

GIUGNO 2024

& d  
& q

XXIV. 2024/1

diritto & questioni pubbliche

PROBLEMI ATTUALI  
DELL'INTERPRETAZIONE  
GIURIDICA  
PARTE II



XXIV. 2024/1

COMITATO EDITORIALE

*Direzione*

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

*Redazione*

Marco Brigaglia, Matija Žgur (coordinamento), Jorge Baquerizo Minuche, Maria Giulia Bernardini, Noemi Calidori, Gaetano Carlizzi, Miguel Fernández Núñez, Giulia Falletti, Maria Ferrara, Dario Ippolito, Alba Lojo Caride, Fabrizio Mastromartino, Paola Parolari, Giuseppe Rocché, Giulia Sajevo, Fernanda Serraino, Michele Ubertone, Adriano Zambon

COMITATO SCIENTIFICO

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

© 2024, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo

[www.dirittoequestionipubbliche.it](http://www.dirittoequestionipubbliche.it)

ISSN 1825-0173

Double-Blind Peer Review

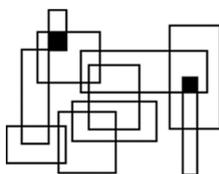
Banche dati: Scopus, Heinonline, Elsevier

Progetto grafico e impaginazione rospeinfrantumi

Tutti i diritti riservati

# PROBLEMI ATTUALI DELL'INTERPRETAZIONE GIURIDICA

PARTE II



Diritto & Questioni Pubbliche  
XXIV 2024 /1 (giugno)



# indice

## MONOGRAFICA

a cura di Matija Žgur e Lorena Ramírez Ludeña

*Problemi attuali dell'interpretazione giuridica.*

*A partire da L'interpretazione nel diritto di Giorgio Pino*

### PARTE II

Presentazione .....	3
ALBA LOJO	
<i>Acerca del significado y de la aplicación en concreto en L'interpretazione del diritto: una reflexión meta-teórica y crítica .....</i>	5-15
ÁNGELES RÓDENAS	
<i>Interpretar textos vs. interpretar prácticas. A propósito de la concepción de la interpretación de Giorgio Pino .....</i>	17-28
LORENA RAMÍREZ-LUDEÑA	
<i>La actividad creativa en la interpretación en el derecho. Comentario a L'interpretazione nel diritto, de Giorgio Pino .....</i>	31-40
STUDI	
FRANCESCO BIONDO	
<i>Una promessa di giustizia alle vittime di crimini di guerra che l'ordinamento italiano non poteva mantenere. Un dramma in cinque atti .....</i>	43-62
MAURICIO MALDONADO-MUÑOZ	
<i>Bobbio sobre la interpretación jurídica (el trabajo anunciado) .....</i>	65-78
ANDREA ROMEO	
<i>La norma non può morire. Brevi riflessioni critiche sugli ultimi necrologi del diritto e sulla gestione tecnologica della condotta umana .....</i>	81-99
ALESSIO LO GIUDICE	
<i>L'esperienza del giudizio: tra limiti cognitivi e pretese di giustizia .....</i>	101-115
DISCUSSIONI	
GAETANO CARLIZZI	
<i>Filosofia del diritto come proteiforme analisi critica del diritto positivo. Riflessioni a margine di Vito Velluzzi, Metodologia e diritto civile. Una prospettiva filosofica .....</i>	119-128
INTERVENTI	
LUCIANA CASTELLINA	
<i>I diritti dell'umanità nella tempesta .....</i>	131-140
ALDO SCHIAVELLO	
<i>Laudatio per il conferimento del dottorato honoris causa in "Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti" a Luciana Castellina .....</i>	143-149

RATIO DECIDENDI

a cura di Gaetano Carlizzi e Giorgio Pino

VALERIO AIUTI

*La strage Cottarelli: considerazioni metodologiche sulla chiamata di correo* ..... 153-204

[ALLEGATI]

— Corte d'assise di Brescia, sez. II, 27 settembre 2008, n. 3

— Corte d'assise d'appello di Milano, sez. II, 26 luglio 2016, n. 22

# MONOGRAFICA

## Problemi attuali dell'interpretazione giuridica.

A partire da *L'interpretazione nel diritto* di Giorgio Pino

PARTE II

a cura di MATIJA ŽGUR e LORENA RAMÍREZ LUDEÑA



## Presentazione

Questa parte monografica prosegue la discussione intorno alla monografia di Giorgio Pino “L’interpretazione nel diritto. Come un trattato” (Giappichelli, 2021), iniziata nel fascicolo precedente. Essa ospita i commenti di Alba Lojo, Ángeles Ródenas e Lorena Ramírez-Ludeña. La replica a tutti gli interventi da parte di Giorgio Pino sarà pubblicata nel prossimo fascicolo.

# Acerca del significado y de la aplicación en concreto en *L'interpretazione del diritto*: una reflexión metateórica y crítica

On meaning and *in concreto* application in *L'interpretazione del diritto*: a metatheoretical and critical reflection

**ALBA LOJO**

Postdoctoral Research Fellow in Legal Philosophy (assegnista di ricerca). Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi Roma Tre.

E-mail: [alba.lojocaride@uniroma3.it](mailto:alba.lojocaride@uniroma3.it)

## ABSTRACT

El presente artículo desarrolla dos indagaciones con respecto a la obra *L'interpretazione del diritto* de G. Pino: qué teoría del significado está en su trasfondo y por qué la llamada “aplicación en concreto” no implica una actividad interpretativa. En primer lugar, se señala que Pino asume ciertos compromisos mentalistas y que una teoría convencionalista del significado encajaría con sus afirmaciones. En segundo lugar, se muestra por qué considerar que la subsunción individual, propia de la “aplicación en concreto”, prescinde de la actividad interpretativa es una afirmación incoherente con su posición respecto a la posibilidad de incerteza en el significado de las normas.

This paper asks two questions about G. Pino's *L'interpretazione del diritto*: which theory of meaning is in its background and why the so-called "in concreto application" doesn't imply an interpretative activity. Firstly, it is noted that Pino assumes certain mentalist commitments and that a conventionalist theory of meaning would fit his claims. Secondly, it is shown why it is inconsistent with his position on the possibility of uncertainty in the meaning of norms to consider that the individual subsumption of "in concreto application" dispenses with interpretative activity.

## KEYWORDS

interpretación jurídica, significado, mentalismo, convencionalismo, aplicación

legal interpretation, meaning, mentalism, conventionalism, application

# Acerca del significado y de la aplicación en concreto en *L'interpretazione del diritto*: una reflexión metateórica y crítica

ALBA LOJO

1. *Introducción* – 2. *¿Qué teoría del significado defiende Pino?* – 3. *¿Por qué la aplicación en concreto no implica una actividad interpretativa?* – 4. *Conclusión*.

## 1. *Introducción*

El libro *L'interpretazione del diritto* de Giorgio Pino es un profundo trabajo de investigación acerca de las distintas aristas teóricas que los debates sobre interpretación han desarrollado en el Derecho. Pero más allá de eso, a lo largo de un cuidadoso y claro establecimiento de herramientas conceptuales básicas, así como de precisas distinciones, el autor presenta una teoría de la interpretación jurídica *original* que abarca tanto la actividad interpretativa como su producto.

Para comenzar, quiero reconocer cuánto me ha permitido aprender su lectura y agradecer a su autor que se haya tomado el tiempo de presentar cada uno de los debates e instrumentos conceptuales de una manera tan nítida, a través de tantos ejemplos y sin presuponer un conocimiento filosófico, ni del derecho, en el lector o lectora. En segundo lugar, quiero destacar la ejemplaridad con la que el libro presenta el desarrollo teórico acontecido en la doctrina iusfilosófica italiana contemporánea. Ello le permite unificar y criticar ciertos aspectos teóricos comunes a los diversos autores, y lo convierte en un libro de referencia para el lector o lectora no familiarizado con esta literatura.

A continuación, presentaré algunos comentarios o dudas que me han surgido a lo largo de la lectura. En primer lugar, abordaré los fundamentos metateóricos de los que parecen partir algunos aspectos de la teoría de la interpretación (y de la teoría de la interpretación jurídica) de PINO. En concreto, me preguntaré por la teoría del significado que subyace a su argumentación y cómo esta parece dirigir algunas de las afirmaciones presentadas a lo largo del trabajo.

En segundo lugar, profundizaré en el modo en que Pino caracteriza la aplicación en concreto, en su capítulo 2, cuando distingue entre aplicación e interpretación. Trataré de responder a la pregunta de por qué la aplicación en concreto no implica una actividad interpretativa para PINO y desarrollaré algunos de los problemas que dicha respuesta conlleva<sup>1</sup>.

## 2. *¿Qué teoría del significado defiende Pino?*

Como ya he mencionado previamente, el libro a comentar se caracteriza por su claridad, profundidad y completitud. Supone un repaso general a todos los debates y distinciones propios de un estudio acerca de la interpretación jurídica y, más allá de eso, supone una contribución original y novedosa. Solo echo de menos una pequeña apreciación: la exposición

\* Quiero agradecer los comentarios recibidos por J.J. Moreso y Lorena Ramírez-Ludeña, así como la invitación y organización del “Workshop sobre Giorgio Pino, *L'interpretazione nel diritto* (2021)” (29/9/2023, UPF) donde tuve la oportunidad de presentar una versión previa de este trabajo.

<sup>1</sup> En este mismo volumen RAMÍREZ-LUDEÑA (2024) también comparte algunas de las intuiciones críticas aquí desarrolladas, tanto sobre la concepción semántica de Pino como sobre los límites entre aplicación e interpretación.

explícita de la teoría del significado seguida por Pino. Es decir, cuáles son las bases metateóricas que fundamentan su teoría de la interpretación jurídica y que actúan de premisas de muchas de sus conclusiones.

Naturalmente, hay diversas razones por las que el autor puede haber evitado esta exposición. Por ejemplo, debido a querer dedicar la mayor atención posible a los aspectos que directamente inciden en la realidad jurídica práctica de los juristas y dogmáticos, o por dejar algún espacio de trabajo a los discípulos que quieran analizar su pensamiento de manera detallada. De hecho, Pino es muy cuidadoso con sus distinciones y, en concreto, con la separación entre discurso empírico y teórico (uno describe, otro explica); y entre discurso cognoscitivo y prescriptivo (como pone de manifiesto tanto en el capítulo uno como en el tres y en el nueve, distinguiendo entre las concepciones de la interpretación y las ideologías jurídicas: las primeras responden a la pregunta de qué es la interpretación frente a las segundas que responden a qué debe ser). Por ello, seguro que no recoger este aspecto metateórico ha sido una decisión deliberada.

A lo largo del libro podemos encontrar varios momentos en los que sus compromisos metateóricos parecen emerger.

En primer lugar, ya con su primera definición acerca de qué es la interpretación, una actividad consistente en atribuir *significado* a textos jurídicamente vinculantes<sup>2</sup>, deja clara la importancia central que el significado tendrá para todo el desarrollo de la obra. Además, limita su interés a un significado concreto: aquel que emerge de textos propios de las fuentes del derecho (dejando de lado el caso de la interpretación de la costumbre)<sup>3</sup>. Así, afirma «[l]a soluzione di un problema pratico diventa, così, la soluzione di un problema di interpretazione testuale»<sup>4</sup>. A medida que avanza su investigación, también deja de lado la postura escéptica acerca del significado y se compromete con un objetivismo moderado<sup>5</sup>.

En segundo lugar, en el capítulo sexto, al incidir en la diferencia entre interpretación-actividad e interpretación-producto, PINO dice:

«Nel primo caso, “interpretazione” designa una *attività mentale* (un procedimento intellettuale, una attività del pensiero); nel secondo caso, “interpretazione” designa la norma, intesa come il contenuto di *significato che l’interprete ha tratto da un testo*.

Nonostante siano innanzitutto *entità “mentali”*, tanto l’attività interpretativa quanto il prodotto dell’interpretazione possono anche essere oggetto di una fase di “verbalizzazione”»<sup>6</sup>.

Es decir, caracteriza a la actividad interpretativa como una actividad mental; al producto de ella como el significado que una persona, el intérprete, ha extraído de un texto; y, a ambas, como “entidades mentales”.

Un poco más adelante, sigue con la idea de proceso mental individual y la refuerza diciendo:

«come è possibile offrire una raffigurazione affidabile di un processo psicologico, che ha luogo nella mente dell’interprete e che, in quanto tale, potrebbe essere relativamente inaccessibile anche all’interprete stesso?»<sup>7</sup>.

En tercer lugar, Pino configura la actividad interpretativa en dos fases: una en la que el intérprete accede al significado *prima facie* del texto y otra en la que resuelve su actividad

<sup>2</sup> PINO 2021, 7.

<sup>3</sup> V. PINO 2021, 26 y 37.

<sup>4</sup> PINO 2021, 113.

<sup>5</sup> PINO 2021, 71-101.

<sup>6</sup> PINO 2021, 173. La cursiva es mía.

<sup>7</sup> PINO 2021, 174.

interpretativa con un significado, con una norma, concluyente, tras un razonamiento<sup>8</sup>. Destaca aquí la consideración de un *significado obvio o inmediato* para el intérprete (en el significado *prima facie*), al cual accede a la luz de las *convenciones* sintácticas y semánticas de los *hablantes de referencia*, así como de ciertos conocimientos técnicos propios del lenguaje jurídico<sup>9</sup>. Estas dos fases de la actividad interpretativa tienen lugar siempre: si se trata de un caso fácil, el significado *prima facie* será confirmado (o modificado mínima y justificadamente) con la interpretación *conclusiva* (final)<sup>10</sup>; y en todos los demás casos, se tratará de un caso difícil: el significado *prima facie* actuará como punto de partida, pero se confrontará con diferentes consideraciones y alternativas de interpretación que pueden considerarse no pacíficas<sup>11</sup>.

Con estas pequeñas pinceladas podemos inducir algunos de los fundamentos de la teoría del significado de Pino. Por un lado, a nivel general, Pino deja claro desde el primer momento que considera que el significado es posible y que los enunciados son portadores de significado. En este sentido se aparta de las teorías escépticas acerca del significado, es decir, de aquellas que niegan la posibilidad de significado. También, al comprometerse con un objetivismo moderado<sup>12</sup>, considera que en algunos casos (en los casos fáciles) hay significados correctos e incorrectos<sup>13</sup>, es decir, reconoce la normatividad del significado.

Por otro lado, a nivel particular, es relevante introducir aquí la distinción desarrollada por Speaks (2021)<sup>14</sup> entre dos grandes grupos de teorías del significado: aquellas que señalan en virtud de qué hechos, acerca de un individuo o grupo, los textos o enunciados tienen significado (las teorías fundacionales acerca del significado); y aquellas que señalan las propiedades del significado en los lenguajes naturales y cómo se asocian símbolos a aspectos del mundo (las teorías semánticas)<sup>15</sup>. Pues bien, en Pino (2021) podemos encontrar compromisos de ambos tipos.

En lo que respecta a los fundamentos del significado, Pino asume de manera explícita ciertos compromisos mentalistas. En otras palabras, si le preguntásemos cómo es posible que los intérpretes accedan al significado de los textos, una primera respuesta sería que debido a las capacidades mentales de los individuos. Así, las diversas teorías mentalistas acerca del significado consideran que las expresiones lingüísticas heredan su contenido de los estados mentales a los que están asociadas, explican la naturaleza del significado a partir de los estados mentales de los usuarios del lenguaje. Es decir, la representación lingüística deriva su contenido de la representación mental<sup>16</sup>. En algunos de los pasajes previamente introducidos, vimos como Pino reconoce que:

- 1) los intérpretes realizan una actividad mental o llevan a cabo un proceso psicológico para dotar de significado a los textos;
- 2) que el proceso de atribución de significado tiene lugar en la mente del intérprete y el acceso epistemológico sólo es posible de manera privada (es decir, solo puede conocerlo el propio

<sup>8</sup> PINO 2021, 174-175.

<sup>9</sup> PINO 2021, 176-177.

<sup>10</sup> Por ejemplo, cuando dice: «è evidente che anche davanti ad un caso chiaro l'interprete esercita una scelta, e precisamente la scelta se aderire alla soluzione normativa del caso chiaro» PINO 2021, 100; o cuando afirma «l'interpretazione è all'opera anche nei casi facili: non vi è nulla di automatico nell'individuare un caso come facile, anche la decisione di un caso facile richiede di passare attraverso la fase riflessiva dell'attività interpretativa» PINO 2021, 218.

<sup>11</sup> PINO 2021, 218.

<sup>12</sup> V. PINO 2021, 97-101.

<sup>13</sup> Por ejemplo, cuando dice: «la convergenza degli interpreti istituzionali su un certo risultato interpretativo rende quel risultato non più una possibilità interpretativa tra tante, e nemmeno "una interpretazione autorevolmente sostenuta", ma qualcosa di più: l'interpretazione corretta. Ignorare, senza argomenti, l'interpretazione consolidata vuol dire commettere un errore interpretativo» PINO 2021, 93.

<sup>14</sup> Siguiendo a LEWIS 1970, 19.

<sup>15</sup> Esta distinción no niega las fuertes interrelaciones existentes entre ambos tipos de teorías del significado, ni que los compromisos de uno afectan o definen el marco del otro.

<sup>16</sup> V. SPEAKS 2011.

- sujeto que lo experimenta);
- 3) que hay un tipo de significado “obvio”, el significado *prima facie*, cuyo acceso es intuitivo e irreflexivo; y
  - 4) aún en estos casos, el intérprete lleva a cabo un proceso mental en el que identifica que es un caso fácil al confirmar ese significado obvio.

Si bien la primera de las afirmaciones podría no conllevar necesariamente un compromiso mentalista, pues incluso en aquellas posiciones anti-mentalistas la actividad mental juega algún papel a la hora de identificar la relación entre símbolo/expresión lingüística y significado, la segunda, tercera y cuarta afirmación apuntalan este compromiso. En concreto, porque con la segunda afirmación está reconociendo que la atribución de significado consiste en una *actividad mental privada*<sup>17</sup>. Y con la tercera y cuarta afirmación reconoce que, aun habiendo un significado *prima facie* obvio al que el intérprete accede automáticamente, este realiza un proceso mental en el cual confirma que ese significado será el que definitivamente asignará a la interpretación-producto.

Con relación a los compromisos relativos a teorías semánticas en la teoría de la interpretación jurídica de Pino, el anterior compromiso fundacional sobre el significado ya delinea cierto marco teórico: solo las teorías semánticas con presupuestos mentalistas podrán formar parte de su posición metateórica sobre el significado. Para identificar estos compromisos, conviene detenernos en su presentación del significado *prima facie*, pues es aquel en el que las consideraciones de tipo lingüístico, sistemático, consecuencialista o axiológico, aún no han formado parte del proceso de razonamiento en la actividad interpretativa<sup>18</sup>.

En un primer momento aclara que

«Innanzitutto, essendo le disposizioni enunciate linguistiche, una prima approssimazione all'idea di significato *prima facie* dovrà fare necessariamente riferimento a ciò che appare ovvio dal punto di vista delle regole linguistiche, alla luce delle convenzioni sintattiche e semantiche proprie dei parlanti di riferimento»<sup>19</sup>.

Y posteriormente considera que el significado *prima facie* consiste

«nell'attribuire al testo da interpretare il significato più ovvio, alla luce non solo delle regole del linguaggio ordinario, ma anche alla luce delle convenzioni sintattiche e semantiche proprie del diritto (e che rendono il linguaggio giuridico anche un linguaggio tecnico e tecnicizzato), e delle interpretazioni consolidate presenti in una certa cultura giuridica»<sup>20</sup>.

Vemos así la importancia que Pino otorga a las convenciones sintácticas y semánticas, tanto en la identificación del significado como hablante ordinario, como en la identificación del significado técnico-jurídico por parte de los juristas. Ambas son las que indican la atribución correcta de significado a un término ordinario o a un término técnico-jurídico, y forman parte del *know-how* básico de cualquier intérprete jurídico.

Pues bien, esta referencia a las convenciones no puede sino llevarnos al convencionalismo como teoría semántica del significado presupuesta por Pino<sup>21</sup>. Por un lado, las teorías convencionalistas parten de presupuestos mentalistas tanto en el plano epistémico (un sujeto de

<sup>17</sup> Sin embargo, como veremos más adelante, PINO evita caer en el problema del “argumento del lenguaje privado” de WITTGENSTEIN 1958 [1988] gracias a sus compromisos convencionalistas.

<sup>18</sup> V. PINO 2021, 180.

<sup>19</sup> PINO 2021, 176.

<sup>20</sup> PINO 2021, 180.

<sup>21</sup> NAVARRO 2023 también comparte esta intuición en su contribución en el anterior volumen de esta revista.

conocimiento tiene un conocimiento directo y cierto de la naturaleza y contenido de la totalidad de sus pensamientos, así como del sentido de las oraciones que lo expresarían en su idiolecto) como en el plano semántico (tesis de la prioridad del pensamiento sobre el lenguaje)<sup>22</sup>, que son conformes con las atribuciones previamente realizadas a Pino. Por otro lado, tanto la teoría de Lewis (1969)<sup>23</sup> como algunas propuestas neogríceanas, como la de Searle (2010 [2017]), incorporan el significado convencional como punto de encuentro o necesidad de coordinación entre las intenciones comunicativas del hablante y las expectativas comunicativas del oyente.

Por ejemplo, para Searle<sup>24</sup> el significado parte de la intencionalidad exclusiva del hablante, es decir, parte del significado del hablante, el cual nos permite crear emisiones con significado, pero es el significado convencional el que permite *comunicar* estos significados invocando convenciones existentes de un lenguaje, y lograr, finalmente, representaciones en el oyente, y no meras expresiones<sup>25</sup>.

Así, la teoría de la interpretación jurídica de Pino puede considerarse convencionalista en tanto es el impacto de las convenciones sintácticas y semánticas lo que permite que el hablante pueda acceder al llamado “significado *prima facie*”, así como a una comunicación exitosa, con relación tanto al lenguaje ordinario como al lenguaje técnico-jurídico.

En conclusión, Pino en ningún momento hace explícitas las asunciones metateóricas acerca del significado que le permiten articular su teoría de la interpretación jurídica. Sin embargo, siguiendo la información ofrecida en los extractos más arriba copiados y tal y como he intentado argumentar, no parece descabellado afirmar que Pino se compromete con una posición mentalista, respecto a los elementos fundacionales del significado, y convencionalista, respecto a la teoría semántica.

### 3. ¿Por qué la aplicación en concreto no implica una actividad interpretativa?

En el capítulo 2, Pino realiza hábilmente un ejercicio analítico de clarificación de algunos de los múltiples conceptos involucrados en la interpretación jurídica, presentando la distinción entre interpretación como actividad e interpretación como producto; entre disposiciones y normas; entre disposiciones genuinas y disposiciones espurias; y, finalmente, entre interpretación, aplicación y argumentación.

Al distinguir la aplicación de la interpretación, reconoce que en ambos casos se produce la ambigüedad proceso-producto y que, a pesar de las varias relaciones que las conectan, no se trata de actividades o productos con un “vínculo inseparable”. Como Pino ejemplifica a lo largo de diversos supuestos<sup>26</sup>:

- 1) no siempre que se dé interpretación, se dará a su vez aplicación (por ejemplo, cuando la interpretación es realizada por sujetos que no son jueces ni funcionarios administrativos);
- 2) ni siempre que se realice una aplicación, se realizará una interpretación genuina (por ejemplo, porque el aplicador simplemente tiene presente una norma que no corresponde a una

<sup>22</sup> Véase, por ejemplo, GARCÍA-CARPINTERO 1996, 378-385 y 505-542.

<sup>23</sup> LEWIS, en concreto, considera que los significados de las expresiones se fijan mediante convenciones que asocian enunciados con determinadas creencias.

<sup>24</sup> V. SEARLE 2010 [2017], 114.

<sup>25</sup> Así, según SEARLE 2010 [2017], en un acto de habla cualquiera tenemos, por un lado, la Intencionalidad impuesta por el hablante a través del significado que ha querido darle, junto, por otro lado, el significado lingüístico convencional, propio del lenguaje, que marca los límites del significado del hablante para generar una comunicación efectiva. En este sentido, Searle distingue entre el significado del hablante, lógicamente anterior pero limitado, y el significado de una oración, que es convencional y permanente.

<sup>26</sup> V. PINO 2011, 51-58.

disposición jurídica o que ya fue interpretada en un momento anterior).

En concreto, Pino quiere separar tajantemente su postura de aquellas que consideran que:

«L'enfasi sul ruolo centrale o addirittura essenziale che sull'interpretazione sarebbe esercitata dall'applicazione, e in particolare dalle circostanze, uniche e irripetibili, del caso concreto quali si manifestano appunto al momento dell'applicazione, porta a configurare *per definizione* l'interpretazione come volta alla ricerca della giustizia del caso concreto, enfatizzando le componenti particolaristiche ed equitative dell'attività interpretativa»<sup>27</sup>.

Es decir, busca apartarse de aquella posición considerada hermenéutica que defiende que la interpretación conlleva siempre aplicación del caso concreto<sup>28</sup>.

Hasta aquí, la postura de Pino parece muy razonable y es fácil adherirse a ella cuando se examinan los ejemplos que el autor proporciona. En efecto, sabemos que el único agente autorizado para realizar una *aplicación* al caso concreto es aquel que ha sido autorizado mediante reglas de competencia, mientras que la *interpretación* puede ser realizada por los mismos ciudadanos al evaluar las consecuencias jurídicas de realizar ciertas acciones<sup>29</sup>. Sin embargo, al profundizar en la idea general, distingue entre aplicación en concreto y aplicación en abstracto, considerando que sólo en el segundo caso se produce una interpretación sin aportar argumentos suficientes que fundamenten esta afirmación<sup>30</sup>.

A continuación trataré de explicar, en primer lugar, por qué Pino ha llegado a tal conclusión, en segundo lugar, por qué creo que también hay actividad interpretativa en los casos de aplicación en concreto y, en tercer lugar, por qué, quizás, la propuesta de Pino no está tan alejada de mi posición.

En primer lugar, la *aplicación en abstracto* es aquella que refleja una subsunción genérica, que consiste en reconducir un caso genérico a otro caso genérico más amplio; mientras que la *aplicación en concreto* refleja una subsunción individual, que consiste en reconducir un caso individual a una clase<sup>31</sup>. A continuación, el autor considera que cuando se produce una subsunción individual la interpretación ya ha tenido lugar porque se trata de una mera operación lógica consistente en reconducir un individuo a una clase<sup>32</sup>. Así, afirma:

«*l'applicazione in concreto non è interpretazione: è semplicemente una operazione logica (una sussunzione individuale). Di contro, (...) la sussunzione generica (o applicazione in astratto, o qualificazione giuridica della fattispecie...) è parte integrante di qualunque attività interpretativa, sia essa svolta dalla giurisprudenza per decidere casi concreti, o dalla dottrina per precisare il significato di testi giuridici*»<sup>33</sup>.

También cuando dice,

«Quando si effettua una sussunzione individuale (quando si assume un caso individuale sotto la fattispecie di una norma), *l'interpretazione è già avvenuta, la norma si è già formata*. Anche se questa operazione è talvolta qualificata come un tipo di interpretazione (“interpretazione in concreto”), non è in

<sup>27</sup> PINO 2021, 51

<sup>28</sup> PINO 2021, 53.

<sup>29</sup> PINO 2021, 53.

<sup>30</sup> Véase una crítica a esta distinción y, en particular, al concepto de aplicación en concreto en DEI VECCHI 2023, en su contribución al anterior volumen de esta revista.

<sup>31</sup> PINO 2021, 47-48.

<sup>32</sup> PINO 2021, 53-54.

<sup>33</sup> PINO 2021, 66-67 (La cursiva es mía).

realità una vera interpretazione ma una sussunzione individuale, cioè una mera operazione logica di riconduzione di un individuo a una clase. (...) *In senso proprio, non vi è qui interpretazione.* (...). Infatti l'interpretazione, il proceso di atribuzione di *significato*, viene normalmente svolta teniendo presentes casi posibles o reales de aplicación: tuttavia questi saranno casi (non individuali ma) generici. (...) L'interprete perviene dunque ad un concetto più determinado di "veicolo" o di "cosa mobile altrui" effettuando successive sussunzioni generiche, cioè affinando progressivamente, alla luce di casi paradigmatici e di casi dubbi, il significato del termine o dell'enunciado da interpretar. L'interpretazione consiste esattamente nel risolvere dubbi di questo tipo, effettuando attività mentales di aplicación in astratto»<sup>34</sup>.

De esta forma, Pino se aparta de la distinción guastiniana entre interpretación en abstracto e interpretación en concreto<sup>35</sup>, limitando la actividad interpretativa exclusivamente a la subsunción de un caso genérico a otro caso genérico más general<sup>36</sup>.

Estoy de acuerdo con que la subsunción individual (la inclusión de un caso concreto como parte de un caso genérico) presupone, en muchos casos, una interpretación previa de una disposición genuina (siguiendo la terminología usada por Pino). Dicha interpretación dota de significado al texto que recoge el caso genérico y permite obtener la norma que será usada, siguiendo el instrumental conceptual desarrollado por Pino<sup>37</sup>. Sin embargo, no es descabellado pensar que esta norma también adolecerá de cierto grado de indeterminación (a través, por ejemplo, de la vaguedad) que requerirá de una interpretación posterior por parte del juez encargado de la aplicación-producto, al realizar la calificación jurídica de los hechos probados.

Así, para Pino interpretar consiste en atribuir significado a un enunciado en concreto, a "testi autoritativi" con valor vinculante, es decir, a los enunciados contenidos en una fuente del derecho<sup>38</sup>. La actividad intelectual de interpretar genera un producto que es el significado y, en el caso de la interpretación jurídica, esta atribución de significado consiste en la individuación de la norma jurídica vinculada al texto (véase cap. 1 y 2).

Como vimos, Pino no proporciona argumentos explícitos para considerar que sí haya una actividad interpretativa cuando se trata de subsumir casos genéricos (no espaciotemporalmente determinados) en otros casos genéricos; pero que no la haya cuando se subsume un caso individual<sup>39</sup>. Esta diferencia es relevante porque Pino considera que la subsunción genérica permite afinar el significado de un término o enunciado, a la luz de los casos paradigmáticos y dudosos, mientras que la subsunción individual es una mera "operación lógica" de subsunción.

Para comprender la razón de esta afirmación se me ocurren cuatro explicaciones a la defensa de que la subsunción genérica sí forma parte de la actividad interpretativa mientras que la subsunción individual no:

- o) que solo se puedan interpretar disposiciones jurídicas y no normas,
- 1) que Pino considere que en la configuración del significado de la norma jurídica se establece no solo la intensión, el sentido de los términos envueltos, sino también su extensión, la referencia de estos;
- 2) que, en el caso de negar 1), al menos, considere que los casos genéricos sí son definidos extensionalmente en términos de sus miembros (como los conjuntos). Por ejemplo, cuando

<sup>34</sup> PINO 2021, 53-55 (La cursiva es mía).

<sup>35</sup> Realizada, por ejemplo, en GUASTINI 1999, 204.

<sup>36</sup> En una línea similar, RAMÍREZ-LUDEÑA 2012.

<sup>37</sup> Para su distinción entre disposición y norma, véase PINO 2011, 26-30. Véase una crítica de esta en la contribución de MORESO 2023 en el anterior volumen de esta revista.

<sup>38</sup> PINO 2021, 115.

<sup>39</sup> PINO 2021, 47 define al caso individual como un acontecimiento dotado de determinadas características, en el que intervienen individuos, espaciotemporalmente situados.

define caso genérico como la clase constituida por el conjunto de casos individuales que comparten ciertas características<sup>40</sup>; o,

- 3) que la individuación de la norma sea tal que cada una de las subsunciones genéricas realizadas hayan acotado la selección de las propiedades relevantes hasta permitir la eliminación de la indeterminación de los términos envueltos o una restricción definitiva de las propiedades relevantes que permita realizar una subsunción directa.

La opción 0 excluye a cualquiera de las restantes explicaciones y acota extremadamente la actividad interpretativa, por lo que en adelante no la voy a considerar. En cambio, que Pino se adhiera a la opción 1 dependerá de la teoría semántica del significado que defienda; mientras que se adhiera a la 2 o a la 3 dependerá de cómo entienda los problemas de indeterminación semántica como la vaguedad. Es decir, una posible explicación al hecho de que Pino considere que hay actividad interpretativa en las subsunciones genéricas, pero no en las individuales reside en cómo de limitado configure el significado de la norma jurídica, en general (opción 1), o de los casos genéricos, en particular (opciones 2 y 3).

Sin embargo, y he aquí mi crítica a la propuesta del autor, creo que no es posible escapar de la actividad interpretativa en los supuestos de subsunción individual, es decir, de aplicación en concreto, ante los casos difíciles. En otras palabras, si bien en los casos fáciles parece que la subsunción individual puede realizarse sin intermediación de la actividad interpretativa (hay una única respuesta correcta), no parece que en los casos difíciles también pueda mantenerse la misma afirmación.

