a favore di un mondo sempre più iniquo, dove la gerarchia fra «vite degne di lutto» e «vite indegne di lutto» (BUTLER 2009) è quotidianamente rafforzata. Riaffermare lo Stato costituzionale di diritto in una prospettiva internazionale è dunque necessario. Per farlo non sono sufficienti soluzioni di tipo tecnocratico, secondo il modello che ha condotto alla costruzione dell'Unione Europea e di cui oggi vediamo tutta la fragilità. È necessario che siano coinvolte tutte le forze sociali impegnate nella critica al neoliberalismo. Papa Francesco ha messo chiaramente anche la Chiesa cattolica su questa strada, sostenendo che:

«Occorre pensare alla partecipazione sociale, politica ed economica in modalità tali “che includano i movimenti popolari e animino le strutture di governo locali, nazionali e internazionali con quel torrente di energia morale che nasce dal coinvolgimento degli esclusi nella costruzione del destino comune”; al tempo stesso, è bene far sì “che questi movimenti, queste esperienze di solidarietà che crescono dal basso, dal sottosuolo del pianeta, confluiscono, siano più coordinati, s’incontrino”. [...]» (FRANCESCO 2020).

L'energia “sorgiva”²³ dei movimenti, pur con le loro divisioni e differenze, potrebbe incanalarsi così anche in un progetto istituzionale che ridia vigore al diritto internazionale dei diritti umani e consenta di approntare strumenti di rivendicazione e di tutela. I “Materiali per una Costituzione della Terra” ci ricordano che abbiamo nel costituzionalismo (inter)nazionale del Novecento un patrimonio cui attingere. Esso ha tracciato un cammino di emancipazione che non dobbiamo abbandonare.

²³ Riprendo l'espressione da CAVARERO 2019.

Riferimenti bibliografici

- BACCELLI L. (ed.) 2012. *More geometrico. La teoria assiomatizzata del diritto e la filosofia della democrazia di Luigi Ferrajoli*, Giappichelli.
- BAUMAN Z. 2005. *Vite di scarto*, Laterza (ed. or. *Wasted Lives*, Polity Press, 2004).
- BULL H. 1966. *Society and Anarchy in International Relations*, in BUTTERFIELD H., WIGHT M. (eds.), *Diplomatic Investigations. Essays in the theory of international politics*, Allen & Unwin, 35 ss.
- BUTLER J. 2009. *Frames of War. When is Life Grievable?*, Verso.
- CASSANO F., ZOLO D. (eds.) 2006. *L'alternativa mediterranea*, Feltrinelli.
- CAVARERO A. 2019. *Democrazia sorgiva. Note sul pensiero politico di Hannah Arendt*, Raffaello Cortina Editore.
- FERRAJOLI L. 2007. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, tre volumi, Laterza.
- FERRAJOLI L. 2021. *Perché una Costituzione della Terra?*, Giappichelli.
- FRANCESCO 2020. *Fratelli tutti*, lettera enciclica sulla fraternità e l'amicizia sociale, 3 ottobre 2020. Disponibile in: https://www.vatican.va/content/francesco/it/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html (consultato il 9 novembre 2021).
- HABERMAS J. 1990. *La rivoluzione in corso*, Feltrinelli (ed. or. *Die nachholende Revolution*, Suhrkamp, 1990).
- HUNTINGTON S. 1997. *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Garzanti (ed. or. *The Clash of Civilizations and The Remaking of World Order*, Simon & Schuster, 1996).
- KLEIN N. 2019. *Il mondo in fiamme. Contro il capitalismo per salvare il clima*, Feltrinelli (ed. or. *On Fire. The Burning Case for a Green New Deal*, Simon & Schuster, 2019).
- LALUMERA E. 2021. *Qual è il ruolo dei filosofi nel discorso pubblico in Italia?*, in «Il Mulino. Rivista di cultura e politica», 15 ottobre 2021. Disponibile in <https://www.rivistailmulino.it/a/qual-il-ruolo-dei-filosofi-br-nel-discorso-pubblico-in-italia> (consultato il 10 novembre 2021).
- LA TORRE M. 2021. *Miseria del costituzionalismo globale*, in CONTALDI G. (ed.), *Sovranità e diritti al tempo della globalizzazione*, Roma Tre Press, 113 ss.
- LA VALLE R. 2021. *Ora si può*, Giappichelli.
- MAZZARESE T. 2008. *Principia iuris: optimismo metodológico y reafirmación de la cultura de los derechos*, in «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 31, 2008, 261 ss.
- MAZZARESE T. 2018. *I migranti e il diritto ad essere diversi nelle società multiculturali delle democrazie costituzionali*, in CERRINA FERONI G., FEDERICO V. (eds.), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, ESI, 63 ss.
- MBEMBE A. 2020. *Brutalisme*, La Découverte.
- MOGAVERO D. 2011. *La Chiesa che non tace*, intervista con G. Galeazzi, Rizzoli, edizione digitale.
- MOGAVERO D. 2021. *Migranti costituenti. Tra accoglienza e rifiuto*, Giappichelli.
- MOORE J.W. (ed.) 2016. *Anthropocene or Capitalocene? Nature, History and the Crisis of Capitalism*, PM Press, edizione digitale.
- NUSSBAUM M. 2001. *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, il Mulino (ed. or. *Women and Human Development. The capabilities approach*, Cambridge University Press, 2000).
- PALIDDA S. 2008. *Mobilità umane. Introduzione alla sociologia delle migrazioni*, Raffaello Cortina Editore.
- PIETROPAOLI S. 2008. *Abolire o limitare la guerra? Una ricerca di filosofia del diritto internazionale*, Polistampa.

- QUAMMEN D. 2015. *Spillover: Animal Infections and the Next Human Pandemic*, W.W. Norton & Co. Inc.
- RE L. 2020. *Democrazie vulnerabili. L'Europa dall'identità alla cura*, Pacini Editore.
- RE L. 2021. *Restoration or Remodeling? The Constitutional State in the Postmodern Era*, in «Soft Power», 8, 2021, 235 ss.
- TRONTO J. 2013. *Caring Democracy. Markets, equality and justice*, New York University Press.
- ZANETTI GF. 2019. *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Carocci.
- ZEITLIN J., NICOLI F. (eds.) 2020. *The European Union Beyond the Polycrisis? Integration and politicization in an age of shifting cleavages*, Routledge, edizione digitale.
- ZOLO D. 1995. *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Feltrinelli.
- ZOLO D. 2006. *La questione mediterranea*, in CASSANO F., ZOLO D. (eds.), *L'alternativa mediterranea*, Feltrinelli, 13 ss.

RECENSIONI

IL DIRITTO D'ASILO: L'OSPITALITÀ TRA SVUOTAMENTO E RIPENSAMENTO DEI DIRITTI UMANI

GIANLUCA **GASPARINI**



Il diritto d'asilo: l'ospitalità tra svuotamento e ripensamento dei diritti umani

The Right of Asylum: Hospitality between Emptying and Reconsideration of Human Rights

GIANLUCA GASPARINI

CRID – Centro di Ricerca Interdipartimentale su Discriminazioni e vulnerabilità. Università di Modena e Reggio Emilia.

E-mail: gianluca.gaspariniz@studio.unibo.it

ABSTRACT

Il presente contributo, nel tentativo di offrire una lettura del testo di Alessandra Sciarba, *Le parole dell'asilo: un diritto di confine*, affronta una delle questioni contemporanee più impellenti a proposito di migrazioni e diritti umani, ovvero lo svuotamento normativo del diritto d'asilo. L'autrice ne propone un radicale ripensamento a partire da sei parole-chiave che svelano i limiti delle politiche di gestione delle migrazioni da parte degli stati occidentali.

The paper attempts to offer a reading of the Alessandra Sciarba's volume, *Le parole dell'asilo: un diritto di confine*, in order to face one of the most pressing issue on the theme of migrations and human rights, that is the normative emptying of right of asylum. The author offers a radical reconsideration of it starting from six keywords that reveal the limits of the Western states' immigration policies.

KEYWORDS

migrazioni, confine, diritti umani, diritto di asilo, accoglienza

migrations, border, human rights, right of asylum, reception

Il diritto d'asilo: l'ospitalità tra svuotamento e ripensamento dei diritti umani

GIANLUCA GASPARINI

Il libro di Alessandra Sciorba, quinto della collana “Diritto e vulnerabilità – Studi e ricerche del CRID” diretta da Thomas Casadei e Gianfrancesco Zanetti, si colloca all'interno del dibattito contemporaneo sui diritti umani, concentrandosi in particolare su tematiche che manifestano oggi un'urgenza senza precedenti, quali lo svuotamento del diritto di asilo e la nozione di vulnerabilità, connessa nella fattispecie alla condizione dei migranti.

Lo scopo dell'opera, infatti, consiste nel tentativo di «dimostrare, innanzitutto, che un'effettiva tutela del diritto d'asilo e dei suoi principi potrebbe contribuire in maniera determinante a un ripensamento dei diritti umani che dia ad essi nuova legittimazione ed effettività» (XI). Per attuare dunque questa ridefinizione semantica e normativa, l'autrice ha scelto di affrontare il problema a partire da sei parole-chiave che nella loro contestualizzazione storica e giuridica ricostruiscono e restituiscono un diritto di asilo rinnovato.

La prima voce, come fa notare Sciorba riprendendo Émile Benveniste (2), è un termine ambiguo come “ospitalità”, derivante dalla confluenza dei due termini latini *hospes*, lo straniero benevolo, e *hostis*, lo straniero ostile. Possiamo rintracciare l'ambivalenza di questa parola tanto nella sua apertura quanto nella sua chiusura, nell'azione di inclusione-esclusione che sottende in rapporto anche al suo limite materiale, il confine.

Tuttavia, sempre dal mondo antico si scorge il superamento di questa ambiguità grazie a un'istanza religiosa che conferisce allo “straniero” sacralità in nome del mistero di cui è portatore, in quanto sotto le sue spoglie potrebbe in qualsiasi momento celarsi una divinità pronta a vendicarsi in caso di rifiuto dell'ospitalità. Pertanto, la *pietas* divina si manifesta come un «misto di rispetto e timore» (3) che viene a porsi come imperativo assoluto e inderogabile nei confronti dello straniero che proviene dal di fuori della città nel rispetto sia del precetto divino sia di un'istanza di reciprocità del tutto terrestre che conferisce forma definitiva all'istituto della *ξενία*. Ciononostante, già a partire dall'età della *πόλις* proseguendo in seguito nel mondo romano, la legge dell'ospitalità inizia sempre di più a doversi confrontare con le istanze giuridico-politiche che mirano in un qualche modo a ridefinirla, confinarla o limitarla alla luce dei contingenti interessi politici presenti in ogni epoca storica. Non a caso, sarà proprio in questa prospettiva di secolarizzazione che inizierà il processo di svuotamento di un primordiale diritto di asilo.

La seconda parola del testo, “protezione”, è indissolubilmente legata alla prima, dal momento che la legge dell'ospitalità presuppone, consequenzialmente alla concessione di soccorso allo straniero supplice, «il dovere di proteggere» (13). Non a caso, la parola “asilo” è etimologicamente legata al sostantivo *ἄσυλον*, che indicava uno spazio sacro all'interno del quale si estendeva la condizione di inviolabilità riservata alle persone che oggi definiremmo “rifugiati politici”. È evidente dunque come la protezione antica e in seguito quella cristiana medievale attribuissero l'*immunitas* prima di tutto a determinati luoghi, considerati rifugio, posti al di fuori delle leggi: «l'inviolabilità viene attribuita a determinati luoghi e solo di conseguenza agli individui che si rifugiano in essi» (17). Solo con l'avvento e la concretizzazione della modernità «la protezione offerta dall'asilo si definisce sempre più come un istituto direttamente fondato sul principio di inviolabilità della persona» (18). Dunque, è precisamente in questo transito

* Si segnala che ogni riferimento alle pagine tra parentesi è da ricondursi al testo recensito: Alessandra Sciorba, *Le parole dell'asilo: un diritto di confine*, Torino, Giappichelli, 2021.

epocale che, mediante la comparsa del *diritto soggettivo*, l'ospitalità e la protezione vengono spogliate di ogni vestigia religiosa a favore di nuove vesti politiche che, oltre ad ultimarne la secolarizzazione, hanno generato il fondamentale «passaggio da prerogativa di immunità territoriale a diritto soggettivo» (*ibidem*).

La terza parola-chiave, “diritto-diritti”, invece vuole osservare da vicino le conseguenze derivanti dal rapporto conflittuale e contraddittorio risultante dalle strategie di bilanciamento (8) che sin dall'antichità hanno cercato di limitare la “intrusività” del diritto di asilo all'interno degli interessi particolari delle società ospitanti. Già Samuel Pufendorf e poi Immanuel Kant sottolinearono, a più riprese, il dovere del Sovrano di vigilare sui confini nazionali per tutelare l'autoconservazione della comunità interna, sviluppando una riflessione sul rapporto tra diritto d'asilo e diritti nazionali consistente nella tensione tra dovere morale ed esercizio del potere sovrano.

Sciurba mette in luce come proprio da queste tensioni, e a seguito della terribile esperienza totalitaria, l'Organizzazione delle Nazioni Unite nella seconda metà del XX secolo abbia sviluppato la più organica definizione di diritto d'asilo. Riprendendo una celebre espressione di Hannah Arendt, il diritto d'asilo viene così a essere considerato come «l'unico diritto» che può essere considerato «come simbolo dei diritti umani nella sfera delle relazioni internazionali» (20). Per la sua ineludibilità viene così ad imporsi come il diritto più importante tra tutti gli altri a cui l'ONU stessa dedicò nel 1951 la sua prima Convenzione a Ginevra. A questa fece seguito il protocollo di New York che nel 1967 sancì in via definitiva l'universalità del diritto d'asilo attorno al quale il diritto internazionale avrebbe dovuto conformarsi. In questo modo, ed anche grazie ai tre principi fissati dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite (27), l'odierno diritto d'asilo sembra sciogliere una volta per tutte il nodo sulla questione della sua incompatibilità con la difesa dei confini nazionali proclamando «l'obbligo incondizionato di offrire protezione a chi si trova in una situazione di pericolo grave» (*ibidem*).

Tuttavia, a causa della sua “potenzialità enormemente inclusiva”, il diritto di asilo ha subito un «incessante processo di svuotamento da parte dei governi che avrebbero dovuto garantirlo e implementarlo» (*ibidem*). Questa nuova politica del bilanciamento, pur riconoscendo formalmente il diritto d'asilo, ha condotto nei fatti a una sua declinazione discrezionale che «colpisce al cuore l'idea stessa di diritti» (31). Non a caso, è a partire dalla comprensione di questa frattura mai ricomposta tra diritto internazionale e diritti nazionali che è possibile spiegare le successive politiche di gestione delle migrazioni da parte degli stati occidentali, che Sciurba considera la vera causa delle attuali condizioni giuridiche di estrema vulnerabilità dei migranti che da Est o da Sud tentano di entrare in Europa.

Incertezza, precarietà, provvisorietà e infine onnipresente arbitrarietà sono le costanti che descrivono qualsiasi tipo di viaggio oggi verso l'Occidente, che in nome della difesa della sicurezza ha prodotto, secondo l'argomentazione dell'autrice, un umanitarismo troppo casuale e disomogeneo nella gestione di quelli che vengono denominati “flussi migratori”.

Il quarto capitolo è dedicato alla parola “cultura” nel tentativo di trovarne una possibile definizione e di gettare luce sul rapporto che essa intrattiene con la nozione di vulnerabilità, specialmente in relazione anche al concetto di cittadinanza. Di quest'ultima vengono criticati i dispositivi escludenti attraverso puntuali riferimenti ai contesti storici in cui sono stati e continuano a essere calati. Dunque, la voce cultura si presenta come un unico prodotto di identificazione complesso e stratificato, formatosi tra storia, luoghi e persone diverse, avente aspetti materiali e comportamentali che ci permettono di individuare quelle relazioni, talvolta conflittuali, che hanno portato alla comparsa di soggetti vulnerabili. Sciurba cerca di ripartire proprio da questa nozione multidimensionale per ritrovare un fondamento – non solo giuridico – del diritto di asilo.