Primero, porque al situarse ante el caso individual, se podrá identificar como caso fácil o difícil y, es al menos probable, que el nuevo caso no coincida, *grosso modo*, con ninguna subsunción genérica realizada previamente. Es decir, que no sea posible aplicar la opción 2 ni la 3 mencionadas previamente. Segundo, porque una vez reunidos los distintos elementos de prueba, al tratarse de un caso difícil, es probable que surjan los conocidos como “problemas de calificación”, es decir, dudas acerca de la subsunción individual. En casos como estos, el juez tiene que tomar decisiones interpretativas que afectan al significado del término calificado. Como explica Moreso<sup>41</sup>, el juez tendrá que decidir si realiza una interpretación extensiva, a través de reglas de subsunción laxas que incluyan predicados de la zona de penumbra de un término; o una interpretación restrictiva, a través de reglas de subsunción estrictas, que sólo subsuman los predicados de los casos paradigmáticos<sup>42</sup>.

Veámoslo con un ejemplo<sup>43</sup>. Imaginemos un caso relativo a una herencia, en el que el viudo solicita al juez que una *colección de 40 cactus*, que simbolizan cada año de casados que vivieron juntos, forme parte del *ajuar* y, por tanto, no forme parte del haber hereditario. El artículo 1321 del código civil español dice que «fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregará al que sobreviva, sin computárselo en su haber. No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor». Por tanto, el juez tendrá que decidir si la colección de cactus forma parte del ajuar y si, en ese caso, se puede excluir debido a tratarse de un objeto de extraordinario valor.

A pesar de que parezca fácil responder a lo segundo, no lo es tanto saber si el caso individual

<sup>40</sup> PINO 2021, 47.

<sup>41</sup> MORESO 2006, 141.

<sup>42</sup> Estos problemas de calificación afectan a la justificación externa de la premisa fáctica (en un silogismo jurídico), la cual tendrá que estar adecuadamente argumentada en los casos difíciles, reflejando el significado del término genérico, por ejemplo, a través de una definición estipulativa que justifique que ciertas propiedades del caso genérico también se dan en el caso individual. Es decir, llevando a cabo la opción 3 a través de la actividad interpretativa en la aplicación en concreto.

<sup>43</sup> Ejemplo ya usado en LOJO 2022.

“colección de cactus” formaría parte de la clase “ajuar” ya que no encaja en el significado común de ajuar que refiere a los objetos de “uso doméstico o común”. Es decir, es un caso difícil al no haber una única respuesta correcta: tanto su admisión como su exclusión serían respuestas aceptables. La pregunta procedente en este caso sería, ¿es posible excluir la actividad interpretativa en este caso de aplicación en concreto? Parece que solo se podría evitar la interpretación en la aplicación en concreto si hubiera habido una previa aplicación en abstracto, una subsunción genérica, directamente compatible con el caso presente, lo cual parece muy poco probable y excesivamente casuístico. Por ejemplo, que una subsunción genérica hubiera indicado que el caso “plantas comunes del matrimonio” forme parte del “ajuar”<sup>44</sup>.

Por último, y a pesar de las cuatro alternativas ofrecidas más arriba, creo que Pino estaría de acuerdo en afirmar que los problemas de incerteza semántica no son anulables en todos los supuestos. Por un lado, porque reconoce la posibilidad de que algunas normas no tengan un núcleo determinado de significado y que cualquier caso de aplicación sea controvertido<sup>45</sup>, e incluso que es «certamente possibile che qualche norma sia controversa e indeterminata anche nel suo nucleo, cioè che manchi di casi paradigmatici di applicazione»<sup>46</sup>.

Por otro lado, porque parece que el autor comparte que no siempre se puede eliminar la vaguedad de los términos envueltos en los casos genéricos mediante la atribución de significado extensional con carácter previo a la aplicación en concreto (opción 2 y 3). Así, Pino dice

«Ovviamente, la vaghezza crea un problema interpretativo: il problema cioè di stabilire se un caso dubbio debba o no essere fatto ricadere nell’ambito di applicazione della norma (...). (...) l’incertezza interpretativa associata alla vaghezza non deriva, ad esempio, dalla complessità nella ricognizione e ricostruzione dei materiali normativi (...). La vaghezza deriva dal rapporto tra il nostro linguaggio e la realtà»<sup>47</sup>.

Esta afirmación muestra que Pino no está comprometido con una delimitación precisa del alcance de la norma<sup>48</sup> que permita realizar “meras” operaciones lógicas de subsunción individual y que los casos dudosos de aplicación, donde el caso individual opere en la zona de incerteza del significado de las palabras o normas afectadas de vaguedad, también requerirán de actividad interpretativa.

#### 4. Conclusión

A lo largo del presente trabajo he tratado de señalar algunos de los pocos problemas teóricos que se encuentran en la obra *L’interpretazione nel diritto* de Pino. En particular, me he centrado en dos

<sup>44</sup> Un debate interesante, señalado por Lorena Ramírez-Ludeña, es si el ejemplo propuesto efectivamente requiere actividad interpretativa o simplemente señala un problema de calificación *ad hoc* (dependiente del contexto particular del caso concreto). Sin embargo, creo que sí hay interpretación pues la inclusión de la colección de cactus como parte de la clase ajuar vendrá determinado por el establecimiento de propiedades relevantes a la clase, tal como “tener valor emotivo y no extraordinario valor económico”. En otras palabras, si el juez determina que la colección de 40 cactus que simbolizan cada año de casados forma parte del ajuar, es porque identifica en el significado del art. 1321 la importancia otorgada al valor emotivo de los objetos que forman parte de la clase ajuar, propiedad que emerge debido al caso concreto que debe juzgar. Al margen de ello, estoy de acuerdo en que hay ejemplos de aplicación en concreto menos controvertidos donde la actividad interpretativa es clara al fijar las propiedades del significado de la disposición, como la inclusión del caso concreto patinete eléctrico en el caso genérico vehículo.

<sup>45</sup> PINO 2021, 100.

<sup>46</sup> PINO 2021, 101.

<sup>47</sup> PINO 2021, 116-117.

<sup>48</sup> De hecho, afirma «Si ha vaghezza quando il significato di una parola non è delimitato con precisione. (...). Di conseguenza, essendo le disposizioni giuridiche formulate in linguaggio naturale, le norme da esse espresse sono normalmente affette da vaghezza. È un fenomeno assolutamente normale che le norme giuridiche abbiano sia casi chiari, sia casi dubbi di applicazione» PINO 2021, 115-116.

puntos, los cuales se han desarrollado en la sección segunda y tercera.

En primer lugar, he tratado de averiguar cuáles son los compromisos metateóricos escondidos en la teoría de la interpretación jurídica desarrollada en la obra, prestando especial atención a cuál es la teoría del significado aceptada por Pino. Para responder a esta pregunta, he dividido la respuesta en dos partes diferenciando entre los compromisos respecto a los fundamentos del significado y los compromisos respecto a las teorías semánticas del significado. Así, he tratado de mostrar cómo y cuándo Pino asume de manera explícita ciertos compromisos mentalistas, así como que el convencionalismo es la teoría semántica del significado presupuesta en la obra.

En segundo lugar, he desarrollado una crítica a la configuración de la diferencia entre la aplicación en abstracto y la aplicación en concreto, con respecto a su relación con la actividad interpretativa. A través de ella he tratado de señalar una eventual incoherencia en la obra. Al mismo tiempo, he buscado desarrollar algunas posibles explicaciones al respecto, así como por qué creo que, en el fondo, Pino no estaría de acuerdo con su propia configuración.

En conclusión, *L'interpretazione nel diritto* es una propuesta teórica completa que permite aprender y detenerse en todos los pequeños detalles y distinciones que afectan a cualquier teoría de la interpretación y, en particular, a una teoría de la interpretación jurídica. Con mi contribución he tratado de profundizar en dos aspectos diversos que ayuden a reflexionar al lector o lectora sobre tan magnífica obra.

## Referencias bibliográficas

- DEI VECCHI D. 2023. *Algunas dudas sobre la noción de aplicación de normas jurídicas en la obra de Giorgio Pino*, en «Diritto & Questioni Pubbliche», XXIII, 2023/2, 19 ss.
- GARCÍA-CARPINTERO M. 1996. *Las palabras, las ideas y las cosas: una presentación de la filosofía del lenguaje*. Ariel.
- GUASTINI R. 1999. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Gedisa.
- LEWIS D.K. 1969. *Convention: A Philosophical Study*. Wiley-Blackwell.
- LEWIS D.K. 1970. *General Semantics*, en «Synthese», 22 (1-2), 18 ss.
- LOJO A. 2022. *Los problemas epistemológicos de las reglas genuinas en «Positivismo jurídico ‘interno’» de María Cristina Redondo*, en «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 45, 523 ss.
- MORESO J.J. 2006. *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*. Editorial UOC.
- MORESO J.J. 2023. *Lekta nemo vidit unquam: Giorgio Pino sobre la interpretación en el derecho*, en «Diritto & Questioni Pubbliche», XXIII, 2023/2, 29 ss.
- NAVARRO P.E. 2023. *Interpretación, vaguedad y valoraciones*, en «Diritto & Questioni Pubbliche», XXIII, 2023/2, 43 ss.
- PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto*. Giappichelli.
- RAMÍREZ-LUDEÑA L. 2012. *El desvelo de la pesadilla. Una respuesta a “El escepticismo ante las reglas replanteado”*, en «Discusiones», 2012, 87 ss.
- RAMÍREZ-LUDEÑA L. 2024. *La actividad creativa en la interpretación en el derecho. Comentario a L'interpretazione nel diritto, de Giorgio Pino*, en «Diritto & Questioni Pubbliche», XXIV, 2024/1, 31 ss.
- SEARLE J.R. 2010 [2017]. *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*. Oxford University Press (Citado por la traducción de J. BOSTELMANN: *Creando el mundo social. La estructura de la civilización humana*. Paidós).
- SPEAKS J. 2021. *Theories of Meaning*, en E.N. ZALTA (ed.), «The Stanford Encyclopedia of Philosophy», Spring 2021 Edition. Disponible en <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/meaning/>.
- WITTGENSTEIN L. 1958 [1988]. *Philosophische Untersuchungen*. Citado por la traducción de A.G. SUÁREZ, y C.U. MOULINES, *Investigaciones filosóficas*. Instituto de Investigaciones Filosóficas. UNAM.

# Interpretar textos vs. interpretar prácticas

A propósito de la concepción de la interpretación de Giorgio Pino

Interpreting Texts vs. Interpreting Practices

On Giorgio Pino's Conception of Interpretation

**ÁNGELES RÓDENAS**

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante.

E-mail: [angeles.rodenas@ua.es](mailto:angeles.rodenas@ua.es)

## ABSTRACT

Tomando como punto de partida la distinción entre conceptos fundamentales y conceptos transversales, la autora trata de mostrar, en primer lugar, cómo la adhesión de Pino – más o menos explícita – a un determinado concepto de Derecho condiciona su concepción de la interpretación en tanto que problema filosófico-jurídico transversal. En segundo lugar, la autora esboza, a grandes pinceladas, cómo, partiendo de una concepción del Derecho radicalmente diferente a la de Pino: considerando el Derecho como un tipo de práctica social específica, es posible llegar a conclusiones completamente diferentes respecto de en qué consiste la actividad interpretativa y de cuál es el objeto central de la interpretación. Además, adoptar como punto de partida la idea del Derecho como práctica social permite a la autora atraer a un primer plano el papel de los principios jurídicos, revelando su función clave en la interpretación, en tanto que concepto fundamental que no puede ser minusvalorado. Así, sostiene que los principios desempeñan una importante función en la “interpretación metatextual”, que facilitan los criterios que permiten delimitar los casos claros y los difíciles, que permiten fijar los límites entre una interpretación declarativa, modificativa y creadora, o que condicionan necesariamente la corrección o incorrección de una interpretación.

Taking as a starting point the distinction between fundamental concepts and transversal concepts, the author tries to show, firstly, how Pino's – more or less explicit – adherence to a certain concept of law conditions his conception of interpretation as a *transversal* philosophical-legal problem. Secondly, the author outlines, in broad strokes, how, starting from a conception of law radically different from Pino's: considering law as a specific type of social practice, it is possible to reach completely different conclusions regarding what interpretative activity consists of and what the central object of interpretation is. Moreover, adopting the idea of law as a social practice as a starting point allows the author to focus on the role of legal principles, revealing their key function in interpretation as a fundamental concept that cannot be underestimated. Thus, she argues that principles play an important role in “metatextual interpretation”, that they provide the criteria for delimiting clear and difficult cases, that they make it possible to set the boundaries between a declarative, modifying and creative interpretation, or that they necessarily condition the correctness or incorrectness of an interpretation.

## KEYWORDS

interpretación, Pino (Giorgio), derecho como práctica social

interpretation, Pino (Giorgio), law as social practice

# Interpretar textos vs. interpretar prácticas

A propósito de la concepción de la interpretación de Giorgio Pino

ÁNGELES RÓDENAS

1. Introducción – 2. El concepto de interpretación como concepto transversal de la filosofía del Derecho – 3. De la naturaleza textual del derecho a la concepción textual de la interpretación – 3.1 La naturaleza textual del Derecho – 3.2 Las normas no preceden a la interpretación, sino que son su resultante – 3.3 La actividad interpretativa como actividad de atribuir significado a textos – 3.4 El objeto de la interpretación son textos escritos – 3.5 La interpretación textual como interpretación genuina – 4. Del Derecho como práctica social al carácter central de los principios en la interpretación – 4.1 El Derecho como un tipo de práctica social específica – 4.2 La actividad interpretativa como una forma de resolución de conflictos – 4.3 El objeto central de la interpretación: los propósitos de la práctica jurídica – 4.4 La centralidad de los principios en la interpretación – 4.5 Principios e interpretación metatextual – 4.6 Casos fáciles y casos difíciles – 4.7 Interpretación declarativa, modificativa y creativa – 4.8 La corrección de la interpretación.

## 1. Introducción

El libro de Giorgio Pino *L'interpretazione nel diritto* constituye una obra admirable. Su autor no solo nos suministra un conocimiento enciclopédico sobre la interpretación jurídica, sino que también navega fluidamente de unos problemas interpretativos a otros; fluidez que es reflejo de una cuidada sistemática interna. No creo exagerar si afirmo que el libro está destinado a convertirse en una obra de referencia en nuestra disciplina, indispensable para cualquier académico que se adentre en el problema de la interpretación jurídica.

Escoger el objeto de mi reflexión no me ha resultado tarea fácil. En primer lugar, porque el conocimiento de su autor de los problemas implicados en la interpretación es mucho más profundo que el mío – es mucho más lo que he aprendido leyéndolo de lo que ya sabía –. Y, en segundo lugar, porque me identifiqué con la concepción objetivista moderada de la interpretación que él defiende.

Sin embargo, ciertas premisas teóricas de Giorgio Pino, que influyen en su forma de abordar el problema de la interpretación jurídica, me han resultado algo desconcertantes. En estas páginas me ocuparé de tales premisas y del desenfoque inicial que la asunción de las mismas genera en su aproximación al fenómeno de la interpretación jurídica. Voy a tratar de mostrar cómo Pino, al asumir los elementos centrales del concepto de Derecho característicos de la tradición analítica en la que se ha formado<sup>1</sup>, no adopta el punto de partida más adecuado para el desarrollo de su concepción de la interpretación jurídica. Sin embargo, también creo que el balance final es francamente favorable a su empresa, ya que Pino, con gran destreza, supera este desenfoque inicial y logra redirigir la atención hacia los que – a mi juicio – constituyen genuinos problemas interpretativos; problemas que, como veremos, no pueden ser desatendidos en una propuesta de la envergadura que él plantea.

En la primera parte de este trabajo, tras recordar la distinción entre conceptos fundamentales y conceptos transversales, veremos cómo la adhesión de Pino a la tesis sobre la naturaleza esencialmente textual del Derecho determina cuatro de sus tesis centrales sobre la interpretación jurídica, en tanto que concepto jurídico transversal: su idea de que las normas no anteceden a la interpretación, sino que surgen como su resultado; su comprensión de la actividad interpretativa

<sup>1</sup> MORESO 2023.

como una actividad consistente en la asignación de significado a los textos; su idea de que el objeto de la interpretación son los textos escritos; y, finalmente, su consideración de la interpretación textual como la forma auténtica de interpretación. En la segunda parte de este trabajo esbozaré, a grandes pinceladas, cómo, partiendo de una concepción del Derecho radicalmente diferente: considerando el Derecho como un tipo de práctica social específica, es posible llegar a conclusiones completamente diferentes respecto de en qué consiste la actividad interpretativa y de cuál es el objeto central de la interpretación. Además, adoptar como punto de partida la idea del Derecho como práctica social permite atraer a un primer plano el papel de los principios jurídicos, revelando su función clave en la interpretación, en tanto que concepto fundamental que no puede ser minusvalorado. Así, sostendré que los principios desempeñan una importante función en la “interpretación metatextual”, que facilitan los criterios que permiten delimitar los casos claros y los difíciles, que permiten fijar los límites entre una interpretación declarativa, modificativa y creadora, o que condicionan necesariamente la corrección o incorrección de una interpretación.

## 2. *El concepto de interpretación como concepto transversal de la filosofía del Derecho*

En las páginas introductorias a su libro Giorgio Pino nos advierte de que el concepto de interpretación es un concepto central de la filosofía del Derecho, pero no fundamental. Que el concepto de interpretación sea un concepto central supone se trata de una noción “integrada” en los demás problemas de la teoría jurídica y “transversal” a ellos: es un concepto que presupone la adopción de un planteamiento respecto de otros enfoques filosóficos y jurídicos más profundos, pero que, sin embargo, está transversalmente presente en todos o muchos de los demás problemas de la filosofía del Derecho.

En cambio, Pino nos recuerda, siguiendo a Jori y a Pintore<sup>2</sup>, que los problemas filosófico-jurídico fundamentales son problemas cuyo tratamiento se prioriza conceptualmente sobre todos los demás, porque su solución condiciona de una u otra manera el tratamiento de los demás problemas filosófico-jurídicos. Paradigmáticamente

«la definición del concepto de derecho es un problema fundamental, porque una vez definido el concepto de derecho en un sentido y no en otro, esto condicionará la forma de “ver” todos los demás problemas y conceptos de la filosofía del derecho como el de norma, el de sistema jurídico, o, en lo que ahora nos concierne, el de interpretación»<sup>3</sup>.

Tomando como punto de partida esta distinción entre conceptos fundamentales y conceptos transversales, lo que voy a plantear es precisamente en qué medida la adhesión de Pino – más o menos explícita – a un determinado concepto de Derecho condiciona su concepción de la interpretación en tanto que problema filosófico-jurídico transversal.

## 3. *De la naturaleza textual del derecho a la concepción textual de la interpretación*

### 3.1. *La naturaleza textual del Derecho*

Aunque Pino no hace explícito en su libro cuál es su concepto de Derecho, sí insiste en que su aproximación al mismo toma como rasgo central su carácter de fenómeno lingüístico<sup>4</sup>. Para Pino

<sup>2</sup> JORI, PINTORE 2014 (citados por PINO 2012, 21).

<sup>3</sup> PINO 2021, 21 s (mi traducción).

<sup>4</sup> PINO 2021, 103.

el Derecho contemporáneo tendría una naturaleza esencialmente textual: «El Derecho – señala Pino – se origina en disposiciones genuinas que, mediante el proceso interpretativo, producen nuevos textos»<sup>5</sup>.

Seguidamente veremos cómo la adhesión de Pino a este concepto de Derecho, focalizado en su naturaleza textual, le lleva a adoptar determinadas asunciones teóricas que constituyen el punto de partida de su teoría de la interpretación: su idea de que las normas no anteceden a la interpretación, sino que surgen como su resultado; su comprensión de la actividad interpretativa como una actividad consistente en la asignación de significado a los textos; su idea de que el objeto de la interpretación son los textos escritos, y, finalmente, su priorización de la interpretación textual como la forma auténtica de interpretación.

### 3.2. *Las normas no preceden a la interpretación, sino que son su resultante*

Una primera consecuencia importante que se sigue de la adhesión de Giorgio Pino a un concepto de Derecho focalizado en su naturaleza textual es su asunción de que las normas no preceden a la interpretación, sino que son su resultado. Como esta cuestión peliaguda ha sido ya objeto de un examen crítico por parte de José Juan Moreso<sup>6</sup> y de Juan Ruiz Manero<sup>7</sup>, me limitaré a dejarla aquí señalada y a apuntar a una consecuencia que no me parece nada desdeñable: si las normas son el resultado de la interpretación, cabría preguntarnos por qué los órganos de aplicación del Derecho están vinculados por el significado de los textos que emanan de las autoridades legislativas; pregunta esta estrechamente conexas con el problema de la normatividad del Derecho.

Como es sabido, el análisis de la normatividad del Derecho constituye una de las aportaciones más relevantes de Hart a la Filosofía del Derecho. Para Hart, el Derecho está cimentado en una práctica social compleja, a saber, una práctica social normativa consistente en la aceptación de reglas sociales. Asimismo, Hart sostuvo que los sistemas jurídicos están basados en la práctica colectiva de los funcionarios públicos – en especial, de los jueces – mediante la cual aceptan una regla de reconocimiento que establece el principal criterio de validez jurídica<sup>8</sup>.

Pero Pino, al asumir la naturaleza textual del Derecho y desechar su caracterización como práctica social fundada en normas autoritativas, deja sin explicación por qué los órganos encargados de aplicar el Derecho están vinculados por el significado de los textos emanados de las autoridades legislativas de una manera en la que no lo está el receptor de un mensaje en un contexto ordinario de comunicación. Y, a su vez, al descuidar esta cuestión, Pino ignora una de las manifestaciones de un problema central de la filosofía del Derecho, como es el de su normatividad.

### 3.3. *La actividad interpretativa como actividad de atribuir significado a textos*

El hecho de que el Derecho moderno y contemporáneo desde hace al menos tres siglos sea predominantemente Derecho escrito, y el hecho de que la producción del Derecho tenga lugar a través de la producción de textos, lleva a Giorgio Pino a sostener que «la interpretación jurídica debe definirse, al menos en su caso paradigmático, como la actividad de atribuir significado a los textos, más que, por ejemplo, como la actividad de resolver problemas o de solucionar casos»<sup>9</sup>.

Por lo tanto, en consonancia con la esencia fundamentalmente textual del Derecho, Pino coloca el foco central de la actividad interpretativa en la atribución de significado a los textos.

<sup>5</sup> PINO 2021, 37 (mi traducción).

<sup>6</sup> MORESO 2023.

<sup>7</sup> RUIZ MANERO 2023.

<sup>8</sup> HART 2012.

<sup>9</sup> PINO 2021, 111 (mi traducción).

Por mi parte, en la segunda parte de este trabajo, intentaré mostrar cómo, cuando el Derecho se concibe esencialmente como una práctica social, la interpretación jurídica se debe caracterizar precisamente como el tipo de actividad rechazada por Pino *ab initio*: como una actividad encaminada a “resolver problemas o a solucionar casos”<sup>10</sup>.

### 3.4. El objeto de la interpretación son textos escritos

Concebir la actividad interpretativa como la actividad de atribuir significado a textos tiene consecuencias inmediatas en la determinación de cuál es el objeto de la actividad interpretativa. Pino es diáfano al señalar que el objeto de la interpretación son textos escritos y, en particular, se trata de disposiciones genuinas dotadas de una formulación textual en una fuente de derecho<sup>11</sup>.

«La unidad básica del proceso interpretativo (lo que típicamente es interpretado, aquello sobre lo que el intérprete se pregunta “¿qué significa?”) es un enunciado, es decir, un fragmento lingüístico de un texto normativo dotado de una estructura autónoma desde el punto de vista sintáctico-gramatical»<sup>12</sup>.

Pero si, alternativamente, el Derecho se concibe como una práctica social, el objeto de la interpretación jurídica – aquello que debe ser interpretado – se desliza inexorablemente, como trataré de mostrar en la segunda parte de este trabajo, de los textos jurídicos a las prácticas jurídicas.

Este desplazamiento tendría la importante ventaja de que permitiría un abordaje del concepto de interpretación jurídica en tanto que genuino concepto básico del Derecho<sup>13</sup>; desprovisto del rasgo contingente del carácter escrito del Derecho continental moderno y aplicable también a la tradición jurídica del *common law*, así como al Derecho consuetudinario, ya que éste no es deliberadamente creado o planificado. La idea de que el objeto de la interpretación son textos escritos casa mal con la tradición del *common law* y carece de sentido en relación el Derecho consuetudinario.

### 3.5. La interpretación textual como interpretación genuina

Que el objeto central de la interpretación sean textos escritos, lleva a Giorgio Pino a sostener que la interpretación textual representa el caso paradigmático de interpretación jurídica:

«Del hecho de que la interpretación jurídica se ocupe típicamente de textos deviene (autoevidentemente) que es típicamente un tipo textual de interpretación, y que, por lo tanto, en la interpretación jurídica asumen un rol central todas las cuestiones relacionadas con la dimensión lingüística de los textos que se han de interpretar»<sup>14</sup>.

De acuerdo con Pino, la interpretación textual no es sólo ni fundamentalmente un punto de partida para la actividad interpretativa, sino que constituye el tipo de interpretación genuina. Las otras actividades intelectuales de las que suele ir acompañada la interpretación textual, aunque diversamente entrelazadas con ella, no son interpretación en sentido estricto.

Afortunadamente Pino no echa en saco roto esa otra actividad interpretativa no genuina. Bien al contrario, una parte sustancial de su libro se ocupa de un amplio catálogo de problemas

<sup>10</sup> PINO 2021, 111 (mi traducción). Por mi parte, completaría esta caracterización preliminar añadiendo los siguientes matices: se trata de actividad *guiada por criterios convencionales* encaminada a resolver problemas o a solucionar casos *jurídicamente relevantes*.

<sup>11</sup> PINO 2021, 110.

<sup>12</sup> PINO 2021, 26 (mi traducción).

<sup>13</sup> AUSTIN 2002.

<sup>14</sup> PINO 2021, 8 (mi traducción).

de la interpretación que, de acuerdo con su propio criterio, no serían paradójicamente problemas “genuinos” de interpretación. Por ejemplo, Pino se ocupa extensamente de los problemas pragmáticos del lenguaje jurídico, de la interpretación manipulativa y la creativa, de la interpretación metatextual (esa interpretación que – dicho en sus propios y reveladores términos – bien antecede a la interpretación [*L’interpretazione prima dell’interpretazione*] o bien la sucede [*L’interpretazione dopo l’interpretazione*]).

Bien al contrario, son esos otros problemas “no genuinos” de la interpretación jurídica los que centran el interés de nuestro autor y es su abordaje lo que vuelve tan útil y esclarecedor su libro. Lo que pretendo destacar no es por lo tanto que Pino desatienda esos otros problemas interpretativos, sino la paradoja que encierra el que, pese a que no los considere como genuinos problemas, focalice su atención en ellos. Dicho en otros términos, el análisis que Pino lleva a cabo en su libro de todos esos problemas – a su juicio – “no genuinos” de la interpretación sobrepasa con creces el restringido marco teórico al que le debiera haber llevado la adopción de un concepto de Derecho apegado a su naturaleza textual.

#### 4. *Del Derecho como práctica social al carácter central de los principios en la interpretación*

##### 4.1. *El Derecho como un tipo de práctica social específica*

Naturalmente, no existe algo así como el concepto “verdadero” de Derecho: sencillamente existen conceptos de Derecho que son más útiles que otros y esa utilidad dependerá de cuál sea el propósito que nos ocupe. A mi juicio, si el problema que nos ocupa es el de la interpretación jurídica, resulta mucho más productivo concebir el Derecho como un tipo específico de práctica social que entenderlo estrictamente como textos.

Numerosos filósofos de la segunda mitad del siglo pasado, sobre todo pertenecientes a la tradición jurídica angloamericana, han coincidido en sostener que el Derecho tiene un fundamento convencional o que está íntimamente ligado a la práctica social<sup>15</sup>. Cuando se afirma que el Derecho es una práctica social se reconoce que el Derecho no sólo consiste en un conjunto de normas abstractas, sino que está arraigado en las interacciones y dinámicas sociales<sup>16</sup>. Inicialmente, la versión más refinada de la tesis sobre la convencionalidad del Derecho la encontramos en Hart. Como he señalado unas líneas más arriba, Hart argumentó que los sistemas jurídicos se fundamentan en la práctica colectiva de los funcionarios públicos, especialmente los jueces, quienes aceptan una regla de reconocimiento que establece el criterio principal de validez jurídica. Posteriormente una gran cantidad de autores han defendido diferentes versiones de la idea de que el Derecho es un tipo de práctica social. Por ejemplo, MacIntyre concibe el Derecho como una «forma de actividad humana cooperativa socialmente establecida a través de la cual son realizados bienes internos a esa forma de actividad»<sup>17</sup>. Desde posiciones netamente antipositivistas, Dworkin, en *Law’s Empire*, argumenta que el Derecho es una empresa interpretativa que se desarrolla dentro de una comunidad jurídica y discute cómo los jueces participan en una “cadena de justificación” en la que consideran los principios jurídicos y los precedentes para llegar a decisiones coherentes y

<sup>15</sup> Paso por alto la tradición del realismo jurídico americano que, en sus versiones menos radicales, ya había defendido esta tesis mucho antes. Por ejemplo, Oliver Wendell Holmes sostenía que el Derecho debe ser visto como una empresa social en constante evolución, influida por las circunstancias cambiantes de la sociedad y la necesidad de adaptarse a nuevas realidades. Roscoe Pound, por su parte, mantenía que el Derecho debe ser comprendido como una forma de regulación social que busca promover el orden y la justicia en la sociedad. Pound defendía la importancia de examinar cómo el Derecho opera en la práctica y cómo afecta a las relaciones sociales.

<sup>16</sup> POSTEMA 2011, 483 ss.

<sup>17</sup> MACINTYRE 1985, 187 (mi traducción).

justas<sup>18</sup>. Esta actividad interpretativa, según Dworkin, refleja la naturaleza social del Derecho, ya que implica la aplicación de normas y principios compartidos dentro de una comunidad jurídica. Por su parte, Jules Coleman, desde postulados claramente positivistas, ha sostenido que «el Derecho es posible gracias a una convergencia interdependiente de comportamiento y actitud: lo que podríamos considerar como un “acuerdo” entre individuos expresado en una regla social o convencional»<sup>19</sup>.

Avanzando hacia manifestaciones más refinadas de esta forma de concebir el Derecho, ya en la presente centuria, Shapiro ha sostenido que «la actividad jurídica es una actividad de planeamiento social»<sup>20</sup>. De acuerdo con su teoría, los planes son normas, esto es «entidades proposicionales abstractas que exigen, permiten o autorizan a los individuos a actuar o no actuar, de ciertas maneras bajo ciertas condiciones»<sup>21</sup>. Por su parte, Summers, ha propuesto una aproximación al Derecho centrada en su forma [*form-oriented approach*], de manera que el Derecho constituiría una organización sistemática intencionada [*purposive systematic arrangement*], desplazando el elemento central de análisis de la teoría del Derecho del estudio de las normas jurídicas al de la forma Summers concibe el Derecho como un fenómeno dinámico, como una herramienta destinada a la consecución de ciertos fines, como una actividad o empresa<sup>22</sup>. Y ya para concluir, más recientemente, una serie de autores como Burazin, Ehrenberg, Popović o Fernández Alle<sup>23</sup> consideran el Derecho como como un instrumento técnico creado para cumplir una función en sociedad, de ahí que (siguiendo las aportaciones de Risto Hilpinen, Mark Murphy, Beth Preston y Amie Thomasson, entre otros) se refieran al Derecho como un “artefacto”. Que el ordenamiento jurídico tenga carácter de artefacto significa que es objeto de una serie de decisiones humanas de aprobación y puesta en funcionamiento con *finalidades preestablecidas*, para que ejerza efectos en los destinatarios<sup>24</sup>.

Precisemos ahora algo más en qué medida concebir el Derecho como un tipo específico de práctica social desplaza el núcleo gravitacional de la interpretación de los textos a las prácticas jurídicas.

#### 4.2. La actividad interpretativa como una forma de resolución de conflictos

Si el Derecho tiene una naturaleza social, no parece que la actividad interpretativa resulte correctamente caracterizada sólo, ni fundamentalmente, como una actividad consistente en atribuir significado a un texto. Por el contrario, la idea descartada *ab initio* por Pino de que la interpretación sea una actividad encaminada a resolver problemas o a solucionar casos merece ser rescatada. Interpretar un texto consiste básicamente en decodificar el mensaje del emisor, pero interpretar una práctica social es diferente. En paralelo a la comprensión del Derecho como una práctica social específica, la interpretación se concibe como la actividad, guiada por criterios convencionales, que se encamina a resolver problemas o a solucionar casos con relevancia jurídica.

#### 4.3. El objeto central de la interpretación: los propósitos de la práctica jurídica

Concebir el Derecho como un tipo específico de práctica social nos debe llevar entonces a desplazar el objeto central de la interpretación de los textos jurídicos a los propósitos a los que sirve la práctica jurídica: sin el esclarecimiento de los propósitos del Derecho, bien sea generales

<sup>18</sup> DWORKIN 1998.