Entra così in gioco la quinta voce: quella di “riconoscimento”. La questione si ricollega all'istanza di reciprocità umana che sta alla base della antica legge dell'ospitalità. Esso veicola tutti i principi necessari affinché il diritto d'asilo possa realizzarsi pienamente, ovvero autonomia, dignità e reciprocità (cfr. 74s.). Quest'ultima viene intesa come prassi di immedesi-

mazione, ma soprattutto di identificazione nell'altro, facendo sì che lo straniero non venga più visto come “barbaro inconoscibile”, bensì in qualità di *essere umano*, quindi come soggetto riconoscibile portatore di diritti universali. Indi questa voce ci porta anche a riconsiderare gli attuali procedimenti per il riconoscimento dei richiedenti asilo, i quali troppo spesso vedono negarsi i propri diritti a causa di procedure troppo stringenti che hanno il compito di valutare la congruenza e la veridicità delle richieste rispetto al loro vissuto e alla provenienza.

Infine, il sesto e ultimo capitolo è dedicato a una parola di cui oggi forse si è abusato: “accoglienza”. Si tratta di un concetto nuovo che è del tutto assente nella tradizione storica riguardante l'ospitalità e la protezione degli stranieri, ma che oggi si è imposto con veemenza (85). Scurba muove diverse critiche a questo termine, dal momento che, non avendo un proprio portato normativo interno, non è riconducibile ad alcun orizzonte giuridico, rimanendo inevitabilmente entro una dimensione che rimanda alla carità.

L'accoglienza – argomenta Scurba – può essere paragonata all'amore (86) e per questo esula da ogni obbligatorietà giuridico-morale, facendo riferimento esclusivamente a una sfera personale: «l'accoglienza ha a che fare con i buoni sentimenti, che nessuno è obbligato ad avere e su cui non si può basare la possibilità di una convivenza civile di società complesse che poggia su regole condivise» (87). Di conseguenza, secondo l'autrice, l'accoglienza non è altro che un altro sviluppo dell'umanitarismo, il quale per la sua estrema discrezionalità non fa che perpetrare la condizione posizionale e/o materiale di vulnerabilità delle persone in viaggio concretizzandola nella loro “infantilizzazione”, “vittimizzazione” e “criminalizzazione”.

In conclusione, nel tentativo di trovare rimedio alla condizione di inferiorità in cui sono tenuti oggi i migranti, Scurba propone di riconsiderare il diritto di asilo interpretandolo come “diritto di confine” non solo riconoscendolo come *diritto umano*, ma anche e soprattutto rispettando il diritto ad attraversare i confini come un *diritto strutturalmente universale* al fine di «ridare un posto nel mondo» a coloro i quali hanno perduto tutto tranne la loro umanità (95).

LA FIDUCIA: TRA POLITICA E DIRITTO

FABIO CORIGLIANO



La fiducia: tra politica e diritto

Trust: Between Politics and Law

FABIO CORIGLIANO

Università degli Studi di Parma.
E-mail: fabio.corigliano@unipr.it

ABSTRACT

L'ultimo libro di Tommaso Greco (*La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, 2021) analizza il tema della fiducia a partire dai “luoghi” in cui la fiducia stessa si manifesta, suggerendo che il modello fiduciario possa essere utilizzato per indagini che vadano al di là del dato strettamente giuridico, per rivolgersi ai modi della convivenza e alla storia delle dottrine politiche che si sono concentrate sui temi della responsabilità e della cooperazione quali chiavi di volta della società.

The latest book by Tommaso Greco (*La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, 2021) analyzes the topic of trust starting from the “places” in which trust manifests itself, suggesting that the trust model can be used for investigations that go beyond the strictly juridical data, to address ways of coexistence and the history of political doctrines that have focused on the themes of responsibility and cooperation as the keystones of society.

KEYWORDS

fiducia, solidarietà, responsabilità, cooperazione

trust, solidarity, responsibility, cooperation

La fiducia: tra politica e diritto

FABIO CORIGLIANO

Non è certo un elemento di novità, per chi conosce i lavori di Tommaso Greco, professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università di Pisa, il rilievo da questi assegnato alla dimensione relazionale e cooperativa del diritto, a cui viene attribuita una netta precedenza rispetto all'elemento coercitivo posto in essere dallo Stato – temi trattati, del resto, lungo tutta la sua produzione. In tal senso, si possono ricordare, a titolo esemplificativo, la monografia *Diritto e legame sociale* (Giappichelli, 2012), nonché i saggi *La responsabilità dentro il diritto*, *Il diritto della fiducia*, *Il potere che soffoca*. *Billy Budd come metafora*, *Il Magnificat di Machiavelli*. *Un inno di lotta per la giustizia*, tutti pubblicati in alcune tra le maggiori riviste italiane in anni recenti.

Si tratta di una ricca linea di ricerca che, negli anni, ha posto in evidenza la centralità di temi quali la responsabilità e l'importanza delle relazioni giuridiche indipendentemente dalla minaccia della sanzione da parte dello Stato, che l'autore ha ampiamente elaborato a partire da un costante confronto con autori molto diversi come Norberto Bobbio e Simone Weil.

Preparato e anticipato dal volume collettaneo *I rapporti fiduciari: temi e problemi* (Giappichelli, 2020), che sintetizza i lavori scaturiti da un progetto di ricerca finanziato dall'Università di Pisa sul tema de "I rapporti fiduciari" – e ricco di implicazioni non solamente utili allo studio del diritto ma anche alla teoria della politica – l'approccio con il quale Greco illustra il tema della fiducia sviluppa in modo sistematico questa prospettiva elaborata negli anni.

La trattazione prende avvio da una precisazione che a una prima lettura potrebbe non risultare fondamentale, e apparire quasi ardita, ma che invece costituisce la ragione di tutto il libro: se è vero, da una parte, che il diritto deve rimediare proprio alla mancanza di fiducia tra i consociati, ed è questo il suo compito, posto in essere attraverso un apparato di norme e organi finalizzati alla coercitività, d'altra parte, è altresì da evidenziare che la fiducia non dev'essere cercata come "esito" dell'esistenza stessa del diritto, ma come suo elemento strutturale, essenziale, costitutivo, fondamentale a spiegare il suo funzionamento e altresì il suo medesimo concetto. È questo il motivo per il quale nelle primissime battute dell'*Introduzione* si legge che «la fiducia attende un suo spazio dentro il diritto, e nel farlo reclama il suo diritto» (VII)¹.

La fiducia reclama il suo diritto, il diritto che le è proprio, lo spazio che è suo all'interno di un ordinamento di concetti e norme che non possono prescindere da due elementi assolutamente centrali per l'esistenza stessa del diritto, e cioè la regolazione dei rapporti sociali e la responsabilità che la legge attribuisce ad ogni individuo che agisce nel nome del diritto.

Siffatta osservazione pare contraddire il "paradigma *sfiduciario*" che ha connotato, come si illustra puntualmente nel primo capitolo, un modello di studio e analisi delle relazioni che da Machiavelli e Thomas Hobbes sino alle più recenti inclinazioni e tendenze del discorso pubblico (magistralmente interpretato, in chiave simbolica, dalla figura del *Billy Budd* di Herman Melville che torna spesso nelle pagine del libro) che Herbert Hart ha definito e criticato attraverso la figura del "bandito": secondo tale impostazione l'essere umano, dominato da pulsioni egoistiche e disgregatrici, seguirebbe una legge e vi si sottoporrebbe solamente per timore delle sanzioni ad essa correlate.

Il secondo capitolo del libro in effetti traccia una storia del suddetto modello sfiduciario, facendo vedere come sia stata la modernità (o meglio, come specifica l'autore, quegli autori che hanno offerto un'analisi dei concetti con i quali noi stessi interpretiamo la modernità) a elidere ogni le-

* Recensione a TOMMASO GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Editori Laterza, Bari-Roma 2021, pp. XVI-171.

¹ Tutti i riferimenti al numero di pagina indicati tra parentesi sono relativi al volume oggetto d'analisi.

game con la concezione della politica e del diritto di matrice platonica e aristotelica, costruendo un diagramma di valutazione della morale umana assunta a «modello unico che espunge del tutto la responsabilità e l'affidamento reciproco – in una parola, la fiducia – dal modo di pensare il diritto» (18). I protagonisti di questa storia, da Machiavelli a Karl Olivecrona, leggono il legame umano come la quintessenza dell'interesse egoistico. L'amicizia e la giustizia non si trovano più a far parte del medesimo universo concettuale, come accadeva nella filosofia platonica, in quella aristotelica e fino a tutto il Medioevo, lasciando invero il posto alla diffidenza e al sospetto. La natura umana, oggetto degli studi di quegli autori che sull'onda del Segretario fiorentino hanno insistito sulla sua intrinseca tendenza alla malvagità e inaffidabilità, come Martin Lutero, e poi Hobbes, richiede un diritto fondato esclusivamente sulla coazione, capace di costringere i consociati per il tramite del timore suscitato, e trova la sua espressione più matura nell'opera di Hans Kelsen, il quale tuttavia, come rileva Greco, non può esimersi, nella sua analitica ricostruzione dell'ordinamento giuridico, dal rilevare, paradossalmente, l'insufficienza del modello sfiduciario.

Entro questa chiave interpretativa, la figura di Kelsen sta quasi a indicare, paradigmaticamente, l'intrinseca inadeguatezza del presupposto della sfiducia, che in fin dei conti, sottoposto ad insistente indagine e scomposto nei suoi elementi costitutivi e operativi, portato alle sue estreme conseguenze, giunge sempre a un punto in cui l'obbligo giuridico non può che sfumare nell'obbligo morale, dal momento che, a quanto pare, la contrapposizione tra diritto e fiducia non può vantare una sua propria rigida autonomia concettuale.

L'autore ricostruisce puntualmente due profili critici relativi al modello sfiduciario, che riguardano il concetto e il funzionamento dell'ordinamento giuridico.

Il primo, di carattere filosofico, si riferisce alla natura della normatività, come si mostra in modo assai rigoroso nel terzo capitolo del volume. Ragionare nei termini della costrizione come unica spinta in grado di produrre il movimento umano significa rinunciare alla nozione di responsabilità e di fatto comprimere del tutto l'autonomia di ogni soggetto, reso quasi succube della norma per poter agire secondo una regola di condotta. È evidente che l'esecutività della norma stessa è assolutamente necessaria e non è possibile respingere il nesso tra diritto e potere, soprattutto per evitare che i forti prevalgano sui deboli, anche se Greco non rinuncia a considerare la possibilità di una norma ingiusta: se l'autorità del diritto si fonda solamente sulla costrizione, sull'utilizzo della forza, se il diritto medesimo diviene uno strumento nelle mani dei "vincitori", e utilizzato per contrastare e reprimere i "vinti", i deboli, gli oppressi, allora la fiducia scompare del tutto, e con essa le stesse basi della convivenza. La fiducia sembra essere in questo senso il "vero" e "reale" *terminus ad quem* di ogni tentativo di valutazione dell'ordinamento, una cartina di tornasole che agisce a vari livelli consentendo di comprendere le modalità di funzionamento dell'ordinamento stesso. Come afferma Greco, all'inizio del quarto capitolo dell'opera, «il diritto non può essere pensato concettualmente se ci si colloca per intero all'interno del paradigma sfiduciario, se non a rischio di sovrapporlo e scioglierlo nell'elemento della forza organizzata» (88).

La posizione normativa che pare più consona al fine di tenere insieme tutte queste esigenze pare essere quella che considera i doveri reciproci dei cittadini come prioritari rispetto a quei doveri di condotta che gli stessi consociati sono tenuti a osservare nei confronti dello Stato, così da evidenziare, ancora una volta, la centralità della relazionalità degli esseri umani, i cui atti possono convivere in un rapporto di integrazione e compatibilità, riportando in qualche modo il normativismo dentro il modello fiduciario. È questo il caso, ad esempio, della clausola della buona fede, in base alla quale lo Stato stesso ritiene scontato che i soggetti possano comportarsi tra loro secondo la regola dell'affidabilità, ponendo in essere il "diritto della fiducia", secondo criteri di correttezza e affidamento reciproco. Ciò permette di comprendere quanto sia importante posizionare il momento della fiducia proprio *dentro* il funzionamento dell'ordinamento giuridico, nel senso che è l'ordinamento che lo richiama e gli offre cittadinanza, nell'ottica per la quale il diritto è un sistema di aspettative che possono avere effetto solamente in presenza di una solida base di socialità, responsabilità, fraternità e solidarietà, che non negano tuttavia la necessità del diritto.

to medesimo: «mai come negli ultimi tempi abbiamo avvertito che ubbidienza alle norme e solidarietà reciproca sono non soltanto connesse ma addirittura coincidenti» (71).

Stante la necessità dell'ordinamento, a tutela dei deboli, delle minoranze, della marginalizzazione e della vulnerabilità delle posizioni individuali, quello stesso diritto che integra la fiducia offrendole ospitalità, e anzi fondandosi su di essa, deve essere esercitato nella direzione di una “politica del rispetto”, tesa alla diffusione del sentimento di uguaglianza, al riconoscimento delle aspettative di tutti e tutte, e pronto a contrastare le posizioni di dominio e sfruttamento che possono nascere in contesti anche molto diffusi nell'attualità, come ad esempio quello dell'immigrazione.

Il secondo profilo critico del modello sfiduciario è di carattere sociologico, e riguarda la “realtà” del funzionamento dell'ordinamento, ovvero la pratica della “fiducia dentro il diritto”, seguendo il titolo del quarto capitolo. Il senso di questo ulteriore approfondimento è molto chiaro: dopo aver confermato *concettualmente* che il diritto non può essere pensabile al di fuori della fiducia, sta al giurista verificare se il diritto stesso, *effettivamente*, rimandi a “relazioni fiduciarie”, dal momento che l'effettività dipende dal contegno con il quale i cittadini riconoscono l'ordinamento, e sono quindi pronti a svilupparvi relazioni fiduciarie sulla base delle loro aspettative di reciprocità. La teoria del diritto deve insomma farsi carico del suo compito precipuo, esplicitando ciò che *dentro* il diritto rimanda alla relazione, alla reciprocità, alla cooperazione, responsabilità e fiducia, anche per evidenziare la “differenza qualitativa” tra un ordinamento che nasce, si sviluppa e cresce grazie alle relazioni orizzontali tra i consociati, suscitando il senso di responsabilità, e un ordinamento che –viceversa– riesce a funzionare solamente in virtù della verticalità della costrizione e dell'uso della forza, suscitando esclusivamente mera ubbidienza. Optare per la sola dimensione verticale della sfiducia significa però negare, allo stesso tempo, la relazionalità del diritto, e la possibilità del riconoscimento dell'altro di cui il diritto è uno strumento, escludendo quindi le dimensioni della relazionalità, della solidarietà e della fraternità, che sono invece valori non solo “interni” ma addirittura “costitutivi” del diritto medesimo, come si argomenta nel quinto e sesto capitolo.

Considerando non solo alcuni passaggi-chiave della trattazione ma anche la prima formazione di Tommaso Greco – la laurea in Scienze Politiche all'Università di Pisa e il dottorato in Storia del pensiero e delle istituzioni politiche presso l'Università di Torino – si sarebbe tentati di cogliere i poliedrici spunti del libro qui in esame sino ad auspicare che il modello *fiduciario* possa trovare una sua trattazione non solamente entro una dimensione giuridica e giusfilosofica ma anche entro un orizzonte propriamente politico, nell'ambito cioè di una storia delle dottrine politiche in grado di distinguere, all'interno della sua evoluzione, temi e autori che hanno suggerito uno studio delle relazioni umane improntato sulla responsabilità dei soggetti e sulle loro possibilità di cooperazione: figure interessanti, sotto questo profilo, potrebbero essere – a titolo meramente esemplificativo – lord Shaftesbury, Condorcet e, con lui, Sophie Marie Louise de Grouchy nonché Tom Paine, molto attenti nelle loro indagini sulla società e le istituzioni alla centralità della dimensione della “simpatia” e della “socialità”, ma anche i teorici, specie nel contesto dell'Ottocento, del mutualismo e dell'associazionismo.