<sup>19</sup> COLEMAN 1998, 383 (mi traducción).

<sup>20</sup> SHAPIRO 2002, 195 (mi traducción).

<sup>21</sup> SHAPIRO 2011, 127(mi traducción).

<sup>22</sup> SUMMERS 2006.

<sup>23</sup> BURAZIN 2022, 4-14; EHRENBURG 2022, 17-19; POPOVIĆ 2022, 90-98 y FERNÁNDEZ ALLE 2022, 164-169.

<sup>24</sup> El énfasis es mío.

o bien específicos<sup>25</sup>, éste resulta ininteligible. Así, por ejemplo, Summers, coherentemente con su propuesta de concebir el ordenamiento jurídico como forma, postula que un primer paso en el análisis formal del Derecho consiste en la determinación de los propósitos a los que sirven las unidades que lo componen. Por su parte, Shapiro, centrando la cuestión en el problema de la normatividad del Derecho al que anteriormente me he referido, sostiene que, puesto que la actividad jurídica es una actividad de planeamiento social (recordemos que Shapiro postula que las normas jurídicas son planes), las normas generan normatividad en razón de ciertos principios de racionalidad instrumental<sup>26</sup>.

Desplazar el objeto central de la interpretación de los textos jurídicos a los propósitos a los que sirve la práctica jurídica no significa, naturalmente, que los textos y su significado no deban ser atendidos; por el contrario, son un punto de partida necesario de la actividad interpretativa. Precisamente porque la práctica social a la que llamamos Derecho se caracteriza por el empleo de reglas de mandato que pretenden la resolución autoritativa de las disputas<sup>27</sup> es por lo que el punto de partida de la actividad interpretativa debe situarse en los textos dotados de autoridad. Pero de ahí a entender que los textos son el objeto central de la interpretación hay un trecho muy largo.

#### 4.4. La centralidad de los principios en la interpretación

Si el objeto central de la interpretación no son tanto los textos jurídicos como los propósitos a los que sirve la práctica jurídica, cabe preguntarnos por tales propósitos. A este respecto, conviene empezar por diferenciar entre los propósitos generales del Derecho<sup>28</sup> y los propósitos específicos de una determinada institución jurídica<sup>29</sup>.

Los propósitos del Derecho, sean estos generales o específicos, son inescindibles del entramado de valores jurídicos a los que la práctica jurídica sirve. Los valores jurídicos tienen, de un lado, una dimensión material o sustantiva, pero también otra dimensión institucional: mediante los valores jurídicos protegemos bienes que consideramos valiosos para el desarrollo del plan de vida de las personas, pero también el funcionamiento del marco institucional necesario para la pervivencia y la funcionalidad del propio Derecho<sup>30</sup>. Los valores jurídicos se materializan en el Derecho en el nivel constitucional en diversos tipos de principios jurídicos que ilustran la idea de lo que vengo llamando “propósitos generales”: por un lado, en forma de derechos fundamentales y de directrices que fijan los objetivos sustantivos de las políticas públicas, y, por otro lado, en forma de principios institucionales, como el principio de jerarquía normativa o el de deferencia al legislador.

Ahora bien, los principios jurídicos no sólo desempeñan un papel central en la interpretación constitucional. También hay principios jurídicos con un alcance mucho más circunscrito, pero igualmente determinantes para la interpretación jurídica dentro de su ámbito específico. Se trata de principios que guían e ilustran el funcionamiento de un sector o subsector del ordenamiento jurídico como, por ejemplo, el principio de autonomía de la voluntad en los negocios jurídicos o el principio de irretroactividad de las normas desfavorables en el Derecho Penal.

Por cierto que la importancia de los principios para dar cuenta del funcionamiento de un sector o subsector del ordenamiento jurídico no es algo que pasara inadvertido a un positivista tan formalista como el primer Ihering. El Ihering de *El espíritu del Derecho Romano*<sup>31</sup> sostenía, a

<sup>25</sup> En breve aclararé qué entiendo por “propósitos generales” y por “propósitos específicos” del Derecho.

<sup>26</sup> SHAPIRO 2011, 182.

<sup>27</sup> RAZ 1991.

<sup>28</sup> La conocida tesis hartiana de «el contenido mínimo de derecho natural» puede ser interpretada en esta clave. HART 2012.

<sup>29</sup> Un buen ejemplo de lo cual sería la propuesta de Ihering, a la que en breve me referiré, de búsqueda de los principios «que explican la existencia de cada concepto jurídico» (mi traducción).

<sup>30</sup> RÓDENAS 2018.

<sup>31</sup> IHERING 1998.

propósito del método jurídico, que la simplificación cuantitativa de los materiales jurídicos requiere encontrar un principio que explique la existencia de cada concepto jurídico. Cuando varios conceptos se explican por un mismo principio, ello nos permite reagruparlos mediante un procedimiento que él llamaba de “concentración lógica”.

En suma, los principios se manifiestan como los elementos determinantes que dotan de sentido a nuestras prácticas jurídicas, tanto en el nivel constitucional, como en relación con sectores o subsectores del ordenamiento jurídico mucho más circunscritos. Interpretar el Derecho requiere interpretar los textos jurídicos a la luz de ese entramado de principios.

Lo que estoy sugiriendo no es que los principios jurídicos sean la llave maestra que resuelva cualquier problema de interpretación. Una asunción de estas características supondría abrazar lo que Pino denomina un “objetivismo radical”. Coincido plenamente con las razones expuestas por Pino a favor de un objetivismo moderado en la interpretación. Creo que la línea roja de la actividad interpretativa llega hasta donde son posibles los consensos respecto de esa “zona de certeza” de la aplicación de las normas a la que Pino alude. Pero yo añadiría que los consensos respecto de esa “zona de certeza” dependen de la posibilidad de alcanzar un acuerdo respecto de los principios que son aplicables a un caso y, cuando hay un conflicto entre los principios aplicables a un caso, de la posibilidad de lograr un acuerdo sobre cuál de ellos tiene un peso determinante<sup>32</sup>.

A mi juicio, los principios jurídicos tienen una relevancia central a la hora de dar cuenta de los problemas básicos involucrados en la interpretación. Los principios jurídicos dotan de significado a nuestras prácticas jurídicas, las vertebran y orientan su funcionamiento. Por lo tanto, los principios jurídicos constituyen una potente herramienta reconstructiva de una gran cantidad de problemas heterogéneos implicados en la interpretación.

Pino podría objetar, con toda razón, que en su libro sí se ocupa específicamente de los principios. Efectivamente, al exponer los argumentos sistemáticos, Pino diferencia un tipo específico de argumento sistemático, al que denomina “argumento de principios”<sup>33</sup>. Pero, a mi juicio, el papel de los principios en la interpretación no puede quedar relegado al de una modalidad de argumento sistemático. Por el contrario, como acabo de indicar, los principios son un elemento transversal que desempeña un papel central en la explicación y comprensión de los principales problemas implicados en la interpretación.

En los siguientes apartados pondré algunos ejemplos de la relevancia de los principios para dar cuenta de algunos de los principales problemas que Pino se plantea en su libro.

#### 4.5. Principios e interpretación metatextual

Empezaré por lo que Giorgio Pino denomina «la interpretación (metatextual) que antecede a la interpretación» [*L'interpretazione prima dell'interpretazione*], Pino señala acertadamente que

«la individualización de la disposición a interpretar puede, en algunos casos, presentar un perfil problemático que involucre una tarea interpretativa en sentido amplio». [Tal cosa sucede] «siempre que la asociación entre un (tipo de) caso y una determinada disposición no sea casi automáticamente obvia. En estos casos el intérprete buscará normalmente la disposición en el sector o subsector del ordenamiento jurídico que le parezca relevante sobre la base de su comprensión inicial del problema jurídico a resolver»<sup>34</sup>.

A mi juicio, dada la función que ostentan los principios de guía y vertebración de nuestras prácticas jurídicas, son los principios los que suministran al intérprete criterios racionales para

<sup>32</sup> RÓDENAS 2012.

<sup>33</sup> PINO 2021, 292.

<sup>34</sup> PINO 2021, 225 s. (mi traducción).

orientar la selección de los textos jurídicos cuando ésta no resulta obvia, facilitándole la formulación de hipótesis sobre la relevancia de una disposición en un caso específico, basadas en una genuina sistemática del Derecho y no en las preferencias personales del intérprete.

Todavía más claramente se pone de manifiesto la transversalidad de los principios respecto de los problemas interpretativos en lo que Pino denomina la interpretación (metatextual) que sucede a la interpretación [*L'interpretazione dopo l'interpretazione*]. La construcción de microsistemas, la detección de lagunas normativas<sup>35</sup> y su colmado, la integración analógica, la ponderación, etc. son todas ellas operaciones que involucran diversos usos argumentativos de los principios jurídicos.

#### 4.6. Casos fáciles y casos difíciles

Vayamos ahora a la distinción entre casos claros y casos difíciles. Respecto de los casos claros, Pino sostiene que

«un caso es fácil cuando los argumentos interpretativos disponibles (incluida cualquier pauta interpretativa establecida) apuntan inequívocamente hacia la confirmación del significado *prima facie*, o hacia su modificación en una determinada dirección. La calificación “inequívocamente” significa que, en tales casos, cualquier argumento que apunte en una dirección diferente aparece como engañoso, irrazonable, falso, incoherente, infundado»<sup>36</sup>.

Coincido con Pino en que no sólo pueden ser considerados como casos fáciles aquellos en los que se confirma el significado *prima facie* de un texto, y también en que hay criterios de racionalidad que orientan la modificación del significado del texto.

Coincido también con él en que «la interpretación opera incluso en los casos fáciles: no hay nada automático – señala Pino – en identificar un caso como fácil, incluso la decisión de un caso fácil requiere pasar por la fase reflexiva de la actividad interpretativa»<sup>37</sup>.

Pero, si tanto la confirmación del significado *prima facie* de un texto como su modificación requieren el desarrollo una actividad interpretativa reflexiva, ¿cuáles son los criterios racionales que gobiernan dicha actividad? O, lo que es lo mismo, ¿cuándo los argumentos sobre si un caso es fácil o no lo es pueden ser calificados “inequívocamente” como “engañosos, irrazonables, falsos, incoherentes, o infundados”?<sup>38</sup>

Creo que la respuesta a esta cuestión exige tener en cuenta ese entramado de principios que dotan de significado a la práctica jurídica al que vengo refiriéndome. Como ya he adelantado, que un caso sea fácil o que no lo sea dependerá de la posibilidad de alcanzar un acuerdo respecto de los principios que son aplicables a tal caso y, cuando hay un conflicto entre los principios aplicables, de la posibilidad de lograr un acuerdo sobre el peso relativo que se debe atribuir a cada uno de ellos.

A la inversa, la noción de principio se revela también como una importante herramienta teórica para esclarecer cuándo estamos ante un caso difícil. Los casos difíciles son definidos por Pino como: «los casos en los que la transformación interpretativa con respecto al significado *prima facie* está abierta a múltiples soluciones, a diferentes posibilidades, a elecciones que no pueden considerarse pacíficas»<sup>39</sup>.

Esa multiplicidad de soluciones, posibilidades o elecciones que no pueden ser consideradas pacíficas podría ser explicada, acudiendo de nuevo a los principios, como la imposibilidad para alcanzar un consenso respecto de los principios que son aplicables a un caso y, si hubiera un

<sup>35</sup> RUIZ MANERO 2005.

<sup>36</sup> PINO 2021, 218 (mi traducción).

<sup>37</sup> PINO 2021, 218 (mi traducción).

<sup>38</sup> PINO 2021, 218 (mi traducción).

<sup>39</sup> PINO 2021, 218 (mi traducción).

conflicto entre los principios aplicables a un caso, como la imposibilidad de lograr un consenso sobre cuál de ellos tiene un peso determinante. Por ejemplo, en el célebre caso de la prohibición de vehículos en un parque, la solución sobre si una bicicleta puede o no atravesarlo sólo podría ser pacífica – y el caso ser considerado fácil – si resulta posible alcanzar un consenso sobre cuál es la finalidad de la prohibición.

#### 4.7. Interpretación declarativa, modificativa y creativa

También la noción de principio jurídico puede resultar muy esclarecedora para dar cuenta de distinciones tradicionales de la dogmática jurídica. Un claro ejemplo de ello es la distinción entre la interpretación declarativa, la modificativa y la creativa, de la que Pino se ocupa en el cuarto capítulo de su libro.

Dicho de manera muy tentativa, yo diría que mientras que la interpretación declarativa no precisa ir más allá de los principios que sirven de fundamento una formulación normativa, una interpretación modificativa sí va más allá de los principios que fundamentan la formulación normativa, ya que toma en consideración, además, otros principios jurídicos que, aunque no formen parte de la justificación subyacente a la formulación, sí resultan aplicables al caso. Una instancia clara de lo que pretendo señalar se produce cuando resulta necesario introducir una excepción en la formulación de una disposición normativa debido a la relevancia de un principio que no había sido tenido en cuenta en el balance entre principios subyacente a la formulación<sup>40</sup>.

Por su parte, la diferencia entre la interpretación meramente modificativa y la creativa no radicaría en el mayor o menor alejamiento de la interpretación resultante respecto de la literalidad, como Pino sostiene, sino en la posibilidad de alcanzar o no un consenso respecto de los principios que son aplicables al caso en cuestión y, cuando hay un conflicto entre los principios aplicables, de la posibilidad de lograr un acuerdo sobre el peso relativo que se debe atribuir a cada uno de ellos<sup>41</sup>.

#### 4.8. La corrección de la interpretación

La adopción por parte de Giorgio Pino de un concepto de Derecho que toma como eje central su naturaleza textual tiene también consecuencias respecto de algunas de sus asunciones a propósito de la interpretación correcta. De acuerdo con Pino, la corrección de una interpretación se determina en función de su mayor o menor alejamiento respecto del significado literal de una disposición:

«En principio, una interpretación que muestra continuidad con el dato textual objeto de la actividad interpretativa es correcta: desde este punto de vista, una interpretación puede presentarse como una manera (diversa, mejor, más clara, más adecuada, etc.) de decir lo mismo que el texto a interpretar, que no presenta una desviación demasiado marcada de su significado obvio».

No obstante, Pino también señala que...

«incluso las interpretaciones que presentan una desviación pronunciada pueden seguir considerándose correctas, si la vía argumentativa empleada es convincente, si la justificación es sólida, ya que, a medida que aumenta la distancia con respecto al dato textual, también lo hace la carga de la argumentación»<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> RÓDENAS 2012, 107 s.

<sup>41</sup> RÓDENAS 2012, 107 s.

<sup>42</sup> PINO 2021, 333-335 (mi traducción).

Estoy de acuerdo con Pino en que, a medida que aumenta la distancia con respecto al dato textual, también el peso de la argumentación debe ser mayor. Hay buenas razones institucionales, vinculadas a nuestra consideración de los mandatos provenientes del legislador como razones dotadas de una específica fuerza normativa, que justifican que la carga de la argumentación aumente conforme nos alejamos del significado literal de una disposición. Pero que la carga argumentativa sea mayor o menor es diferente de que la interpretación literal sea en principio la correcta. La mayor corrección de una interpretación no se determina en función del mayor o menor alejamiento respecto del significado obvio de una disposición. La interpretación obvia no tiene por qué ser la interpretación correcta. Que alejarnos de la literalidad nos obligue a argumentar más no significa que nos estemos distanciando de la interpretación correcta. Por el contrario, una interpretación alejada de la literalidad, como la que pudo haber llevado al tribunal en el célebre caso *Riggs vs. Palmer* al excluir al nieto homicida del legado de su abuelo, es una interpretación correcta porque es coherente con los principios que dotan de sentido a la práctica jurídica norteamericana; mientras que si el tribunal hubiera hecho una interpretación literal de las disposiciones sucesorias del Estado de Nueva York, su interpretación no hubiera sido correcta.

Discrepo con Pino en su afirmación de que no existen criterios objetivos para medir la corrección de los argumentos. Ciertamente, tal como Pino sostiene, los argumentos jurídicos no son rigurosos lógicamente, pero esto no nos aboca a concluir – como él hace – que «una argumentación jurídica sólo puede ser más o menos convincente, sólida, “fuerte”, sobre la base de argumentos en gran medida contextuales y hasta cierto punto discutibles»<sup>43</sup>.

En conclusión, los criterios de objetividad de una interpretación descansan en el entramado de principios que dotan de significado al conjunto de una práctica jurídica o a un sector o subsector de esta. A mi juicio, la corrección o no de una interpretación dependerá de si es posible alcanzar un consenso respecto de los principios que son aplicables al caso y, si se produjera un conflicto entre varios principios aplicables al caso, de si es posible el consenso respecto del peso relativo que se debe atribuir a cada uno de ellos.

<sup>43</sup> PINO 2021, 335 (mi traducción).

*Referencias bibliográficas*

- AUSTIN J. 2002 [1885]. *Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of Positive Law*, CAMPBELL R. (ed.), Thoemmes Press (4th edition).
- BURAZIN L. 2022. *Legal Systems as Abstract Artifacts*, en BURAZIN L., HIMMA K.E., ROVERSI C., BANAS P. (eds.) *The Artifactual Nature of Law*, Edward Elgar Publishing, 1 ss.
- COLEMAN J. 1998. *Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis*, en «Legal Theory» 4, 1998, 381 ss.
- DWORKIN R. 1998. *Law's Empire*, Hart Publishing.
- EHERENBERG K. 2016. *The Functions of Law*, Oxford University Press.
- EHERENBERG K. 2022. *Intentions in Artifactual Understandings of Law*, en BURAZIN L., HIMMA K.E., ROVERSI C., BANAS P. (eds.), *The Artifactual Nature of Law*, Edward Elgar Publishing, 16 ss.
- FERNÁNDEZ ALLE L. 2022. *On the Reference of Artifactual Kind Terms in Legal Discourse*, en BURAZIN L., HIMMA K.E., ROVERSI C., BANAS P. (eds.), *The Artifactual Nature of Law*, Edward Elgar Publishing, 162 ss.
- HART H.L.A. 2012. *The Concept of Law*, RAZ J., BULLOCHES P.A. (eds.), Clarendon Law Series (3rd edition).
- IHERING R. VON. 1998. *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, Comares (2nd edition).
- JORI M., PINTORE A. 2014. *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giappichelli.
- MACINTYRE A. 1985. *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Duckworth (2nd edition).
- MORESO J.J. 2023. *Lekta nemo vidit unquam. Giorgio Pino sobre la interpretación en el derecho*, en «Diritto & Questioni Pubbliche», 2023, XXVII, 29 ss.
- PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli.
- POPOVIĆ P. 2022. *Both Directions at Once? A Thomistic Response to the Artifactual Theory of Law*, en BURAZIN L., HIMMA K.E., ROVERSI C., BANAS P. (eds.), *The Artifactual Nature of Law*, Edward Elgar Publishing, 89 ss.
- POSTEMA G. 2011. *Conventions and the Foundations of Law*, en POSTEMA G. (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 11, Springer, 483 ss.
- RAZ J. 1991. *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales (trad. de Ruiz Manero).
- RÓDENAS A. 2012. *Los Intersticios del Derecho*, Marcial Pons.
- RÓDENAS A. 2018. *¿Pueden ser derrotados los derechos humanos? Derechos fundamentales versus principios institucionales*, en RÓDENAS A. (ed.) *Repensar los derechos humanos*, Palestra, 141 ss.
- RUIZ MANERO J. 2005. *Algunas concepciones del derecho y sus lagunas*, en ATRIA F. et al. (eds.), *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Marcial Pons.
- RUIZ MANERO J. 2023. *Sobre el libro del Giorgio Pino L'interpretazione nel diritto*, en «Diritto & Questioni Pubbliche», 2023, XXIII, 57 ss.
- SHAPIRO S. 2002. *Law, Plans, and Practical Reason*, en «Legal Theory», 8, 2002, 387 ss.
- SHAPIRO S. 2011. *Legality*, Harvard University Press.
- SUMMERS R.S. 2006. *Form and Function in a Legal System. A General Study*, Cambridge University Press.



# La actividad creativa en la interpretación en el derecho

## Comentario a *L'interpretazione nel diritto*, de Giorgio Pino

Creative activity in interpretation in law

Comments on Giorgio Pino's book *L'interpretazione nel diritto*

LORENA **RAMÍREZ-LUDEÑA**

Assistant lecturer, Department de dret, Universitat Pompeu Fabra, Barcellona.

E-mail: [lorena.ramirez@upf.edu](mailto:lorena.ramirez@upf.edu)

### ABSTRACT

El texto introduce cinco consideraciones críticas al excelente libro de Giorgio Pino *L'interpretazione nel diritto*. En primer lugar, se analiza si puede entenderse que la aplicación como actividad en concreto es una actividad no interpretativa (como Pino sostiene), y cómo ello incide en distinciones relevantes como la que existe entre la ambigüedad y la vaguedad. A continuación, el texto apunta al modo en que Pino plantea la distinción entre las concepciones de la interpretación jurídica, en particular a su forma de presentar la posición del escepticismo moderado y a cómo deberíamos entender el propio posicionamiento de Pino. En tercer lugar, se exponen algunas dudas acerca de la concepción semántica que subyace a los planteamientos del autor. Y se aborda, en cuarto lugar, la cuestión de la ideología subyacente a la interpretación, poniendo de manifiesto los compromisos asumidos por Pino en este ámbito. Finalmente, se analiza críticamente lo que el autor plantea acerca de la creatividad pragmática y el rol de los intérpretes en la conformación del derecho positivo. Estos comentarios marginales me permitirán adentrarme en *L'interpretazione nel diritto* explorando en cada ámbito la difícil cuestión de la determinación de la actividad creativa que se ve involucrada en la actividad interpretativa.

The text presents five critical reflections on Giorgio Pino's excellent book *L'interpretazione nel diritto*. First, I analyze whether *in concreto* application can be understood to be a non-interpretative activity (as Pino claims) and how this affects relevant distinctions such as that between ambiguity and vagueness. Next, the text addresses the way in which Pino presents the distinction among conceptions of legal interpretation, in particular the way in which he presents the position of moderate skepticism and how we should understand Pino's own position. Third, some doubts are raised about the semantic conception underlying the author's approaches. Fourthly, the question of the ideology underlying the interpretation is addressed, emphasizing the commitments made by Pino in this area. Finally, it critically analyses what the author proposes about pragmatic creativity and the role of interpreters in shaping positive law. These marginal notes will allow me to delve deeper into *L'interpretazione nel diritto* by examining, in each area, the difficult question of determining the creative activity involved in interpretive activity.

### KEYWORDS

interpretación, aplicación, creación, concepciones de la interpretación jurídica, semántica, ideología

interpretation, application, creation, conceptions over legal interpretation, semantics, ideology

# La actividad creativa en la interpretación en el derecho

## Comentario a *L'interpretazione nel diritto*, de Giorgio Pino

LORENA RAMÍREZ-LUDEÑA

1. *Introducción* – 2. *Interpretación y aplicación* – 3. *Las concepciones de la interpretación jurídica* – 4. *¿Qué concepción semántica adopta Pino?* – 4.1. *Las nuevas teorías de la referencia* – 4.2. *La flexibilidad semántica* – 5. *La ideología jurídica* – 6. *La creatividad pragmática*.

### 1. *Introducción*

Estoy muy contenta de poder participar en esta discusión del excelente libro *L'interpretazione nel diritto* de Giorgio Pino<sup>1</sup>, quien es sin duda todo un referente a la hora de abordar las cuestiones relativas a la interpretación en el derecho. El libro constituye un material ineludible para formarse y profundizar en la temática, pues analiza con inteligencia y exhaustividad cuestiones de capital importancia, como el propio concepto de interpretación, las teorías de la interpretación, el rol de la ideología o su relación y delimitación con la actividad creativa.

Son muchas las cuestiones que comparto del trabajo de Pino, y muy numerosas las que podría destacar aquí ensalzando cuán clarificadoras resultan. No obstante, en este breve comentario crítico me limitaré a plantear sucintamente algunas dudas menores, con el propósito de profundizar en algunos aspectos planteados en el libro, lo que pone de manifiesto lo enriquecedora y sugerente que resulta la lectura del trabajo que nos ocupa. En primer lugar, me referiré a si puede entenderse que la aplicación como actividad en concreto es una actividad no interpretativa como Pino sostiene, y cómo ello incide en distinciones relevantes como la que existe entre la ambigüedad y la vaguedad. A continuación, me referiré al modo en que plantea la distinción entre las concepciones de la interpretación jurídica, en particular a su forma de presentar la posición del escepticismo moderado y a cómo deberíamos entender el propio posicionamiento de Pino. En tercer lugar, expondré algunas dudas acerca de la concepción semántica que subyace a los planteamientos del autor. Entonces abordaré, en cuarto lugar, la cuestión de la ideología subyacente a la interpretación, poniendo de manifiesto los compromisos asumidos por Pino en este ámbito. Finalmente, analizaré críticamente lo que el autor plantea acerca de la creatividad pragmática y el rol de los intérpretes en la conformación del derecho positivo. Estos comentarios marginales me permitirán adentrarme en *L'interpretazione nel diritto*, explorando en cada ámbito la difícil cuestión de la determinación de la actividad creativa que se ve involucrada en la actividad interpretativa.

### 2. *Interpretación y aplicación*

De acuerdo con lo que sostiene explícitamente en el capítulo II de su libro, Pino entiende la actividad interpretativa como orientada a la determinación de la norma expresada por la disposición. Esa norma está conformada por un supuesto de hecho (un caso genérico) y una determinada consecuencia jurídica. De acuerdo con el autor, aunque estén relacionadas, la interpretación debe ser distinguida de la aplicación (apartado 4, cap. II), que consiste en usar una

\* Agradezco a Alba Lojo y Jose Juan Moreso sus comentarios a una versión previa de este trabajo.

<sup>1</sup> PINO 2021.

norma para decidir un caso. Si nos centramos en esta última, la aplicación como actividad es un razonamiento cuyo primer paso consiste en una subsunción, vinculando un caso al supuesto de hecho de una norma y cuyo segundo paso consiste en asociar las consecuencias jurídicas previstas. Respecto del primer paso (subsunción), la aplicación como actividad puede llevarse a cabo en abstracto o en concreto. La aplicación en abstracto incluye una subsunción genérica que reconduce un supuesto de hecho abstracto a otro más amplio. En cambio, la aplicación en concreto involucra una subsunción individual y, señala Pino, no conlleva una interpretación. Esto es así en la medida en que, según el autor, ya ha concluido el proceso de abstracción que involucra casos genéricos y porque, en caso de aceptarse que la aplicación en concreto supone una interpretación, habría que admitir entonces que se estaría cambiando el significado al resolver casos concretos. En contraste, de acuerdo con Pino la subsunción genérica sí forma parte del proceso interpretativo.

Creo que lo anterior puede cuestionarse si se atiende a lo que ocurre cuando nos enfrentamos a problemas de vaguedad, en que sí diríamos que hay interpretación y cuya resolución muchas veces involucra casos concretos y jueces. Por ejemplo, lo anterior se produce cuando, a raíz de un caso concreto, un juez determina que la disposición “Está prohibido el ingreso con perros al restaurante” significa que no se puede ingresar al restaurante incluso con perros lazarillos<sup>2</sup>. En este ámbito, nos enfrentamos a casos, reales o imaginarios, y se moldea la interpretación en abstracto, lo que pone de manifiesto que resulta contraintuitivo establecer una diferencia tajante entre la aplicación en abstracto, que sí supondría interpretar, y la aplicación en concreto. Parece más adecuado, en cambio, asumir que *la resolución de casos específicos cuando se resuelven problemas de vaguedad conlleva una lectura, explícita o no, de la normativa*, configurándose de un determinado modo el caso genérico y por tanto la norma expresada por la disposición<sup>3</sup>. Esto además parece ser más congruente con el rol que Pino confiere (por ejemplo, a lo largo del cap. X) a las interpretaciones de los jueces, que causan estado y tienen un efecto integrador si persisten.

No obstante, aceptar que la aplicación en concreto conlleva un compromiso con una determinada lectura de la disposición tiene implicaciones respecto a distinciones que Pino quiere trazar, como la existente entre los problemas de *ambigüedad* y *vaguedad*, y que traza explícitamente en el capítulo V. De acuerdo con el autor, en los casos de ambigüedad se ven involucrados casos genéricos y se escoge entre diversas normas, presentándose las interpretaciones como alternativas (ap. 2, cap. V). No obstante, ya hemos visto que la vaguedad parece implicar también casos genéricos, pudiendo ser reconducidas las dudas acerca de casos específicos a dudas acerca de qué norma (caso genérico) expresa la disposición, con lo que no sería distinguible de los problemas de ambigüedad. Pino enfatiza a efectos de la diferenciación que, en los casos de vaguedad, las diversas interpretaciones no se presentan como alternativas entre sí (ap. 2.4, cap. V). Pero este no parece ser un elemento concluyente. De hecho, al hablar de ambigüedad semántica Pino introduce el ejemplo de “fruit” y los tomates, en que se plantean dudas acerca de si es el significado ordinario o el técnico-científico el relevante a efectos de dirimir una disputa acerca del pago de impuestos de los tomates. En este caso, no se aprecia que se trate de alternativas claramente diferenciadas, ya que los dos usos de “fruit” coinciden en su tratamiento de un buen número de supuestos, aunque haya casos como el de los tomates en que hay discrepancias. Entonces, la idea de que lo fundamental en los casos de ambigüedad es que se trata de alternativas diferentes no parece ser determinante, por lo que seguiría sin estar claro cómo delimitar el fenómeno de la ambigüedad del de la vaguedad<sup>4</sup>.

De este modo, entender que la aplicación en concreto supone también interpretar conduce a cuestionar la posible delimitación entre problemas de vaguedad y ambigüedad, puesto que en

<sup>2</sup> Acerca de este ejemplo, véase RODRÍGUEZ 2021, 591.

<sup>3</sup> Una idea similar puede ya encontrarse en FINE 1975.

<sup>4</sup> Sobre los problemas para delimitar ambigüedad y vaguedad, véase RAMÍREZ-LUDEÑA 2018.

ambos casos se estaría delimitando el caso genérico expresado por la disposición, existiendo dos posibilidades alternativas. Y, lo que parece más importante, parecería entonces que *no contaríamos nunca con una norma preexistente*, un caso genérico bien delimitado, que los jueces estarían aplicando al resolver los casos, pues las diferentes aplicaciones en concreto supondrían una determinada concreción de la norma relevante, una determinada configuración del caso genérico expresado por la disposición. Esto se relaciona con mi segundo comentario, sobre las concepciones de la interpretación jurídica, que abordaré a continuación.

### 3. *Las concepciones de la interpretación jurídica*

En el capítulo III, Pino distingue las concepciones de la interpretación jurídica en virtud de si entienden o no, y en qué casos, que hay respuestas correctas para los problemas interpretativos, lo que constituye una cuestión teórica y no empírica (ap. 2, cap. III). De este modo, frente a otras caracterizaciones más problemáticas, como la que se centra en el carácter formalista o no de la interpretación, o en su dimensión cognoscitiva, Pino diferencia las concepciones en virtud de la cuestión de la corrección, distinguiendo el objetivismo radical (siempre hay una respuesta a los problemas interpretativos), del objetivismo moderado (a veces hay una respuesta a los problemas interpretativos, a veces no, en función de si el caso es fácil o no), el escepticismo radical (para cada problema interpretativo cabe cualquier respuesta) y del escepticismo moderado (cada problema interpretativo admite respuestas múltiples).

Pino presenta a Guastini como un escéptico moderado, pero critica que esta sea en realidad una posición plausible, ya que el marco al que apunta el escéptico moderado no tendría precisión ni objetividad. No tendría precisión por ser sus límites inciertos y elásticos, y no tendría objetividad porque el mismo marco depende a su vez de la interpretación por lo que, siguiendo la propia lógica del escepticismo moderado, habría una pluralidad de marcos posibles (ap. 3.3., cap. III).

En cambio, sí considera plausible la posición del objetivismo moderado que, señala Pino, se sostiene en la distinción entre casos fáciles y difíciles (ap. 3.4., cap. III). Para el objetivismo moderado, los casos fáciles vienen dados por: a) acuerdos no completamente teorizados, en que las técnicas interpretativas conducen a la misma interpretación-producto; b) la consolidación de determinadas interpretaciones; c) casos paradigmáticos y convergencias interpretativas parciales. Creo que cabría plantearse entonces qué es lo que distingue el escepticismo moderado del objetivismo moderado, si, conforme al propio Pino (ap. 3.4.2., cap. III) el escepticismo también reconocería que hay acuerdos interpretativos no completamente teorizados, interpretaciones consolidadas y convergencias interpretativas parciales. Y creo que, al plantearnos lo anterior, podemos advertir un dilema a efectos de entender la posición del escepticismo moderado que, en cualquiera de sus dos cuernos, supondría problemas para Pino. Si entendemos, por un lado, que el escepticismo moderado no habla genuinamente de corrección, sino solo de lo que se denomina interpretación conforme a la práctica interpretativa en cuestión, Pino *no podría situar a esta posición como una concepción interpretativa en pugna* frente a las otras. Esto es así en la medida en que no se trataría de una actividad regida por criterios y por tanto no sería una genuina concepción acerca de la interpretación, tal y como el autor exige para que se dé interpretación<sup>5</sup>. Y, si entendemos que sí, que el escepticismo moderado asume el discurso acerca de la corrección, entonces la diferencia entre objetivismo y escepticismo moderado parecería ser meramente de énfasis, y estaría básicamente relacionada con la cuestión *empírica* de cuántos casos fáciles se dan en la práctica<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Pino señala que la interpretación es una actividad regida por criterios en el apartado 2 del capítulo I.

<sup>6</sup> Sobre la plausibilidad del escepticismo moderado, véase RAMÍREZ-LUDEÑA 2012.

Convendría, en todo caso, delimitar cómo entiende Pino la noción de *problema interpretativo*. Si, por un lado, asumimos que se da un problema interpretativo cuando se trata de un caso difícil y, por tanto, defiende un concepto restringido de *interpretación*, entonces parecería que, con respecto a los problemas interpretativos, su posición no distaría mucho de la del escepticismo moderado. De hecho, en el capítulo 2, apartado 4, al enfatizar que aplicar no conlleva siempre interpretar, señala que en algunos casos una norma puede ser aplicada sin que su identificación requiera de una actividad interpretativa consciente y deliberada, ni una interpretación de otras interpretaciones; serían casos en que la regla misma es tratada como un dato y no es problematizada en modo alguno a nivel interpretativo, porque aunque las dudas interpretativas puedan presentarse siempre, esto no implica que se presenten siempre. Entonces, si cuando las dudas se presentan es cuando hay interpretación y no hay respuestas unívocamente correctas, cabría plantearse qué distingue su posición del escepticismo, que sostiene precisamente esto. Si, en cambio, entendemos que hay un problema interpretativo cada vez que hay una *actividad* interpretativa, no se termina de entender por qué, de acuerdo con Pino, cuando no se plantean dudas interpretativas no estaríamos interpretando, si en todo caso se habría producido el tránsito de la disposición a la norma. De todos modos, esta segunda alternativa (que se referiría a la actividad interpretativa y no a los problemas interpretativos) permite presentar con claridad las diferencias entre las cuatro concepciones sobre la interpretación jurídica, frente a los problemas que conlleva la terminología de *problema interpretativo* para plantear la cuestión.

Una crítica adicional acerca de su exposición sobre las concepciones de la interpretación es que el propio Pino parece suscribir un escepticismo más radical que el del escepticismo moderado de autores como Guastini o Leiter. Pino reconoce (cap. VI) que hay interpretación creativa (ap. 2.2.3.), que puede darse una brecha máxima respecto del significado *prima facie* y la interpretación conclusiva (ap. 2.3.), y que la integración de lagunas y otras formas de lo que denomina “interpretación metatextual” difícilmente pueden distinguirse de la interpretación (cap. VII, ap. 3). De hecho, sostiene también en los capítulos IX y X que en ocasiones se producen interpretaciones extrañas, pero que si están justificadas suficientemente constituyen genuinas interpretaciones de las disposiciones y, de hecho, si se consolidan pueden suponer un cambio en el derecho. En este sentido, Pino argumenta que, dada la dimensión institucional del derecho, las interpretaciones judiciales causan estado, y no solo para el caso (por ejemplo, en cap. II, ap. 5, o en cap. IV, ap. 2). Según el autor, en el ámbito jurídico las disputas se cierran en un momento dado, por lo que una interpretación inicialmente incorrecta puede convertirse en posible si la adoptan otros órganos e incluso llegar a ser la única posible, si la siguen en general. Esto parece situar a Pino entre los escépticos más radicales, si entiende que la adopción en general de una interpretación incorrecta la convierte en correcta. Volveré sobre este punto en el apartado 6 de este trabajo.

#### 4. ¿Qué concepción semántica adopta Pino?

Pino señala en el capítulo IV (ap. 3) la relevancia del lenguaje ordinario en el derecho, no solo con base en consideraciones ético-políticas (evitar un derecho opresivo que tome desprevenidos a sus destinatarios), sino también conceptuales (si los preceptos fueran radicalmente incomprensibles ni siquiera tendríamos un sistema jurídico). En ese capítulo, al abordar las particularidades de la actividad interpretativa en el derecho, el autor reconoce un rol central al significado *prima facie* o literal; también lo hace al abordar el argumento interpretativo de la interpretación literal en los capítulos VIII (ap. 3.1) y IX (ap. 3). En todo caso, enfatiza también que el derecho es un lenguaje administrado, que nace del significado ordinario pero que es un lenguaje tecnificado, desviándose del lenguaje ordinario cuando lo deciden las autoridades de producción o aplicación del derecho.

Dada la incidencia del lenguaje ordinario, cabe entonces preguntarse qué concepción semántica suscribe Pino. En el capítulo II, apartado 2.2., señala que en el supuesto de hecho de

una norma se indican las propiedades o características que designan un determinado estado de cosas, en una línea similar a lo que expone al hacer referencia a la vaguedad (ap. 1, cap. V); además, en el capítulo V (ap. 5), enfatiza que el significado de los términos descriptivos se identifica sobre la base de criterios fácticos que recogen ciertas propiedades. De lo anterior se desprende que Pino parece suscribir una forma de *descriptivismo internalista* acerca del significado, y parece entender que *los significados están fijados de una vez y para siempre*. No obstante, estas asunciones pueden ser cuestionadas teniendo en cuenta las aportaciones realizadas por los partidarios de las nuevas teorías de la referencia y por quienes han destacado la flexibilidad de muchos de nuestros términos.

#### 4.1. Las nuevas teorías de la referencia

Pese a que enfatizan cuestiones diversas, los partidarios de las nuevas teorías comparten una tesis negativa según la cual los sujetos no necesitan asociar los términos con un conjunto de descripciones para poder referir a los objetos<sup>7</sup>. Los individuos y la comunidad en su conjunto cuentan a menudo con descripciones equivocadas y/o muy pobres pero, no obstante, son capaces de referir. Pensemos en lo que ocurre en el caso de nombres propios como “Aristóteles”. Referimos a “Aristóteles” aunque contemos con descripciones que no nos permiten seleccionar a un único individuo, o que nos conducirían a seleccionar a un individuo diferente. De este modo, aunque difícilmente podemos negar que asociamos determinadas descripciones, connotaciones positivas y negativas, y otros elementos con los términos, los partidarios de las nuevas teorías de la referencia enfatizan que estos no explican cómo y a qué referimos.

¿Cómo explican los partidarios de las nuevas teorías de la referencia que seamos capaces de referir a objetos frecuentemente distantes en el tiempo y en el espacio, si no es mediante descripciones? En un primer momento se produce un acto de ostensión en el que se establece que vamos a llamar con un determinado nombre a un determinado objeto. A partir de ese momento, los sujetos aprenden a usar los términos porque forman parte de una cadena de comunicación, en que toman prestado el término de otros sujetos, y estos de otros, hasta llegar a determinados sujetos que estuvieron presentes en el acto de ostensión inicial. Aunque las descripciones puedan desempeñar un importante rol en la fijación inicial de la referencia, resultan inoperativas en los usos subsiguientes del término ya que no son necesarias ni suficientes para referir al objeto. Así, los sujetos refieren por su posición objetiva en la cadena de comunicación, y aquello que determina la referencia de un cierto término puede no serle transparente al hablante<sup>8</sup>.

En el caso de los términos generales, estos son en ocasiones introducidos por medio de una descripción cuyo rol es simplemente establecer el dominio de aplicación, pero normalmente la conexión entre el término y los objetos se introduce por ostensión. Imaginemos<sup>9</sup> que el término “agua” fue introducido señalando determinados ejemplares de la sustancia en un lago; aquellos ejemplares iniciales cuentan como instancias paradigmáticas y a partir de entonces otros ejemplares son clasificados por su similitud con los casos paradigmáticos. Según los partidarios de las nuevas teorías de la referencia, qué determina la correcta aplicación del término “agua”, puede no ser accesible a los sujetos. De hecho, tener la estructura molecular H<sub>2</sub>O es lo que, de acuerdo con nuestro uso del término, determina que algo sea o no agua, y por tanto el dominio de aplicación del término “agua”. Pero el descubrimiento de la naturaleza del agua ocurrió después de que se consolidara el uso del término y, no obstante, los individuos eran capaces de referir y eran considerados competentes pese a no contar con esa información<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Véase DONNELLAN 1970, PUTNAM 1975 y KRIPKE 1980.

<sup>8</sup> Sobre las cadenas de comunicación, véase ALMOG 1984.

<sup>9</sup> PUTNAM 1975.

<sup>10</sup> Con frecuencia, se asume que la concepción que se acaba de exponer se compromete con el esencialismo, al

Esta posición es compatible con que puedan surgir diferentes cadenas de comunicación con relación al mismo término. O que, por el uso que hagan de los términos los hablantes, una cadena de comunicación que estaba anclada en determinados objetos varíe, cambiando así también la referencia. Esto puede suponer que haya determinados periodos de tiempo en los cuales la referencia esté indeterminada, lo que, más que ir en contra de la caracterización aquí ofrecida, parece constatar que la reconstrucción aquí esbozada es plausible<sup>11</sup>.

#### 4.2. *La flexibilidad semántica*

Tiende a asumirse de manera generalizada que el significado de un término determina su dominio de aplicación, lo que resulta muy plausible, ya que parece poco discutible que lo que un término significa determina a qué debe o no aplicarse. Pero lo anterior ha sido interpretado durante mucho tiempo de una manera muy robusta, entendiéndose que conlleva que, cuando se introduce un término en el vocabulario de una lengua y adquiere un significado, su dominio de aplicación se determina de una vez y para siempre. Es decir, que está determinado, para cualquier objeto pasado, presente o futuro, si es o no miembro de la extensión del término. En todo caso, lo anterior no obsta a que pueda haber cambios en los significados. Siguiendo esta lógica, respecto de los casos de indeterminación sobre el dominio de aplicación, se entiende que la decisión respecto de la inclusión o exclusión de casos dudosos conlleva un cambio en el significado.

La interpretación robusta fue durante mucho tiempo la posición asumida por muchos filósofos del lenguaje. De hecho, Mark Wilson entendió que esa era la interpretación dominante cuando la criticó en su artículo de 1982 *Predicate Meets Property*<sup>12</sup>. Siguiendo lo planteado por Wilson, supongamos que Olympia es miembro de una comunidad que vive aislada, habitando una isla en la que la clase de las aves y la clase de las cosas voladoras coinciden. En esa comunidad usan el término “ave” para referirse a cosas de esa clase, y tienen creencias como “solo las aves pueden volar” y “las aves son seres vivos”, que son ciertas para las aves de la isla. Cuando Olympia ve por primera vez aviones en el cielo, los clasifica sin problemas como aves; cuando más tarde ve un avión aterrizando, se forma la creencia de que no todas las aves son seres vivos. Asumamos que entonces la práctica de aplicar “ave” a los aviones se instaure en esa comunidad. Pese a la falta de claridad inicial derivada del hecho de que la comunidad tenía diferentes creencias asociadas al término, consideran que con “ave” siempre se han referido a cosas que vuelan, reconociendo que algunas de las creencias que anteriormente tenían sobre las aves (que todas eran seres vivos) eran falsas.

Imaginemos, en cambio, que inicialmente Olympia hubiese visto aviones en tierra, sin advertir que podían volar. Podría haberlos clasificado, también sin problemas, como no-aves. Y,

postular la existencia de naturalezas subyacentes compartidas, que no son inmediatamente accesibles u observables, y que pueden ser descubiertas solo a partir de la investigación científica. Sin embargo, creo que el compromiso con el esencialismo no es constitutivo de esta posición. Ciertos ejemplares son tratados como paradigmas, y otras instancias se clasifican como miembros de la misma clase en virtud de su similitud con los paradigmas; pero la similitud puede ser superficial o centrarse en la función. Eso sí, el modelo deja abierta la puerta a que ese criterio esté relacionado con las esencias, que son externas a las mentes de los hablantes y pueden trascender a toda la comunidad. En todo caso, es importante advertir que al clasificar el mundo natural tendemos a asumir una imagen esencialista, esperando que nuestras clasificaciones y nuestro uso de los términos se ajusten a la naturaleza de las cosas, y confiamos en la ciencia para descubrir los elementos últimos de la realidad que son responsables del comportamiento superficial de los objetos, de las apariencias externas y de las interacciones causales. Así, dadas nuestras experiencias, nos parece razonable confiar en que las clasificaciones científicas dan cuenta de las distinciones relevantes del mundo, y entendemos que ello nos ayuda a predecir y explicar mejor que las clasificaciones se basan en aspectos superficiales. Enfatizando este punto, que sigue la metáfora de Platón «Carving nature at its joints», véase MARTÍ, RAMÍREZ LUDEÑA 2016.

<sup>11</sup> MARTÍ, RAMÍREZ LUDEÑA 2016.

<sup>12</sup> WILSON 1982.

si después los hubiese visto despegar, habría llegado a la conclusión de que no todas las cosas que vuelan son aves. Si esa práctica se extendiera en la comunidad, también habrían pensado que con “ave” siempre se habían referido a las aves, reconociendo que algunas de sus creencias previas (solo las aves pueden volar) eran falsas.

En ninguno de los dos escenarios los miembros de la comunidad se ven como habiendo cambiado el significado de “ave”, sino que entienden que su uso actual se deriva *naturalmente* de su uso anterior. Ello nos lleva a pensar que no parece estar fijado desde el comienzo si los aviones están o no bajo la extensión de “ave”, y que hay hechos accidentales sobre el modo en que se encontraron con los aviones por primera vez que tuvieron una influencia decisiva en el ajuste de creencias. En todo caso, no está claro por qué tendríamos que hablar de un cambio en el significado, ya que ambas opciones (incluir o excluir los aviones) parecen consistentes con el modo en que se usaba el término por la comunidad. En lo que aquí interesa, puede considerarse que la semántica de algunos términos es *flexible* en el sentido de que, en un momento dado, cuando surge la cuestión de si clasificar un objeto bajo la extensión del término, puede haber más de un curso de acción abierto que parece compatible con el significado del término, más de un curso de acción que es una continuación del uso anterior.

La flexibilidad semántica ha sido reconocida de diferentes modos y con diferentes consecuencias por distintos autores. Por ejemplo, Henry Jackman<sup>13</sup> argumenta que en cualquier punto dado en la historia del uso de un término hay posibilidades alternativas con respecto a la extensión del dominio de aplicación, *equilibrios alternativos*, que son consistentes con la práctica pasada. Jackman no ve las posibles historias alternativas del uso de un término como refinamientos de un significado que estaba indeterminado, sino como situaciones en que se preserva el significado. Propone así una forma de “externismo temporal”, en que las aplicaciones pasadas de un término flexible como “ave” a los aviones son incorrectas si la historia posterior del uso del término no incluye los aviones bajo la extensión de “ave”. Se adopte o no esta controvertida forma de externismo, lo señalado por Jackman es útil para explicar nuestra tendencia a juzgar como incorrectas ciertas aplicaciones de los términos por nuestros predecesores, sobre la base de su desarrollo futuro. Así, aunque el uso de algunos términos sea flexible, una vez que se consolida una posible historia de uso, esa forma de uso se vuelve *expansiva* hacia el pasado, en el sentido de que tendemos a mirar atrás como si esa forma de aplicación del término siempre hubiera sido la única correcta<sup>14</sup>.

En este punto, hay dos cuestiones que me parecen particularmente interesantes en relación con el posicionamiento de Pino: a) determinar con mayor precisión qué posición semántica suscribe o asume Pino; y b) qué le parecen los desafíos y críticas contra el descriptivismo internalista y la inflexibilidad semántica. De hecho, muchas de las cosas que sostiene en su trabajo parecen compatibles con las nuevas teorías de la referencia y la admisión de la flexibilidad semántica, por ejemplo, cuando reconoce de manera recurrente la relevancia de los casos paradigmáticos. Además, reconocer la incidencia de las nuevas teorías de la referencia y de la flexibilidad semántica tendría la ventaja de poder proporcionar una reconstrucción adecuada de lo que ocurre en casos de desacuerdos interpretativos y de nuestras intuiciones acerca de que ciertos usos pasados estaban equivocados. Así, con respecto a términos como “igualdad” o “dignidad”, no es solo que hayan cambiado las interpretaciones relevantes por ejemplo en relación con las mujeres, sino que consideramos que los usos actuales son y siempre han sido los correctos. En cambio, poner el énfasis, como hace Pino, en las convenciones interpretativas imperantes en cada momento, no permite dar cuenta de ese aspecto de la práctica en conexión con ese tipo de términos. En otras palabras, conforme a nuestras prácticas

<sup>13</sup> JACKMAN 1999.

<sup>14</sup> En MARTÍ, RAMÍREZ-LUDEÑA 2021, señalamos que el carácter más o menos flexible de un término puede variar con el tiempo. Y que la flexibilidad es gradual, ya que hay términos extremadamente flexibles, pero otros que no lo son tanto, y algunos son inflexibles.

interpretativas respecto de ciertos términos, nos resistimos a que la convergencia pasada la convirtiera, por muy extendida que estuviera, en la interpretación correcta, algo que parece entrar en conflicto con la propuesta de Pino.

### 5. *La ideología jurídica*

Pino se refiere en el capítulo IX a los argumentos ético-políticos en la interpretación, en relación con la ideología jurídica o sistema de creencias y valores que se utiliza para fundamentar la legitimidad del poder. El autor señala que la alternativa entre ideologías formalistas y sustancialistas remite no solo a diversas concepciones de la interpretación y del rol del jurista, sino también a distintos modos de concebir el derecho. Por tanto, también a diferentes puntos de vista sobre lo que está dentro y fuera del derecho. Esto pone de manifiesto, de acuerdo con Pino, que la distinción entre derecho y no derecho no puede ser trazada de modo objetivo: es una distinción que está influenciada por asunciones ideológicas y, por tanto, de política del derecho (ap. 2.3., cap. X).

Creo que lo anterior puede ser cuestionado con base en una serie de consideraciones. Por un lado, Pino niega la relevancia de la problemática de la demarcación entre derecho/no derecho que, de acuerdo con lo señalado arriba, no podría ser trazada objetivamente. Pero esto sería controvertido por autores como Hart quien, asumiendo un determinado posicionamiento metodológico (de tipo conceptual), sí apunta a las condiciones de existencia de los sistemas jurídicos y cuya teorización sí permite ofrecer una respuesta, pretendidamente neutral, a la cuestión de qué cuenta como derecho. En esta medida, la ideología del teórico y de los participantes en la práctica parece ser irrelevante en la explicación *hartiana*, pese a ofrecer una respuesta a la distinción entre derecho y no derecho. De hecho, Hart confiere, a partir del análisis (neutral) del concepto de derecho, una incidencia fundamental a la actitud crítico-reflexiva de los participantes de la práctica jurídica, que puede responder a motivaciones muy diversas. Estas motivaciones, en todo caso, no serían relevantes para las reflexiones en torno a las condiciones de existencia de los sistemas jurídicos<sup>15</sup>. En cambio, Pino parece asumir (sin fundamentarlo suficientemente) que los jueces son en alguna medida *dworkinianos*, cuanto menos en el sentido de que entienden que hay siempre una respuesta correcta que depende de cierta articulación de los valores relevantes (más o menos formalistas, más o menos sustancialistas), que en ocasiones explicitan pero que en todo caso asumen<sup>16</sup>.

### 6. *La creatividad pragmática*

Pino distingue la creatividad semántica, que depende de cuán alejada está la interpretación del significado del texto, de la creatividad pragmática, en virtud de si la interpretación modifica el sistema jurídico (ap. 2.1., cap. X). De acuerdo con el autor, en presencia de interpretaciones consolidadas el derecho positivo se conforma con lo que dicen los intérpretes. Y esto es así con respecto a cualquier interpretación, aunque en sistemas como el italiano no exista la obligación de aplicar esas interpretaciones y los jueces puedan apartarse de ellas si lo justifican suficientemente.

En este punto, me parece importante *distinguir entre la actividad creativa en sede interpretativa, el carácter vinculante de las interpretaciones y su carácter o no de fuente de derecho*. Creo que en muchos sistemas jurídicos, especialmente en el caso de los que forman parte de la tradición del *civil law*, las

<sup>15</sup> HART 1994. Véase también SHAPIRO 2011, 295 s.

<sup>16</sup> DWORKIN 1986.

interpretaciones de los altos tribunales conllevan una actividad creativa, fruto de la complejidad en la determinación de las normas expresadas por las disposiciones, pero que puede diferenciarse de la genuina creación de derecho. Y esas interpretaciones son fuente de derecho, en la medida en que resultan de utilidad para determinar la norma o normas expresadas por las disposiciones jurídicas, pero lo son si proveen una interpretación plausible de la fuente subyacente, conforme a los cánones interpretativos admitidos en la comunidad jurídica en cuestión. En otras palabras, conforme a la regla de reconocimiento de estos sistemas, las decisiones interpretativas son fuentes de derecho en la medida en que se trate de una interpretación plausible de acuerdo con las convenciones interpretativas imperantes. En todo caso, que los jueces inferiores las adopten, o incluso que pueda decirse que tienen la obligación de hacerlo, no implica que una determinada interpretación, una presunta fuente-token, sea una genuina fuente del sistema. Del mismo modo ocurre con la legislación, ámbito en que puede haber una ley inconstitucional y que por lo tanto no sea una fuente-token, pese a que la ley con carácter general sea fuente-type. Y ello con independencia de que los jueces tengan el deber de aplicar esa legislación mientras no sea invalidada, e incluso si nunca llega a serlo. En definitiva, las normas pueden tener un carácter vinculante sin que cambie el derecho si no se provee de una interpretación que se adecúe a los instrumentos interpretativos admitidos en la comunidad jurídica en cuestión<sup>17</sup>.

Creo que diferenciar las tres cuestiones anteriores (actividad creativa, carácter de fuente y vinculatoriedad) permite entender de un mejor modo cómo operan nuestras prácticas jurídicas, en lugar de admitir que los errores se consolidan y modifican el derecho. En todo caso, creo que hay una ulterior distinción que es relevante y que permite dar cabida a la lectura de Pino en algunos casos. Así, hemos visto que Pino entiende que los jueces se equivocan si escogen opciones que se alejan de la interpretación producto que se deriva de los acuerdos incompletamente teorizados, si no escogen la interpretación consolidada o si se desvían en la solución prevista para un caso paradigmático. Pues bien, parecería que, en el caso de las interpretaciones consolidadas, en que se consolida una pese a que las otras se entendían como admisibles conforme a las prácticas interpretativas, puede darse el caso en que se modifique cuál es la interpretación consolidada en un determinado sistema jurídico. Así, puede ocurrir que la interpretación 1, consolidada en el momento T<sub>1</sub>, sea obviada por un tribunal, sosteniendo la interpretación 2; y que, si después se adopta de manera sistemática esa interpretación 2, en el momento T<sub>2</sub> esa pase a ser la interpretación consolidada. Pero adviértase que, si queremos seguir hablando de criterios en la interpretación, y de posibles errores, tenemos que reconocer que el primer juez que no adopta la interpretación consolidada se equivoca, algo que no queda claro de la lectura del texto de Pino. En cambio, por lo señalado en el párrafo anterior, es mucho más cuestionable que las interpretaciones que se alejan de los casos en que convergen las diferentes posiciones o que erran con respecto a los casos paradigmáticos puedan suponer una modificación en el derecho, incluso aunque esas decisiones interpretativas no sean impugnadas.

De este modo, una cosa es que la interpretación consolidada dentro del marco de interpretaciones admisibles varíe en función de cómo se desarrollen contingentemente las prácticas interpretativas, y otra cosa bien distinta es que los errores respecto de casos paradigmáticos o en que las diversas concepciones sobre la interpretación jurídica coinciden lleven a un cambio en el sistema, sin que se reconozca además la posibilidad de error judicial si esas nuevas interpretaciones son adoptadas con carácter general. Esta segunda alternativa parecería comprometer a Pino con el escepticismo radical.

Teniendo en cuenta lo señalado en los dos últimos apartados de este trabajo, pese a la central contribución del libro para el tema de la interpretación jurídica, el posicionamiento de Pino parece conducirnos a una curiosa imagen del derecho en que los participantes de la práctica jurídica son *dworkinianos*, pero habitan un mundo radicalmente escéptico.

<sup>17</sup> Sobre la triple distinción, véase RAMÍREZ-LUDEÑA 2023.

### *Referencias bibliograficas*

- ALMOG J. 1984. *Semantic anthropology*, in «Midwest Studies in Philosophy», 1984, 9, 479 ss.
- DONNELLAN K. 1970. *Proper names and identifying descriptions*, in «Synthese», 1970, 21, 335 ss.
- DWORKIN R. 1986. *Law's Empire*, Hart Publishing.
- FINE K. 1975. *Vagueness, Truth and Logic*, in «Synthese», 1975, 30, 265 ss.
- HART H.L.A. 1994. *El concepto de derecho*, 2ª ed., Abeledo-Perrot.
- JACKMAN H. 1999. *We live forwards but understand backwards: Linguistic practices and future behavior*, in «Pacific Philosophical Quarterly», 1999, 80, 157 ss.
- KRIPKE S. 1980. *Naming and necessity*, Harvard University Press.
- MARTÍ G., RAMÍREZ-LUDEÑA L. 2016. *Legal Disagreements and Theories of Reference*, en CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Pragmatics and Law*, Springer, 121 ss.
- MARTÍ G., RAMÍREZ-LUDEÑA L. 2021. *Tolerance, Flexibility and the Application of Kind Terms*, in «Synthese», 198, 2973 ss.
- PUTNAM H. 1975. *Mind, Language and Reality: Philosophical Papers*, Vol. 2, Cambridge University Press.
- PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli.
- RAMÍREZ-LUDEÑA L. 2023. *Statutory Interpretation and Binding Precedents in the Civil Law Tradition*, en ENDICOTT T., KRISTJANSON H., LEWIS S. (eds.), *Philosophical Foundations of Precedent*, Oxford University Press, 418 ss.
- RAMÍREZ-LUDEÑA L. 2018. *The meaning of "literal meaning"*, in «Analisi e Diritto», 2018, 18, 83 ss.
- RAMÍREZ-LUDEÑA L. 2012. *El desvelo de la pesadilla. Una respuesta a "El escepticismo ante las reglas replanteado"*, in «Discusiones», 2012, 11, 87 ss.
- RODRÍGUEZ J. 2021. *Teoría analítica del derecho*, Marcial Pons.
- SHAPIRO S. 2011. *Legality*, The Belknap Press.
- WILSON M. 1982. *Predicate Meets Property*, in «The Philosophical Review», 1982, 91, 4, 549 ss.

STUDI

# Una promessa di giustizia alle vittime di crimini di guerra che l'ordinamento italiano non poteva mantenere.

Un dramma in cinque atti

A promise of justice to victims of war crimes that the Italian legal system could not fulfill. A drama in five acts

## FRANCESCO BIONDO

Professore associato di Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Palermo.

E-mail: [francesco.biondo@unipa.it](mailto:francesco.biondo@unipa.it)

### ABSTRACT

Con questo contributo si intende ricostruire la lunga vicenda delle compensazioni alle vittime di crimini di guerra durante la seconda guerra mondiale alla luce della recente sentenza della Corte Costituzionale 159 del 4 luglio 2023. La vicenda verrà analizzata sulla base di un dramma in cinque atti teso a dimostrare una tesi: che la promessa di giustizia che la sentenza Ferrini aveva fatto sorgere non poteva essere mantenuta dopo la decisione della Corte internazionale di giustizia dell'Aja. In primo luogo si parte dalla sentenza Ferrini e la sua disapplicazione delle norme del Trattato del 1961 (sulla base della "eccezione umanitaria"). Dopo si analizza la decisione della Corte internazionale di Giustizia e la sua inequivocabile condanna della interpretazione sulle immunità degli Stati offerta dai giudici italiani e sostenuta dal Governo italiano. Successivamente si presenta la complessa argomentazione elaborata dalla Corte costituzionale nella sentenza 238 del 22 ottobre 2014 che dichiara invalide le disposizioni di legge, per la violazione di "controlimiti" che identificano la Costituzione, che applicavano la sentenza della Corte dell'Aja. Si offre una sintesi della disposizione di legge che istituisce il "fondo di ristoro" per le vittime, e si chiude il dramma con la sentenza 159 della Corte costituzionale che salva la disposizione da una possibile dichiarazione di incostituzionalità per violazione di quanto presuntamente stabilito dalla Corte costituzionale nella 238/2014. La conclusione presenta alcune riflessioni filosofico giuridiche sul ruolo dei giuristi, e dei giudici in particolare, nella formulazione di dottrine, quella della *humanitarian exception* e dei controlimiti, che si sono dimostrate insostenibili alla prova del tempo, e la necessità di introdurre dei meccanismi di pubblicazione delle opinioni dissenzienti in casi così difficili.

The aim of this paper is to reconstruct the long story of the compensation of victims of war crimes during the Second World War in the light of the recent Constitutional Court ruling 159 of 4 July 2023. The case will be analysed through a five-act drama aimed at proving one thesis: that the promise of justice that the Ferrini Judgment had raised could not be fulfilled after the decision of the Hague Court of Justice. First, it starts with the Ferrini Judgment and its disapplication of the 1961 Treaty rules. Then the decision of the International Court of Justice and its unequivocal condemnation of the interpretation on the immunities of States offered by the Italian judges (the humanitarian exception doctrine) and supported by the Italian Government is analysed. Next, the complex argumentation made by the Constitutional Court in its judgment 238/2014 declaring invalid, on the basis of the violation of counter-limits that identify Italian Constitution (the counter-limit doctrine), the legal provisions that applied the Hague Court's judgment is provided. Furthermore, a short summary of the legal provision establishing the "compensation fund" for victims is offered. The drama closes with the Constitutional Court's ruling 159, which saves the provision from a possible declaration of unconstitutionality for violation of what the Constitutional Court allegedly ruled in 238/2014. The conclusion offers some philosophical-legal reflections on the role of jurists and of judges in particular in the formulation of the humanitarian exception and the counter-limits doctrine, and some arguments in favour of introducing the dissenting opinion in Italian Constitutional court.

### KEYWORDS

immunità degli stati, controlimiti, eccezione umanitaria, opinione dissenziente

states' immunity, counter-limits, humanitarian exception, dissenting opinion

# Una promessa di giustizia alle vittime di crimini di guerra che l'ordinamento italiano non poteva mantenere.

Un dramma in cinque atti

FRANCESCO BIONDO

*1. Atto primo: come disapplicare una legge di ratifica di un accordo internazionale. Il lato oscuro della sentenza Ferrini – 2. Secondo atto: la CIG riconosce le pretese della Germania sulla immunità – 3. Terzo atto: si inserisce la Corte costituzionale, come un elefante in un negozio di cristalli – 4. Quarto atto: interviene ancora il legislatore – 5. Epilogo: la Corte costituzionale riconosce la legittimità costituzionale della norma di legge (sentenza 159/2023), però non mantiene la promessa della sentenza 238/2014 – 6. Conclusioni: la responsabilità dei giuristi in un dramma di promesse non mantenute.*

Con la recente sentenza 159 del 4 luglio 2023 la Corte costituzionale pone, o almeno questo è il suo intento<sup>1</sup>, la parola “fine” ad una vicenda ormai ventennale sulle compensazioni alle vittime delle atrocità naziste in Italia. Una vicenda che ha avuto come inizio una delle sentenze più citate, commentate, discusse, e criticate, della Corte di Cassazione, la sentenza Ferrini (Cass. civ., sez. un., sent. 11 marzo 2004, n. 5044) in cui si affermava il carattere imprescrittibile dei crimini di guerra commessi dalle truppe del Terzo Reich nel territorio italiano (par. 9, p. 19), il loro essere eccezione alla immunità funzionale delle attività iure imperii commesse in altri stati, come il caso di specie (par. 10.1), eccezione che faceva sorgere la responsabilità civile della Repubblica Federale, e la risarcibilità delle conseguenze di tali crimini attraverso la giurisdizione civile italiana (par. 11, p. 31). La conclusione è rimasta celebre: «La Repubblica Federale di Germania non ha il diritto ad essere riconosciuta, nella presente controversia, immune dalla giurisdizione del giudice italiano» (par. 12, p. 32). A questa sentenza seguiva la sentenza Milde (Cass., 21 ottobre 2008, n. 1072) che applicando la dottrina Ferrini riconosceva la responsabilità civile dello Stato tedesco per il risarcimento delle vittime. La Suprema Corte attribuiva quindi alle vittime, e ai loro eredi, il diritto ad ottenere un risarcimento, non tenendo conto di quanto stabilito da un Trattato bilaterale del 1961, convertito in legge nel 1963 [Accordi italo-tedeschi di Bonn, 2 giugno 1961 (eseguiti con d.p.r. n. 1263 del 14 aprile 1962 e con legge 6 febbraio 1963, n. 404), sugli indennizzi alle vittime delle persecuzioni nazionalsocialiste. Ulteriori norme per l'attuazione degli Accordi di Bonn del 1961: l. 5 luglio 1964, n. 607 e d.p.r. 6 ottobre 1963, n. 2043]. In tale accordo, come vedremo meglio in seguito, si stabiliva che in cambio di una somma totale di 80 milioni di marchi dell'epoca (equivalenti alla cifra di 1 miliardo e mezzo di euro<sup>2</sup>), lo Stato italiano si im-

\* Ringrazio Diego Mauri e Francesco Parisi per avere riletto una versione precedente di questo scritto. La responsabilità per gli eventuali errori è solo dell'autore.