In tal senso, pare assolutamente ineludibile una riflessione che l'autore propone tra le prime pagine del volume: «se ci comportiamo sempre con quella diffidenza che è tipica dei periodi pestilenziali, proprio in questi periodi, paradossalmente, percepiamo che il modello dell'opportunismo e della diffidenza sta troppo stretto non solo alle nostre esigenze sociali e morali, ma anche al nostro bisogno di regolare giuridicamente almeno alcune delle nostre relazioni» (11), possibilmente nel solco di quella solidarietà che la stessa Costituzione reclama, al secondo articolo, come dovere inderogabile di cui la Repubblica richiede solennemente, ma anche nella pratica di ogni giorno, da parte di tutti i cittadini e le cittadine, l'adempimento.

RATIO DECIDENDI

a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO

L'ANALISI
ARGOMENTATIVA
E L'ANALISI GIURIDICA
DELLA MOTIVAZIONE
DEL GIUDICE COMUNE

I. ANALISI DELLA MOTIVAZIONE
QUALIFICATORIA E ANALISI
DELLA MOTIVAZIONE CENSORIA
DI QUELLA RELATIVA
ALLA FORZA PROBATORIA
DELLA TESTIMONIANZA

GAETANO **CARLIZZI**



L'analisi argomentativa e l'analisi giuridica della motivazione del giudice comune
I. Analisi della motivazione qualificatoria e analisi della motivazione censoria di quella relativa alla forza probatoria della testimonianza

The Argumentative and the Legal Analysis of the Justification of the Common Judgment.
I. Analyses of the Qualificatory Justification and Analyses of the Justification of the Legitimacy Check on the Justification of the Trial Judge Concerning the Probative Value of the Common Testimony

GAETANO CARLIZZI

Giudice del Tribunale Militare di Napoli. Docente di Teoria dell'argomentazione giuridica nell'Università "Suor Orsola Benincasa" di Napoli.
E-mail: gaetano_carlizzi@libero.it

ABSTRACT

Attraverso un saggio diviso in varie parti, si intende teorizzare e praticare l'analisi argomentativa della motivazione del giudice comune, in particolare penale. In questa prima parte, dopo aver stabilito i principi fondamentali dell'analisi argomentativa, essa verrà confrontata con l'analisi giuridica. Il confronto verrà condotto analizzando da entrambi i punti di vista sia una immaginaria motivazione qualificatoria, sia una reale motivazione censoria di una motivazione relativa alla forza probatoria della testimonianza, contenuta nella sentenza Cass., Sez. VI, n. 3041/2018.

The work, which will be divided in many parts, aims both to give a theory of the argumentative analysis of the justification of the common judgment, particularly of the criminal one, as well as some examples of such analysis. In this first part, after explaining the fundamental principles of the argumentative analysis, it will be compared to the legal analysis. The comparison will be made by analysing from both points of view, on the one hand, a fictional qualificatory justification, on the other hand, a real justification of the legitimacy check on the justification of the trial judge concerning the probative value of the common testimony. The latter justification has been extracted from the judgment of the Corte di Cassazione, Sez. VI, n. 3041/2018.

KEYWORDS

Argomentazione giuridica, motivazione giudiziale, interpretazione normativa, valutazione evidenziale, forza probatoria della testimonianza

Legal argumentation, judicial justification, legal interpretation, evidential assessment, probative value of common testimony

ALLEGATI

Corte di Cassazione, Sez. VI, sentenza n. 3041/2018

L'analisi argomentativa e l'analisi giuridica della motivazione del giudice comune

I. Analisi della motivazione qualificatoria e analisi della motivazione censoria di quella relativa alla forza probatoria della testimonianza

GAETANO CARLIZZI

Questo libro, forse, lo comprenderà solo colui che già a sua volta abbia pensato i pensieri ivi espressi – o, almeno, pensieri simili –.
(L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, Prefazione, incipit)

1. *Programma* – 2. *Motivazione di merito e motivazione di legittimità* – 3. *L'analisi della motivazione qualificatoria* – 3.1. *Definizione delle due forme principali di analisi* – 3.2. *Confronto pratico tra le due forme di analisi* – 4. *L'analisi della motivazione censoria di quella relativa alla forza probatoria della testimonianza* – 4.1. *Aspetti generali dell'analisi della motivazione censoria di quella probatoria* – 4.2. *Analisi argomentativa e analisi giuridica della motivazione censoria di quella relativa alla forza probatoria della testimonianza. Nota a Cass., Sez. VI, n. 3041/2018* – 4.2.1. *Analisi argomentativa* – 4.2.1.1. *Ragionamento relativo al principio probatorio parzialmente materiale e generale* – 4.2.1.2. *Ragionamento relativo al principio probatorio parzialmente materiale e speciale* – 4.2.1.3. *Ragionamento relativo al principio probatorio (interamente) materiale e speciale* – 4.2.1.4. *Ragionamento relativo alla regola probatoria materiale e speciale* – 4.2.1.5. *Ragionamento relativo alla tesi censoria* – 4.2.2. *Analisi giuridica* – 4.2.2.1. *Riferimento al principio del libero convincimento* – 4.2.2.2. *Selezione dei requisiti di attendibilità testimoniale* – 4.2.2.3. *Peculiarità dei requisiti di attendibilità testimoniale* – 4.2.2.4. *Valutazione di attendibilità delle testimonianze e valutazione di persuasività degli indizi.*

ALLEGATI: Corte di Cassazione, Sez. VI, sentenza n. 3041/2018

1. *Programma*

Il fine principale della rubrica che ospita questo saggio, “*Ratio decidendi*”, è di promuovere un “genere letterario” ancora poco coltivato nella nostra cultura giuridica. Mi riferisco all’analisi scientifico-argomentativa (d’ora in poi: argomentativa) della motivazione giudiziaria, in particolare dei provvedimenti (d’ora in poi: sentenze) delle corti poste al vertice dei vari sistemi di giustizia¹.

Preliminarmente va evidenziata la molteplicità delle forme di motivazione giudiziaria, delle forme di analisi di tale motivazione, nonché delle possibili combinazioni tra le forme dei due ordini. In particolare, sotto il primo profilo, relativo all’oggetto, oltre che la motivazione del giudice comune, suscettibili di analisi sono la motivazione del giudice costituzionale, del giudice sovranazionale e così via. Sotto il secondo profilo, relativo al metodo, oltre che da un punto di vista argomentativo, la motivazione giudiziaria può essere analizzata da un punto di vista scientifico-giuridico (d’ora in poi: giuridico), retorico e così via.

Nella presente sede mi propongo di teorizzare e praticare l’analisi argomentativa della motivazione del giudice comune, in particolare penale. Tuttavia, proprio a causa della pluralità delle pos-

¹ Cfr. CARLIZZI, PINO 2018.

sibili combinazioni suddette, l'attuazione di questo progetto non può essere compiuta in un'unica soluzione. Pertanto, in questa prima parte del saggio, mi limiterò:

A) sul piano *teorico*, a distinguere le due *specie di motivazione* del giudice comune (di merito e di legittimità), le due *parti principali* in cui può essere idealmente divisa la motivazione della prima specie (motivazione probatoria/qualificatoria) e della seconda (motivazione censoria di quella probatoria/di quella qualificatoria), nonché le due *questioni probatorie particolari* che la motivazione della prima specie deve risolvere e la cui corretta soluzione deve essere controllata dalla motivazione della seconda (questione della forza probatoria delle comunicazioni/degli indizi) (§ 2);

B) sul piano *pratico*, a confrontare l'analisi *argomentativa* con l'analisi *giuridica* con riguardo sia a una immaginaria motivazione *qualificatoria* (§ 3), sia a una reale motivazione *censoria* di una motivazione relativa alla forza *probatoria* della *testimonianza* (quale forma esemplare di evidenza comunicativa), motivazione, quella censoria, contenuta nella sentenza Cass., Sez. VI, 23 gennaio 2018, n. 3041 (§ 4).

Questo comporta che il confronto tra l'analisi argomentativa e l'analisi giuridica della motivazione della forza *probatoria* delle *comunicazioni* e degli *indizi*, nonché della motivazione *censoria* di quella relativa alla forza probatoria degli *indizi* dovrà essere svolto in saggi futuri (il confronto tra le due analisi relativamente alla motivazione *censoria* di quella *qualificatoria* verrà invece tralasciato, dal momento che, sotto questo riguardo, la motivazione censoria non differisce significativamente da quella qualificatoria).

2. Motivazione di merito e motivazione di legittimità

Nel nostro e in altri ordinamenti, l'organizzazione giudiziaria è fondata sulla distinzione tra giudici di merito (giudici di pace, tribunali, corti di assise e relative corti di appello) e giudice di legittimità (Corte di Cassazione). Poiché i giudici dei due ordini sono titolari di funzioni diverse, anche le motivazioni delle sentenze che essi sono tenuti redigere (artt. III, comma 6, Cost., 546, comma 1, lett. e, c.p.p.) hanno configurazioni differenti.

In particolare, la *motivazione di merito* espone le ragioni per cui il relativo giudice ha risolto in un certo modo sia la questione se i fatti di causa (processuali o sostanziali) sono accaduti o accadono (*questione probatoria*), sia la questione se e a quale titolo essi sono giuridicamente rilevanti (*questione qualificatoria*). D'altro canto, la prima questione può essere divisa in due sottoquestioni, che riflettono la dicotomia fondamentale delle prove (*comunicazioni* e *indizi*), dato che la forza probatoria dei fatti del primo tipo funziona diversamente da quella dei fatti del secondo tipo (*questione della forza probatoria delle comunicazioni/degli indizi*). Tanto chiarito, per ciascun fatto di causa, sia la questione probatoria sia la questione qualificatoria può essere risolta in senso positivo o negativo e deve essere risolta secondo un modello tipico, quello della *valutazione evidenziale*² (in senso lato) e, rispettivamente, dell'*interpretazione normativa* (in senso lato). Correlativamente a tutto ciò, la motivazione di merito è idealmente divisibile in due parti, che chiamerò per coerenza "*motivazione (della forza) probatoria (delle comunicazioni o degli indizi)*" e "*motivazione qualificatoria*".

D'altro canto, la *motivazione di legittimità* espone le ragioni per cui il relativo giudice ha risolto in un certo modo la questione se i *vizi giuridici denunciati* dal ricorrente affliggono effettivamente la sentenza di merito impugnata. In particolare, limitandoci alle questioni probatorie e qualificatorie

² Uso questo neologismo, certamente un po' cacofonico, per rimediare a una lacuna del nostro lessico: a differenza che nella lingua inglese, dove il termine "*evidence*" designa un elemento di prova da valutare, mentre il termine "*proof*" designa il risultato della valutazione di tale elemento, in italiano le due figure sono designate dallo stesso termine, ossia "*prova*", con tutte le ambiguità che ne derivano.

effettivamente risolte da quest'ultimo, la motivazione di legittimità espone le ragioni per cui il relativo giudice ha risolto in un certo modo la questione se la motivazione di merito, sia essa (della forza) probatoria (delle comunicazioni o degli indizi) oppure qualificatoria, è conforme al diritto processuale o, rispettivamente, sostanziale. Correlativamente a ciò, anche la motivazione di legittimità è idealmente divisibile in due parti, che, data la sua inerenza alla due suddette parti di quella di merito, la funzione di controllo esercitata dal giudice che la redige e l'esigenza di evitare equivoci, propongo di chiamare “*motivazione censoria di quella (relativa alla forza) probatoria (delle comunicazioni o degli indizi)*” e “*motivazione censoria di quella qualificatoria*”.

3. *L'analisi della motivazione qualificatoria*

3.1. *Definizione delle due forme principali di analisi*

L'*analisi giuridica* della motivazione qualificatoria è la forma di analisi più diffusa. Essa rientra tipicamente nella competenza del penalista, del processualpenalista e così via, e si propone di stabilire se la motivazione della qualificazione di un fatto compiuta in una sentenza è conforme al diritto. Tale correttezza, a sua volta, dipende dalla corrispondenza delle “proposizioni cruciali” della motivazione alle concezioni teorico-, metodologico- e dogmatico-giuridiche dell'analista di turno.

Sennonché, il punto di vista giuridico non basta a sé stesso, in quanto consente di stabilire, sì, se le suddette proposizioni cruciali sono giuridicamente corrette nel senso indicato, ma non *quali* sono tali proposizioni cruciali. A tal fine, è necessario l'intervento dell'*analisi argomentativa*, coltivata innanzitutto dallo scienziato (teorico e metodologo) dell'argomentazione giuridica. Costui, muovendo dalle acquisizioni della propria materia: sa quali specie di proposizioni devono sussistere per la *completezza* minima della motivazione e quali specie di proposizioni possono dare sostegno a queste ultime (fondamento *teorico*-argomentativo); sa in quale modo devono concatenarsi tra loro le proposizioni di queste specie, nonché le inferenze che esse compongono, ai fini della *validità* della stessa motivazione (fondamento *metodologico*-argomentativo); è in grado, su queste basi, di *comprendere* se e quali proposizioni e concatenazioni di questi tipi sono effettivamente contenute nella motivazione, o perché espone in forma precisa o perché comunque ricavabili dal suo testo (prestazione *ermeneutico*-argomentativa, che costituisce il nucleo dell'analisi argomentativa della motivazione).

3.2. *Confronto pratico tra le due forme di analisi*

Dopo aver stabilito le definizioni dell'*analisi argomentativa* e dell'*analisi giuridica* della motivazione qualificatoria, intendo ora confrontarle in pratica, ossia svilupparle con riguardo a una stessa motivazione qualificatoria, sia pure immaginaria. Ciò al fine non solo di approfondire la diversità dei due approcci, ma anche di mostrare la loro complementarità. Per semplicità mi concentrerò su una singola sezione della motivazione, modellata su un caso tratto dai lavori preparatori del codice penale. Essa giustifica la conclusione che il fatto imputato a Tizio, consistente nel prendere il portafogli che Caio ha lasciato sulla scrivania della propria abitazione e nel metterlo in tasca senza allontanarsene, è qualificabile come “sottrazione” ai sensi della norma sul furto (art. 624 c.p.).

L'analisi argomentativa e quella giuridica di tale motivazione, che spiegherò dopo averle espone, possono essere presentate nelle forme indicate nelle seguenti tabelle³ (le didascalie punteggiate in testa alle colonne stanno, rispettivamente, per: *enunciato*, risultati dell'*analisi argomentativa*, *proposizione cruciale* e risultati dell'*analisi giuridica* della *motivazione qualificatoria*).

³ Per alcuni dei cui contenuti sono debitore della insuperabile opera di ENGISCH 1943, 13-37, nonché degli illuminanti spunti di GUASTINI 2004, 139-141. Per uno sviluppo di questi ultimi, cfr., di recente, CANALE, TUZET 2020.

I) Ragionamento relativo al criterio interpretativo

ENUNC.	ANAL. ARGOM.	PROPOS. CRUCIALE	ANAL. GIURID.
---	Manca un <u>principio di scelta di un criterio interpretativo</u>	1) ---	<u>Bisogna ritenere che:</u> 1') Se un ordinamento è incentrato sul principio di legalità e sulla competenza legislativa del Parlamento e del Governo, il significato penalistico di ogni parola contenuta in una disposizione incriminatrice di tale ordinamento è quello, tra i suoi significati letterali, maggiormente conforme alla volontà del legislatore storico
---	Manca un'applicazione di un principio di scelta di un criterio interpretativo	2) ---	<u>Bisogna ritenere che:</u> 2') Il nostro è un ordinamento incentrato sul principio di legalità e sulla competenza legislativa del Parlamento e del Governo
DUNQUE			
"a b c"	C'è un <u>criterio interpretativo</u>	3) Il significato penalistico di ogni parola contenuta in una disposizione incriminatrice del nostro ordinamento è quello, tra i suoi significati letterali, maggiormente conforme alla sua <i>ratio</i>	È <u>preferibile ritenere che:</u> 3') Il significato penalistico di ogni parola contenuta in una disposizione incriminatrice del nostro ordinamento è quello, tra i suoi significati letterali, maggiormente conforme alla volontà del legislatore storico

II) Ragionamento relativo all'applicazione del criterio interpretativo

ENUNC.	ANAL. ARGOM.	PROPOS. CRUCIALE	ANAL. GIURID.
---	Manca un <u>principio di scelta di un'applicazione di un criterio interpretativo</u>	4) ---	<u>Bisogna ritenere che:</u> 4') Se una parola compare in un articolo del c.p., essa è contenuta in una disposizione incriminatrice del nostro ordinamento. Il suo significato letterale maggiormente conforme alla volontà del legislatore storico è quello, tra i suoi significati elencati dal vocabolario V, che forma oggetto della volontà espressa nei lavori preparatori dello stesso c.p.
---	Manca un'applicazione di un principio di scelta di un'applicazione di un criterio interpretativo	5) ---	<u>Bisogna ritenere che:</u> 5') "Sottrazione" compare nell'art. 624 c.p. Dei suoi significati letterali elencati nel vocabolario V, quello che forma oggetto della volontà espressa nei lavori dello stesso c.p. è: eliminazione del controllo percettivo che il detentore di una cosa ha su di essa
DUNQUE			
"d e f"	C'è un'applicazione di un <u>criterio interpretativo</u>	6) "Sottrazione" è una parola contenuta in una disposizione incriminatrice del nostro ordinamento e, tra i suoi significati letterali, quello maggiormente conforme alla sua <i>ratio</i> è: eliminazione della possibilità che il detentore di una cosa ha di usarla nell'immediato	È <u>preferibile ritenere che:</u> 6') "Sottrazione" è una parola contenuta in una disposizione incriminatrice del nostro ordinamento e, tra i suoi significati letterali, quello maggiormente conforme alla volontà del legislatore storico è: eliminazione del controllo percettivo che il detentore di una cosa ha su di essa

III) Ragionamento relativo alla tesi interpretativa

ENUNC.	ANAL. ARGOM.	PROPOS. CRUCIALE	ANAL. GIURID.
“a b c”	C'è un <u>criterio interpretativo</u>	3) Il significato penalistico di ogni parola contenuta in una disposizione incriminatrice del nostro ordinamento è quello, tra i suoi significati letterali, maggiormente conforme alla sua <i>ratio</i>	È <u>preferibile ritenere</u> che: 3') Il significato penalistico di ogni parola contenuta in una disposizione incriminatrice del nostro ordinamento è quello, tra i suoi significati letterali, maggiormente conforme alla volontà del legislatore storico
“d e f”	C'è <u>un'applicazione di un criterio interpretativo</u>	6) “Sottrazione” è una parola contenuta in una disposizione incriminatrice del nostro ordinamento e, tra i suoi significati letterali, quello maggiormente conforme alla sua <i>ratio</i> è: eliminazione della possibilità che il detentore di una cosa ha di usarla nell'immediato	È <u>preferibile ritenere</u> che: 6') “Sottrazione” è una parola contenuta in una disposizione incriminatrice del nostro ordinamento e, tra i suoi significati letterali, quello maggiormente conforme alla volontà del legislatore storico è: eliminazione del controllo percettivo che il detentore di una cosa ha su di essa
DUNQUE			
“g h i”	C'è una <u>tesi interpretativa</u>	7) Il significato penalistico di “sottrazione” è: eliminazione della possibilità che il detentore di una cosa ha di usarla nell'immediato	È <u>preferibile ritenere</u> che: 7') Il significato penalistico di “sottrazione” è: eliminazione del controllo percettivo che il detentore di una cosa ha su di essa

IV) Ragionamento relativo alla tesi subordinativa (o sussuntiva generale)

ENUNC.	ANAL. ARGOM.	PROPOS. CRUCIALE	ANAL. GIURID.
---	Manca un <u>criterio subordinativo</u>	8) ---	<u>Bisogna ritenere</u> che: 8') Se certi fatti realizzano nello stesso specifico modo le proprietà indicate dal significato penalistico di una parola contenuta in una disposizione incriminatrice o comunque sono presi in considerazione come casi di tale significato dai lavori preparatori del codice, essi compongono una sottoclasse rientrante nella portata dello stesso significato
---	Manca <u>un'applicazione di un criterio subordinativo</u> (debitrice di 7)	9) ---	<u>Bisogna ritenere</u> che: 9') I fatti consistenti nel prendere il portafogli che un'altra persona ha lasciato sulla scrivania della propria abitazione e nel metterlo in tasca senza allontanarsi realizzano nello stesso specifico modo le proprietà indicate dal significato penalistico della parola “sottrazione”, contenuta nella disposizione incriminatrice dell'art. 624 c.p., e comunque sono presi in considerazione come casi di tale significato dai lavori preparatori del codice

DUNQUE			
“l m n”	C'è una <u>tesi subordinativa</u>	10) I fatti consistenti nel prendere il portafogli che un'altra persona ha lasciato sulla scrivania della propria abitazione e nel metterlo in tasca senza allontanarsi non compongono una sottoclasse rientrante nella portata del significato penalistico della parola “sottrazione”, contenuta nella disposizione incriminatrice dell'art. 624 c.p.	È <u>preferibile ritenere</u> che: 10') I fatti consistenti nel prendere il portafogli che un'altra persona ha lasciato sulla scrivania della propria abitazione e nel metterlo in tasca senza allontanarsi compongono una sottoclasse rientrante nella portata del significato penalistico della parola “sottrazione”, contenuta nella disposizione incriminatrice dell'art. 624 c.p.

V) Ragionamento relativo alla tesi qualificatoria

ENUNC.	ANAL. ARGOM.	PROPOS. CRUCIALE	ANAL. GIURID.
“o p q”	C'è un <u>criterio qualificatorio</u>	11) Se e solo se un fatto è uno di quelli di una sottoclasse rientrante nella portata del significato penalistico della parola contenuta in una disposizione incriminatrice, esso deve essere qualificato con questa parola ai sensi della stessa disposizione	<u>Bisogna convenire</u> che: 11') Se e solo se un fatto è uno di quelli di una sottoclasse rientrante nella portata del significato penalistico della parola contenuta in una disposizione incriminatrice, esso deve essere qualificato con questa parola ai sensi della stessa disposizione
“r s t”	C'è un' <u>applicazione</u> di un criterio qualificatorio (o sussunzione individuale, debitrice di 10)	12) Il fatto di Tizio, consistente nel prendere il portafogli che Caio ha lasciato sulla scrivania della propria abitazione e nel metterlo in tasca senza allontanarsi, non è uno di quelli di una sottoclasse rientrante nella portata del significato penalistico della parola “sottrazione”, contenuta nella disposizione incriminatrice dell'art. 624 c.p.	È <u>preferibile ritenere</u> che: 12') Il fatto di Tizio, consistente nel prendere il portafogli che Caio ha lasciato sulla scrivania della propria abitazione e nel metterlo in tasca senza allontanarsi, è uno di quelli di una sottoclasse rientrante nella portata del significato penalistico della parola “sottrazione”, contenuta nella disposizione incriminatrice dell'art. 624 c.p.
DUNQUE			
“x y z”	C'è una <u>tesi qualificatoria</u>	13) Il fatto di Tizio, consistente nel prendere il portafogli che Caio ha lasciato sulla scrivania della propria abitazione e nel metterlo in tasca senza allontanarsi, non deve essere qualificato con il termine “sottrazione” ai sensi dell'art. 624 c.p.	È <u>preferibile ritenere</u> che: 13') Il fatto di Tizio, consistente nel prendere il portafogli che Caio ha lasciato sulla scrivania della propria abitazione e nel metterlo in tasca senza allontanarsi, deve essere qualificato con il termine “sottrazione” ai sensi dell'art. 624 c.p.

Poiché le particolarità dell'analisi argomentativa della motivazione *qualificatoria*, anche in rapporto alla sua analisi giuridica, sono state già illustrate in due eccellenti note apparse in questa rubrica (le quali, peraltro, usano terminologie un po' diverse)⁴, nel prosieguo di questo paragrafo mi limiterò a svolgere poche osservazioni essenziali. Ciò soprattutto in funzione preparatoria del discorso che mi interessa maggiormente, relativo al confronto tra l'analisi argomentativa e l'analisi giuridica della motivazione in materia *probatoria*⁵.

La spiegazione seguente va letta in stretta correlazione ai contenuti delle tabelle, perché altrimenti potrebbe risultare eccessivamente astratta:

⁴ CHIASSONI 2018, DICIOTTI 2019. Una rigorosa analisi argomentativa si trova anche in un altro contributo apparso in questa rubrica: VELLUZZI 2019. Per una chiara teoria dell'argomentazione interpretativa in generale, cfr. il recentissimo PINO 2021, cap. 8 e 9.

⁵ Anche in tale materia sono apparsi importanti contributi nella presente rubrica, dedicati agli standard di prova e alla prova indiziaria: cfr. FERRER BELTRÁN, TUZET 2018 e, rispettivamente, UBERTIS 2020.

A) le tabelle proposte, frutto di una ricostruzione *metascientifica* (o filosofica), sono cinque e corrispondono al ragionamento sfociante nella tesi qualificatoria conclusiva e agli altri ragionamenti che, concatenandosi tra loro, preparano il nucleo delle sue necessarie premesse (ragionamenti relativi: al criterio interpretativo, alla sua applicazione, alla tesi interpretativa e a quella subordinativa o sussuntiva generale). Idealmente, la motivazione qualificatoria è data dalla correlazione tra questi cinque ragionamenti. Tuttavia, se, dal punto di vista *logico*, essi si susseguono nel modo indicato, dal punto di vista *epistemologico* si susseguono in senso contrario. Infatti, come per individuare le due premesse del ragionamento sfociante nella proposizione finale (la tesi qualificatoria) bisogna partire da quest'ultima, così, per individuare i ragionamenti che servono a individuare tali premesse concatenandosi l'uno con l'altro bisogna partire da esse e risalire a ritroso.

B) quanto appena detto lascia aperti due *problemi*, che qui mi devo limitare ad accennare e che è compito di una compiuta scienza dell'argomentazione risolvere:

b₁) il primo problema riguarda la *sufficienza* dei cinque ragionamenti proposti. In altre parole, ammesso che una motivazione li sviluppi compiutamente (ciò che nella prassi non capita mai e che nel diagramma proposto è stato fatto solo dal punto di vista giuridico, per mostrare la configurazione tipica di tutte le proposizioni che compongono gli stessi ragionamenti), deve ritenersi per ciò solo che essa sia completa? Oppure alcune delle proposizioni che compaiono o sarebbero potute comparire nella tabella (es.: quella che compare come applicazione del criterio subordinativo) possono e devono essere ulteriormente argomentate per la completezza della motivazione?

b₂) il secondo problema riguarda la *necessità* degli stessi cinque ragionamenti proposti. Se questa vale certamente per il ragionamento finale, relativo alla tesi qualificatoria, dubbi sorgono rispetto ai quattro ragionamenti restanti. In altri termini, devono essi emergere tutti in una motivazione per la sua completezza oppure basta che ne emergano solo alcuni? E, qualora si risponda nel secondo senso (cosa che alcuni studiosi dell'argomentazione giuridica hanno fatto, escludendo, ad esempio, la necessità del ragionamento relativo alla tesi subordinativa⁶), quali sono i ragionamenti necessari ai suddetti fini?

C) nella *prima* colonna compaiono gli *enunciati* della motivazione che costituiscono il termine immediato di analisi per entrambe le analisi in raffronto. Solo che, mentre il primo approccio è interessato all'aspetto formale, il secondo è interessato all'aspetto materiale del suo contenuto, nel senso che chiarirò tra breve. Ciascun riquadro della colonna presenta o non presenta lettere tra virgolette a seconda che nella motivazione vi sia o non vi sia un enunciato (o un gruppo di enunciati) che consente di ricavare una proposizione cruciale (nel senso che chiarirò tra breve).

D) correlativamente a ciò, nella *seconda* colonna compaiono i risultati dell'analisi *argomentativa*. Essa, costituendo applicazione della scienza dell'argomentazione giuridica, riconosce la presenza o l'assenza sia delle proposizioni che devono sussistere per la *completezza* minima della motivazione, sia delle proposizioni che possono dare sostegno a queste ultime (in entrambi i casi: "*proposizioni cruciali*", indicate nella terza colonna), che inquadra secondo le categorie (teoriche) e dispone secondo gli schemi (metodologici) elaborati dalla suddetta scienza (come criterio interpretativo, tesi qualificatoria ecc.). Tre precisazioni si impongono riguardo all'analisi in esame. Essa:

d₁) è interessata all'aspetto *formale* del contenuto della motivazione, ossia a stabilire se questo sia riconducibile alle suddette categorie e ai suddetti schemi, di cui si impegna dunque a fornire un *resoconto* almeno sommario (es.: illustrando la configurazione tipica del criterio di interpretazione letterale). Dunque, l'analisi argomentativa, a differenza di quella giuridica, non è interessata a decidere se tale contenuto sia *materialmente* il più plausibile (ad esempio, se il criterio interpretativo trascelto dalla motivazione sia quello preferibile tra i tanti disponibili);

⁶ Sul punto, cfr. NEUMANN 2013, 93.

d2) attraverso i suoi strumenti *teorici* (categorie proposizionali) e *metodologici* (schemi inferenziali) l'analisi argomentativa svolge essenzialmente una funzione *ermeneutica*⁷. Leggendo la motivazione con le lenti delle proprie categorie e dei propri schemi, essa riesce, cioè, non solo a individuarvi contenuti e lacune, ma anche a imprimervi una configurazione e un ordine che quasi sempre non è immediatamente visibile. Ciò in quanto i giudici, per tante ragioni e almeno in buona parte, non svolgono il loro discorso esplicitando le categorie di cui fanno uso e organizzandole nella successione imposta dagli schemi in cui si inseriscono;

d3) trae, sì, le categorie e gli schemi che usa dalla scienza dell'argomentazione giuridica, ma solo entro i limiti consentiti dall'*ordinamento* in cui opera la motivazione esaminata. Con riguardo al nostro ordinamento, questo discorso ha un'importanza relativa sul terreno della motivazione qualificatoria (dato che la norma fondamentale in materia, ricavabile dall'art. 12 disp. prel. c.c., è sufficientemente generica da legittimare l'uso di tutti i criteri interpretativi enucleati dalla suddetta scienza), mentre ha un'importanza notevole sul terreno della motivazione probatoria e della motivazione censoria di quella probatoria (per le quali il c.p.p. fissa vincoli alquanto stringenti: cfr. § 4).

E) nella *terza* colonna compaiono le *proposizioni cruciali* che l'analisi argomentativa ha individuato comprendendo gli enunciati della motivazione secondo le proprie categorie e i propri schemi. Anche qui si impongono alcune precisazioni:

e1) quando *non individua enunciati significativi* a tale duplice stregua (cfr. riquadri vuoti nella prima colonna), l'analisi argomentativa può solo segnalare la mancanza del corrispondente tipo di proposizione cruciale (cfr. riquadri relativi nella seconda colonna) e, ovviamente, non può segnalare alcuna proposizione cruciale (cfr. riquadri vuoti nella terza colonna);

e2) le *proposizioni cruciali* che l'analisi argomentativa fa venire alla luce, oltre a essere inquadrare e ordinate nel modo appena indicato, costituiscono il *termine di riferimento mediato* pure dell'*analisi giuridica*. Infatti, posto che anche quest'ultima ha quale termine di riferimento immediato gli enunciati della motivazione esaminata, le proposizioni che ne ricava costituiscono il frutto dell'interpretazione di questi enunciati compiuta seguendo, in modo più o meno consapevole ed esplicito, l'approccio argomentativo. Insomma, ogniqualvolta esamina una motivazione qualificatoria, lo scienziato del diritto (il penalista, il civilista ecc.), non può fare a meno di individuare preliminarmente le proposizioni cruciali in essa presenti, ossia di compiere un'operazione *ermeneutica* di matrice *argomentativa*. È proprio qui che risiede la *complementarità* del punto di vista argomentativo rispetto a quello giuridico. Tuttavia, complementarità non significa indiscernibilità: la differenza tra i due tipi di analisi resta ferma e risiede nei modi in cui esse proseguono, come ho anticipato e come mi accingo a chiarire meglio.