<sup>1</sup> Nel chiudere questo contributo abbiamo saputo di una recente sentenza del tribunale di Firenze N.R.G. 2022/11914, depositata il 29 novembre 2023, seconda sezione civile, estensore S. Zanda, in cui si condanna lo Stato tedesco a pagare alle figlie di un fucilato da parte del terzo Reich 269 mila euro di indennizzo. La sentenza si trova on line URL <https://www.ilpost.it/2023/12/14/opposizione-avvocatura-stato-ai-risarcimenti-stragi-naziste/>. Risulta sorprendente che il giudice non abbia rinviato la questione alla Corte costituzionale ma si sia limitata a disapplicare la l. 79/2022, art. 43, oggetto del sindacato di costituzionalità che analizzeremo in seguito.

<sup>2</sup> Prendiamo questa cifra da *Il post*, 14 dicembre 2023, L'Avvocatura dello Stato si sta opponendo ai risarcimenti per le stragi naziste, si veda: <https://www.ilpost.it/2023/12/14/opposizione-avvocatura-stato-ai-risarcimenti-stragi-naziste/>, consultato il 24 giugno 2024). Tale cifra è però a nostro avviso non condivisibile. Con un semplice calcolo seguendo algoritmi provvisti dalla Banca di Italia (<https://tassidicambio.bancaditalia.it/terzevalute-wf-ui-web/converter>, consultato il 24 giugno 2024) e dall'Istat ([https://www.infodata.ilssole24ore.com/2018/03/14/calcola-il-potere-dacquisto-in-lire-ed-euro-dal-1860-al-2015/?refresh\\_ce=1](https://www.infodata.ilssole24ore.com/2018/03/14/calcola-il-potere-dacquisto-in-lire-ed-euro-dal-1860-al-2015/?refresh_ce=1), consultato il 24 giugno 2024), la cifra si riduce alla più ragionevole somma

pegnava a non pretendere alcun'altra somma<sup>3</sup>. Con la sentenza Milde, invece, i giudici di Cassazione disapplicavano l'accordo stabilendo che riguardasse soltanto le vertenze pendenti e sostenendo che non si sarebbe potuto applicare «al ristoro dei danni morali cagionati da crimini internazionali» (considerato in diritto 8, p. 22).

Si presentava così ai giuristi dell'epoca un paradosso: per realizzare una promessa di giustizia alle vittime, si finiva per disapplicare un accordo internazionale che non tutelava sufficientemente le vittime (una riedizione del vecchio scontro tra diritto e giustizia). A chi dare quindi priorità? Alle vittime di un crimine di guerra, crimine peraltro sempre riconosciuto dalla Repubblica Federale Tedesca, o al dovere del giudice di applicare sempre e soltanto la legge, in questo caso un accordo internazionale? La questione investiva un punto dolente del rapporto tra diritto internazionale, diritto costituzionale e diritti umani: quando la tutela di un diritto umano, come il diritto all'accesso alla giustizia, o il diritto alla compensazione per un danno subito, può essere limitato dalle consuetudini del diritto internazionale circa l'immunità degli Stati o dalla lettera di un accordo internazionale? Se volessimo ridurre tutta la vicenda ad una domanda: il diritto italiano poteva promettere giustizia alle vittime, oppure è stata una promessa che stante il diritto internazionale vigente al tempo della sentenza Ferrini, passando poi per la sentenza della Corte Internazionale di Giustizia (d'ora in poi CIG) 3 febbraio 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* e la sentenza 238 del 22 ottobre del 2014 della Corte costituzionale, non poteva essere mantenuta? La tesi che qui si argomenterà, nella forma di un dramma in cinque atti, è che tutta la vicenda (ventennale) può essere espressa nella forma di una lotta per un cambio nella consuetudine internazionale delle immunità degli Stati. Una lotta nobile, a favore di un principio proprio di qualunque ordinamento giuridico, quello all'accesso alla giustizia, che però non poteva essere vinta, così come vedremo già affermò chiaramente la CIG nella decisione del 2012, perché 1) i crimini di guerra non costituivano eccezione all'applicazione dell'immunità degli Stati alla giurisdizione civile, 2) tale compensazione era già stata oggetto di un trattato internazionale, trattato che i giudici italiani a partire della sentenza Ferrini avevano disapplicato perché contrario, secondo loro, ad alcuni principi dell'ordinamento, 3) future compensazioni sarebbero state oggetto esclusivamente di una trattativa diplomatica. Questa sentenza della CIG, come vedremo meglio in seguito, non è stata riconosciuta come vincolante dalla Corte costituzionale con la sentenza 238 del 22 di ottobre del 2014 perché in violazione dei "controlimiti" che identificano il nostro ordinamento, e tra questi l'accesso alla giustizia. La sentenza 238 riportava così indietro le lancette dell'orologio a prima della sentenza della CIG e si dichiaravano invalide una serie di disposizioni di legge che rendevano esecutive le decisioni della Corte. Ricominciando i procedimenti di sequestro dei beni della Repubblica federale, lo Stato tedesco ripresentava la questione alla CIG il 29 aprile del 2022. Per evitare una nuova condanna, il legislatore promulgava una disposizione l. 30 aprile 2022, n. 36 (Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del PNRR), convertito in legge 29 giugno 2022, n. 79 che istituisce all'art. 43 un fondo di ristoro per le vittime che fino a quel momento non avevano ricevuto alcuna compensazione, dati gli strettissimi ambiti di esecuzione delle sentenze di condanna nei confronti dello Stato tedesco<sup>4</sup>. Chiamata a decidere sulla costituzionalità della disposizione, la Corte costituzionale con la sentenza 159 del 2023 salva "capra e cavoli": riconosce la validità dell'articolo e la

di 79 milioni di euro. Inoltre anche sulla somma finale c'è da notare che nella contromemoria della Repubblica Federale Tedesca si fa riferimento a due somme di 40 milioni di marchi: una per lo Stato Italiano e l'altra per le vittime. Vd. Memorial of the Federal Republic of Germany par. 11, disponibile in: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/143/16644.pdf> (consultato il 24 giugno 2024). Sul punto vd. KADELBACH 2021, 146.

<sup>3</sup> LAU 2023, 20 sostiene invece il carattere provvisorio degli accordi, «i due Stati regolarono le questioni pendenti, che riguardavano i beni tedeschi confiscati in Italia, e rinviarono il regolamento definitivo della parte più consistente dei crediti privati e pubblici al momento della riunificazione tedesca». Come vedremo, la Corte costituzionale non sembra considerare tale accordo come "provvisorio", in quanto collega la novella legislativa a tale accordo.

<sup>4</sup> Sulla disposizione si rinvia a BERRINO 2022b.

vigenza delle sentenze della CIG, riducendo la portata applicativa della dottrina dei controlimiti quando si tratta di decisioni riguardanti l'immunità degli stati, anche contro la manifesta intenzione dell'estensore della stessa sentenza espressa almeno in una occasione pubblica e riportata come vedremo in dottrina. In questo caso, tragico senza dubbio, il principio *pacta sunt servanda* e le esigenze funzionali di riconoscere ampi margini alle immunità degli stati si impongono sulle considerazioni di effettiva tutela dei diritti delle vittime ad una completa riparazione del danno subito. Tale principio e tali esigenze devono essere bilanciati, riconosce la Corte costituzionale, con altre norme di legge che regolano materie analoghe e non vanno contro i controlimiti che identificano il nostro ordinamento.

Il contributo mira a ricostruire in cinque tappe questa lunga vicenda. In primo luogo si parte dalla sentenza Ferrini e la sua disapplicazione delle norme del Trattato del 1961. Dopo si analizza la decisione della CIG e la sua inequivocabile condanna della interpretazione sulle immunità degli Stati offerta dai giudici italiani e sostenuta dal Governo. Successivamente si presenta la complessa argomentazione elaborata dalla Corte costituzionale per dichiarare invalide alcune disposizioni di legge che applicavano la sentenza della CIG. Si offre una sintesi della disposizione di legge che istituisce il "fondo di ristoro" per le vittime, e si chiude il dramma con la sentenza della Corte costituzionale che salva la disposizione da un'ordinanza di un giudice a quo, abbastanza maldestra vedremo, a costo di "annullare" la *ratio* manifesta (anche a sentire il suo estensore giudice Tesauro) della sentenza 238 del 2014: quella di offrire una concreta possibilità di ristoro alle vittime tramite ricorso giurisdizionale, limitando gli effetti nel nostro ordinamento della sentenza della CIG.

La conclusione ha la velleità di presentare alcune riflessioni filosofico giuridiche sul ruolo dei giuristi, e dei giudici in particolare, nella formulazione di dottrine, quella della *humanitarian exception* e quella dei controlimiti, che si sono dimostrate insostenibili alla prova del tempo (la dottrina dei controlimiti adesso viene sostenuta da paesi come la Federazione Russa in modo contrario rispetto alla *ratio* di tutelare i diritti individuali), e la necessità di introdurre dei meccanismi di pubblicazione delle opinioni dissenzienti in casi così difficili. In questo modo si eviterebbe, così come avviene in questo caso, che alcuni degli stessi membri della Corte si trovino successivamente a firmare atti normativi con una *ratio* che limita il principio di "diritto al giudice" della sentenza precedentemente emessa bilanciandolo con il rispetto dei vincoli internazionali, o dichiarino di essere stati al punto di dimettersi ma di non averlo fatto.

### 1. Atto primo: come disapplicare una legge di ratifica di un accordo internazionale. Il lato oscuro della sentenza Ferrini

La sentenza Ferrini è del 2004, ci si può domandare come sia possibile che fino ad allora le richieste di indennizzo alla Repubblica Federale Tedesca per i crimini di guerra avvenuti in territorio italiano ad opera delle truppe del Terzo Reich non siano state riconosciute, anche tenendo in conto: 1) di esigenze di *Realpolitik* finalizzate a ricostruire buone relazioni con un partner commerciale come la Repubblica Federale Tedesca e ad evitare che analoghe iniziative fossero intraprese da paesi in cui erano avvenuti analoghi crimini ad opera delle truppe italiane, 2) della difficile determinazione delle responsabilità individuali, 3) di un sordo atteggiamento di non collaborazione da parte dell'amministrazione della giustizia militare in Italia. Tuttavia, non è da dimenticare che la questione delle compensazioni alle vittime era stata oggetto di un accordo tra Italia e la Repubblica Federale Tedesca nel 1961. Nelle leggi che ratificavano ed eseguivano gli accordi si stabiliva che nessuna compensazione era dovuta nei confronti dello Stato italiano e delle vittime in cambio della somma di 80 milioni di marchi dell'epoca. Una forma di "chiudere i conti" con il passato con un paese che aveva sempre ammesso, e continua ad ammettere, le sue colpe, naturalmente in cambio di una chiusura delle richieste di compensazione, così come richiesto da qualunque forma di "giu-

stizia riparativa”. Si chiudono i conti, si rinuncia ad una piena soddisfazione delle vittime in cambio di una promessa di mantenere stabili e cooperative relazioni per il futuro. Un rapido sguardo al testo della legge 404 del 6 febbraio 1963 risulta chiarificatore:

«Articolo 1

- (1) La Repubblica Federale di Germania si impegna a versare alla Repubblica Italiana 40 milioni di DM a favore di cittadini italiani i quali per ragione di razza, fede o ideologia siano stati oggetto di misure di persecuzione nazionalsocialiste e che a causa di tali misure abbiano sofferto privazioni di libertà o danni alla salute, nonché a favore dei superstiti di coloro che sono deceduti a causa di queste persecuzioni.
- (2) Il modo di utilizzare tale somma a favore delle categorie suindicate è rimesso alla valutazione del Governo della Repubblica Italiana.

[...]

Articolo 3

Con il pagamento di cui all'art. 1, vengono regolate in modo definitivo tutte le questioni tra la Repubblica Italiana e la Repubblica Federale di Germania formanti oggetto del presente Accordo, senza pregiudizio delle eventuali pretese di cittadini italiani in base alla legislazione tedesca sui risarcimenti».

La possibilità delle vittime di vedersi riconosciute era poi ostacolata da varie ragioni, politiche, ma anche normative. Tra le prime bisogna considerare il rischio che lo Stato italiano nel suo tentativo di perseguire i gerarchi nazisti si vedesse coinvolto in analoghe iniziative da parte di altri Stati in cui le truppe italiane avevano commesso crimini di guerra. Ma bisogna anche considerare che la magistratura militare aveva sostanzialmente riconosciuto l'impossibilità di perseguire tali crimini per la difficoltà di ottenere l'extradizione dalla Germania, dato il testo dell'art. 16 della Costituzione di Bonn<sup>5</sup>. Il 14 gennaio 1960, infatti, il Procuratore generale militare della Repubblica, Enrico Santacroce, ordinava la “provvisoria archiviazione” dei fascicoli che venivano inseriti in un armadio rimasto segreto fino al 1994, anno in cui viene scoperto in seguito alle indagini della Procura Militare di Roma su Erich Priebke, estradato dall'Argentina, per il massacro delle Fosse Ardeatine. Infine, bisogna ricordare che solo in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 60 del 1996, che dichiarava l'incostituzionalità del art. 270 del Codice penale militare di pace che escludeva la possibilità di costituirsi parte civile in un giudizio davanti a un tribunale militare, si apriva la possibilità alle vittime, e ai loro eredi, di chiedere un risarcimento<sup>6</sup>.

In questo quadro di lento sgretolamento del muro, politico e normativo, che impediva la possibilità delle vittime di chiedere un risarcimento si inserisce la sentenza Ferrini su un deportato in Germania (Cass. civ., sez. un., sent. 11 marzo 2004, n. 5044) che dichiara, come abbiamo visto prima, che lo Stato tedesco non può farsi scudo per evitare le sue responsabilità alle norme consuetudinarie internazionali sull'immunità degli Stati per la natura particolarmente grave dei crimini contestati (è la c.d. “eccezione umanitaria”)<sup>7</sup>:

«Il riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione in favore degli Stati che si siano resi responsabili di tali misfatti si pone in palese contrasto con i dati normativi appena ricordati, poiché detto riconoscimento, lungi dal favorire, ostacola la tutela di valori, la cui protezione è da considerare invece, alla

<sup>5</sup> Art. 16: «Kein Deutscher darf an das Ausland ausgeliefert werden». Sul punto vd. LUTHER 2021, 131.

<sup>6</sup> Sul punto rimandiamo a CAROLI 2022, 78 ss., BAIADA 2023, 104-105.

<sup>7</sup> Questa tesi è stata criticata da una parte della dottrina FOCARELLI 2021, 32: «For my part, since 2005 I have taken the position that the latter lacked legal basis in international law, and that both Italian courts and scholarship en masse were trying to present as “the law in force” what was, at best, a better law for the future. In my opinion, there was simply no practice supporting the Ferrini case law». D'altra parte, DE SENA, VITTOR 2005, III, hanno considerato la stessa sentenza un «key step in the development of the customary rule on state immunity from jurisdiction in the face of serious violations of human rights».

stregua di tali norme e principi, essenziale per l'intera Comunità internazionale, tanto da giustificare, nelle ipotesi più gravi, anche forme di reazione obbligatorie»<sup>8</sup>.

A questa sentenza della Cassazione segue la sentenza Milde (Cass., 21 ottobre 2008, n. 1072), in cui lo Stato tedesco viene condannato ad indennizzare le vittime di un eccidio presso Civitella in val di Chiana delle forze armate tedesche. È importante notare che la sentenza riduce l'ambito di applicazione dell'accordo del 1961 in quanto tale accordo si ritiene che non copra le possibili cause successive ma solo quelle "pendenti". E in ogni caso tali compensazioni si riferiscono soltanto a danni economici e non ai danni morali causati da crimini di guerra (pp. 20-21, motivi della decisione)<sup>9</sup> che d'altra parte sono sempre stati ammessi dalla Repubblica Federale tedesca. Così come però riconosce un commentatore (GALLORO 2009, 187-188) la natura della sentenza Milde si avvicina pericolosamente a una questione politico-diplomatica che non è competenza del giudice risolvere:

«tutte le controversie sulle quali i giudici si sono pronunciati erano caratterizzate da una rilevante natura politica e gli effetti delle decisioni sulle relazioni diplomatiche tra lo Stato del foro lo Stato chiamato in giudizio si sono, poi, rilevate di difficile gestione. Il che viene evidenziato laddove si consideri il seguito extragiudiziario delle vicende, rappresentato sempre da una fase transattiva che precede un accordo internazionale tra gli Stati, concluso quindi dal potere esecutivo. [...] Esigenze di ordine superiore impongono infatti scelte che non possono essere lasciate al giudice».

Cominciano così le procedure di pignoramento dei beni della Repubblica Federale tedesca, tra questi la prestigiosa Villa Vigoni, beni che secondo lo Stato tedesco non hanno una funzione commerciale ma solo pubblica, e pertanto godono di immunità secondo il diritto internazionale<sup>10</sup>.

## 2. Secondo atto: la CIG riconosce le pretese della Germania sulla immunità

La Repubblica Federale Tedesca fa ricorso nel 2008 alla CIG che con la sentenza 3 febbraio 2012, [Immunità giurisdizionali dello Stato (Germania c. Italia: Grecia interveniente). Immunità dalla giurisdizione civile di cognizione e per la sede esecutiva]<sup>11</sup> le riconosce tutte le violazioni da lei contestate. Dichiara quindi che le sentenze dei tribunali italiani vanno contro le immunità del diritto internazionale godute dallo Stato tedesco, immunità che non vengono meno neppure in caso di crimini di guerra (negando quindi validità alla "eccezione umanitaria") in quanto norme solo "procedurali", e auspica che le parti riprendano negoziati al fine di soddisfare le pretese delle vittime di crimini che la stessa Germania ammetteva, ma di cui rifiutava il dovere di indennizzare oltre quanto stabilito dall'accordo del 1961.

Per rendersi conto della sconfitta dello Stato italiano basta leggere il verdetto:

<sup>8</sup> Cass. civ., sez. un., sent. 11 marzo 2004, n. 5044, par. 9.1 della motivazione in diritto.

<sup>9</sup> In dottrina vi è chi come TORRETTA 2023, 5, nt. 19, apprezza questa sentenza in quanto permette di tutelare l'interesse delle vittime a un risarcimento. Ci sarebbe però da domandarsi se con una simile disapplicazione di un accordo internazionale da parte dei giudici italiani, che dovrebbero comunque essere sottoposti alla legge che esegue tale accordo, non sorga il legittimo sospetto da parte delle autorità tedesche di un uso strumentale del diritto internazionale riguardante la *humanitarian exception*.

<sup>10</sup> Il testo della sentenza Milde e l'ordine di pignoramento si trovano negli annessi della memoria del Governo tedesco alla Corte Internazionale di Giustizia: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/143/19064.pdf> (consultato il 24 giugno 2024).

<sup>11</sup> La Grecia partecipa al giudizio presso la Corte Internazionale dato che la Corte di cassazione a sezioni unite, con la sentenza 14199 del 29 maggio del 2008, aveva riconosciuto la delibazione della sentenza di condanna della Corte di cassazione greca contro lo Stato tedesco responsabile di un massacro di civili (il c.d. caso Distomo).

«La Corte,

- 1) con dodici voti contro tre, stabilisce che lo Stato italiano ha violato l'immunità della Repubblica federale tedesca ammettendo cause civili per il risarcimento da danni derivanti dalle violazioni del diritto di guerra commesse dal Terzo Reich tra il 1943-1945; [...]
- 2) con quattordici voti contro uno, si afferma che lo Stato italiano ha violato l'immunità di cui gode la Repubblica federale tedesca cominciando la procedura esecutiva su Villa Vigoni; [...]
- 3) con quattordici voti contro uno, si considera contraria all'obbligo di rispettare l'immunità internazionale la decisione dello Stato italiano di accettare la delibazione delle sentenze delle corti greche basate sulle violazioni del diritto di guerra commesse in Grecia dal Terzo Reich; [...]
- 4) con quattordici voti contro uno, si impone allo Stato italiano l'obbligo attraverso la legislazione o in altro modo a sua scelta di assicurarsi che le sentenze che violano la immunità della Repubblica federale tedesca cessino i loro effetti»<sup>12</sup>.

Circa le pretese delle vittime, la Corte riafferma che è lo Stato italiano in quanto beneficiario dei fondi versati dalla Repubblica federale tedesca a doversi fare carico (par. 102):

«Where the State receiving funds as part of what was intended as a comprehensive settlement in the aftermath of an armed conflict has elected to use those funds to rebuild its national economy and infrastructure, rather than distributing them to individual victims amongst its nationals, it is difficult to see why the fact that those individuals had not received a share in the money should be a reason for entitling them to claim against the State that had transferred money to their State of nationality»<sup>13</sup>.

In altre parole, se ci sono vittime che chiedono denaro per le sofferenze subite devono chiederlo allo Stato italiano e non allo Stato tedesco in virtù di un accordo sottoscritto tra le parti. Si smentiscono così sia la *ratio* della sentenza Milde sia le argomentazioni del Governo italiano che difendevano in giudizio tale disapplicazione dell'accordo messa in atto dalla magistratura<sup>14</sup>. La Corte, d'altra parte, riconosce che la Repubblica federale tedesca ha rifiutato fino ad allora tutte le richieste di indennizzo degli internati dando così ragione allo Stato italiano che riteneva privi di tutela le vittime di tali atrocità per una scelta precisa dello Stato tedesco<sup>15</sup>:

«The overwhelming majority of Italian military internees were, in fact, denied treatment as prisoners of war by the Nazi authorities. Notwithstanding that history, in 2001 the German Government determined that those internees were ineligible for compensation because they had a legal entitlement to prisoner-of-war status. The Court considers that it is a matter of surprise — and regret — that Germany decided to deny compensation to a group of victims on the ground that they had been entitled to a status which, at the relevant time, Germany had refused to recognize, particularly since those victims had thereby been denied the legal protection to which that status entitled them»<sup>16</sup>.

Per questa ragione la Corte invita il Governo tedesco a intraprendere azioni diplomatiche a favore delle vittime<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Corte internazionale di giustizia, Immunità giurisdizionali dello Stato (Germania c. Italia: Grecia interveniente), sentenza del 3 febbraio 2012, par. 139 (traduzione propria).

<sup>13</sup> *Ibid.*, par. 102.

<sup>14</sup> Vd. memoria dello Italiano parr. 6.12-6.24, disponibile in: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/143/16648.pdf> (consultato il 24 giugno 2024).

<sup>15</sup> Sul punto vd. KADELBACH 2021, 147.

<sup>16</sup> *Ibid.*, par. 99.

<sup>17</sup> *Ibid.*, par. 104. Sulla sentenza la letteratura è vastissima, rinviamo a FOCARELLI 2021 e *contra* SCOVAZZI 2023. Particolarmente interessante ci sembra la tesi di LAU 2023, 48 in cui afferma che la sentenza della CIG «ha completamente omesso il vaglio delle norme pattizie [in particolare l'accordo di Londra del 1953] con cui la Germania Fe-

Per non andare incontro ad un'altra condanna, lo Stato italiano approva la l. 14 gennaio 2013, n. 5 che riconosce ed applica la Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, New York il 2 dicembre 2004.

Uno sguardo rapido all'art. 3 della Convenzione di cui la legge 5 del 14 gennaio 2013 conferisce piena ed intera esecuzione chiarisce la *ratio* della legge:

«La presente Convenzione non pregiudica i privilegi e le immunità di cui beneficia uno Stato in virtù del diritto internazionale per quanto concerne l'esercizio delle funzioni:

- a) delle sue missioni diplomatiche, dei suoi posti consolari, delle sue missioni speciali, delle sue missioni presso le organizzazioni internazionali o delle sue delegazioni negli organi delle organizzazioni internazionali o alle conferenze internazionali; e
  - b) delle persone che vi sono assegnate.
2. La presente Convenzione non pregiudica nemmeno i privilegi e le immunità che il diritto internazionale riconosce *ratione personae* ai capi di Stato.
  3. La presente Convenzione non pregiudica i privilegi e le immunità che il diritto internazionale riconosce a uno Stato per quanto concerne aeromobili o oggetti spaziali che gli appartengono o che esso gestisce».

### 3. Terzo atto: si inserisce la Corte costituzionale, come un elefante in un negozio di cristalli

In questo processo di applicazione di una consuetudine internazionale si inserisce la Corte Costituzionale con una sentenza di enorme importanza, la n. 238 del 22 ottobre 2014 che dichiara contrario a Costituzione l'art. 3 della l. 5 del 14 gennaio 2013<sup>18</sup> e l'art. 1 della l. 848 del 17 agosto 1957 che ratifica la Carta delle Nazioni Unite limitatamente all'obbligo dello Stato italiano di conformarsi alla decisione della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012<sup>19</sup>, affermando quindi che quella sentenza non potesse entrare nel nostro ordinamento, ma certamente non ripudiando la CIG stessa.

La Corte costituzionale emette una sentenza "storica", si può dire, anche per i tempi rapidissimi della sua stesura e deposito motivati per l'età dei ricorrenti<sup>20</sup>, in quanto dichiara che la deci-

derale ha rinunciato all'immunità giurisdizionale». È da tenere in considerazione, d'altronde, che neppure la Corte costituzionale con la sentenza 159/2023 accenna a tale rinuncia esplicita dell'immunità e considera come vincolanti gli accordi di Bonn.

<sup>18</sup> «Quando la Corte internazionale di giustizia, con sentenza che ha definito un procedimento di cui è stato parte lo Stato italiano, ha escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato alla giurisdizione civile, il giudice davanti al quale pende controversia relativa alle stesse condotte rileva, d'ufficio e anche quando ha già emesso sentenza non definitiva passata in giudicato che ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione, il difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del processo.

2. Le sentenze passate in giudicato in contrasto con la sentenza della Corte internazionale di giustizia di cui al comma 1, anche se successivamente emessa, possono essere impugnate per revocazione, oltre che nei casi previsti dall'articolo 395 del codice di procedura civile, anche per difetto di giurisdizione civile e in tale caso non si applica l'articolo 396 del citato codice di procedura civile».

<sup>19</sup> Art. 1: «Piena ed intera esecuzione è data allo Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945, a decorrere dal 14 dicembre 1955, data di ammissione dell'Italia alle Nazioni Unite». Nel sito web <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1957-08-17:848!vig=> (consultato il 24 giugno 2024), redatto dalla Presidenza del Consiglio si aggiunge la seguente nota: «La Corte Costituzionale, con sentenza 22 ottobre 2014, n. 238 (in G.U. 1a s.s. 29/10/2014, n. 45) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente articolo "limitatamente all'esecuzione data all'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, esclusivamente nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia (CIG) del 3 febbraio 2012, che gli impone di negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti di uno Stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona"».

<sup>20</sup> GATTINI 2021, 568.

sione della CIG non vincola i giudici italiani in quanto che tale sentenza, se applicata, violerebbe un “contro-limite” che caratterizza, identifica l’ordinamento italiano: la garanzia ad un accesso alla giustizia. Afferma la Corte, in primo luogo, la sua esclusiva competenza, rispetto agli altri giudici, a determinare quando e come i controlimiti sono superati da leggi di ratifica di trattati e accordi internazionali<sup>21</sup>:

«In un sistema accentrato di controllo di costituzionalità, è pacifico che questa verifica di compatibilità spetta alla sola Corte costituzionale, con esclusione di qualsiasi altro giudice, anche in riferimento alle norme consuetudinarie internazionali»<sup>22</sup>.

Inoltre, il diritto all’accesso alla giustizia non può essere del tutto annullato in modo da garantire la immunità agli Stati così come chiede la sentenza della CIG:

«il totale sacrificio che si richiede ad uno dei principi supremi dell’ordinamento italiano, quale senza dubbio è il diritto al giudice a tutela di diritti inviolabili, sancito dalla combinazione degli artt. 2 e 24 della Costituzione repubblicana, riconoscendo l’immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione italiana, non può giustificarsi ed essere tollerato quando ciò che si protegge è l’esercizio illegittimo della potestà di governo dello Stato straniero, quale è in particolare quello espresso attraverso atti ritenuti crimini di guerra e contro l’umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona»<sup>23</sup>.

La sentenza quindi riporta indietro le lancette dell’orologio a prima della CIG, e implicitamente sfida tale decisione, chiarendo come sia la Corte costituzionale, e non i singoli giudici, a determinare quali delle sentenze della Corte internazionale di Giustizia si possano applicare in Italia e quali no. Una forma di sovranismo dei diritti senza compromessi, che assume che sia sempre il giudice costituzionale nazionale a determinare quando comincia e finisce la vigenza del diritto internazionale<sup>24</sup>. Una dottrina, quella dei controlimiti, nata con le migliori intenzioni di assicurare alle vittime una efficace tutela giurisdizionale anche oltre le limitazioni della consuetudine internazionale sulle immunità<sup>25</sup> ma che finisce per rendere simile in quanto a chiusura nei confronti della vincolatività delle decisioni delle Corti internazionali, la giurisprudenza costituzionale italiana a quella di paesi come la Russia di Putin<sup>26</sup>.

#### 4. Quarto atto: interviene ancora il legislatore

Immediatamente dopo la sentenza il Legislatore interviene con l’art. 19-bis della l. n. 162 del 10

<sup>21</sup> Sul punto si vedano le critiche di FOCARELLI 2021, 34 ss.

<sup>22</sup> Corte costituzionale, sent. n. 238 del 22 ottobre 2014, par. 3.2 delle considerazioni in diritto.

<sup>23</sup> *Ibid.*, par. 5.1, che dichiara nullo l’art. 3 della l. 5 del 2013.

<sup>24</sup> FOCARELLI 2021, parla di vicolo cieco anche ACCONCIAMESSA 2021.

<sup>25</sup> SENESE 2015, LAMARQUE 2015.

<sup>26</sup> La sentenza alla quale facciamo riferimento è quella della Corte costituzionale della federazione Russa del 16 aprile 2016 nella quale si dichiara la non applicabilità della sentenza CEDU Anchugov e Gladkov c. Russia 11157/04 e 15162/05. Sulle analogie tra le due interpretazioni del primato del diritto nazionale sugli obblighi internazionali si rimanda a GATTINI 2021. L’oggetto delle due decisioni e le modalità attraverso le quali le due Corti hanno dichiarato la non vincolatività delle sentenze rispettivamente del Tribunale Internazionale di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti Umani, sono però diversissimi e quindi non si tratta di reazioni necessarie all’uso dei controlimiti in una argomentazione “dualista” circa i rapporti tra diritto internazionale e diritto nazionale come quella seguita dalla Corte costituzionale nella sentenza 238. Nel caso della sentenza 238 si tratta di un conflitto che ha come oggetto la mancata tutela di un diritto a un ristoro su impulso di un giudice di merito, nel secondo caso si tratta della compressione del diritto di voto dei detenuti su impulso dei deputati della Duma. Sul merito della sentenza della Corte costituzionale Russa si rinvia nella ampia dottrina a MÄLKSOO 2016, FILIPPINI 2016. Devo questi rilievi a D. Mauri e a F. Parisi.

novembre 2014 che dispone che i conti correnti degli Stati esteri non possono essere oggetto di misure esecutive se le autorità estere dichiarano il loro essere finalizzati alle funzioni diplomatiche, e non commerciali in osservanza a quanto disposto dalla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni<sup>27</sup>. Riprendono, però, sulla scia di quanto disposto dalla Corte costituzionale, i procedimenti di sequestro dei beni dello Stato tedesco a favore delle vittime italiane e greche<sup>28</sup>. Finiscono sotto la scure dei provvedimenti dei giudici beni delle Ferrovie tedesche e *assets* immobiliari di enorme valore che ospitano istituzioni culturali, come Villa Vigoni e i locali del Goethe Institut. La Corte di cassazione (Cassazione civ., sez. un., 20442, 7 luglio 2020) cerca di porre freno alle decisioni dei tribunali stabilendo che non vi è una immunità civile assoluta della Germania (concernente anche i beni *iure gestionis*), ma una immunità limitata ai beni che le assicurano l'esercizio della sua sovranità (*iure imperii*)<sup>29</sup>.