F) nella *quarta* e ultima colonna compaiono le *prese di posizione* dell'*analisi giuridica* sulle proposizioni cruciali della motivazione esaminata. Anche qui si impongono due precisazioni:

fi) ogni presa di posizione appartiene a uno tra *tre tipi*. Se riguarda una proposizione cruciale mancante (es.: perché la motivazione non contiene enunciati sul metacriterio che l'ha spinta a scegliere uno dei molteplici criteri interpretativi vigenti), la presa di posizione ha valore *integrativo* (espresso dalla formula "bisogna ritenere che"), in quanto prospetta una proposizione cruciale che riempie uno spazio vuoto nella motivazione esaminata. Se, invece, riguarda una proposizione cruciale ivi presente, la presa di posizione può avere o valore *sostitutivo* (espresso dalla

⁷ Per un'impostazione differente, che distingue nettamente l'argomento in senso soggettivo e in senso oggettivo, ritenendo che il primo costituisca tema di analisi e il secondo strumento di valutazione, cfr. NEUMANN 2010, 52 s. A mio modesto avviso, siffatta impostazione potrebbe condividersi in un mondo ideale, nel quale le motivazioni siano strutturate in maniera pienamente ordinata. Nel nostro mondo, invece, dove di regola le motivazioni non sono perfettamente organiche, i principi teorici e metodologici servono innanzitutto a identificare la loro effettiva struttura (nel tacito presupposto che essi siano fondamentalmente condivisi dai loro autori), e solo in seguito a valutarne la correttezza (dato che condividere certi principi non implica necessariamente la loro puntuale applicazione).

formula “è preferibile ritenere che”), in quanto prospetta una proposizione cruciale che pretende di soppiantare la prima, oppure valore *confermativo* (espresso dalla formula “bisogna convenire che”), in quanto prospetta una proposizione cruciale che concorda con la prima.

f2) come detto, è qui che l’analisi *giuridica* si *distingue* da quella *argomentativa*. Infatti, mentre quest’ultima si limita a rilevare la presenza o l’assenza delle proposizioni cruciali di certe specie (es.: criterio interpretativo) e a disporle in un determinato ordine inferenziale (es.: come prima premessa del ragionamento sfociante nella tesi interpretativa), l’analisi *giuridica* si concentra direttamente su quelle proposizioni, confermandole oppure integrandole o sostituendole con altre ritenute più corrette dal punto di vista teorico-, metodologico- o dogmatico-giuridico (es.: proponendo un criterio interpretativo alternativo, ritenuto preferibile a quello formulato nella motivazione).

4. L’analisi della motivazione censoria di quella relativa alla forza probatoria della testimonianza

4.1. Aspetti generali dell’analisi della motivazione censoria di quella probatoria

La *motivazione censoria di quella probatoria* consiste nel complesso delle ragioni per cui il giudice di legittimità ha risolto in un certo modo la questione se la motivazione di merito circa la capacità dei fatti probatori di confermare quelli di causa è conforme alla normativa processuale in materia. Nel nostro ordinamento, tale normativa corrisponde all’art. 606, comma 1, lett. e, c.p.p. e agli altri articoli del codice di rito da esso implicitamente richiamati (in particolare: artt. 187, 192, commi 1 e 2, 533, comma 1, 546, comma 1, lett. e).

Qui riemerge la netta *differenza* rispetto alla *motivazione di merito* sul terreno *probatorio*. Solitamente essa viene espressa dicendo che quest’ultima costituisce un giudizio sulle prove, mentre la prima un metagiudizio, ossia un giudizio sul primo giudizio. Tale modo di esprimersi è corretto, ma generico. Esso può precisarsi proprio alla luce di quanto detto finora. Mentre la motivazione di merito è puramente probatoria, perché consiste in una valutazione di evidenze volta a stabilire se se ne possa ricavare la conferma (o prova) che i fatti di causa sono accaduti, la motivazione di legittimità è mista. Essa, infatti, ha un *oggetto probatorio*, vertendo sulla motivazione probatoria di merito, ma una *funzione qualificatoria*, dovendo stabilire se quest’ultima sia conforme alla legge processuale. È proprio per tale ragione che, nel § 3, mi sono soffermato sull’analisi della motivazione qualificatoria.

Come tale motivazione, così anche quella censoria della motivazione probatoria può esser sottoposta soprattutto a due tipi di *analisi*: argomentativa o giuridica. Anche qui l’una non si distingue dall’altra per i propri referenti immediati o mediati. Entrambe, infatti, muovono dagli enunciati della motivazione censoria e si concentrano sulle proposizioni cruciali che essi esprimono o consentono di ricavare. Piuttosto, le due analisi si distinguono per il loro rispettivo *modus procedendi*. L’analisi *argomentativa* stabilisce le specie di proposizioni cruciali presenti e quelle assenti nella motivazione, le specie di inferenze in cui esse si inseriscono in un certo ordine, nonché i nessi attraverso cui queste si concatenano tra loro. L’analisi *giuridica*, invece, si propone di confermare le proposizioni cruciali presenti e conformi alle sue concezioni teoriche, metodologiche o dogmatiche, di criticare le proposizioni cruciali presenti e difformi da tali concezioni, nonché di integrare alla stessa stregua le proposizioni cruciali assenti.

D’altro canto, quando hanno a che fare con la *motivazione censoria di quella probatoria*, *entrambe le analisi* scontano *difficoltà* nettamente *maggiori* di quelle valevoli quando vertono sulla *motivazione qualificatoria*. Ciò soprattutto per due ragioni. Innanzitutto, perché, come detto, la motivazione censoria è mista: ha un *oggetto probatorio*, ma una *funzione qualificatoria*. In secondo luogo, perché tale oggetto, ossia la motivazione di merito probatoria, soggiace a variabili molto più numerose ed eterogenee di quelle che condizionano la motivazione di merito qualificatoria. Sotto quest’ultimo profilo, basti considerare che l’interpretazione normativa del giudice di merito dipende da un numero relativamente circoscritto di criteri (o metodi). La sua valutazione evidenziale, invece, deve fare i conti,

innanzitutto, con la *summa divisio* dei fatti probatori in *comunicazioni e indizi*, dato che la *forza probatoria* dei primi soggiace a una logica ben diversa da quella dei secondi; in secondo luogo, con una serie di ulteriori distinzioni vevoli all'interno di tali specie di fatti probatori (sottospecie di comunicazioni – testimoniali e documentali – e di indizi – immediati e mediati –), nonché delle altre due componenti tipiche del ragionamento probatorio (sottospecie di criteri probatori e di *facta probanda*).

4.2. *Analisi argomentativa e analisi giuridica della motivazione censoria di quella relativa alla forza probatoria della testimonianza. Nota a Cass., Sez. VI, n. 3041/2018*

In questa sede, come anticipato, non posso dar conto di tutte le variabili appena indicate, ma mi concentrerò sull'analisi della motivazione censoria di quella relativa alla forza probatoria della testimonianza. Più precisamente intendo svolgere innanzitutto, nella forma tabellare già proposta nel § 3.2, un'analisi argomentativa di una motivazione siffatta, questa volta reale, giacché contenuta nella sentenza Cass., Sez. VI, 23 gennaio 2018, n. 3041. Solo in un secondo momento sottoporro ad analisi giuridica, nella tradizionale forma discorsiva, quattro punti di questa stessa motivazione.

Prima di tutto, è opportuno riassumere il *caso in decisione*, gli *esiti* dei giudizi di merito, il *motivo di ricorso* che interessa ai nostri fini e l'*esito* del giudizio di legittimità. L'imputato era chiamato a rispondere del reato di inadempimento di contratti di pubbliche forniture (art. 356 c.p.) per aver gestito, attraverso la società di cui era legale rappresentante, il servizio di smaltimento dei rifiuti solidi urbani di un Comune in maniera difforme da quella pattuita. Egli era accusato, in particolare, di non aver svuotato regolarmente i cassonetti comunali e di aver addebitato all'ente anche i costi di conferimento in discarica di rifiuti provenienti da altri Comuni. In primo grado era stato condannato sulla base di vari indizi, soprattutto riferiti da testi, che avevano dichiarato di aver assistito allo scarico, da parte dei suoi dipendenti, di materiale diverso dai rifiuti solidi urbani, e comunque di materiale cartaceo con indirizzi di altri Comuni. Successivamente, la Corte di appello ha assolto l'imputato, in particolare perché ha ritenuto "deboli" le suddette testimonianze a carico. Il ricorso in Cassazione presentato dal Comune offeso, in particolare per vizio di motivazione, viene accolto proprio sotto questo profilo dal giudice di legittimità. Esso ritiene, infatti, che la sentenza di appello abbia violato l'art. 606, comma 1, lett. e, c.p.p., per aver omesso di motivare, tra l'altro, il proprio giudizio negativo circa l'attendibilità dei testi a carico dell'imputato.

4.2.1. *Analisi argomentativa*

Ora posso procedere all'elaborazione delle tabelle di analisi argomentativa della suddetta motivazione censoria. Essa verrà considerata nella sola parte relativa alla motivazione di merito circa la forza probatoria delle testimonianze a carico dell'imputato, in particolare circa la loro attendibilità. Dato che i relativi commenti saranno più articolati di quelli svolti nel § 3.2, li esporrò subito dopo aver stabilito la tabella che di volta in volta ne forma oggetto.

In tal modo mi propongo di approfondire ulteriormente le *criticità* dell'analisi *argomentativa*, ma anche i contributi *ermeneutici*, *espositivi*, *classificatori*, *ordinatori* e *critici* che essa fornisce. Il punto, ancora una volta, è che pressoché nessuna motivazione esprime le proprie proposizioni cruciali nella forma raffinata, né tanto meno nell'ordine rigoroso in cui sono presentate nelle tabelle. Piuttosto, gli enunciati che compaiono nelle motivazioni sono pressoché sempre liberamente organizzati e generici a tal punto da esprimere una pluralità di proposizioni cruciali, e non di rado lasciano aperte lacune oppure producono contraddizioni o ridondanze. L'analista ha pertanto il compito, secondo quanto già chiarito nel § 3, di: controllare se e quali degli enunciati esaminati sono in grado di esprimere le proposizioni cruciali ai fini della conclusione censoria; formulare tali proposizioni nei termini dei tipi cui corrispondono; rilevare la presenza di questi ultimi; concatenare le proposizioni esposte secondo gli schemi inferenziali composti dai relativi tipi; mostrare la necessità di argomentare ulteriormente alcune proposizioni cruciali; sciogliere

le contraddizioni insorte tra alcuni enunciati, facendo prevalere quello effettivamente impiegato ai fini decisori; evidenziare le ridondanze prodotte da altri enunciati, in quanto espressivi di proposizioni non cruciali.

È appena il caso di notare che la complessità, anzi la fatica immane che si accompagna a tutte queste operazioni non solo spiega la scarsa diffusione di contributi propriamente analitico-argomentativi, ma lascia temere che questa situazione possa ancora perdurare; ciò tanto più in materia probatoria, per le ragioni illustrate verso la fine del § 4.1, che trovano conferma se solo si confrontano le tabelle esposte nel presente paragrafo e quelle esposte nel § 3.2. Ma è altrettanto superfluo ribadire che, una volta acquisita dimestichezza con questo tipo di analisi, impareggiabili sono i vantaggi che anche il giurista può ottenere per la comprensione dei propri problemi e la chiarezza delle proprie indagini.

4.2.1.1. Ragionamento relativo al principio probatorio parzialmente materiale e generale

ENUNC.	ANAL. ARGOM.	PROPOS. CRUCIALE
A) “[...] il legislatore repubblicano [ha accolto] un sistema fondato sul c.d. libero convincimento del giudice” B) “Si può quindi affermare che il legislatore in talune ipotesi ha autorizzato il giudice a ritenere provato un determinato fatto solo perché rappresentatogli da un unico mezzo di prova, e purché non sussistano ragioni che consiglino di svalutarne il valore”	C’è un <u>principio probatorio formale e generale</u>	1) Il fatto rappresentativo ha nel processo una forza probatoria che dipende dalla sua natura ed opera entro i limiti dell’idea di libero convincimento
<i>Idem</i>	C’è una prima <u>integrazione</u> del principio probatorio formale e generale	2) Il fatto rappresentativo ha per sua natura una forza probatoria piena
DUNQUE		
<i>Idem</i>	C’è un <u>principio probatorio parzialmente materiale e generale</u>	3) Il fatto rappresentativo ha nel processo una forza probatoria che è piena e opera entro i limiti dell’idea di libero convincimento

La prima tabella schematizza il ragionamento relativo al (ossia che sfocia nel) principio probatorio parzialmente materiale e generale.

Avendo il compito di controllare la motivazione di merito che (a suo avviso: *contra* cfr. § 4.2.2.4) ha negato la forza probatoria di alcune testimonianze, quella di legittimità deve innanzitutto stabilire il principio che regola l’attribuzione di tale forza.

Poiché la testimonianza è solo una *species* del più ampio *genus* del fatto rappresentativo (*rectius*: della comunicazione), la motivazione formula il principio in riferimento a quest’ultimo, stabilendo nella proposizione cruciale (d’ora in poi: proposizione) 1) i due parametri attraverso i quali ritiene che operi: natura dell’evidenza e compatibilità con l’idea di libero convincimento quale idea guida in materia di valutazione evidenziale. Si muove così da un principio probatorio formale e generale: formale, perché composto da due parametri vuoti, bisognosi di essere integrati a seconda dell’evidenza considerata; generale, perché riferito all’intera classe delle evidenze rappresentative.

La proposizione 2) procede proprio all’integrazione del primo parametro, chiarendo che, per sua natura, il fatto rappresentativo ha una forza probatoria piena, che deve comunque rispettare i limiti dell’idea di libero convincimento. Nei termini del linguaggio della probabilità, questo significa che la probabilità che il fatto (in definitiva) rappresentato sia accaduto è pari a 1, ossia al-

la certezza totale, ma non per questo è incondizionata, dati i limiti appena indicati, sui quali tornerò tra breve.

La proposizione 3), che risulta dalle due precedenti, costituisce, come detto, un principio probatorio parzialmente materiale e generale: parzialmente materiale, perché basato sulla integrazione del solo primo parametro del principio di partenza; generale, perché riferita al genere dei fatti rappresentativi, anziché alla sola specie delle testimonianze.

Ciò posto, già a questo livello iniziale si notano le prestazioni *ermeneutiche*, *ordinatrici* e critiche dell'analisi argomentativa. Sotto i primi due profili, le tre proposizioni proposte certo non compaiono nella motivazione esaminata con la chiarezza e nell'ordine in cui sono esposte nella tabella. Tuttavia, esse sono ricavabili dagli enunciati che compaiono nella motivazione. Infatti, da un lato, affermare, con l'enunciato B), che i fatti rappresentativi sono dotati di forza probatoria piena in quanto tali ("solo perché") significa far dipendere tale forza dalla loro natura. Dall'altro lato, far discendere, sempre nell'enunciato B); i limiti di tale forza ("e purché non sussistano ragioni") dall'idea di libero convincimento illustrata nell'enunciato A) ("quindi"), significa individuare in questa idea la fonte di quei limiti. Ed è proprio per ciò che i due lunghi enunciati A) e B) sono in grado, come rivela il loro richiamo nei riquadri sottostanti per mezzo della locuzione "*idem*", di fungere da fonti comuni a tutte e tre le proposizioni esposte. Il punto è che uno stesso enunciato, se combinato con altri e considerato nelle sue presupposizioni e nelle sue implicazioni, è in grado di esprimere al contempo una molteplicità di proposizioni correlate eppure diverse.

Sotto il secondo profilo, relativo al contributo *critico* che l'analisi argomentativa può fornire, essa rileva che la proposizione 2) è condivisibile, ma avrebbe potuto essere ulteriormente argomentata. Premesso che un'eventuale integrazione dell'analista in questo senso costituirebbe un'operazione analitico-giuridica (per un ulteriore esempio in tal senso, cfr. § 4.2.2.2), essa potrebbe essere compiuta nei termini seguenti. La motivazione in esame avrebbe potuto chiarire perché il fatto rappresentativo ha per sua natura una forza probatoria piena. La risposta è che tale forza dipende da ragioni logiche. Infatti, sarebbe contraddittorio dire che si crede pienamente a una rappresentazione (in quanto rispettosa dei limiti dell'idea di libero convincimento), ma non si crede che sia accaduto il fatto rappresentato (es.: che si crede pienamente a un'attendibile testimonianza oculare, ossia alla dichiarazione di una persona di ricordare di aver visto un fatto, ma non si crede che tale fatto sia accaduto).

4.2.1.2. Ragionamento relativo al principio probatorio parzialmente materiale e speciale

ENUNC.	ANAL. ARGOM.	PROPOS. CRUCIALE
<i>Idem</i>	C'è un <u>principio probatorio parzialmente materiale e generale</u>	3) Il fatto rappresentativo ha nel processo una forza probatoria che è piena e opera entro i limiti dell'idea di libero convincimento
C) "Tale è appunto l'ipotesi della testimonianza che, come si afferma, 'fa prova sino a prova contraria'"	C'è una <u>specificazione</u> del principio probatorio parzialmente materiale e generale	4) La testimonianza è un fatto rappresentativo
DUNQUE		
<i>Idem</i>	C'è un <u>principio probatorio parzialmente materiale e speciale</u>	5) La testimonianza ha nel processo una forza probatoria che è piena e opera entro i limiti dell'idea di libero convincimento

La seconda tabella schematizza il ragionamento relativo al principio probatorio parzialmente materiale e speciale.

Essendo in discussione la correttezza di una motivazione (asseritamente: cfr. di nuovo § 4.2.2.4) relativa alla forza probatoria di alcune testimonianze, quella in esame è tenuta a specificare la proposizione conclusiva del primo ragionamento.

La proposizione 3) compare dunque nuovamente, in cima a questo secondo ragionamento, e si collega alla proposizione 4), che opera la specificazione, compiendo l'affermazione di immediata evidenza secondo cui la testimonianza è un fatto rappresentativo. Di qui si trae la proposizione 5), ossia un principio probatorio che è, sì, ancora solo parzialmente materiale, dato che l'altro parametro dei limiti stabiliti dall'idea di libero convincimento attende ancora di essere integrato, ma, d'altro canto, è divenuto speciale, ossia valevole specificamente per la testimonianza.

Dopo le ampie spiegazioni fornite per la prima tabella, non è necessario indugiare ulteriormente sul metodo di analisi che ha condotto alla individuazione delle tre proposizioni in esame. Basti dire che l'enunciato C), specificando con riguardo alla testimonianza un aspetto del principio generale stabilito nella proposizione 3), non solo esprime la proposizione 4), ma anche il principio conclusivo del ragionamento, ossia la proposizione 5). Insomma, con quell'enunciato la motivazione in commento non dice semplicemente che il principio *sub* 3) vale anche per la testimonianza, bensì che vale anche per la testimonianza in quanto questa è un fatto rappresentativo. Così facendo, esso, in sostanza, inquadra la testimonianza nell'ambito del fatto rappresentativo e fa pertanto valere per l'una il principio già stabilito in riferimento all'altro.

4.2.1.3. Ragionamento relativo al principio probatorio (interamente) materiale e speciale

ENUNC.	ANAL. ARGOM.	PROPOS. CRUCIALE
<i>Idem</i>	C'è un <u>principio probatorio parzialmente materiale e speciale</u>	5) La testimonianza ha nel processo una forza probatoria che è piena e opera entro i limiti dell'idea di libero convincimento
<i>Idem</i> D) "Il fondamento di tale asserto è rinvenibile [in un] complesso di regole di esperienza [, ad esempio, quella secondo cui], di solito, chi comunica a terzi un fatto, dice la verità" E) "la [...] testimonianza [è] sottoposta al prudente apprezzamento del giudice all'esito della verifica che questi avrà effettuato. Verifica che [...] potrà essere limitata all'esame dell'attendibilità intrinseca della deposizione" F) Necessario e sufficiente sarà perciò che, in omaggio ai su riferiti principi [...], la deposizione sia [...]"	C'è una seconda <u>integrazione</u> del principio probatorio parzialmente materiale e speciale	6) Secondo l'idea di libero convincimento, la forza probatoria della testimonianza nel processo vale se e solo se soddisfa certi requisiti di attendibilità, ossia presenta certe caratteristiche che, in base all'esperienza razionale, inducono a crederle
DUNQUE		
<i>Idem</i>	C'è un <u>principio probatorio (interamente) materiale e speciale</u>	7) La testimonianza ha nel processo una forza probatoria che è piena e vale se e solo se essa soddisfa certi requisiti di attendibilità, ossia presenta certe caratteristiche che, in base all'esperienza razionale, inducono a crederle

La terza tabella schematizza il ragionamento relativo al principio probatorio (interamente) materiale e speciale.

Tale ragionamento porta a compimento il lavoro dei due precedenti. Infatti, restava ancora da integrare l'altro parametro del principio di partenza, quello dei limiti apposti dall'idea di libero convincimento alla pienezza della forza probatoria della testimonianza nel processo.

La proposizione 5) è ereditata dal ragionamento immediatamente precedente, sicché non richiede commenti. La proposizione 6) opera l'integrazione attesa sotto tre profili correlati. Essa chiarisce che: i limiti apposti dall'idea di libero convincimento alla forza probatoria della testimonianza altro non sono che specifiche condizioni chiamate "requisiti di attendibilità"; tali re-

quisiti consistono in caratteristiche che inducono a credere alla testimonianza; queste caratteristiche vanno individuate sulla base dell'esperienza razionale. Dal collegamento tra la proposizione 5) e la proposizione 6) deriva la proposizione 7), che finalmente presenta nella sua precisa connotazione il principio di attribuzione della forza probatoria alla testimonianza nel processo.

Anche queste due nuove proposizioni (6) e 7) non sono espresse dalla motivazione in commento nella forma raffinata e nell'ordine rigoroso in cui le presenta la tabella. Anzi, esse si ricavano da un complesso alquanto disorganico e caotico di enunciati (C)-D)-E)-F), che pertanto richiede un notevole sforzo ordinatore e critico. In altre parole, per formare le suddette proposizioni occorre, per dir così, prendere pezzi qui e lì dalla motivazione in esame ed eliminare alcune contraddizioni in cui essa incorre senza rendersene conto. Così, sotto il profilo *ordinatore*: che la testimonianza faccia piena prova, si ricava, come già detto, dall'enunciato C); che tale forza dipenda dalla sua attendibilità, si ricava dall'enunciato E); che tale attendibilità vada intesa come credibilità della testimonianza, si ricava dalla parte finale dell'enunciato D); che tale credibilità poggi su specifiche caratteristiche (soggettive e oggettive) della testimonianza, si ricava dalla seconda parte dell'enunciato F); che tali caratteristiche vadano individuate in base all'esperienza razionale, si ricava dalla prima parte dell'enunciato D); che esse operino secondo la logica del "se e solo se" (ossia quali condizioni "necessari[e] e sufficient[i]"), si ricava dalla prima parte dell'enunciato F).

Sotto il profilo *critico*, l'analisi argomentativa consente di eliminare una contraddizione in cui incorre chiaramente la motivazione in esame. In effetti, l'enunciato C), richiamato attraverso la locuzione "idem", è incompatibile con l'enunciato F). Più precisamente, la Cassazione, dapprima concepisce la testimonianza come un'evidenza che "fa prova [piena] sino a prova contraria" (ovvero è foriera di una "presunzione di attendibilità [...] generica e 'Juris tantum'"), poi afferma che, ai fini della sua attendibilità, è "necessario e sufficiente" che la testimonianza presenti certe caratteristiche. Insomma, la contraddizione risiede nel fatto che prima si dice che la testimonianza è *attendibile salvo che* emergano certe caratteristiche *screditanti*, poi si dice che essa è *attendibile solo se* emergono certe caratteristiche *accreditanti*, che corrispondono, peraltro solo in parte (ovviamente in una formulazione rovesciata), alle prime (es.: alla mancanza di terzietà corrisponde la terzietà). Certo, la differenza tra i due approcci contraddittori non ha un'incidenza concreta nel caso in esame. Essa, infatti, rileva soltanto qualora la motivazione di merito affermi l'attendibilità della testimonianza, dato che, per il primo approccio, non deve compiere alcuna valutazione se la parte interessata non ha evidenziato la presenza delle caratteristiche screditanti, per il secondo approccio, invece, deve verificare la presenza dei requisiti accreditanti. Per contro, nel caso in esame, l'attendibilità testimoniale è (*rectius*: sarebbe) stata negata dalla motivazione di merito, sicché questa era comunque tenuta a considerare i suddetti requisiti. Nondimeno, la segnalata contraddizione non può restare insoluta, data la funzione orientante e talvolta rigidamente vincolante svolta dai precedenti del giudice di legittimità. La soluzione va trovata facendo prevalere l'enunciato di cui la motivazione censoria fa effettivamente uso ai fini della decisione. Al riguardo, la motivazione censoria in esame propone sì, la tesi della presunzione relativa di attendibilità della testimonianza. Tuttavia, nel prosieguo, specie quando enumera le caratteristiche che il giudice di merito deve controllare, la abbandona chiaramente, per abbracciarne un'altra, secondo cui la testimonianza ha una forza probatoria piena solo nel concorso delle suddette caratteristiche (così, peraltro, generando paradossalmente una nuova presunzione probatoria, assoluta e di matrice giurisprudenziale: cfr. § 4.2.2.1).

4.2.1.4. Ragionamento relativo alla regola probatoria materiale e speciale

ENUNC.	ANAL. ARGOM.	PROPOS. CRUCIALE
<i>Idem</i>	C'è un <u>principio probatorio (integralmente) materiale e speciale</u>	7) La testimonianza ha nel processo una forza probatoria che è piena e vale se e solo se essa soddisfa certi requisiti di attendibilità, ossia presenta certe caratteristiche che, in base all'esperienza razionale, inducono a crederle

Cfr. D) e F)	C'è una <u>concretizzazione</u> del principio probatorio (integralmente) materiale e speciale	8) Le caratteristiche che, in base all'esperienza razionale, inducono a credere alla testimonianza sono: la terzietà, il disinteresse a mentire, la consapevolezza delle conseguenze giuridiche del mendacio processuale del teste, nonché la logicità e coerenza interna, la compatibilità o perlomeno la incompatibilità spiegabile con altre risultanze altrettanto o più sicure e l'analiticità della sua narrazione
DUNQUE		
Cfr. C), D), E) e F)	C'è una <u>regola probatoria speciale</u>	9) La testimonianza ha nel processo una forza probatoria che è piena e vale se e solo se essa soddisfa i seguenti requisiti di attendibilità: terzietà, disinteresse a mentire, consapevolezza delle conseguenze giuridiche del mendacio processuale del teste, nonché logicità e coerenza interna, compatibilità o perlomeno incompatibilità spiegabile con altre risultanze altrettanto o più sicure e analiticità della sua narrazione

La quarta tabella schematizza il ragionamento relativo alla regola probatoria speciale.

In effetti, disporre di un principio probatorio materiale e speciale non consente di raggiungere il fine ultimo perseguito attraverso la sua formulazione. Non basta sapere che la forza probatoria di una testimonianza dipende dal soddisfacimento di certi requisiti di attendibilità, ossia dalla presenza di certe caratteristiche (soggettive e oggettive), se poi non si conoscono queste ultime. Procurare tale conoscenza è esattamente il compito del ragionamento in esame, che produce una vera e propria regola probatoria, ossia un criterio direttamente applicabile (dalla motivazione di merito) nel concorso delle condizioni da esso stabilite.

Ora, posto che anche qui la proposizione 7) coincide con la conclusione del precedente ragionamento, la proposizione 8) prepara l'attuazione del suddetto compito, concretizzando il concetto di "caratteristiche che, in base all'esperienza razionale, inducono a credere alla testimonianza". Dalle due proposizioni discende la proposizione 9), la quale, appunto, stabilisce la vera e propria regola probatoria speciale, che presenta le suddette caratteristiche come condizioni contemporaneamente necessarie della forza probatoria piena della testimonianza.

Delle due nuove proposizioni cruciali, la proposizione 8) si ricava dai già esposti enunciati D) e F): il primo considerato nella parte in cui fa riferimento al nesso di condizionamento tra le caratteristiche in esame e la credibilità della testimonianza che le presenta, nonché la base empirico-razionale di siffatto nesso; il secondo, nella parte in cui enumera tali caratteristiche. La proposizione 9), invece, oltre che da tali enunciati, si ricava dai già esposti enunciati C) ed E): il primo considerato nella parte in cui fa riferimento alla forza probatoria della testimonianza; il secondo, nella parte in cui concepisce le suddette caratteristiche come requisiti di attendibilità.

Anche qui l'analisi argomentativa svolge non solo un ruolo ermeneutico, ordinatore e classificatore, ma altresì *critico*, in particolare di promozione *integrativa*, attraverso la seguente riflessione. La proposizione 8) costituisce il cuore del principio di attribuzione di forza probatoria alla testimonianza, in quanto indica le caratteristiche che condizionano tale attribuzione. Pertanto, esso avrebbe potuto e dovuto essere ulteriormente argomentato, non limitandosi a dire *che* l'esperienza razionale porta a selezionare proprio quelle caratteristiche, ma chiedendosi *come* e *perché* tale esperienza conduce a esse. Tuttavia, costituendo lo sviluppo di questa nuova argomentazione una presa di posizione, l'analisi argomentativa può limitarsi a segnalarne l'esigenza, mentre il suo effettivo sviluppo spetta all'analisi giuridica, che dunque è nuovamente stimolata dalla prima (cfr. § 4.2.2.2).

4.2.1.5. Ragionamento relativo alla tesi censoria

ENUNC.	ANAL. ARGOM.	PROPOS. CRUCIALE
G) “Si tratta di una [...] motivazione formalmente apparente, gravemente carente e sostanzialmente elusiva dei principi generali in tema di valutazione della prova testimoniale”, nonché C), D), E) e F)	C'è una <u>regola censoria</u>	10) Se una motivazione di merito nega la forza probatoria nel processo di una testimonianza senza indicare quali delle seguenti caratteristiche sono assenti: terzietà, disinteresse a mentire, consapevolezza delle conseguenze giuridiche del mendacio processuale del teste, nonché logicità e coerenza interna, compatibilità o perlomeno incompatibilità spiegabile con altre risultanze altrettanto o più sicure e analiticità della sua narrazione, la motivazione è mancante <i>in parte qua</i>
H) “La Corte di merito non ha fatto corretta applicazione di tali principi. La motivazione della sentenza non ha spiegato perché gli elementi di prova provenienti da molteplici deposizioni testimoniali rese da soggetti terzi rispetto ai fatti di causa [...] debbano considerarsi ‘deboli’”, nonché C), D), E) e F)	C'è un' <u>applicazione</u> della regola censoria	11) La motivazione della sentenza di merito impugnata ha negato la forza probatoria nel processo di diverse testimonianze senza indicare quali requisiti erano assenti tra i seguenti: terzietà, disinteresse a mentire, consapevolezza delle conseguenze giuridiche del mendacio processuale del teste, nonché logicità e coerenza interna, compatibilità o perlomeno incompatibilità spiegabile con altre risultanze altrettanto o più sicure e analiticità della sua narrazione
DUNQUE		
Cfr. G), nonché I): “[...] la decisione è fondata su un ragionamento probatorio di nessuna tenuta argomentativa”	C'è una <u>tesi censoria</u>	12) La motivazione della sentenza di merito impugnata è mancante <i>in parte qua</i>

La quinta tabella schematizza il ragionamento relativo alla tesi censoria.

Una volta stabilita, attraverso il precedente ragionamento, la regola che la motivazione di merito avrebbe dovuto applicare per attribuire o negare forza probatoria alle testimonianze da essa considerate, la motivazione censoria può finalmente procedere al controllo che le spetta.

A quest'ultimo fine servono le tre proposizioni della tabella. La proposizione 10) fissa la regola censoria, che, come ogni regola, ha un'antecedente e un conseguente. L'antecedente è l'inadempimento di un obbligo di secondo grado, modellato su un obbligo di primo grado ed espressivo dell'obbligo generale di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali. In questo senso, l'obbligo di primo grado viene fatto discendere (con una certa licenza) dalla suddetta regola probatoria (corrispondente alla proposizione 9), secondo cui il giudice può attribuire forza probatoria alla testimonianza se e solo se essa soddisfa certi requisiti di attendibilità, e consiste nell'obbligo di negare tale forza probatoria se e solo se (qui sta la suddetta licenza) essa non soddisfa gli stessi requisiti. L'obbligo di secondo grado è stabilito dalla regola censoria e attua il suddetto obbligo generale di motivazione, consistendo nell'obbligo di indicare, nel caso in cui si neghi la forza probatoria di una testimonianza, i requisiti dalla cui assenza tale negazione dipende. Insomma, l'antecedente della regola censoria è l'inadempimento di tale obbligo. D'altro canto, il conseguente della stessa regola, legato, appunto, a tale inadempimento, è il riconoscimento della mancanza della motivazione *in parte qua*, ossia sul tema probatorio in esame.