Dato il susseguirsi dei procedimenti giudiziari, lo Stato tedesco ricorre di nuovo alla CIG il 29 aprile del 2022<sup>30</sup> con le stesse argomentazioni del ricorso deciso nel 2012. Temendo un altro verdetto negativo e in evidente coordinazione con le autorità tedesche, il legislatore promulga il Decreto legge 30 aprile 2022, n. 36 (Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del PNRR), convertito dalla legge 29 giugno 2022, n. 79. Nell'articolo 43 si stabilisce la creazione di un fondo di ristoro per le vittime e si chiude la porta a future cause civili contro lo Stato tedesco per danni conseguenti crimini di guerra tra il 1939 e il 1945. Citiamo il testo di legge:

«1. Presso il Ministero dell'economia e delle finanze è istituito il Fondo per il ristoro dei danni subiti dalle vittime di crimini di guerra e contro l'umanità per la lesione di diritti inviolabili della persona, compiuti sul territorio italiano o comunque in danno di cittadini italiani dalle forze del Terzo Reich nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l'8 maggio 1945, assicurando continuità all'Accordo tra la Repubblica italiana e la Repubblica Federale di Germania reso esecutivo con decreto del Presidente della Repubblica 14 aprile 1962, n. 1263, con una dotazione (di euro 20.000.000 per l'anno 2023 e di euro 13.655.467 per ciascuno degli anni dal 2024 al 2026)

[...]

5. Il pagamento effettuato con le procedure previste al comma 4 estingue ogni diritto o ragione di credito correlata alle pretese risarcitorie per i fatti di cui al comma 1».

5. *Epilogo: la Corte costituzionale riconosce la legittimità costituzionale della norma di legge (sentenza 159/2023), però non mantiene la promessa della sentenza 238/2014*

Con la legge n. 79 del 2022 sembra che il legislatore corra ai ripari rispetto ad una possibile nuova condanna da parte della CIG e ristora, con un finanziamento ad hoc da parte dell'erario italiano,

<sup>27</sup> TORRETTA 2023, 21 afferma che in questo caso il Parlamento ha “contrastato” le vittorie giudiziarie. Tuttavia, fa notare SALERNO 2023a, 41 che tale misura è prevista nella Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni. Per questa ragione non si tratta soltanto di ostacolare una vittoria giudiziaria, quanto di applicare il testo di una Convenzione alla quale lo Stato italiano aveva aderito in seguito alla sentenza della CIG. Per questa ragione, conclude SALERNO 2023, 41: «sarebbero assai scarse le possibilità di esercitare la giurisdizione esecutiva sui beni dello Stato tedesco in Italia».

<sup>28</sup> Vd. Cass. civ., III sez., 25 giugno 2019, n. 21995. Nei motivi della decisione n. 23 si legge: «Ne consegue che i giudici italiani, sia quelli investiti del giudizio di cognizione che quelli incaricati dell'esecuzione dei titoli giudiziari legittimamente formati in base alle regole di rito, hanno il dovere istituzionale, in ineludibile ossequio all'assetto normativo determinato dalla sentenza n. 238 del 2014 della Consulta, di negare ogni esenzione da quella giurisdizione sulla responsabilità altrove riconosciuta che fosse invocata davanti a loro».

<sup>29</sup> Sulla sentenza si veda VENTURINI 2020, BERRINO 2020; sul tema dell'efficacia dei procedimenti di esecuzione rimandiamo a CARPANELLI, LAU 2023.

<sup>30</sup> Sul ricorso alla Corte di Giustizia vd. BERRINO 2022a.

le vittime dei crimini di guerra senza toccare le immunità dello Stato tedesco che infatti ritira il ricorso presso la CIG dimostrando così il carattere coordinato della novella legislativa rispetto all'azione del Governo tedesco<sup>31</sup>. Però riconoscere l'immunità dello Stato tedesco per i procedimenti esecutivi finalizzati a indennizzare le vittime di crimini di guerra sembra essere una violazione di quanto disposto dalla Corte costituzionale nella sentenza 238. E infatti il Tribunale di Roma in un procedimento di vendita di alcune proprietà dello Stato tedesco rinvia alla Corte costituzionale (Ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma, sez. IV civ., 21 novembre 2022, dep. 1° dicembre 2022, iscritta al reg. ord. n. 154/2022 della Corte costituzionale) la questione se l'articolo 43 della l. 79/2022 che dispone il fondo di ristoro sia incostituzionale, in quanto comprime in maniera irragionevole i diritti delle vittime (risuonando così l'eco della sentenza 238/2014). La Corte costituzionale emette quindi la sentenza 159 il 21 luglio 2023 in cui riesce nell'ardua impresa di a) ridurre l'ambito di applicazione della sentenza 238 del 2014, b) riconoscere il carattere perfettamente costituzionale del fondo di ristoro per le vittime, anche con le sue limitazioni temporali e nazionali (chiudendo quindi la porta alla possibilità che gli eredi dei beneficiari della delibazione delle sentenze dei tribunali greci possano partecipare al fondo), c) chiudere il possibile conflitto con lo Stato tedesco.

In primo luogo, la Corte, per non contraddire la sentenza 238, e approfittando di quanto sostenuto nella ordinanza, dichiara che quanto vietato in Costituzione è esclusivamente l'immunità di cognizione, cioè il diritto delle vittime di vedersi riconosciute in giudizio, ma non anche il loro diritto ad avere una compensazione piena per il danno subito, in quanto le modalità di erogazione della compensazione devono bilanciarsi con il rispetto di quanto stabilito dalla sentenza della CIG. Come è stato possibile arrivare ad un simile risultato? Riteniamo che tale soluzione sia stata offerta, in maniera non deliberata, naturalmente, dallo stesso giudice a quo. L'ordinanza di remissione infatti si riferisce soltanto a due elementi del fondo: il suo carattere presuntamente insufficiente a soddisfare tutte le possibili richieste e la violazione del principio di uguaglianza in quanto impone l'accesso al fondo solo alle vittime italiane, lasciando in una posizione di vantaggio i beneficiari di possibili *exequatur*, in quanto soggetti che avrebbero beneficiato di un risarcimento pieno, non limitato da quanto disposto dall'art. 43 censurato<sup>32</sup>.

L'Ordinanza però non considera il c. 6 dell'articolo 43 che almeno in astratto si poteva considerare una limitazione eccessiva del diritto di accesso alla giustizia (in quanto fissa un termine di 60 gg. poi prorogati in altri 120 secondo quanto disposto dalla riforma n. 14/2023 (art. 8, comma 11-ter). In questo modo è stato possibile per il Giudice delle leggi affermare circa le questioni di incostituzionalità (considerato in diritto 3.1. e 3.2) che la sentenza 238 riguardava la esclusiva incostituzionalità della immunità circa i giudizi di cognizione, mentre si riconosceva la costitu-

<sup>31</sup> Dal punto di vista dell'interesse dello Stato italiano si realizza così lo scenario peggiore: i crimini che si voleva venissero risarciti dallo Stato tedesco, in virtù della vincolatività della sentenza della Corte di giustizia, venivano interamente risarciti dallo Stato italiano. FOCARELLI 2021, 53-54 lucidamente aveva previsto l'esito finale della vicenda. Sul punto vedi CAROLI 2023.

<sup>32</sup> Sulla questione vd. SALERNO 2023b, 2075. Bisogna aggiungere che secondo il giudice remittente (par. 1) «non avrebbe rilievo la circostanza che, con l'art. 2 dell'Accordo di Bonn del 2 giugno 1961, ratificato con D.P.R. 14 aprile 1962, n. 1263 (Esecuzione dell'Accordo tra la Repubblica Italiana e la Repubblica federale di Germania per il regolamento di alcune questioni di carattere patrimoniale, economico e finanziario con scambi di Note, concluso a Bonn il 2 giugno 1961), l'Italia si sia impegnata a tenere indenne la Repubblica federale di Germania da ogni eventuale azione o pretesa legale da parte di persone fisiche o giuridiche italiane all'epoca già pendenti a fronte del versamento da parte della stessa di 40 milioni di marchi. Ciò in quanto, ferma la possibilità per l'Italia di adempiere in modo soddisfattivo nei confronti del terzo in virtù del disposto dell'art. 1181 del codice civile, nell'incertezza sull'idoneità del Fondo ad una soddisfazione adeguata dei creditori, il legislatore avrebbe dovuto contemplare un differente strumento, come, ad esempio, la sospensione o la temporanea improcedibilità delle procedure esecutive in corso, in modo da preservare, così, gli effetti conservativi dell'atto di pignoramento ritraibili dall'art. 2913 cod. civ.». Naturalmente si apre così un interrogativo: quanto ampi sono i poteri di remissione dei giudici alla Corte costituzionale in un caso in cui si lamenti una insufficiente tutela di un diritto?

zionalità di una norma che invece garantiva l'immunità nei procedimenti di esecuzione per i beni adibiti allo svolgimento di attività sovrane dello Stato:

«la norma consuetudinaria di diritto internazionale, come riconosciuta dalla Corte internazionale di giustizia nella citata sentenza del 3 febbraio 2012, ha ingresso nel nostro ordinamento ex art. 10, primo comma, Cost., senza che a ciò sia di ostacolo alcun controlimite, né in particolare quello ritenuto dalla sentenza n. 238 del 2014 quanto al giudizio di cognizione. Il vincolo per il giudice nazionale di adeguamento alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia permane con riferimento alla fase dell'esecuzione forzata, mentre soltanto con riferimento alla fase della cognizione è schermato – e non opera – per effetto delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale recate dalla citata sentenza n. 238 del 2014 di questa Corte, unitamente all'accertamento del mancato ingresso (ex art. 10, primo comma, Cost.) della relativa norma consuetudinaria nel nostro ordinamento»<sup>33</sup>.

La Corte, quindi, interpreta in maniera restrittiva la *ratio* della 238/2014 rispetto a quanto sostenuto da parte della dottrina: la sentenza della CIG è vincolante per il giudizio di esecuzione, mentre invece costituirebbe una violazione del controlimite se stabilisse immunità anche nel giudizio di cognizione. Ma ci si può domandare se così non si vada contro le intenzioni di chi storicamente ha esteso la sentenza (in questo caso il giudice Tesauro). Forse la sentenza era nelle intenzioni dell'estensore, e di buona parte del collegio, molto più ambiziosa<sup>34</sup>? Un sospetto a tal proposito è offerto da una nota a sentenza ad una decisione della Corte di cassazione (Cass. civ., III sez., 25 giugno 2019, n. 21995) scritta da un magistrato della procura militare (Luca Baiada) in cui si afferma:

«gli effetti della sentenza del 2014 non riguardano solo il processo di cognizione, ma anche quello di esecuzione. La precisazione è importante perché si era sentito qualche dubbio, nel senso che la limitazione dell'immunità degli Stati dovesse riguardare solo il processo di cognizione. Come se, di fronte alla lesione di diritti inviolabili della persona, si riconoscesse alle vittime la possibilità di veder riconosciuta la sussistenza del diritto al risarcimento, non quella di ottenere il pagamento. Una limitazione del genere andrebbe contro il dettato della Consulta e finirebbe per svuotarlo di senso. [...]

Quest'anno [è il 7 marzo 2019] in un convegno al Senato, *Stragi e deportazioni nazifasciste: per la giustizia e contro l'ambiguità*, Giuseppe Tesauro, nel 2014 presidente della Corte costituzionale ed estensore della sentenza, ha ribadito la necessità che la tutela dei creditori sia effettiva: “Se hanno il diritto riconosciuto dall'ordinamento ad avere una soddisfazione, nel caso di specie un risarcimento del danno, che se ne fanno, lo mettono al muro, lo mettono lì, fanno un bel quadro di questo diritto, per guardarselo, oppure possono farlo valere davanti a un giudice? E che cosa rimane del diritto – questa frase voi la ritrovate nella sentenza della Corte costituzionale – che cosa rimane di un diritto, se non può essere fatto valere davanti al giudice?”<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 159 del 4 luglio 2023, par. 3.2 delle considerazioni in diritto) Alcuni autori hanno infatti indicato questa via di uscita prima della sentenza 159: SALERNO 2023a, e GROSSO 2023. Inoltre, anche un autore estremamente critico con la sentenza 238 (GATTINI 2021, 586, e nt. 83) sostiene, sulla base del considerato in diritto parr. 5 e 6 della 238 che la incostituzionalità dichiarata dalla Corte riguardi soltanto l'immunità di cognizione e non anche quella di esecuzione. Torneremo più avanti sul punto.

<sup>34</sup> Una testimonianza d'eccezione sul “dietro le quinte” del giudizio è offerta da CASSESE 2021 come giudice membro del consiglio.

<sup>35</sup> BAIADA 2019. Infatti, TORRETTA 2023, 16, argomenta efficacemente che ridurre la *ratio* della sentenza 238 esclusivamente al riconoscimento di una immunità rispetto ad un processo di cognizione implica ridurre il diritto all'accesso alla giustizia un “diritto alla memoria”, ma non un diritto a godere di un'efficace tutela giurisdizionale. Come però fa rilevare un anonimo *referee* la Corte di cassazione civile terza sezione n. 14885 del 8/6/2018 riguardo il sequestro di Villa Vigoni aveva già distinto tra immunità dal processo di cognizione e immunità dal processo di esecuzione. Altresì è vero che l'affermazione del carattere “effettivo” della possibilità che le vittime abbiano un ri-

Torneremo sulla difformità nelle interpretazioni circa l'ambito di applicazione della sentenza 238 in seguito, adesso soffermiamoci sulle altre questioni di costituzionalità.

Circa la capacità del fondo di soddisfare le richieste delle vittime, la Corte afferma in maniera decisa che il fondo costituisce una continuazione di quello disposto dalla legge del 1962 (il D.P.R. 14 aprile 1962, n. 1263) che dava esecuzione agli accordi di Bonn<sup>36</sup>. Pertanto, si tratta di norme speciali che derogano alle norme generali del codice civile:

«A questo punto il legislatore ha adottato una disposizione speciale e radicale – l'art. 43 censurato – diretta a dare continuità all'Accordo di Bonn del 1961 sì da chiudere in modo definitivo ogni questione. [...]

Proprio in continuità con tale Accordo, lo Stato si fa carico – con una norma virtuosa, anche se onerosa – del "ristoro" dei danni subiti dalle vittime di crimini di guerra, compiuti, dalle forze armate del Terzo Reich, sul territorio italiano o comunque in danno di cittadini italiani»<sup>37</sup>.

E neppure si può sostenere, come afferma il giudice remittente, che l'art. 43 costituisca un irragionevole restringimento della possibilità di agire in sede esecutiva per ottenere un beneficio, ma nel caso di specie tale diritto deve essere contemperato con gli obblighi internazionali (considerato in diritto n. 13).

Circa la possibilità che anche i beneficiari delle sentenze di delibazione possano tenere un vantaggio rispetto ai cittadini italiani obbligati a usufruire esclusivamente del fondo, così come lamentato dal giudice remittente, la Corte espone la (a nostro avviso chiara) *ratio* della norma:

«È stato quindi chiarito, in termini inequivocabili, che anche per le esecuzioni rette da siffatti titoli è prevista l'estinzione *ex lege* del processo esecutivo, sicché l'ipotizzato (dal giudice rimettente) trattamento di miglior favore, allegato quale *tertium comparationis*, in realtà non sussiste, con conseguente infondatezza della relativa censura di illegittimità costituzionale.

Di ciò è consapevole, del resto, anche il creditore intervenuto nel processo esecutivo *a quo* sulla base della sentenza del giudice greco munita di *exequatur* (Regione S.E.), il quale, nella memoria depositata, denuncia, al contrario, il trattamento di minor favore per tali titoli stranieri, oggetto di delibazione, stante che l'estinzione *ex lege* della procedura esecutiva non è compensata dal diritto di accesso al Fondo "ristori", trattandosi del risarcimento dei danni cagionati da un crimine di guerra commesso in Grecia nei confronti di cittadini greci»<sup>38</sup>.

## 6. Conclusioni: la responsabilità dei giuristi in un dramma di promesse non mantenute

Pertanto, la Corte costituzionale salva la sentenza 238, ma, giustamente a nostro avviso, la depozizza, la rende meno ambiziosa, perché riduce il diritto alla compensazione a ciò che il legislatore dispone con l'art. 43, al fine da potere realizzare un bilanciamento tra esigenze ad un efficace procedimento esecutivo e rispetto degli obblighi internazionali. In questo modo però sorge un

sarcimento, nel testo della sentenza 238 non si collega alla tesi della necessità di tenere uniti i giudizi di cognizione con i giudizi di esecuzione. È chiaro però, come riconosce Baiada, che se gli spazi per i giudizi di esecuzione sono minimi, così come abbiamo visto prima, allora non ha molto senso ricorrere a procedimenti di cognizione. Non è un caso che secondo TORRETTA 2023, 19 «le ragioni alla base dell'esclusione dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile estera valgono anche per l'immunità dalle misure coercitive»; sul punto vd. anche GUZZI 2023, 137 che parla dell'art. 43 che estingue i procedimenti di esecuzione, prima però che fossero emanati i decreti attuativi del fondo di ristoro, di un "monstrum" giuridico.

<sup>36</sup> Su questo punto si vedano però le notazioni critiche di CARPANELLI, LAU 2023, 268-269.

<sup>37</sup> Corte costituzionale, sent. n. 159 del 4 luglio 2023, par. II delle considerazioni in diritto.

<sup>38</sup> *Ibid.*, par. 19 delle considerazioni in diritto.

contrasto tra la sentenza, che considera l'art. 43 la continuazione dell'accordo di Bonn e quella giurisprudenza che ha escluso l'applicazione dell'accordo per le controversie tra le vittime italiane e lo Stato tedesco<sup>39</sup>. Infatti l'accordo al quale il legislatore si connette prevedeva *anche* la cessazione delle future richieste di risarcimento. Ma i giudici sulla scia della sentenza Milde hanno ritenuto che tale cessazione non si applicasse ai casi di crimini di guerra in base alla *humanitarian exception*. Come dobbiamo allora valutare tale esclusione alla luce della sentenza 159? Un errore nobile o un'invasione della magistratura nel campo delle relazioni diplomatiche in virtù di "valori" sovralegali che la sentenza Ferrini riconosce, e che poi la giurisprudenza successiva applica<sup>40</sup>? Infatti, le norme dell'accordo del 1961 (la cui disapplicazione da parte dei giudici è stata difesa dal Governo italiano nel giudizio di fronte alla CIG) già prevedevano la chiusura di tutte le richieste delle vittime circa indennizzi ulteriori rispetto a quanto stabilito dalla legge e offrivano comunque dei benefici citati nella sentenza 159 nel considerato in diritto 7 alla quale il fondo di ristoro si collega ricordiamo «in maniera virtuosa anche se onerosa».

Ma allora, ci si può domandare, i giuristi sia pratici che teorici che hanno seguito i principi della sentenza Ferrini e Milde sono stati vittime o di un abbaglio o, peggio, di una mancata applicazione di norme di legge vigenti sulla base di una "eccezione umanitaria" che però come abbiamo visto la CIG ha ritenuto non sussistente? A tal proposito la Corte afferma:

«Il panorama, fin qui sommariamente descritto, muta radicalmente a partire dalla sentenza Ferrini (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 11 marzo 2004, n. 5044) che, operando un netto *revirement* rispetto alla giurisprudenza precedente, afferma che per gli atti posti in essere nel corso di operazioni belliche costituenti crimini internazionali in violazione di diritti fondamentali della persona umana vi è una deroga al principio dell'immunità, pur ristretta, degli Stati; quella che poi sarà chiamata "eccezione umanitaria"»<sup>41</sup>.

Eppure, tale giurisprudenza è stata considerata come "obbligata" dal Governo italiano nel giudizio presso la CIG in quanto altrimenti si sarebbero lasciati senza tutele effettive le vittime delle atrocità naziste in Italia<sup>42</sup>. In questo modo, però, la questione dell'immunità si confondeva con

<sup>39</sup> CARPANELLI, LAU 2023, 268 e nt. 105.

<sup>40</sup> Si potrebbe parlare in questo caso di un atto di "disobbedienza in nome del diritto", una pratica di interpretazione "fuori cornice" o un "*revirement*" rispetto a orientamenti giurisprudenziali consolidati che in altra sede (BIONDO 2016) ho sostenuto essere una forma paradossale di modifica dell'ordinamento. In entrambi i casi bisogna tenere presente che i giudici che "vanno oltre la cornice" o cercano di innovare il diritto esistente debbono tenere conto delle concrete possibilità di successo, cioè che la decisione venga riconosciuta come valida dai giudici superiori, costituendo un nuovo orientamento giurisprudenziale, o nel caso del diritto internazionale da altri giudici di altre giurisdizioni, o da altri governi. È infatti innegabile che le consuetudini internazionali si modifichino nel tempo grazie anche al sorgere di nuovi orientamenti da parte dei giudici nazionali, e il caso delle immunità non fa eccezione, ma tali cambiamenti avvengono solo per quelle decisioni che possono essere seguite da altri giudici e da altri governi. Sul punto ci sembrano efficaci le parole di FOCARELLI 2021, 57: «It is, however, perfectly comprehensible that immunity should hopefully be denied in cases of serious violations of human rights. How could such a rule come to being, once it has been established that it does not exist at present? By triggering a rule-making process. Italian courts could reach their conclusions immediately on the basis of Italian (constitutional) law, rather than on the basis of international law, and expect the courts of other States to follow suit in order for a new rule to come into existence. Since the 2004 Ferrini decision, I have suggested that this was the path to take. This had to be done before the ICJ judgment, not after, and it had to be done by "tailoring" the new rule (according to an appropriate interpretation of the Italian Constitution) in such a way that it could reasonably be accepted by others». *Contra* SCOVAZZI 2023, 60-61.

<sup>41</sup> Corte costituzionale, sent. n. 159 del 4 luglio 2023, par. 9 delle considerazioni in diritto.

<sup>42</sup> Nel par. 6.19 della Memoria dello Stato Italiano si può leggere: «Italian judges were confronted with conflicting principles of fundamental importance which they had to compare and balance against one another. They were not in a position to grant immunity, since the obligations of reparation owed by Germany to Italian victims were non derogable from the outset, they have not been fulfilled for over fifty years, despite numerous attempts to obtain reparation, and in the light of all the developments in international law since the Second World War to promote

la questione se quanto stabilito dall'accordo del 1961 "chiudesse i conti" con le vittime dei crimini di guerra, fatto salvo l'auspicio di future negoziazioni diplomatiche alle quali però la Repubblica Federale Tedesca si è sempre sottratta. Si sono mischiati così due livelli di discorso che in teoria potevano rimanere distinti e sulla cui confusione la CIG è intervenuta con la sua sentenza, dando torto all'Italia su ciascuno dei punti in discussione.

E allora, seguendo il ragionamento della Corte costituzionale con la sentenza 159 sorge l'impressione che i giudici dopo Ferrini abbiano sbagliato, e con loro lo stesso Governo che li ha sostenuti nel giudizio presso la CIG, sulla circostanza che già fosse in vigore l'eccezione umanitaria e che tale eccezione permettesse ai cittadini italiani ulteriori compensazioni rispetto a quanto stabilito dagli accordi del 1961 in sede anche esecutiva. E quando la CIG nega tale eccezione, entra in scena la Corte costituzionale che non intende incidere sulla norma consuetudinaria ma mira semplicemente ad impedire l'accesso all'ordinamento alla sentenza in quanto in contrasto con il controlimite "diritto al giudice" ma soltanto in sede cognitiva, lasciando così soltanto a livello "astratto" la possibilità delle vittime a ottenere un risarcimento.

Abbiamo visto, d'altra parte, che una interpretazione della sentenza 238 alternativa, o "progressiva" rispetto a quanto stabilito dal diritto internazionale sull'immunità costituiva un vicolo cieco nel momento in cui permetteva una ripresa dei procedimenti esecutivi considerati illegittimi dalla sentenza della CIG. Si consumava un rifiuto dell'ordinamento italiano a adeguarsi a una particolare sentenza di un tribunale sovranazionale, una forma paradossale di "sovranoismo dei diritti" che infatti ha portato ad un nuovo ricorso per "misure provvisorie" della Repubblica Federale Tedesca contro il Governo italiano, ritirato in seguito alla promulgazione della legge sui ristori.

In modo perfettamente costituzionale nonostante le critiche di parte della dottrina (TORRETTA 2023, CARPANELLI, LAU 2023, 264-269, GUZZI 2023), possiamo sostenere oggi dopo il deposito della sentenza 159/2023 il legislatore ha posto rimedio attraverso una disposizione che si ricollega ad un accordo la cui norma di attuazione non è stata applicata dai giudici, fornendo finalmente una serie di ristori a vittime alle quali era stata negata qualunque compensazione dati gli ambiti estremamente ristretti delle procedure di esecuzione per i beni dello Stato tedesco aggredibili e l'atteggiamento non cooperativo da parte della Repubblica Federale Tedesca<sup>43</sup>. Una disposizione, possiamo dire, che in fondo riconosce una interpretazione dell'immunità degli Stati che alcuni commentatori consideravano "incostituzionale" perché contraria allo spirito della 238; incostituzionalità evidente sempre che si sia d'accordo a) nel considerare insostenibile la cesura tra immunità di cognizione e immunità di esecuzione, cesura che spesso ritorna in questa vicenda in quanto gli spazi per l'esecuzione ai danni dello Stato tedesco erano praticamente nulli (BERRINO 2020, par. 6), o b) nel ritenere insufficiente e limitata la somma disposta per i ristori. Abbiamo visto, però, che i due rilievi vengono disinnescati dalla sentenza 159 in quanto dichiara costituzionale la norma che istituisce il ristoro per le vittime e quindi permette una compensazione per tutti coloro che non hanno potuto avere un risarcimento per l'applicazione delle norme sulle immunità. Dati gli stretti spazi di manovra, non era possibile, a nostro modesto parere, una decisione diversa da parte del giudice delle leggi.

Questa vicenda però dovrebbe costituire un severo monito rispetto a tesi, troppo affrettate, che vedono nel potere legislativo la principale minaccia al costituzionalismo e alla compatibilità tra diritto interno e diritto internazionale. Così come forse era troppo entusiasta nei confronti dell'orientamento giurisprudenziale dopo Ferrini l'atteggiamento che vedeva esclusivamente nel legislatore e nel Governo la causa della mancata soddisfazione delle esigenze delle vittime e riteneva che l'accesso alla giurisdizione fosse la via migliore per soddisfare tali pretese. La sofferenza delle vittime non era determinata da una attitudine passiva, conservatrice da parte del po-

the right of individuals to access to justice».

<sup>43</sup> Alla fine si è realizzata quella sostituzione dello Stato italiano allo Stato tedesco che GAJA 2018 aveva paventato. Vd. anche BERRINO 2020.

tere politico (che invece come abbiamo visto ha abbracciato in sede di giudizio presso la CIG le argomentazioni della magistratura) che resisteva ad una evoluzione inarrestabile del diritto nazionale e internazionale verso la restrizione della consuetudine circa le immunità degli Stati in virtù di una già applicabile «eccezione umanitaria»<sup>44</sup>. Quando si è sostenuta l'applicabilità della «eccezione umanitaria» non si sono fatti i conti con le concrete possibilità che fossero soddisfatte le pretese delle vittime dati, al netto della non cooperazione della Repubblica Federale Tedesca riconosciuta dalla sentenza della CIG, gli stretti ambiti di esecuzione delle sentenze di condanna sulla base del diritto internazionale vigente, diritto internazionale al quale il legislatore ha aderito sottoscrivendo la Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli stati e dei loro beni.

Alla fine sembra che ci svegliamo da un sogno, nobile senza dubbio, nel quale abbiamo creduto che la consuetudine sulle immunità fosse già modificata (grazie anche all'attitudine coraggiosa dei giudici di legittimità con il supporto della Corte costituzionale che ha inteso non lasciare che la interpretazione opposta circa l'immunità data dalla sentenza della CIG potesse entrare nel nostro ordinamento) in modo da garantire un accesso alla giustizia civile alle vittime finalizzato ad ottenere un indennizzo ulteriore rispetto a quanto determinato dall'accordo del 1961 ed a carico di uno solo dei due paesi che tale accordo avevano sottoscritto. A svegliarci da tale sogno sono i giudici costituzionali nel 2023 che ci dicono che in realtà è stato il legislatore nel 2022 a tutelare un equilibrio tra tutela dei diritti delle vittime all'indennizzo e la garanzia delle norme e dei principi di diritto internazionali, e tra questi il rispetto delle immunità. Mentre invece furono i giuristi, pratici e dottrinali, a seguire «scorciatoie» come affermare una, non ancora «realizzata», modifica della consuetudine internazionale o a disapplicare norme che ratificavano trattati internazionali senza arrivare però a un ristoro, disponibile soltanto tramite la l. 79/2022<sup>45</sup>.

Più importante ancora ci sembra che con questa decisione si ammette che non si poteva mantenere, neppure in quel momento, cioè dopo la sentenza della CIG, la promessa, che risulta chiara da quanto affermato dal giudice Tesauro, che la sentenza 238 faceva alle vittime (non solo italiane ma anche a tutte le vittime di qualunque crimine di guerra): che, anche a dispetto di determinati accordi internazionali, avrebbero potuto ottenere indennizzi in un paese, l'Italia, che «prende i diritti sul serio» anche contro un verdetto della CIG<sup>46</sup>. L'indennizzo era teori-

<sup>44</sup> I sostenitori della sentenza 238 non nascondono, a nostro modo di vedere, i loro pregiudizi negativi nei confronti del legislatore. Un esempio è TORRETTA 2023, 21: «Anche dopo la sentenza n. 238/2014, il percorso della politica è sempre stato in antitesi a quello del potere giudiziario: i giudici hanno riconosciuto le responsabilità della Germania e accertato le pretese economiche nei suoi confronti; la politica ha continuato ad adeguarsi alle norme internazionali sull'immunità degli Stati esteri (dalla giurisdizione civile e dalle misure coattive). Inoltre, come dimostra anche l'ultimo scampolo di questa vicenda, la politica si è mossa solo quando si è trattato di «governare», se non addirittura contrastare, gli effetti delle vittorie giudiziarie»; e precedentemente SENESE 2015, LAMARQUE 2015. Più equilibrata risultava invece già allora la posizione di LUCIANI 2015, 90 che parla di «eterogenesi dei fini» rispetto alla dottrina dei controllimiti usata in sentenza, in quanto limitano la sovranità dello Stato estero a vantaggio della giurisdizione dello Stato italiano.

<sup>45</sup> In questo modo trova conferma però la tesi che solo tramite la «lotta per il diritto» le vittime degli eccidi hanno trovato un maggiore ristoro rispetto a quanto stabilito negli accordi del 1961. Tuttavia, bisogna considerare che tale ristoro non è fornito dal Governo tedesco ma esclusivamente da quello italiano.

<sup>46</sup> CASSESE 2021, 356, che formava parte di quella Corte afferma che «the majority of the Court's justices fell prey to the worst temptation for a constitutional judge: to write "the great judgment"». Però aggiunge: «no constitutional judge should try to write history in the courtroom: judges are judges, historians are historians». Questo «sovraccarico» di funzioni anche di memoria storica ci sembra evidente in TORRETTA 2023, 23 quando afferma: «Proprio con riguardo ai crimini di guerra e contro l'umanità, il bisogno di giustizia, di far entrare nelle aule giudiziarie fatti cruenti come le violenze, la deportazione, l'assoggettamento al lavoro forzato, gli eccidi compiuti da forze militari, ha anche un risvolto morale, che attiene all'accertamento della verità storica e delle «colpe di Stato» legate alle gravissime lesioni perpetrate nei confronti delle vittime. E viene da chiedersi se anche l'adempimento degli obblighi risarcitori, da parte degli Stati autori di tali efferati delitti, non partecipi di questa stessa dimensione immateriale, anche in considerazione del fatto che – invece – la sostituzione dello Stato delle vittime nella riparazione dei danni

camente possibile, ma vista la consuetudine sull'immunità dei beni a destinazione pubblicistica, e la legislazione italiana che si era conformata alla Convenzione delle nazioni unite sulle immunità giurisdizionali, i giudici non potevano che lasciare insoddisfatte le pretese delle vittime. E come abbiamo visto, il rischio di rendere l'ordinamento italiano una sede di *forum shopping* per chiedere la delibazione di sentenze di condanna nei confronti dello Stato tedesco ha spinto il legislatore a emanare la norma dichiarata costituzionale dalla Corte costituzionale che permette l'accesso al fondo solo alle vittime italiane.