La proposizione 11), a sua volta, applica la regola così stabilita. Più precisamente, tale applicazione consiste nel riconoscere che, nella motivazione di merito della sentenza impugnata, difetta ogni riferimento alla presunta assenza dei requisiti di attendibilità delle testimonianze considerate.

Ne deriva la proposizione 12), la quale porta a compimento il ragionamento, esprimendo la tesi censoria secondo cui la motivazione di merito della sentenza impugnata è mancante sul te-

ma della forza probatoria della testimonianza, in particolare della sua (asseritamente disconosciuta) attendibilità.

Tutte queste proposizioni sono espresse ancora una volta da una molteplicità di enunciati. La proposizione 10) è espressa dall'enunciato G), che riconosce la violazione, da parte della motivazione di merito, dei "principi generali in tema di valutazione della prova testimoniale", come visto ricavabili dagli enunciati C), D), E) e F). La proposizione 11) è espressa dall'enunciato H), il quale, di nuovo richiamando questi enunciati, riconosce la mancata applicazione dei medesimi principi. La proposizione 12) è espressa dagli enunciati G), considerato nella sua prima parte, e I), i quali concludono in termini simili per la carenza della motivazione della sentenza di merito impugnata.

Venendo infine, ai contributi speciali dell'analisi argomentativa, ossia che vanno oltre i suoi ricorrenti contributi ermeneutici, classificatori e ordinatori, essi sono in tal caso due, entrambi *critici*. Essa riconosce, innanzitutto, che passare dalla regola probatoria stabilita nella proposizione 9), secondo cui la testimonianza ha forza probatoria nel processo se e solo se soddisfa certi requisiti, alla regola probatoria secondo cui la testimonianza non ha forza probatoria nel processo se e solo se non soddisfa gli stessi requisiti è un *salto logico*. A rigore, infatti, la prima proposizione implica la seconda solo nella parte in cui l'assenza dei requisiti di attendibilità della testimonianza è concepita come condizione sufficiente della carenza della sua forza probatoria ("se"), non anche nella parte in cui quell'assenza è concepita come condizione necessaria di tale carenza ("solo se").

Il secondo contributo *critico* che l'analisi argomentativa fornisce al presente livello tocca una nuova *ridondanza* della motivazione censoria in esame. Se è vero, come esprime rigorosamente la proposizione 11), che la mancanza *in parte qua* della motivazione di merito dipende dall'omessa indicazione dei requisiti di attendibilità di cui sono (*rectius*: sarebbero) state ritenute prive le testimonianze da essa considerate, allora la Cassazione si sarebbe dovuta limitare, nei corrispondenti enunciati, a riconoscere tale omessa indicazione. Per contro, trasformandosi in maniera più o meno inconsapevole in giudice di merito, la Cassazione prende posizione e aggiunge addirittura, senza che ve ne fosse bisogno, che i principali requisiti di attendibilità delle testimonianze esaminate dovevano ritenersi soddisfatti.

4.2.2. *Analisi giuridica*

Passando all'analisi *giuridica* della parte di motivazione censoria relativa a quella della forza probatoria delle testimonianze, in particolare della loro attendibilità, mi limiterò a considerare quattro aspetti⁸. L'illustrazione di tali aspetti non è un fuor d'opera: oltre che al giurista quale soggetto direttamente interessato, essa può essere utile al teorico dell'argomentazione probatoria, perché permette di approfondire una particolare forma di complementarità tra le analisi di competenza dei due soggetti. Se è vero, come detto, che l'analisi argomentativa prepara sempre il terreno a quella giuridica con le proprie ricostruzioni e organizzazioni proposizionali, è pur vero che, nei casi seguenti, tale preparazione facilita l'individuazione, da parte dell'analisi giuridica, di improprietà e paradossi (cfr. § 4.2.2.1), lacune (cfr. §§ 4.2.2.2 e 4.2.2.3) e confusioni (cfr. § 4.2.2.4).

4.2.2.1. *Riferimento al principio del libero convincimento*

L'analisi argomentativa ha messo in luce che, per la motivazione censoria in esame, l'attribuzione di forza probatoria alla testimonianza deve avvenire nei limiti dell'idea di libero convincimento (cfr. § 4.2.1.2).

Questa osservazione spinge l'analisi giuridica a interrogarsi sul vero ruolo dell'idea di libero convincimento e a controllare se essa sia fatta valere propriamente nella suddetta motivazione. La rispo-

⁸ Sui problemi epistemologico-giuridici posti dalla testimonianza, v. anche TUZET 2016.

sta è negativa. In ambito continentale, l'idea di libero convincimento si è affermata con la Rivoluzione francese (sulla scia del modello inglese) per superare il regime della prova legale, il quale poggiava su criteri probatori precostituiti al giudice dall'autorità normativa (es.: due testimonianze oculari concordi erano per ciò stesso sufficientemente attendibili, dunque dotate di forza probatoria piena). Essa vige anche nel nostro sistema penale, innanzitutto a livello fondamentale (artt. 3, comma 2, e III, comma 6, Cost.), poi a livello legislativo (cfr., in particolare, artt. 192, comma 1, 193 c.p.p.)⁹. Tale idea può dunque essere fatta valere da una motivazione per opporsi alla pretesa di una delle parti di vincolare la valutazione probatoria del giudice a criteri rigidamente prestabiliti. In particolare, in materia di valutazione della forza probatoria della testimonianza, richiamarsi all'idea di libero convincimento potrebbe servire a una motivazione per rifiutare la pretesa di ancorare il giudizio positivo sull'attendibilità testimoniale alla presenza di specifici presupposti.

Se è così, il richiamo all'idea di libero convincimento contenuto nella motivazione in esame è non solo improprio, ma addirittura paradossale. È *improprio* là dove, nella proposizione 5), viene compiuto per limitare la valutazione probatoria del giudice (anziché la pretesa di una delle parti), peraltro vietandogli di fare ciò che già la ragionevolezza gli impedisce di fare, ossia di attribuire forza probatoria piena alla testimonianza in modo incondizionato, senza, cioè, tener conto della sua attendibilità. Ma il suddetto richiamo all'idea di libero convincimento è soprattutto *paradossale*, là dove, nella proposizione 9), traduce il suddetto divieto in un insieme di requisiti concepiti come condizioni necessarie e sufficienti di attendibilità. Così facendo, infatti, si sottrae al giudice quell'autonomia nella individuazione dei criteri probatori che, come visto, costituisce il vero obiettivo dell'idea di libero convincimento. Più precisamente, la motivazione in esame, nell'invocare tale idea, finisce per stabilire una vera e propria *presunzione assoluta* di matrice *giurisprudenziale*, ossia qualcosa che la contraddice in maniera radicale.

4.2.2.2. Selezione dei requisiti di attendibilità testimoniale

L'analisi argomentativa, inoltre, è servita sia a individuare la selezione dei requisiti di attendibilità testimoniale contenuta nella motivazione censoria esaminata (cfr. proposizione 8), sia a sollecitare la giustificazione di tale selezione, assente nella stessa motivazione (cfr. § 4.2.1.2).

Tale sollecitazione deve essere raccolta dall'analisi giuridica, innanzitutto indagando il fenomeno testimoniale in maniera più approfondita. In questa sede non è consentito procedere a tale indagine, ma può bastare svolgere le seguenti riflessioni. La testimonianza consiste tipicamente nell'affermazione di un soggetto di ricordare di aver percepito una vicenda (quest'immagine tipica può avere delle variazioni, sulle quali sorvolo in questa sede: ad esempio, può consistere nell'affermazione di ricordare di aver *fatto* qualcosa, oppure nella *negazione* di questo ricordo o di quello suddetto). La sua complessità probatoria dipende proprio da questo suo essere *stratiforme*. C'è un'affermazione, c'è un ricordo, c'è una percezione e c'è una vicenda. L'affermazione è il *contenuto comunicativo*, il cui oggetto si articola in tre fatti: il ricordo è il *fatto comunicato immediato*, la percezione è il *fatto comunicato intermedio* e la vicenda è il *fatto comunicato finale*.

La selezione dei requisiti di attendibilità testimoniale può essere giustificata anche grazie a questa *microteoria della testimonianza*. Ricordiamo la proposizione 8), che opera la selezione: “le caratteristiche che, in base all'esperienza razionale, inducono a credere alla testimonianza sono: la terzietà, il disinteresse a mentire, la consapevolezza delle conseguenze giuridiche del mendacio processuale del teste, nonché la logicità e coerenza interna, la compatibilità o perlomeno la incompatibilità spiegabile con altre risultanze altrettanto o più sicure e l'analicità della sua narrazione”. Perché e come l'esperienza razionale spinge a ritenere che siano proprio queste, e non altre, le caratteristiche che rendono credibile la testimonianza?

⁹ Su questi aspetti storici, giuridici e teorici, cfr., volendo, CARLIZZI 2018, II-46.

Provo a rispondere. La testimonianza si compone di un'affermazione, di un ricordo, di una percezione e di una vicenda. Quest'ultima è il fatto finale non solo nel senso che viene alla fine, ma anche nel senso che costituisce il fine della comunicazione, ciò che in definitiva si intende comunicare. Gli altri tre elementi compongono, invece, lo strumento comunicativo, il mezzo utilizzato per comunicare il fatto in definitiva testimoniato. La loro unità, inoltre, è data dalla circostanza che si tratta di prodotti di una stessa fonte, il testimone che afferma, ricorda e ha percepito. Se è così, sono proprio questi tre elementi a costituire l'oggetto del controllo di attendibilità testimoniale. Ora, a rigore, tale controllo dovrebbe essere *diretto*, ossia consistere nella verifica dell'*adeguatezza* di questi elementi al loro rispettivo tema: che l'affermazione del ricordo sia veridica, che il ricordo della percezione sia fedele e che la percezione della vicenda sia corrispondente. Sennonché, siffatta triplice verifica non è possibile, data l'impossibilità per chi la compie di accedere al termine di riferimento del rapporto di turno: costui non può fare esperienza del ricordo e della percezione altrui, né tanto meno della vicenda passata. Di qui la necessità di procedere a un triplice controllo *indiretto*, *vertente*, cioè, sulle caratteristiche da cui dipende la suddetta adeguatezza. Esso può chiamarsi "controllo di *integrità* etica, mnemonica o percettiva" ed essere compiuto sulla base dell'esperienza razionale, la quale spinge a selezionare due ordini di caratteristiche: quelle contenute nel concetto di testimonianza eticamente, mnemonicamente o percettivamente adeguata (requisiti analitici), nonché le caratteristiche che, in base a una legge empirica di matrice razionale, costituiscono cause o effetti probabilistici di una testimonianza siffatta (requisiti sintetici).

I *requisiti analitici di attendibilità testimoniale* sono necessari e consistono nell'attitudine almeno minima a dire il vero, a ricordare esperienze e a percepire vicende. Ciascuna di queste attitudini, a sua volta, è in genere presente nell'uomo, sicché si può presumere fino a prova contraria, ossia fino a che non si dimostri la presenza di disturbi capaci di escluderla (es.: mitomania, morbo di Alzheimer e, rispettivamente, cecità). I *requisiti sintetici di attendibilità testimoniale* sono sufficienti in certe combinazioni (cfr. § 4.2.2.3) e consistono nelle caratteristiche elencate nella proposizione 8) e in altre ancora (es.: compostezza nella deposizione). Essi sono sia di carattere soggettivo, consistendo in caratteristiche del teste (es.: terzietà, disinteresse a mentire), sia di carattere oggettivo, consistendo in caratteristiche della sua narrazione (es.: coerenza, analiticità), e devono in ogni caso essere riscontrati, perché non vi è motivo di ritenere che siano in genere presenti. Inoltre, come detto, i requisiti sintetici sono caratteristiche che, in ragione di una legge empirica di matrice razionale, costituiscono cause o effetti probabilistici di una testimonianza eticamente, mnemonicamente o percettivamente adeguata. In altre parole, non solo tali caratteristiche devono ricorrere con una certa frequenza nelle testimonianze che, per esperienza diretta o per convenzione sociale, riteniamo adeguate sotto uno dei tre profili indicati, ma ciò deve avvenire per una ragione ben precisa. Così, ad esempio, la terzietà del teste è una causa probabilistica di un'affermazione veridica, ossia una caratteristica che probabilmente produrrà un'affermazione siffatta. Infatti, allorché riferiamo una vicenda che coinvolge due persone in conflitto rispetto alle quali siamo equidistanti, *tendiamo* a dire il vero, *dato che* dire il falso ci risulta penoso, o quanto meno comporta uno sforzo che siamo disposti a sopportare solo verso una contropartita proporzionata, e *dato che* non siamo disposti a sopportare ciò che ci è penoso, ovvero una falsa testimonianza a favore di estranei non comporta alcun vantaggio.

Tanto premesso, se i requisiti di attendibilità testimoniale sono soddisfatti, il fatto finalmente comunicato (ossia la vicenda che il teste afferma di ricordare di aver percepito) deve ritenersi accaduto, perché altrimenti si incorrerebbe nella contraddizione già segnalata nel § 4.2.1.2. Ciò consente di approfondire il discorso svolto in sede di analisi argomentativa circa la forza probatoria piena ma condizionata della testimonianza. Tale forza è condizionata, perché bisogna essere sufficientemente sicuri dell'affermazione, del ricordo e della percezione del teste, ma è piena, perché, una volta raggiunta tale sufficiente sicurezza, si deve concludere che il fatto finalmente testimoniato è senz'altro accaduto. Inoltre, quanto detto consente di ritenere meramente apparente il circolo vizioso che alcuni autori intravedono nella valutazione della forza probatoria della testimonianza: si crederebbe che il fatto testimoniato sia accaduto proprio perché si crede a tale testimonianza. In realtà, la valutazione della

forza probatoria della testimonianza avviene in due momenti, attraverso due strumenti e su due temi diversi: *dapprima* si stabilisce, per ragioni *epistemiche*, se si può credere a sufficienza all'*affermazione* del teste di *ricordare* di aver *percepito*, poi, una volta risolta positivamente la questione, si stabilisce, per ragioni *logiche*, che la *vicenda* in definitiva comunicata in tal modo è effettivamente accaduta.

4.2.2.3. Peculiarità dei requisiti di attendibilità testimoniale

Il terzo dato che colpisce nella motivazione di legittimità in esame è il *mancato approfondimento*, da parte del giudice di legittimità, delle *peculiarità dei requisiti di attendibilità testimoniale*.

Sorvolo sulla contraddizione già evidenziata nel § 4.2.1.3: la Cassazione dapprima concepisce alcuni di questi requisiti come qualità che si presumono esistenti fino a prova contraria, tanto da concorrere a fondare una presunzione relativa di attendibilità della testimonianza, poi cambia idea e, più correttamente, li inquadra come qualità di cui il giudice deve accertare la sussistenza ai fini della stessa attendibilità.

Quel che mi preme notare ora è che il giudice di legittimità non si sofferma sulle tre peculiarità dei requisiti in esame, che stanno alla base della sua speciale problematicità: essi sono defettibili, esemplificativi e graduabili¹⁰.

Sotto il profilo della *defettibilità*, contrariamente a quanto afferma la motivazione censoria in commento, per l'attendibilità della testimonianza non è "necessario" che essa presenti tutte le qualità indicate nella proposizione 9), che qui è opportuno ricordare nuovamente: terzietà, disinteresse a mentire, consapevolezza delle conseguenze giuridiche del mendacio processuale del teste, nonché logicità e coerenza interna, compatibilità o perlomeno incompatibilità spiegabile con altre risultanze altrettanto o più sicure e analiticità della sua narrazione. Insomma, questi requisiti *non sono tassativi*, come è possibile comprendere sulla base di un semplice esempio, Prendiamo che il teste Tizio sia del tutto estraneo alle parti, sia indifferente all'esito del processo, sia stato ammonito dal giudice (com'è previsto) sulle conseguenze di una sua eventuale falsa testimonianza, renda dichiarazioni sensate e compatibili con le altre risultanze di causa, nonché dettagliate, ma incorra in alcune pur significative contraddizioni (es.: dichiara di aver assistito un certo giorno a un accoltellamento dall'abitacolo di una delle sue autovetture, mentre poco prima aveva dichiarato che proprio tale autovettura quel giorno era ricoverata in officina). Ebbene, nulla impedisce di ritenere altamente attendibile la sua testimonianza, perché potrebbe darsi che il suo ricordo non sia più nitido a causa dei tanti anni passati dalla vicenda e che egli abbia assistito a quest'ultima dall'abitacolo di un'altra delle auto di cui era proprietario.

D'altro canto, i requisiti in esame sono *esemplificativi*, sicché, contrariamente a quanto afferma la motivazione in commento, ai fini dell'attendibilità della testimonianza non è "sufficiente" che essa presenti tutte le qualità suddette. Per giustificare la tesi del carattere *non esaustivo* dei corrispondenti requisiti, si può riformulare l'esempio appena addotto: se Tizio e la sua narrazione soddisfano tutti questi requisiti, ma risulta che il primo era fortemente miope e che ha assistito all'omicidio da una notevole distanza, vi sono buoni motivi per diffidare della sua testimonianza, dunque per escludere la sua attendibilità e con ciò, in definitiva, la sua forza probatoria.

Infine e soprattutto, i requisiti in esame sono *graduabili* (esattamente come la proprietà che condizionano, ossia l'attendibilità testimoniale): caratteristica, questa, che il giudice di legittimità non ha considerato affatto, sebbene sia la più importante delle tre che ho indicato. In questa sede non mi è consentito approfondire il tema, fondamentale eppure negletto nella letteratura giuridica recente, del ruolo della graduabilità nel diritto. Tuttavia, reputo importante sottolineare la tendenza di noi giuristi, confermata dalla motivazione in commento, a ragionare in termini radicalmente categorici:

¹⁰ Per l'approfondimento di questi problemi con particolare riguardo alla valutazione di affidabilità delle tesi esperie, cfr., volendo, CARLIZZI 2019, 123-126.

una volta riconosciuto che un certo fatto deve soddisfare precisi requisiti per produrre determinati effetti giuridici, siamo portati a pensare che tale soddisfacimento soggiaccia a una rigida logica binaria: *aut-aut*, o si dà oppure non si dà assolutamente. Sennonché, questa tendenza costituisce la semplificazione di una realtà molto più complessa. Con particolare riguardo alla testimonianza, se si eccettuano i casi-limite (es.: persona che non ha mai avuto rapporti con le parti del processo), nessuno dei requisiti di attendibilità elencati dalla Cassazione è *rigido* come essa li tratta. Piuttosto, ciascuno può presentarsi in misura più o meno intensa, nel senso che, da un lato, il teste può essere più o meno terzo rispetto alle parti, disinteressato a mentire, consapevole delle conseguenze giuridiche del mendacio processuale, dall'altro lato, la sua narrazione può essere più o meno logica e coerente internamente, compatibile con altre risultanze altrettanto o più sicure oppure spiegabile nella sua incompatibilità con esse, nonché analitica (e lo stesso vale per altri possibili requisiti di attendibilità).

Numerose sono le conseguenze che possono trarsi dalla “scoperta” di queste tre caratteristiche tipiche. Per quanto riguarda in particolare il controllo di legittimità della motivazione di merito relativa all'attendibilità della testimonianza (da cui è condizionata la sua forza probatoria), le conseguenze variano a seconda che venga denunciato l'uno o l'altro dei tre vizi indicati dall'art. 606, comma 1, lett. e, c.p.p. (mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, nei termini ivi stabiliti). Concentrandoci sul vizio di mancanza di motivazione, fatto valere dalla pronuncia esaminata, la Corte di cassazione dovrà annullare la sentenza impugnata sia se quest'ultima abbia ritenuto inattendibile una certa testimonianza senza dar conto dell'assenza di almeno uno dei suddetti requisiti (assenza che può essere assoluta o relativa, ossia nella misura minima richiesta dallo standard probatorio di turno¹¹, variabile a seconda che la testimonianza sia a carico o a discarico); sia se la motivazione della sentenza impugnata abbia ritenuto attendibile una certa testimonianza senza dar conto della presenza (assoluta o relativa) di almeno uno dei medesimi requisiti.

Questo dar conto mette la sentenza impugnata al riparo da censure per mancanza di motivazione, ma non toglie che il ricorrente possa avanzare anche una censura per manifesta illogicità della stessa motivazione. Ad esempio, egli potrebbe lamentare, rispettivamente, che il giudizio di inattendibilità basato sul riscontro dell'assenza (assoluta o relativa) di un solo requisito oppure il giudizio di attendibilità basato sul riscontro della presenza (assoluta o relativa) di un solo requisito sia del tutto insensato, perché utilizza su un criterio probatorio manifestamente implausibile (es.: “il semplice fatto che il teste sia legato da stretti vincoli affettivi all'imputato rende assolutamente inattendibile la sua testimonianza” o, rispettivamente, “il semplice fatto che il teste sia del tutto estraneo alle parti in causa rende assolutamente attendibile la sua testimonianza”).

D'altro canto, gli esempi appena adottati costituiscono casi estremi, come tali agevolmente risolvibili nel senso della manifesta illogicità della motivazione. Ben più problematico sarebbe il caso se il ricorrente formulasse una censura siffatta nei confronti di una motivazione che abbia ritenuto inattendibile una testimonianza per l'assenza (assoluta o relativa) di un limitato numero di requisiti o, rispettivamente, attendibile una testimonianza per la presenza (assoluta o relativa) di un numero analogo.

4.2.2.4. *Valutazione di attendibilità delle testimonianze e valutazione di persuasività degli indizi*

L'aspetto più problematico della motivazione censoria in esame è che essa sembra svolgere una critica alquanto incongruente col giudizio che ne forma oggetto. Tale motivazione, infatti, censura secondo i principi della valutazione di *attendibilità* delle *testimonianze* un apprezzamento del giudice di merito che sembra riguardare, piuttosto, la *persuasività* delle informazioni *indiziarie* ricavate da

¹¹ Sul ruolo che gli standard di prova svolgono all'interno della motivazione giudiziale, v. la penetrante indagine di FERRER BELTRÁN 2021, 171 ss.

tali testimonianze. Che i due profili vengano confusi, trova riscontro già nel fatto che, dopo aver illustrato i principi della valutazione di *attendibilità* testimoniale, la Cassazione, nell'accusare la Corte di appello di non averli applicati correttamente, lamenta che essa non abbia spiegato perché ha ritenuto le suddette testimonianze dotate "di limitata capacità *persuasiva*".

Ricordiamo brevemente gli aspetti principali del fatto in giudizio. L'imputato era accusato di non aver svolto regolarmente il servizio di raccolta dei rifiuti di cui era stato incaricato da un Comune. Gli elementi emersi a suo carico erano diversi, ma tutti di carattere indiziario, in quanto non rappresentavano direttamente il suddetto inadempimento, bensì consistevano in altri fatti che potevano ragionevolmente indurre a ritenere che egli lo avesse realizzato. Alcuni di questi elementi erano di origine documentale (es.: statistiche sull'aumento della quantità di rifiuti raccolti nei mesi invernali, durante i quali essa sarebbe invece dovuta diminuire, riguardando un Comune molto frequentato durante il periodo estivo; statistiche sul ritorno alla normalità della suddetta quantità a seguito di una contestazione di irregolarità fatta all'imputato).

Non intendo approfondire gli indizi appena indicati. Piuttosto, mi preme concentrarmi su quelli di origine testimoniale. Essi erano stati riferiti dagli addetti al riciclaggio dei rifiuti raccolti e conferiti dall'impresa dell'imputato e consistevano nella presenza, tra tali rifiuti, di materiali di natura o provenienza diversa da quella che ci si sarebbe dovuti ragionevolmente attendere. Più precisamente, sotto il primo profilo, alcuni materiali, anziché rifiuti solidi urbani (provenienti dai cassonetti pubblici), erano rifiuti già trattati; sotto il secondo profilo, altri materiali, anziché documenti riconducibili a residenti nel Comune affidante, erano documenti riconducibili a residenti in Comuni limitrofi. Questi due elementi (così come quelli di origine documentale) sono stati ritenuti "deboli" dalla Corte di appello, sulla base di considerazioni a loro volta alquanto vaghe (in verità, lo stesso resoconto della sentenza di legittimità non è particolarmente perspicuo). In particolare, il primo elemento è stato ritenuto debole in quanto basato su un "dato esperienziale", il secondo, invece, perché "non esprimeva un valore quantitativo". La Corte di Cassazione censura la motivazione di appello affermando che il suo giudizio di debolezza probatoria è stato espresso senza considerare che le testimonianze su cui si è appuntato possedevano le principali caratteristiche che le rendono attendibili.

Senonché, come anticipato, non pare che la Corte di appello abbia affrontato il tema dell'*attendibilità* testimoniale, bensì quello della *persuasività* indiziaria. In sostanza, essa non ha sostenuto che le affermazioni fatte dai testi non fossero credibili, ma solo che i fatti da essi riferiti non fossero in grado di confermare l'inadempimento attribuito all'imputato. Anzi, ciò sembra trovare conferma nella motivazione censoria in esame là dove afferma che quella di merito ha considerato "deboli" (anziché inattendibili) "gli elementi di prova provenienti da[lle] deposizioni testimoniali" (anziché queste stesse testimonianze).

Più precisamente, con riguardo al primo elemento suddetto, tutto dipende da come la Corte di appello ha inteso il concetto di "dato esperienziale". Se lo avesse inteso nel senso che la classificazione testimoniale di certi materiali quali rifiuti già trattati, anziché solidi urbani, non dipendeva da un giudizio scientifico, dunque sicuro, bensì da un giudizio basato sull'esperienza di riciclaggio, dunque opinabile, allora potrebbe sostenersi che la Corte di appello abbia in effetti messo in discussione la piena capacità di categorizzare dei dichiaranti, dunque l'*attendibilità* delle loro testimonianze. Tuttavia, di questa possibile ricostruzione non vi è traccia nella sentenza della Cassazione. Pertanto, pare più probabile che la Corte di appello abbia inteso il primo elemento suddetto nel senso che, per quanto i testimoni abbiano correttamente classificato alcuni dei materiali conferiti come rifiuti già trattati, la presenza di tali rifiuti tra quelli conferiti da un'impresa incaricata di raccogliere solo rifiuti solidi urbani dovesse considerarsi anomala solo in base all'esperienza (anziché per necessità logica), dunque modestamente significativa per la prova dell'inadempimento attribuito all'imputato. Ma se è così, allora il giudizio di "debolezza" della Corte di appello non ha riguardato l'*attendibilità* delle testimonianze rese, ma solo la capacità dei dati da esse riferiti di confermare l'ipotesi accusatoria, ossia la loro *persuasività*.

D'altro canto, con riguardo al secondo elemento riferito da queste stesse testimonianze, pare ancor più difficile ritenere che la valutazione della Corte di appello sia stata un'autentica valutazione di *attendibilità* testimoniale. In effetti, anche ammesso che i testimoni non avessero riferito con esattezza il numero di documenti riconducibili ai residenti di Comuni diversi da quello affidante ritrovati tra i rifiuti da riciclare, questo ritrovamento anomalo costituiva comunque un elemento circostanziale dotato di rilevanza probatoria. Pertanto, l'unica questione che la stessa Corte di appello si poteva porre concerneva l'incidenza della suddetta incertezza quantitativa sulla capacità dello stesso elemento di provare l'inadempimento dell'imputato, ossia una tipica questione di *persuasività* indiziaria.

Riferimenti bibliografici

- CANALE D., TUZET G. 2020. *La giustificazione della decisione giudiziale*, Giappichelli.
- CARLIZZI G. 2019, *La valutazione della prova scientifica*, Giuffrè Francis Lefebvre.
- CARLIZZI G. 2018, *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, Bonomo.
- CARLIZZI G., PINO G. 2018. *Presentazione*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 18/1, 2018, 400.
- CHIASSONI P. 2018. *Suicidio terapeutico e diritto penale. Un esercizio di analisi argomentativa*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 18/1, 2018, 403 ss.
- DICIOTTI E. 2019, *La responsabilità penale nell'esercizio della professione sanitaria. Un'analisi della sentenza della Corte di cassazione, Sezioni Unite penali, 22 febbraio 2018, n. 8770*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 19/1, 2019, 337 ss.
- FERRER BELTRÁN J. 2021. *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons.
- FERRER BELTRÁN J., TUZET G. 2018. *Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 18/2, 2018, 455 ss.
- GUASTINI R. 2004. *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè.
- NEUMANN U. 2013. *Sussunzione come decisione di un caso orientata a una regola*, in «Ars interpretandi», 1, 2018, 83 ss.
- NEUMANN U. 2010. *Teoria dell'argomentazione giuridica*, in «Ars interpretandi», 1, 2010, 49 ss.
- PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Giappichelli.
- TUZET G. 2016. *La prova testimoniale*, in «Ragion pratica», 2/2016, 279 ss.
- UBERTIS G. 2020. *Processo indiziario e valutazione probatoria*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 20/1, 2020, 315 ss.
- VELLUZZI V. 2019. *Linguaggio ordinario, tecniche interpretative e autoriciclaggio. Un'analisi della sentenza della Corte di Cassazione, Seconda sezione penale, 29 marzo 2019, n. 13795*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 19/2, 2019, 305 ss.

indice

STUDI

- CAROLINA FERNÁNDEZ BLANCO
Una mirada jurídica sobre la efectividad de las políticas públicas 7-30
- ENCARNACIÓN LA SPINA
Indirect Discrimination and Racist Stereotypes in the European Court of Human Rights'
Case Law on Family Migration 31-53
- MARIO PERINI
Le limitazioni all'iscrizione a partiti politici per i magistrati e le sue *rationes*:
tra imparzialità della magistratura e militanza della politica 55-76
- MICHELE ZEZZA
L'interpretazione dei diritti costituzionali alla luce dell'olismo semantico.
Alcune indicazioni metodologiche dalla filosofia del linguaggio 77-91

DISCUSSIONI

Discussione su "Contra el paternalismo jurídico" di G. Maniaci

- ENRICO DICIOTTI
Alcune osservazioni sull'antipaternalismo moderato di Maniaci 95-107
- GIOVANNI FIANDACA
Su paternalismo e antipaternalismo giuridico nell'ottica di un penalista.
A proposito del libro di Giorgio Maniaci, *Contra el paternalismo jurídico* 109-121
- JOSÉ JUAN MORESO
Acerca del pelagianismo de Maniaci. Comentarios a *Contra el paternalismo jurídico* 123-135
- ALESSANDRO SPENA
Il paternalismo giuridico tra principio del danno e moralismo giuridico.
Alcune riflessioni a partire dal libro di Giorgio Maniaci 137-155
- GIORGIO MANIACI
Repliche a Diciotti, Fiandaca, Moreso e Spena 157-178

ALTRE DISCUSSIONI

- GIOVANNI TULUMELLO
Brevi riflessioni sulla formazione culturale del giurista, e sulle sue conseguenze 181-187
- LUCIA RE
La lotta per il diritto in un mondo in fiamme. Riflessioni a partire dai volumi pubblicati
nella collana *Materiali per una Costituzione della Terra* 191-200

RECENSIONI

GIANLUCA GASPARINI

Il diritto d'asilo: l'ospitalità tra svuotamento e ripensamento dei diritti umani 203-207

FABIO CORIGLIANO

La fiducia: tra politica e diritto 209-213

RATIO DECIDENDI

a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO

GAETANO CARLIZZI

L'analisi argomentativa e l'analisi giuridica della motivazione del giudice comune.

I. Analisi della motivazione qualificatoria e analisi della motivazione censoria di quella
relativa alla forza probatoria della testimonianza 217-242

[ALLEGATI]

Corte di Cassazione, Sez. VI, sentenza n. 3041/2018

Realizzato da rospeinfrantumi
per conto di Diritto & Questioni pubbliche (PA)
nel dicembre 2021