La dimostrazione che si trattava di una promessa che non si poteva mantenere è che nessun giudice di nessun paese da allora ha seguito il sentiero tracciato dall'Italia di "sfida" rispetto alla consuetudine dell'immunità (FOCARELLI 2021, 45). Altresì fa notare SALERNO 2023a, 43:

«[L']assetto normativo internazionale si dimostra pertanto impermeabile alla c.d. eccezione immunitaria, specie in relazione all'esercizio della giurisdizione esecutiva su beni di Stati esteri i cui limiti restano nelle grandi linee quelli tracciati dalla Convenzione di New York del 2004»,

così che i giudici dei singoli paesi si sono ben trattenuti dal permettere ai loro giudici di portare in tribunale altri Stati per responsabilità civile in seguito a violazione dei diritti umani (SALERNO 2023a, 43-44). Risulta poi paradossale che la dottrina dei controlimiti usata per "bloccare" l'applicazione della sentenza della Corte internazionale di giustizia sia seguita da un paese poco incline al rispetto dei diritti umani come la Russia oggi<sup>47</sup>. Bisogna però aggiungere che solo nel 2021 abbiamo assistito a sentenze che seguono il principio di riduzione dell'immunità secondo la sentenza Ferrini: ci riferiamo al caso delle comfort women recentemente deciso dalla Corte suprema di Seul e all'affondamento di un peschereccio brasiliano durante il secondo conflitto mondiale risolto dalla Corte suprema brasiliana così come cinque casi affrontati dalla Corte suprema ucraina in seguito a crimini di guerra russi nel 2022 (casi citati da TORRETTA 2023, 32-33; SCOVAZZI 2023, 78-84; BAIADA 2023 164-165).

Le ragioni di queste reticenze a modificare la consuetudine sulle immunità sono naturalmente varie e non tutte coerenti con i nostri impegni a difendere sempre i diritti umani e in particolare i diritti delle vittime ad adeguati ristori. Ma d'altra parte, come riconosce la sentenza 159 e prima ancora la Memoria dello Stato tedesco alla CIG (par. 114), tra queste reticenze bisogna tenere presente la peculiarità del caso italiano: la presenza di un accordo tra governi che dichiarava l'impegno a non presentare altre richieste di indennizzo, costituendo l'accordo un'altra forma di immunità di cui i giudici devono tenere conto, a meno che non si intenda, come abbiamo visto, far sorgere un conflitto diplomatico, così come già nel 2009 parte della dottrina a proposito della sentenza Milde aveva avvertito. Bisogna considerare la necessità che, quando si chiude una pagina di storia, fatta di dolore e crimini, è inevitabile che le parti si impegnino a non riaprire più i conti in modo da permettere che nel tempo gli incentivi alla cooperazione, e quindi a mantenere buone relazioni nel futuro, siano superiori agli incentivi a rivendicare sempre nuove compensazioni. Certamente è nell'interesse delle vittime italiane, e dei loro eredi, chiedere sempre nuove compensazioni, ma c'è da domandarsi che ragione ha un paese che ha già siglato un accordo di chiusura definitiva di futuri contenziosi a accollarsi tali richieste. In generale, se sappiamo che pur in presenza di un accordo di pace, è sempre

provocati dai crimini di guerra grava, in ultima analisi, sulla sua collettività».

<sup>47</sup> In questo caso la prof.ssa Lamarque che in LAMARQUE 2015, 1 affermava che la sentenza 238 aveva fatto il giro del mondo aveva ragione, peccato che si sia fermata a Mosca. Bisogna però citare anche la recente sentenza del 23 novembre 2023 del tribunale di appello di Seul che ha condannato il Giappone al risarcimento danni per una causa partita da una cittadina coreana usata come "comfort woman" durante la seconda guerra mondiale. Sul punto vd. le dichiarazioni del ministro degli esteri giapponese in [https://www.mofa.go.jp/press/release/pressie\\_000489.html](https://www.mofa.go.jp/press/release/pressie_000489.html) (consultato il 24 giugno 2024). Anche in questo caso non si è applicato un trattato internazionale che mirava a chiudere definitivamente le controversie sulle compensazioni tra i due paesi. Sulla vicenda si veda, a proposito delle due diverse decisioni su casi analoghi NAM 2022.

possibile che un giudice stabilisca che tale accordo non si applica e si condanna lo Stato estero ad un indennizzo<sup>48</sup>, allora è chiaro che nessuno Stato avrà mai un incentivo sufficiente ad arrivare ad un simile accordo. E allora se non si arriva a nessun accordo ci si può domandare se questa soluzione non sia la peggiore per tutti, non solo per le vittime<sup>49</sup>. Come pure c'è da chiedersi se tali atteggiamenti rivendicativi non possano poi essere sostenuti da altri paesi in cui si sono prodotti analoghi crimini di guerra ad opera di truppe italiane. Conta anche nel caso dell'Italia la possibilità che altri cittadini di altri paesi citino presso i tribunali dei loro Stati il nostro paese come responsabile di violazioni dei diritti umani durante l'ultimo conflitto bellico (TORRETTA 2023, 29, considera questa la *ratio* nascosta della l. 79). Probabilmente queste tesi non erano peregrine anche al collegio giudicante, e risulta ironico che di quel collegio facessero parte sia il ministro Guardasigilli, la prof.ssa Marta Cartabia sia l'attuale Presidente della Repubblica per non parlare di un ex Presidente del Consiglio (Giuliano Amato). Ma allora una simile vicenda dovrebbe farci interrogare sulla opportunità che anche nel nostro ordinamento, in specie per la Corte costituzionale, si possano prevedere forme di *dissenting opinion*<sup>50</sup>. Certamente aumenterebbero i rischi di "politicizzare" le decisioni dei singoli giudici, tenendo però sempre in conto la circostanza che nel nostro ordinamento, rispetto a quello spagnolo, i giudici costituzionali vengono designati da ben tre autorità distinte, e non solo dal Parlamento. D'altra parte, però, guadagneremmo in trasparenza del procedimento di decisione e in chiarezza delle *rationes decidendi* circa l'ampiezza della loro applicazione, chiarezza che invece, a nostro modesto avviso, è mancata nella sentenza 238 (come dimostra la successiva polemica sulla in-costituzionalità della legge sui ristori). Magari eviteremmo che si producano dei casi tanto clamorosi di giudici che firmano sentenze la cui *ratio* dichiarata dal giudice estensore viene in parte contraddetta da provvedimenti di legge sempre firmati da loro, in qualità di Guardasigilli o Presidenti della Repubblica, provvedimenti riconosciuti poi come costituzionali dalla stessa Corte, con giudici diversi, quasi dieci anni più tardi.

<sup>48</sup> Nota efficacemente la necessità che in sede di controversie di diritto internazionale gli Stati debbano parlare con «una sola voce» (SALERNO 2023a, 37-38). Ci sembra di parere opposto SCOVAZZI 2023, 57 che invece ritiene che la possibilità che un giudice nazionale possa applicare il diritto internazionale, in questo caso l'eccezione umanitaria, è una garanzia all'ordine internazionale e non una violazione del principio dell'eguaglianza tra gli Stati, allorquando, ma l'autore non lo dice, il giudice non segua gli indirizzi del Governo o disapplichi norme di legge. In questo caso però sorgerebbe sempre il sospetto, da parte dell'altro Stato che il giudice non applica il diritto internazionale ma piuttosto gli interessi del proprio Governo o del proprio paese, violando così il principio di uguaglianza tra gli stati o finendo per perdere la sua terzietà.

<sup>49</sup> CASSESE 2021, 353 ricorda: «In my dissent I was not alone. A large minority of the ICC was opposed to the Judgment, and in my nine years at the ICC, this was the most divisive of all its judgments. In fact, I was very close to resigning from the Court. For procedural reasons, if I had resigned, the judgment would not have been adopted. As it happened, however, I was convinced by those minority members who were against that it would have been better not to resign. Nevertheless, I did not participate in the meeting in which the decision was read».

<sup>50</sup> Sulla *dissenting opinion* la letteratura in Italia è ormai vasta, vd. in ultimo CAMONI 2021.

## Riferimenti bibliografici

- ACCONCIAMESSA L. 2021. *Il dramma dei vicoli ciechi: sui principi costituzionali come causa di esclusione dell'illecito internazionale*, 2021. Disponibile in: <http://www.sidiblog.org/2021/05/06/il-dramma-dei-vicoli-ciechi-sui-principi-costituzionali-come-causa-di-esclusione-dellillecito-internazionale/> (consultato il 24 giugno 2024).
- BAIADA L. 2019. *Ancora sull'esecuzione su beni di Stato estero*, 2019. Disponibile in: [https://www.questionegiustizia.it/articolo/ancora-sull-esecuzione-su-beni-di-stato-estero\\_20-09-2019.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/ancora-sull-esecuzione-su-beni-di-stato-estero_20-09-2019.php) (consultato il 24 giugno 2024).
- BAIADA L. 2023. *La sentenza della Corte costituzionale del 2014, la giurisprudenza italiana e una storia aperta*, in BAIADA, CARPANELLI, LAU A., LAU J., SCOVAZZI (eds.), *La giustizia civile italiana nei confronti di stati esteri per il risarcimento dei crimini di guerra e contro l'umanità*, Editoriale scientifica italiana, 93 ss.
- BAIADA L, CARPANELLI E., LAU A., LAU, J., SCOVAZZI T. 2023. *La giustizia civile italiana nei confronti di stati esteri per il risarcimento dei crimini di guerra e contro l'umanità*, Editoriale scientifica italiana.
- BERRINO G. 2020. *Cala ancora una volta la scure delle Sezioni Unite sull'esenzione della Germania dalla giurisdizione italiana per crimini internazionali perpetrati dal regime nazista*, in «Sistema Penale», 27 ottobre 2020. Disponibile in: <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/sezioni-unite-20442-2020-sezioni-unite-immunita-giurisdizionale-germania-crimini-nazisti> (consultato il 24 giugno 2024).
- BERRINO L. 2022a. *Un'istantanea del nuovo ricorso della Repubblica Federale Tedesca alla Corte Internazionale di Giustizia per violazione delle immunità giurisdizionali da parte dello Stato italiano*, 2022. Disponibile in: <http://www.sidiblog.org/2022/05/16/unistantanea-del-nuovo-ricorso-della-repubblica-federale-tedesca-alla-corte-internazionale-di-giustizia-per-violazione-delle-immunita-giurisdizionali-da-parte-dello-stato-italiano/> (consultato il 24 giugno 2024).
- BERRINO L. 2022b. *Il «ristoro» dei cittadini italiani vittime di crimini di guerra e contro l'umanità commessi dalla Germania durante il secondo conflitto mondiale*, in «Rivista di diritto internazionale», 3, 2022, 827 ss.
- BIONDO F. 2016. *Desobediencia civil y teoría del derecho. Tomar los conflictos en serio*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.
- BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (eds.) 2023. *Colpe di Stato, Atto II, Crimini nazisti e immunità degli Stati di nuovo davanti alla Consulta*, in «Forum di quaderni costituzionali. Rassegna», 2, 2023. Disponibile in: <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/?tag=andrea-pugiotto> (consultato il 24 giugno 2024).
- CAMONI D. 2021. *Due importanti lezioni europee per l'introduzione dell'opinione dissenziente nella Corte costituzionale italiana*, in «Osservatorio costituzionale», 3, 2021, 59 ss. Disponibile in: [https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2021\\_3\\_12\\_Camoni.pdf](https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2021_3_12_Camoni.pdf) (consultato il 24 giugno 2024).
- CAROLI P. 2021. *Transitional Justice in Italy and the Crimes of Fascism and Nazism*, Routledge.
- CAROLI P. 2023. *German Crimes and Italian Money? Observations on the Sad Saga of Compensation to the Victims of Nazi Atrocities in Italy*, in «Journal of International Criminal Justice», 21, 211 ss.
- CARPANELLI E., LAU A. 2023. *La prassi italiana in materia di crimini internazionali e immunità dalla giurisdizione esecutiva*, in BAIADA, CARPANELLI, LAU A., LAU J., SCOVAZZI (eds.), *La giustizia civile italiana nei confronti di stati esteri per il risarcimento dei crimini di guerra e contro l'umanità*, Editoriale scientifica italiana, 235 ss.

- CASSESE S. 2021. *Recollections of a Judge*, in VOLPE V., PETERS A., BATTINI S. (eds.) 2021. *Remedies against Immunity?*, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 353 ss. Disponibile in: <https://library.oapen.org/handle/20.500.12657/48241> (consultato il 24 giugno 2024).
- DE SENA P., DE VITTOR F. 2005. *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, in «The European Journal of International Law», 16, 2005, 89 ss.
- FILIPPINI C. 2016. *La Russia e la CEDU: l'obiezione della Corte costituzionale all'esecuzione delle sentenze di Strasburgo*, in «Quaderni Costituzionali», 3, 2016, 386 ss.
- FOCARELLI C. 2021. *State Immunity and Serious Violations of Human Rights: Judgment No. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court Seven Years On*, in «The Italian review of international and comparative law», 1, 2021, 29 ss. Disponibile in: [https://brill.com/view/journals/iric/1/1/article-p29\\_29.xml](https://brill.com/view/journals/iric/1/1/article-p29_29.xml) (consultato il 24 giugno 2024).
- GAJA G. 2018. *Alternative ai controlimiti rispetto a norme internazionali generali e a norme dell'Unione Europea*, in «Rivista di diritto internazionale», 2018, 4, 1035 ss.
- GALLORO C. 2009. *Lo Stato straniero è tenuto al risarcimento dei danni derivanti dalla commissione di crimini contro l'umanità*, in «Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale», 32, 2009, 169 ss.
- GATTINI A. 2021. *E qui comando io. E questa è casa mia: la Corte costituzionale italiana, i limiti, i controlimiti e le giurisdizioni internazionali*, in ANNONI A., FORLATI S., FRANZINA P. (eds.), *Il diritto internazionale come sistema di valori. Scritti in onore di Francesco Salerno*, Jovene, 2021, 557 ss.
- GROSSO P. 2023. *Immunità degli stati e diritti delle vittime di guerra. Le vie di un possibile bilanciamento, tra le ragioni della costituzione e quelle del diritto internazionale*, in BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (eds.) 2023. *Colpe di Stato, Atto II, Crimini nazisti e immunità degli Stati di nuovo davanti alla Consulta*, in «Forum di quaderni costituzionali. Rassegna», 2, 2023, 118 ss. Disponibile in: <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/?tag=andrea-pugiotto> (consultato il 24 giugno 2024).
- GUZZI S. 2023. *Cadrà l'ultimo bastione dell'immunità? Note in margine ad una questione di legittimità costituzionale*, in BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (eds.) 2023. *Colpe di Stato, Atto II, Crimini nazisti e immunità degli Stati di nuovo davanti alla Consulta*, in «Forum di quaderni costituzionali. Rassegna», 2, 2023, 128 ss. Disponibile in: <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/?tag=andrea-pugiotto> (consultato il 24 giugno 2024).
- KADELBACH S. 2021. *State Immunity, Individual Compensation for Victims of Human Rights Crimes, and Future Prospects*, in VOLPE V., PETERS A., BATTINI S. (eds.) 2021. *Remedies against Immunity?*, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 143 ss. Disponibile in: <https://library.oapen.org/handle/20.500.12657/48241> (consultato il 24 giugno 2024).
- LAMARQUE E. 2015. *La Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere anche mordere*, 2015. Disponibile in: [https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/la-corte-costituzionale-ha-voluto-dimostrare-di-sapere-anche-mordere\\_210](https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/la-corte-costituzionale-ha-voluto-dimostrare-di-sapere-anche-mordere_210) (consultato il 24 giugno 2024).
- LUCIANI M. 2015. *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, 2015. Disponibile in: [https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/202/qg\\_2015-1\\_15.pdf](https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/202/qg_2015-1_15.pdf) (consultato il 24 giugno 2024).
- LUTHER J. 2021. *A Story of 'Trials and Errors' That Might Have No Happy End*, in VOLPE V., PETERS A., BATTINI S. (eds.) 2021. *Remedies against Immunity?*, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 119 ss. Disponibile in: <https://library.oapen.org/handle/20.500.12657/48241> (consultato il 24 giugno 2024).
- MÄLKSOO L. 2016. *Russia's Constitutional Court Defies the European Court of Human Rights Constitutional Court of the Russian Federation Judgment of 14 July 2015, No 21-II/2015*, in «European Constitutional Law Review», 12, 2016, 377 ss.

- NAM S. 2022. *Court Decisions in the Republic of Korea on Japan's Accountability for Sexual Slavery of the Comfort Women*, in *Journal of International Criminal Justice*, 20, 2022, 459 ss.
- SALERNO F. 2023a. *Il necessario bilanciamento di valori di fronte alla quaestio legitimitatis della "norma ristori" a favore delle vittime dei crimini commessi dalla Germania*, in BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (eds.) 2023. *Colpe di Stato, Atto II, Crimini nazisti e immunità degli Stati di nuovo davanti alla Consulta*, in «Forum di quaderni costituzionali. Rassegna», 2, 2023, 34 ss. Disponibile in: <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/?tag=andrea-pugiotto> (consultato il 24 giugno 2024).
- SALERNO F. 2023b. *Il contenzioso italo-tedesco dopo la sentenza n. 159/2023 della Corte costituzionale*, in «Giurisprudenza Italiana», 10, 2023, 2073 ss.
- SCOVAZZI T. 2023. *Una criticabile sentenza della Corte internazionale di giustizia*, in BAIADA, CARPANELLI, LAU A., LAU J., SCOVAZZI (eds.), *La giustizia civile italiana nei confronti di stati esteri per il risarcimento dei crimini di guerra e contro l'umanità*, Editoriale scientifica italiana, 51 ss.
- SENESE S. 2015. *Corte costituzionale e sovranità*, 2015. Disponibile in: [https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/corte-costituzionale-e-sovranita\\_206](https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/corte-costituzionale-e-sovranita_206) (consultato il 24 giugno 2024)
- TORRETTA P. 2023. *I risarcimenti per i crimini di guerra del terzo reich fra giustizia e ragion di stato. La parola di nuovo alla Corte Costituzionale*, in BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (eds.) 2023. *Colpe di Stato, Atto II, Crimini nazisti e immunità degli Stati di nuovo davanti alla Consulta*, in «Forum di quaderni costituzionali. Rassegna», 2, 2023, 1 ss. Disponibile in: <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/?tag=andrea-pugiotto> (consultato il 24 giugno 2024).
- VENTURINI C. 2020. *Sezioni unite, sentenza n. 20442 del 2020: il "contrappunto fugato" della sentenza 238/2014 Corte Cost.*, 2020, disponibile in: <http://www.sidiblog.org/2020/12/18/sezioni-unite-sentenza-n-20442-del-2020-il-contrappunto-fugato-della-sent-238-2014-corte-cost/> (consultato il 24 giugno 2024).
- VOLPE V., PETERS A., BATTINI S. (eds.) 2021. *Remedies against Immunity?*, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Disponibile in: <https://library.oapen.org/handle/20.500.12657/48241> (consultato il 24 giugno 2024).



# Bobbio sobre la interpretación jurídica (el trabajo anunciado)

Bobbio on Legal Interpretation (The Announced Work)

**MAURICIO MALDONADO-MUÑOZ**

Profesor de filosofía del derecho, Universidad San Francisco de Quito.

E-mail: [mmaldonadom@usfq.edu.ec](mailto:mmaldonadom@usfq.edu.ec)

## ABSTRACT

En este trabajo se realiza un recorrido por la obra de Norberto Bobbio en materia de interpretación jurídica. Por un lado, se habla de la aproximación de Bobbio al fenómeno de la interpretación doctrinal, una labor normalmente performativa. Por otro lado, se habla de la aproximación bobbiana a la interpretación judicial. Se llega a la conclusión de que la teoría de la interpretación de Bobbio puede ser etiquetada como de “escepticismo moderado”, siendo antecedente, además, de varios trabajos genoveses en la materia.

In this paper I analyze the work of Norberto Bobbio in the field of legal interpretation. On the one hand, the paper refers to Bobbio's approach to the phenomenon of interpretation made by jurists (a performative task). On the other hand, it refers to the Bobbian approach to judicial interpretation. The conclusion is reached that Bobbio's theory of interpretation can be labeled as a form of “moderate skepticism”, and that his scholarly work in this field is also a precursor to several Genoese works on the subject.

## KEYWORDS

Norberto Bobbio, interpretación jurídica, formalismo y escepticismo interpretativo

Norberto Bobbio, legal interpretation, formalism and rule-scepticism

# Bobbio sobre la interpretación jurídica (el trabajo anunciado)

MAURICIO MALDONADO-MUÑOZ

1. *Introducción* – 2. *Guía para orientarse en el terreno* – 3. *El razonamiento de los juristas (la interpretación doctrinal)* – 4. *El razonamiento de los jueces (la interpretación judicial)* – 5. *Colofón*.

Este es el método analítico en filosofía (...): caminar paso a paso, pero cerciorándose con cuidado, a cada paso, de que el terreno que se ha ganado sea sólido<sup>1</sup>.

Kublai Kan rimane silenzioso, riflettendo. Poi soggiunge: — Perché mi parli delle pietre? È solo dell'arco che m'importa. / Polo risponde: — Senza pietre non c'è arco<sup>2</sup>.

## 1. *Introducción*

Hasta donde yo sé, el tema de este ensayo no ha sido analizado con detenimiento o de manera sistemática. Creo, en consecuencia, que se trata de un trabajo necesario a efectos de reconstruir una parte de la obra bobbiana. Sin embargo, existe una explicación bastante sencilla por la que este tema no ha llamado demasiado la atención. Una explicación dúplice: (1) Con frecuencia, seguir los rastros de algunos de los temas desarrollados por Norberto Bobbio no es una empresa fácil. A diferencia de las obras de Kelsen, Hart y Ross, a la suya le falta sistematicidad. Con razón, Guastini decía que un estudio sobre la teoría del derecho de Bobbio – y, *a fortiori*, sobre su obra en general – solo puede hacerse como Borges había imaginado al mapa de un imperio en unos de sus cuentos: en una escala 1:1<sup>3</sup>. Evidentemente, la metáfora solo quiere significar que, al menos en algunos casos, la reconstrucción de la teoría de Bobbio es una empresa ardua de realizar, sobre todo porque buena parte de su obra se halla dispersa y porque los intereses de Bobbio fueron muy variados. (2) De la aproximación bobbiana al problema *no se puede extraer*, en términos contemporáneos, una teoría más o menos sofisticada de la interpretación jurídica (aunque no le falten aspectos interesantes), por lo que – a diferencia, solo por poner un ejemplo, de su enfoque sobre el positivismo jurídico – esta ha llamado la atención solo en retazos. De todos modos, como el mismo Bobbio admitió, se trató de un trabajo anunciado, pero inconcluso. Aunque también haya que recordar que, en no pocos casos, la labor de Bobbio ha sido la del pionero o anticipador; a pesar de que, como sucede con otros aspectos de su obra, a los cimientos que dejó puestos no le siguiera también la construcción de un edificio teórico más complejo.

Pues bien, hay un vacío que debe ser llenado o un rompecabezas que debe ser armado. ¿Pero por qué tomarse el trabajo? Como he dicho, a la aproximación bobbiana en torno a la interpretación jurídica no le faltan aspectos interesantes, y ya esto es algo importante, pero creo que es relevante subrayar *sobre todo* el otro punto; esto es, el que tiene que ver con el Bobbio que pone cimientos o que marca caminos, porque ese análisis puede ser atractivo en el aspecto atinente a la *historia de la cultura*

\* Versiones previas de este trabajo fueron leídas y comentadas por Sebastián Agüero, Mauro Barberis, Riccardo Guastini, Pablo Rapetti y Jaime Vintimilla. Me he beneficiado de sus oportunos comentarios. El presente ensayo fue presentado y discutido en la Universidad Santiago de Cali, el 25 de agosto de 2020; y, en la Universidad San Francisco de Quito, el 6 de mayo de 2022. Agradezco también a los asistentes y organizadores de esos eventos.

<sup>1</sup> GIANFORMAGGIO 1987.

<sup>2</sup> CALVINO 1993.

<sup>3</sup> GUASTINI 2005, 30.

*jurídica*. Lo que quiero decir es lo siguiente. Realizar un trabajo de este tipo supone adentrarse en la obra bobbiana de varias décadas, hallando a menudo vericuetos y caminos sinuosos. Eso sí, tal ejercicio puede resultar interesante porque, después de todo, una visión bobbiana sobre la interpretación jurídica existe y posee algunos rasgos interesantes (incluso si a partir de ella no podemos plantear una teoría más o menos sofisticada de la interpretación), además de que tal ejercicio vale para atar algunos cabos en torno a la evolución de varias de las ideas de Bobbio, las que, como se verá, son antecedentes de otras que sobre la interpretación jurídica se han desarrollado posteriormente en Génova. Por supuesto, se ha reconocido ampliamente que Bobbio ha sido el inspirador de varias tesis de la teoría del derecho *à la génoise*, pero quizás haga falta remarcar que *también en materia de interpretación* – y este aspecto ha sido menos tratado – la obra bobbiana puede ser considerada como un antecedente específico de algunas posturas genovesas. El trabajo que propongo es, sustancialmente, de tipo histórico-reconstrutivo. Busco ordenar algunas fuentes y atar algunos cabos en torno al problema planteado. Solo subsidiariamente he tratado de abordar algún aspecto teórico o conceptual.

## 2. Guía para orientarse en el terreno

Bobbio escribió varios trabajos que, de una manera u otra, tienen que ver con la interpretación jurídica. No obstante, no todos serán igualmente relevantes para los fines que aquí me propongo. Entre ellos se pueden encontrar, de hecho, aquellos que corresponden a la que el propio Bobbio consideró la “prehistoria” de su obra<sup>4</sup>. Se trata de trabajos anteriores a la segunda posguerra, muchos de ellos influenciados por una forma común de hacer filosofía en la Italia de entonces (una filosofía, en sentido amplio, idealista<sup>5</sup>). Aunque ya en ellos, al menos en algunos casos, se pueda identificar en ciernes el estilo que después desarrollaría y que es característico del Bobbio analítico<sup>6</sup>.

Los textos a los que me referiré cubren varias décadas, desde los años 30 hasta los años 80. Como se verá, Bobbio se enfocó particularmente en el ámbito de la “interpretación doctrinal”, entendida como la interpretación que realizan los juristas (un trabajo a menudo performativo). Por otro lado, Bobbio se ocupó también, aunque en un espacio menor, de la “interpretación judicial”.

Si se buscan las piezas adecuadamente, la figura resultante arroja una visión bobbiana sobre la interpretación jurídica que sirve como la panorámica de una teoría descriptiva. No porque Bobbio no tuviera preferencias, por ejemplo, sobre la “mejor interpretación” en determinados casos (como aquellos llamados “iusfundamentales”<sup>7</sup>), sino, como se verá también, porque el interés primario de Bobbio estriba en la comprensión y en la reconstrucción del razonamiento de juristas y jueces en materia de interpretación, y solo secundariamente en su valoración.

En la década de 1930, Bobbio escribió tres trabajos relacionados con el problema de marras: dos en 1938 en torno a la analogía (*L’analogia nella logica del diritto* y *L’analogia e il diritto penale*), y uno más en 1939 (*L’interpretazione delle leggi e la ragion di Stato*).

A inicios de la década de 1940, específicamente en 1941, escribió un ensayo llamado *Polemiche sull’interpretazione*. Contrariamente a lo que parece sugerir el título de este último, es seguramente el menos interesante y el que hoy aparecería más vetusto y ajeno al estilo posterior de Bobbio. Por ello, sin remordimiento alguno, puede ser ignorado.

En la década de 1950, fuera ya de la “prehistoria” bobbiana, hay tres trabajos que son particularmente relevantes (no solo para el tema que nos ocupa): en 1950 se publicó, por primera vez, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, una especie de piedra fundacional de la filosofía

<sup>4</sup> BOBBIO 1997.

<sup>5</sup> Dice GUASTINI 2005, 31 que se trataba de una filosofía «magniloquente e, per lo più, grandiloquente».

<sup>6</sup> GUASTINI 1999, 58 ss.

<sup>7</sup> Vid. BOBBIO 1988b; BOBBIO 1991.

analítica del derecho<sup>8</sup>. En 1951 apareció, en la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, un artículo que criticaba el realismo radical de J. Frank: *La certezza del diritto è un mito?* (BOBBIO 1951b). En 1954, por otra parte, se publicó *Sul ragionamento dei giuristi* (BOBBIO 1954a), valioso – en lo que aquí interesa – en el ámbito de la interpretación doctrinal.

En la década de los 60 consideraré relevante, como prosecución – al menos parcial – del trabajo de 1954 (BOBBIO 1954a), un trabajo de 1966: *Essere e dover essere nella scienza giuridica* (BOBBIO 1966a), parte, como se verá, de un proyecto anunciado, pero inconcluso. Por otro lado, siempre en la década de los 60, aparecen dos textos que muestran el interés general que Bobbio tenía por la argumentación: *Pareto e la teoria dell'argomentazione* (BOBBIO 1961), y el prólogo a la versión italiana del *Trattato dell'argomentazione* (BOBBIO 1966b), de Perelman & Olbrechts-Tyteca.

En 1971, ya en la década siguiente, se publicaron dos textos bastante breves, pero muy ricos en varios aspectos. Estos, como se verá luego, tienen que ver específicamente con el problema de la interpretación judicial: *Quale giustizia, quale legge, quale giudice* (BOBBIO 1971a), además de un trabajo en que exploró a grandes trazos algunos de los argumentos usados por la casación italiana y su relación con el ideal de la buena legislación (*Le bon législateur*: BOBBIO 1971b).

En la década de los 80 se publicó un trabajo que también contiene una contribución al problema, aunque algo más general (*Reason in Law*: BOBBIO 1988a<sup>9</sup>). Además, siempre en la misma década, aparece un texto (esta vez no teórico) que revela el trabajo inconcluso del que he hablado antes. Se trata de un texto escrito a la muerte de uno de sus más grandes colegas, Giovanni Tarello (*Ricordo di Giovanni Tarello*: BOBBIO 1987).

Las piezas de este rompecabezas se hallan diseminadas y hay que procurar juntarlas. A ello está dedicado este trabajo.

### 3. El razonamiento de los juristas (la interpretación doctrinal)

Bobbio se ocupó en más de una ocasión del razonamiento jurídico doctrinal<sup>10</sup>. En general, de la serie de operaciones que llevan a los juristas a determinadas conclusiones interpretativas (aquí “interpretación” se refiere a un “proceso”, no a un “producto”<sup>11</sup>).

En 1950, en su famoso trabajo *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, Bobbio habla de la ciencia jurídica como una empresa atinente al análisis del lenguaje. En este trabajo se remarca que el derecho no es otra cosa – al menos *prima facie* – que un discurso (el discurso del legislador<sup>12</sup>), y que este es el conjunto de enunciados a partir del cual los juristas trabajan. La labor del jurista, si ha de hacer ciencia jurídica, consiste en un trabajo *riguroso* de sistematización y coherentización del derecho: colmar lagunas, resolver antinomias, eliminar redundancias, ordenar las fuentes. Todo esto, sobre la base de un ejercicio de interpretación e integración<sup>13</sup>. La

<sup>8</sup> GUASTINI 1999, 65 s.

<sup>9</sup> Tal trabajo, además, atado a algunos pasajes de un texto de BOBBIO 1951a (*Moralità e logica*), más los textos que sobre el iusnaturalismo se recogen en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (BOBBIO 1965) configuran una postura que rechaza la que quizás sea la versión más fuerte del “objetivismo” en materia de interpretación jurídica (y no solamente en este ámbito): la posición iusnaturalista (como se verá después, Bobbio rechaza cualquier intento de plantear a la interpretación como una empresa objetiva).

<sup>10</sup> Dice BOBBIO 1954a, 5 que, aunque haya factores que los acomunan, conviene distinguir el razonamiento jurídico de los legisladores, de los juristas (entendiendo, con ello, los dogmáticos), de los abogados y de los jueces.

<sup>11</sup> Se distingue la “interpretación proceso” (que aparece, verbigracia, en enunciados del tipo «el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos requiere ser interpretado»: BOBBIO 1991, 40) de la “interpretación producto” (que aparece, verbigracia, en enunciados del tipo «la Corte Suprema cambió su interpretación en un caso posterior»: BOBBIO 1991, 211).

<sup>12</sup> GUASTINI 2016, 41 ss.

<sup>13</sup> Este trabajo, si ha de considerarse científico, debe ser realizado con rigor analítico. Según Bobbio, los juristas que hacen esto – lo sepan o no – hacen “ciencia del derecho”.

interpretación (sea de los textos normativos producidos por el legislador, sea de los contratos) – como Bobbio deja claro en ese mismo trabajo – no consiste ni puede consistir en el *descubrimiento* del “espíritu de la ley”, la “voluntad del legislador” o similares<sup>14</sup>, sino en el *análisis del lenguaje*. Incluso cuando se apela al “espíritu de la ley” (o a la “voluntad de las partes”) lo único que se hace es ampliar el marco de análisis lingüístico relativo al significado de la ley (o del contrato). En pocas palabras, solo se trata de trabajar con más enunciados<sup>15</sup>.

No hay duda, sin embargo, de que aquí Bobbio usa la expresión “ciencia del derecho” en el sentido que nosotros hoy atribuiríamos más propiamente a la doctrina y no a la ciencia *tout court* (una empresa *ex hypothesi* descriptiva)<sup>16</sup>. Al apelar al rigor como rasgo saliente – lo cual se corrobora en un texto posterior de respuesta a los críticos: *Il rigore nella scienza giuridica*: BOBBIO 1954b – quizás el texto bobbiano sirva hoy, sobre todo, como una herramienta para distinguir la “alta” de la “baja” dogmática. Aunque, desligado de esta tesis particular, el trabajo de Bobbio tiene un valor mayor. En primer lugar, al tratar al derecho como un discurso – y a su estudio como el análisis de un discurso –, Bobbio abre las puertas a la *escuela analítica (italiana)*, en cuanto presenta al derecho como un fenómeno desligado de ciertos rasgos que muchos calificaban como “metafísicos”<sup>17</sup>. En segundo lugar, supuso un avance cardinal en la oposición que se planteaba – y se plantea todavía hoy – entre el “normativismo” y el “realismo”. En efecto, como ha dicho Guastini<sup>18</sup>, siendo que Bobbio presenta al derecho como un *discurso* – en específico, como un conjunto de enunciados normativos –, ha de ponerse de relevancia también que un *discurso* no es otra cosa que un *hecho*, lo que hace de la oposición antedicha algo menos tajante, o de hecho inexistente; de modo que la teoría bobbiana sirve para captar un aspecto relevante de ambas posiciones<sup>19</sup>. En tercer lugar, Bobbio abre las puertas a una línea de investigación que se repetirá a lo largo de los años: el razonamiento de los juristas y su *labor performativa* en el ámbito del derecho (tesis que dejará huella en la teoría italiana posterior)<sup>20</sup>.

En *Sul ragionamento dei giuristi* (BOBBIO 1954a), Bobbio da un paso adelante en la empresa de la que he hablado. Allí describe algunas de las prácticas habituales de los juristas («non è del tipo ideale di giurisprudenza che qui si vuol parlare, ma di quel che i giuristi operano in un

<sup>14</sup> Error que, sin embargo, parece haber cometido el propio Bobbio casi una década antes en el trabajo que ya he citado: *Polemiche sull'interpretazione* (BOBBIO 1941). Tal aproximación, en esta parte, fue corregida ya en 1950 (aunque con el problema sucesivo del artículo *Il rigore nella scienza giuridica*: BOBBIO 1954b; vid. nota siguiente).

<sup>15</sup> Dice BOBBIO 1950, 51 s.: «L'interpretazione sarebbe dunque un procedimento intellettuale che mi permette di guardare al di là delle proposizioni, che mi permette di aprire, per così dire, una finestra attraverso le proposizioni per vedere che cosa c'è dietro, o, se vogliamo esprimerci più bruscamente, di saltare al di là del linguaggio. È legittimo un simile modo di intendere la ricerca del giurista? Quale senso posso attribuire alla parola interpretazione, intesa come ricerca di ciò che sta al di là delle proposizioni normative? Certamente, se un procedimento come quello che la parola interpretazione pretende di definire fosse legittimo, cadrebbe la riduzione della giurisprudenza ad analisi del linguaggio. Ma ci sono forti ragioni di credere che un tale procedimiento non sia accettabile nel modo in cui di solito vien presentato. Quando io vado al di là di una proposizione per cercarne il senso, trovo altre proposizioni [...]. Per interpretazione dell'intenzione, insomma, si deve intendere l'uso di tutti quei mezzi che sono atti a stabilire il significato di una parola o di un gruppo di parole usate: ma tutti questi mezzi, si ricordi, sono linguistici». Sin embargo, hay que reprocharle a BOBBIO 1954b, 279 s. que en el artículo de define “interpretación” como la comprensión de una «voluntad o una mente a través de los signos mediante los que se expresa». Esto, en oposición a lo que ya había afirmado en BOBBIO 1950 en torno a la intención y la voluntad en la interpretación. Tal cosa no se repetirá posteriormente, y, en todo caso, quedará claramente descartada en el texto de BOBBIO 1971a.

<sup>16</sup> GUASTINI 2016, 365 ss.

<sup>17</sup> Aunque el uso de esta etiqueta, como bien se sabe, ha sido amplísimo. A veces tomada como si se tratase necesariamente de algo con pretensiones de trascendencia, incluso cobijado por cierto misticismo (este era el uso que, por ejemplo, le daban los realistas escandinavos). Ello, a pesar de que originalmente era solo una especie de “indicación bibliográfica”.

<sup>18</sup> GUASTINI 1999, 66.

<sup>19</sup> Vid. NÚÑEZ VAQUERO 2012, 723.

<sup>20</sup> Dice BOBBIO 1966a, 240 s.: «Il giurista, insieme con il legislatore e con il giudice, è uno dei protagonisti dell'opera di formazione e di trasformazione riflessa (per distinguerla da quella spontanea che è opera di tutti i consociati) di un sistema giuridico».

determinato ambiente storico»<sup>21</sup>). Esto, como decía al inicio, en la línea de la comprensión del problema de la que suele llamarse, en términos generales, “interpretación doctrinal”. Los juristas razonan de distintas formas, aunque a menudo desacuerden al respecto, y quizás lo harían sin límites si no fuese porque entre ellos valen determinadas convenciones<sup>22</sup> (también esta es una tesis bobbiana que puede considerarse anticipatoria). Para entender la forma en que razonan, la manera en que argumentan, lo que hay que hacer no es darles una serie de instrucciones sobre la manera en que deben razonar o argumentar, sino estudiar el modo en que razonan efectivamente, así como los resultados que de allí devienen. Estudiar, entonces, los argumentos que usan y las conclusiones a las que arriban: “cogliergli sul lavoro”, dice Bobbio. Se trata de un proyecto de trabajo que tenía como fin plantear una teoría descriptiva de la argumentación jurídica. En tal sentido, hacia el final de *Sul ragionamento dei giuristi*, dice lo siguiente:

«Sarebbe consigliabile orientare la ricerca dei filosofi del diritto, che mostrano di amare troppo le formule generali, alla rilevazione, descrizione e analisi delle argomentazioni usate per lo più dagli specialisti della ricerca giuridica, come facevano i logici medievali. Ma per far ciò bisogna partire, anziché da astratte classificazioni delle scienze, dal paziente studio dei libri dei giuristi, per coglierli, come si dice, sul lavoro»<sup>23</sup>.

Esto se puede atar a la concepción de la ciencia jurídica como “metajurisprudencia descriptiva” de la que Bobbio habla después en *Essere e dover essere nella scienza giuridica* (BOBBIO 1966a). La “metajurisprudencia descriptiva” no consiste en analizar qué han de hacer los juristas para poder ser considerados “científicos del derecho” (como sucede en el trabajo de BOBBIO 1950)<sup>24</sup>, sino en estudiar la *forma efectiva* en que argumentan. Aquí la *jurisprudencia* es entendida – en el sentido clásico – como el discurso o el razonamiento de los juristas, de modo que la metajurisprudencia se coloca en un nivel superior de lenguaje y del análisis. La labor que cumplen los juristas es, como dice el propio Bobbio, (a menudo) prescriptiva<sup>25</sup>, justamente porque en el discurso de los juristas ellos no producen solamente enunciados descriptivos (no comprometidos) acerca del derecho vigente<sup>26</sup>, sino que, de un modo u otro, dicen cómo *debería ser* el derecho («la giurisprudenza, anche nei sistemi più chiusi, interviene con giudizi di valore»<sup>27</sup>). La interpretación doctrinal, en consecuencia, frecuentemente consiste en la “producción de normas”, en el sentido de que no se limita al conocimiento de aquellas, sino que los juristas, mediante una labor argumentativa de diverso tipo, producen enunciados *de lege ferenda* o *de sententia ferenda* que pretenden transformar el contenido del derecho<sup>28</sup>. Describir el razonamiento de los juristas (la manera en la que argumentan) es aquello en lo que consiste la “metajurisprudencia descriptiva”, trabajo que se opone a la que el mismo Bobbio llama

<sup>21</sup> BOBBIO 1954a, 4.

<sup>22</sup> BOBBIO 1954a, 12. El razonamiento jurídico se desarrolla en un entorno en el que existen diversas convenciones; las que, por lo demás, pueden cambiar y cambian efectivamente de tiempo en tiempo, tanto como varían las diversas “ideologías de la interpretación” y las interpretaciones consideradas admisibles en una comunidad en un tiempo y lugar determinados.

<sup>23</sup> BOBBIO 1954a, 13. En traducción castellana: «Sería recomendable orientar la investigación de los filósofos del derecho, que dan muestras de amar demasiado las fórmulas generales, a la recopilación, descripción y análisis de los argumentos usados comúnmente por los especialistas en investigación jurídica, como hacían los lógicos medievales. Pero para hacer esto hay que partir no de clasificaciones abstractas de las ciencias, sino del paciente estudio de los libros de los juristas, para pillarlos, como se dice, en el trabajo».

<sup>24</sup> Y aquí hay una diferencia importante con el ensayo de BOBBIO 1950.

<sup>25</sup> Dice también en *Il rigore nella scienza giuridica* (BOBBIO 1954b, 277): «Una teoria giuridica nel suo risultato finale formula regole di comportamento, cioè dice quale deve essere un comportamento, non quale è o quale sarà».

<sup>26</sup> La expresión “enunciados jurídicos no comprometidos” corresponde a la traducción de DEI VECCHI 2017 de la expresión raziana “detached legal statements”.

<sup>27</sup> BOBBIO 1966a, 262.

<sup>28</sup> BOBBIO 1966a, 261.

“metajurisprudencia prescriptiva”, de impronta kelseniana. En variadas ocasiones, Kelsen sostiene que los juristas *deben* limitarse a describir el derecho<sup>29</sup>, pero haciendo esto – intencionalmente o no – *prescribe describir*. La metajurisprudencia descriptiva, por el contrario, describe un discurso (a menudo) prescriptivo: no les dice a los juristas lo que han de hacer, sino que estudia y describe lo que en efecto hacen. Tampoco esta idea era común en tales momentos, ni mucho menos estaba consolidada, de suerte que esta tesis bobbiana se presentaba también como una innovación. Si bien la ciencia jurídica *tout court* sostendría que se *puede* describir el derecho (de modo avalutativo), no sostiene, o no debe sostener, que se *deba* hacer necesariamente tal cosa, al menos a los efectos dogmáticos. La metajurisprudencia descriptiva es, nótese bien, no una posición distinta de la primera, sino uno de sus aspectos, si entendemos que los juristas ejercen una labor performativa.

Algunas de estas nociones y distinciones aparecen en ciernes en un trabajo de BOBBIO 1939 (*L'interpretazione delle leggi e la ragion di Stato*). En lo que nos atañe, el problema está atado a un estudio histórico e historiográfico de la evolución de la posición de la dogmática frente al derecho (a la que subyace la posterior distinción entre la metajurisprudencia descriptiva y prescriptiva). Bobbio parte de una distinción de Joaquim Hopper (1526-1573): aquella entre *interpretatio scholastica*, *interpretatio forensis* e *interpretatio politica*. Según Bobbio, la *interpretatio scholastica* coincide, “grosso modo”, con la noción de ciencia del derecho (y es de esperar que por ello entienda la “dogmática”). Por su lado, la *interpretatio forensis* coincide, dice él, con la práctica del derecho (entendiendo, me parece, aquella que se refiere a los problemas de aplicación concreta de las diferentes normas). La *interpretatio politica*, por último, se presenta como una forma de valorar el derecho existente. Aquí el jurista no se plantea simplemente la labor de conocer o comentar las disposiciones del derecho, sino que se pone por encima de él para valorar su pertinencia, particularmente con relación a los *medios* determinados a efectos de obtener los *finés* que persigue tal o cual Estado. Aquí Bobbio recuerda la famosa doctrina de la razón de Estado. El origen de esta es, como se sabe, maquiaveliano, pero también es cierto que existieron diversas nociones de razón de Estado<sup>30</sup>, algunas compatibles con nociones algo más modernas de Estado de derecho<sup>31</sup>. Hacia el final del artículo de marras, Bobbio cita el ejemplo de Glück (1755-1831)<sup>32</sup>, cuya definición de la *interpretatio politica* parece particularmente interesante. Para él, este tipo de “interpretación” es aquella que indaga si, y hasta qué punto, las leyes en uso son aptas o conformes a la «constitución hodierna y a las condiciones actuales»<sup>33</sup>.

La preocupación de Glück, tal como la de otros autores alemanes, es aquella de la pertinencia de la recepción del derecho romano (y su tradición de siglos en el derecho germánico) en las condiciones de entonces, con sus necesidades de reforma. Dos cuestiones llaman la atención: (1) Ante todo, el uso del término “constitución”. Por la época en la que escribe Glück, es muy probable que haya usado el término en el sentido clásico, formal, de “forma de gobierno” (“estructuración de las magistraturas”), aunque no se puede descartar que también se refiriera a la idea, que ya empezaba a difundirse, de la “constitución documental”<sup>34</sup>. (2) Es también llamativa la idea de que la *interpretatio politica* es un modo específico de comparación entre el contenido de las leyes (y su *ratio legis*) y el contenido de la constitución (y su *ratio status*)<sup>35</sup> para valorar la pertinencia de las primeras en cuanto *medios* aptos o no para lograr determinados *finés* (de la constitución). Entre los contemporáneos, aunque con variaciones importantes, una forma algo similar de razonamiento se aplica a los efectos del principio de proporcionalidad: una

<sup>29</sup> V.g. KELSEN 2009 [1960], 25.

<sup>30</sup> CONTINISIO 1997.

<sup>31</sup> Vid. BOBBIO 2013, 19.

<sup>32</sup> Vid. GLÜCK 1890.

<sup>33</sup> BOBBIO 1939, 12.

<sup>34</sup> Vid. MALDONADO MUÑOZ 2020.

<sup>35</sup> BOBBIO 1939, 10.

regulación cualquiera, para poder ser materialmente válida, debe constituir un *medio* idóneo (eficaz), necesario (eficiente) y proporcionado para obtener un *fin* constitucionalmente legítimo<sup>36</sup>. Es evidente que la *interpretatio politica* de Glück y otros autores germánicos no funge aquí como una herramienta más o menos específica de las altas cortes (como entre los contemporáneos el principio de proporcionalidad) para decidir la validez material de “las leyes”, sino que se presenta – contra la propia convicción de Glück<sup>37</sup> – como una forma de interpretación doctrinal específica en la que, todo considerado, el jurista abandona su actitud pasiva tradicional frente al derecho para pasar a una actitud activa consciente con pretensiones de crítica o reforma (no *de iure condita*, sino *de iure condendo*<sup>38</sup>). Aquí el jurista aparece ya en su labor a menudo prescriptiva. El teórico, en cambio, va tras sus huellas para describir la forma en que razona. La primera conclusión aparece ya en BOBBIO 1939. La segunda, en BOBBIO 1966a.

Como ya se vio, hacia el final de *Sul ragionamento dei giuristi* (BOBBIO 1954a) – y en buena parte de *Essere e dover essere nella scienza giuridica* (BOBBIO 1966a) – se muestra que Bobbio se había planteado un trabajo a realizar: el estudio, clasificación, sistematización y, en último término, descripción de los diversos argumentos usados por los juristas con fines interpretativos. Se trata de un trabajo que Bobbio estimaba necesario, de un plan por él trazado: la crónica de un trabajo anunciado. Un trabajo, sin embargo, que el filósofo turinés no realizó. En 1987 (*Ricordo di Giovanni Tarello*), de hecho, reconoció abiertamente que se trató de un trabajo que quiso completar, pero que dejó inconcluso. Señala, eso sí, que alguien más lo realizó con solvencia. Se trata de la labor de Giovanni Tarello (1980, *L'interpretazione della legge*). Al respecto, dice Bobbio:

«La mia invidiosa ammirazione per quest'opera dipende dal fatto che molti anni addietro avevo avuto l'incarico di comporre analogo volume per un altro grande trattato di diritto privato, e, pur avendo dedicato alcuni corsi al tema dell'interpretazione e in generale della scienza del diritto, non mi riuscì mai di condurlo a buon fine, e dovetti dopo molti anni rinunciare all'impresa, che mi parve superiore alle mie forze»<sup>39</sup>.

Tarello (como después, tras sus huellas, sus epígonos genoveses<sup>40</sup>) llevó a cabo una labor de metajurisprudencia descriptiva bobbiana: tomarse el razonamiento de los juristas en serio, para estudiarlo, sistematizarlo y describirlo. Se trata de un mismo programa de investigación extendido en el tiempo. Una muestra clara del ligamen y la continuidad entre la empresa bobbiana (en materia de argumentación) y la Escuela genovesa<sup>41</sup>. No solo el artículo de BOBBIO 1950 que se pretende fundacional, sino un programa de trabajo varias veces analizado y otras tantas reformulado, corregido y refinado<sup>42</sup>. Y a pesar de que Bobbio no logró alcanzar la sistematicidad que sí Tarello & Co., hay que poner de relevancia que en diversas ocasiones se ocupó también del estudio de algunos argumentos típicamente usados en la argumentación jurídica. Hay que remarcar, por ejemplo, que los trabajos de Bobbio siguen siendo relevantes

<sup>36</sup> Vid., *inter alia*, ALEXY 2011; CLÉRICO 2008; KLATT, MEISTER 2012; MALDONADO MUÑOZ 2021.

<sup>37</sup> BOBBIO 1939, 12.

<sup>38</sup> Aunque BOBBIO 1939, 7 reporta también otra distinción hopperiana: «l'interpretazione politica viene distinta in “nomotética” che “circa leges condendas, corrigenda, tollendas versatur” e “dicastica” che “circa leges conditas, interpretandas, adiuvandas, supplendas, versatur”».

<sup>39</sup> BOBBIO 1987, 312. En traducción castellana: «Mi envidiosa admiración por esta obra reside en el hecho de que muchos años antes había tenido el encargo de componer un volumen análogo para otro gran tratado de derecho privado; y, a pesar de haber dedicado algunos cursos al tema de la interpretación, y, en general, de la ciencia del derecho, no logré jamás llevarlo a buen puerto, y tuve que renunciar a tal empresa muchos años después, una empresa que me pareció superior a mis fuerzas».

<sup>40</sup> *Inter alia*, GUASTINI 2011; CHIASSONI 2011a.

<sup>41</sup> Vid. FERRER BELTRÁN, RATTI 2011.

<sup>42</sup> Vid. CHIASSONI 2017.

para tratar el tema del argumento analógico<sup>43</sup> (especialmente el trabajo de BOBBIO 1938a<sup>44</sup>). Otros argumentos aparecen de manera más o menos dispersa<sup>45</sup> (por ejemplo, en *Sul ragionamento dei giuristi*). Tratará el asunto, respecto de algunos argumentos de la casación italiana, también en *Le bon législateur* (BOBBIO 1971b)<sup>46</sup>. Resta decir solamente que la afinidad bobbiana con el tópico general de la argumentación está corroborada, en términos amplios, no solo por el interés mostrado por el trabajo de Tarello, sino también por aquel puesto en los trabajos, respectivamente, de Pareto (BOBBIO 1961) y Perelman & Olbrechts-Tyteca (BOBBIO 1966b)<sup>47</sup>, en particular en torno a la idea, ya presente en el texto de 1954a, acerca del análisis detenido de los argumentos de juristas y jueces: «Lo studio dell'argomentazione costituisce un invito a risolvere la teoria classica della interpretazione giuridica in un'analisi degli argomenti adoperati dal giurista o dal giudice per giungere ad una decisione»<sup>48</sup>. En lo que sigue, hablaré de la posición bobbiana respecto de la interpretación específicamente judicial.

#### 4. *El razonamiento de los jueces (la interpretación judicial)*

El texto más valioso a los fines de entender la forma en que Bobbio veía a la interpretación judicial ha sido prácticamente pasado por alto. Se trata del ya citado *Quale giustizia, quale legge, quale giudice* (BOBBIO 1971a). Un texto de su etapa madura. Aunque este trabajo pueda suscitar interés en otros ámbitos, el aspecto preciso de la interpretación judicial destaca en cuanto Bobbio realiza un elenco breve de los argumentos que sirven para rechazar de plano la tesis de la objetividad de la interpretación jurídica (la idea, de inspiración ilustrada, de acuerdo con la cual el juez solo tiene poder declarativo del derecho vigente<sup>49</sup>), y para ayudar a delinear algunos de los problemas que se presentan en la actividad de atribución de significado a los textos normativos de carácter jurídico. Esto se debe entender, primariamente, como un rechazo neto de cualquier tipo de formalismo interpretativo; pero también, como diré en lo sucesivo, como la adhesión a una postura escéptica en materia de interpretación.

La objetividad de la interpretación se encuentra en entredicho, de acuerdo con Bobbio, al menos por las razones siguientes: (1) La naturaleza misma de la interpretación como una operación que es realizada sobre un material informe, fluido, cambiante, como el lenguaje. (2) La naturaleza del

<sup>43</sup> GUASTINI 2011, 277.

<sup>44</sup> LOSANO 2018, 236 ss. Téngase en cuenta que existió una polémica en la que Guastini apuntaba sus dardos contra la postura de Bobbio en cuanto a la analogía.

<sup>45</sup> Bobbio pone a prueba, por ejemplo, la noción de sistema como “ordenamiento coherente”, y prontamente habla de tres conceptos distintos de sistema que se hallan en el campo. El concepto de “interpretación sistemática”, independiente de la noción elegida, solo muestra la tendencia de los juristas a asumir un concepto de sistema (BOBBIO 2019, 174). Pero uno y otra son cosas distintas: que un ordenamiento pueda ser definido, en uno de los sentidos de la expresión, como un “sistema coherente” no está necesariamente implicado en el concepto de “interpretación sistemática”. Bobbio concluye que un ordenamiento no es necesariamente coherente (esto dependerá del contenido de sus normas), y, aunque la actividad “coherentizadora” de los intérpretes pueda incidir, quedan algunas cuestiones irresolubles si los criterios de coherentización son incompatibles. Bobbio dice: «es incorrecto hablar de coherencia del ordenamiento jurídico en su conjunto, se puede hablar de exigencia de coherencia solo entre las partes individuales de este» (BOBBIO 2019, 177). Quizás de aquí podamos inferir que Bobbio había abierto la puerta para poner en tela de duda que la así llamada “interpretación sistemática” pueda referirse –como a veces se sugiere– al conjunto de todas las normas de un sistema jurídico (nadie las conoce o puede conocerlas en su totalidad, y no todas son relevantes para la resolución de los diversos casos). En general, juristas y jueces trabajan con microsistemas normativos (cfr. RATTI 2013, 78 ss.; ALCHOURRÓN, BULYGIN 2015).

<sup>46</sup> Donde ya da muestras de su escepticismo en materia de interpretación.

<sup>47</sup> En ambos casos, me refiero a los trabajos de BOBBIO (1961, 1966b), no a los de Pareto y Perelman & Olbrechts-Tyteca.

<sup>48</sup> BOBBIO 1966b, XVIII.

<sup>49</sup> BOBBIO 2011, 77-80.

conjunto de enunciados lingüísticos que es un ordenamiento jurídico, frecuentemente lagunoso, contradictorio o redundante, a menudo expresado con fórmulas inocentemente ambiguas o intencionalmente genéricas que permiten o requieren de la intervención personal del intérprete. (3) La historia de la jurisprudencia que siempre ha contrapuesto dos escuelas antitéticas, la de los “innovadores” y la de los “conservadores”. (4) Los juicios de valor de los jueces (sobre todo los de las altas cortes), que hacen relación a sentencias diversas, a veces completamente contrapuestas entre ellas, sobre todo en materias políticamente incandescentes, como en general en el caso de las libertades civiles<sup>50</sup>. Bobbio, sin embargo, va algo más allá: dice que el ideal iluminista, reconducible al formalismo interpretativo<sup>51</sup>, habría sido vano (y banalizadas sus consecuencias beneficiosas) «si se hubiese debido admitir que el juez no es la boca de la ley, sino su *más o menos consciente manipulador*»<sup>52</sup>. No hay que insistir, creo, en que esto no supone solamente la negación del formalismo, sino la afirmación del *escepticismo*. Esta última cita, lapidaria y desencantada, en conjunción con las tesis señaladas, arrojan dicho resultado.

En el trabajo de 1971(a) aparecen algunos de los intereses añosos de Bobbio: el análisis del lenguaje jurídico<sup>53</sup>, el problema de la vaguedad y la ambigüedad<sup>54</sup>, el fenómeno de las lagunas y de las antinomias<sup>55</sup>, la interpretación doctrinal y judicial contrapuesta por al menos dos ideologías de la interpretación (“innovadores” vs. “conservadores”)<sup>56</sup>, la distinción entre juicios de hecho y juicios de valor<sup>57</sup>. No obstante, llama la atención que en el elenco citado hace poco no se encuentre también la serie de argumentos que los jueces usan para justificar sus decisiones. Esta es una omisión importante, sobre todo si se tiene en cuenta que el propio Bobbio había insistido varias veces en este aspecto en diversas publicaciones a lo largo de décadas (señalando que tanto los jueces como los juristas acuden a tal pluralidad de argumentos). El principio de caridad exige, en todo caso, integrar la obra bobbiana en esta parte, aunque se deba remarcar que no se trata de una omisión menor.

Concomitantemente se debe señalar que Bobbio, en el mismo trabajo de 1971(a), ata el problema de la validez material de las leyes, en el contexto del Estado constitucional de derecho,

<sup>50</sup> BOBBIO 1971a, 269 s. Lo anterior constituye, en parte, una paráfrasis. El original, en italiano, reza: «Basti pensare: 1. alla natura stessa dell'interpretazione come operazione che viene compiuta su un materiale così informe, fluido, cangiante, come il linguaggio; 2. alla natura di quell'insieme di proposizioni linguistiche che è un ordinamento giuridico, spesso lacunoso, contraddittorio o ridondante, e sovente espresso con formule innocentemente ambigue o volutamente generiche che permettono o addirittura richiedono un intervento personale dell'interprete; 3. alla storia della giurisprudenza che da che mondo è mondo ci ha sempre fatto assistere alla contrapposizione dei giuristi in due scuole antitetiche, quella dei novatori e quella dei conservatori (se l'interpretazione fosse un'operazione veramente oggettiva non ci dovrebbe essere che una scuola sola); 4. infine agli esempi che tutti quanti abbiamo sottocchio e che sono stati anche raccolti da pubblicazioni recenti sui giudizi di valore dei giudici, riguardo all'esistenza di sentenze diverse e anche talora ripugnanti tra loro, soprattutto in materie politicamente incandescenti, come lo sciopero, la serrata, e in genere le libertà civili».

<sup>51</sup> Bobbio se opone radicalmente a cualquier forma de la tesis de la objetividad de la interpretación jurídica, por lo que ataca también a la tesis cognitivista ético-jurídica (BOBBIO 1988a, *Reason in Law*). Dice él que en las relaciones que se pueden establecer entre la “razón” y el “derecho”, se puede hacer alusión al “derecho racional”, por un lado, y al “razonamiento jurídico”, por otro. No hay dudas – dice siempre Bobbio – de que el razonamiento jurídico existe (aunque SCHAUER 2009 empiece uno de sus textos planteándose la pregunta) y de que posee varias particularidades (algunas aquí subrayadas), pero es dudoso que exista también algo como el “derecho racional” en el sentido de que este sea un derecho que es el producto específico de la razón (y no de la historia y del ser humano: vid. BOBBIO 1975). Se requeriría de una especie de *razón legisladora* (BOBBIO 1988a). Y no solo esto, sino que sería necesario que los destinatarios de esos “comandos” emanados por *La Razón* fuesen a su vez del todo razonables, capaces de reconocer (siempre) las diferencias entre lo justo y lo injusto. Aquí Bobbio ataca a algunas de las pretensiones del iusnaturalismo, pretensiones que son reconducibles también a las tesis defendidas por los iusnaturalistas en materia de interpretación (Cfr. MASSINI-CORREAS 2010).

<sup>52</sup> BOBBIO 1971a, 269.

<sup>53</sup> A partir ya del trabajo de BOBBIO 1950.

<sup>54</sup> BOBBIO 1950.

<sup>55</sup> BOBBIO 2019, 171 ss.; 201 ss.

<sup>56</sup> BOBBIO 1971a.

<sup>57</sup> GUASTINI 1999.

a un aspecto referente a la interpretación (de la constitución y de las leyes<sup>58</sup>) que no puede ser considerado, en modo alguno, como un ejercicio cognoscitivo. Así, a diferencia de la validez formal (por hipótesis, «un dato a constatar»<sup>59</sup>), la validez material se convierte en «un problema a resolver»<sup>60</sup>, o sea, como he dicho, un aspecto que no se puede reducir a una cuestión de conocimiento, sino que es un claro problema de voluntad<sup>61</sup>. Esto muestra, según Bobbio, «cuan engañosa, e incluso hipócrita, es toda solución que tienda a sustraer al juez de la responsabilidad personal de escoger una solución en lugar de otra»<sup>62</sup>. El elemento volitivo en la interpretación judicial es, *en términos generales*, ineludible<sup>63</sup>.

Si no he errado el blanco y Bobbio es un escéptico en materia de interpretación, ¿de qué tipo de escepticismo se puede hablar en este caso? Pues bien, como se recordará, he señalado ya que en un artículo de 1951 Bobbio había criticado duramente a J. Frank (BOBBIO 1951b). El realismo radical de Frank, de hecho, le parece que arroja una figura particularmente simplificada y empobrecida del derecho<sup>64</sup>, una aproximación “psicologista” de un problema que requeriría de una investigación sociológica e histórica, que no también teórica. Porque de la famosa frase de Holmes («Law is a prediction of what courts will do»<sup>65</sup>), Frank saca la conclusión de que el derecho no existe hasta que la controversia sea resuelta, siendo que la actividad del jurista se resuelve en la predicción de la decisión que se adoptará en un caso determinado. El objetivo de este trabajo no es profundizar en este problema añoso que vuelve con frecuencia, en variadas formas, a las discusiones hodiernas. Lo cierto es que, para Bobbio, reducir el derecho solamente a las decisiones de los jueces<sup>66</sup> es un error – podría decirse, no solo teórico, sino también práctico – que lleva a conclusiones algo desencajadas. Sostiene Bobbio:

«Si può dire, sì, che quando sorge un conflitto d’interessi il diritto è la soluzione del conflitto (e si potrà anche aggiungere che colui che è chiamato a decidere con la sua autorità la controversia sia in quel momento l’istitutore e lo stabilizzatore del diritto), ma riassumere tutto il fenomeno giuridico in quest’atto, dimenticando che oltre le controversie che richiedono una decisione, la vita di una società giuridica è costituita da un’infinità di comportamenti conformi a regole prestabilite, e che si chiamano, proprio per questa loro conformità, giuridici, è un modo unilaterale, piuttosto sbrigativo, di fare della scienza giuridica»<sup>67</sup>.

Un derecho sin un *mínimo* de certeza – y la crítica de Frank estaba dirigida a la «ilusión de la

<sup>58</sup> BOBBIO 1971a, 269.

<sup>59</sup> BOBBIO 1971a, 269.

<sup>60</sup> BOBBIO 1971a, 269.

<sup>61</sup> También aquí podemos encontrar un ejemplo de una tesis escéptica similar a aquella defendida posteriormente por los genoveses (e.g. Guastini 2011, Chiassoni 2011a).

<sup>62</sup> BOBBIO 1971a, 269. También esta opinión bobbiana da cuenta, creo, de un claro antecedente de versiones genovesas posteriores en materia de interpretación judicial. Se trata, en particular, de iluminar el ineludible componente volitivo de la “adjudicación”.

<sup>63</sup> Dice BOBBIO 1971b, 248: «c’est un cas très rare — où le texte est assez clair pour ne donner lieu à aucun doute sur son interprétation, et par conséquent à ne concéder aucune marge à l’interprète...».

<sup>64</sup> No hay que extrañarse, por supuesto. Los críticos de Frank fueron muchos. Algunos de ellos, de hecho, aprovecharon para hacer pasar su versión del realismo como “la” versión del realismo americano (lo que LEITER 1997 llama «Frankification of Legal Realism»).

<sup>65</sup> Vid. HOLMES 1897.

<sup>66</sup> Como en el caso de GRAY 1997 [1921].

<sup>67</sup> BOBBIO 1951b, 4. En traducción castellana: «Se puede decir, sí, que cuando surge un conflicto de intereses el derecho es la solución del conflicto (y se podrá añadir también que aquel que está llamado a resolver la controversia con su autoridad sea el que instituye o establece el derecho), pero compendiar todo el fenómeno jurídico en este acto, olvidando que, además de las controversias que requieren una decisión, la vida de una sociedad jurídica está constituida por una infinidad de comportamientos conformes a reglas preestablecidas, y que se llaman, justamente por su conformidad, jurídicos, es un modo unilateral, bastante somero, de practicar la ciencia jurídica».

certeza» – no sería identificable como derecho<sup>68</sup>. Por un lado, Bobbio sostiene que muchas de las conductas que se pueden juzgar como conformes o no a derecho no dependen en absoluto de la resolución de determinadas controversias (como si se dijese que muchos de los comportamientos con relevancia o calificación jurídica ni siquiera llegan a las cortes), pero también porque algún tipo de estabilidad de las decisiones debe existir a efectos de que exista, incluso en un sentido mínimo, un Estado de derecho<sup>69</sup>. Recuérdese, además, que en 1954a Bobbio habla de que la práctica jurídica se mantiene por la existencia de una serie de convenciones (que se pueden reconducir, luego, a la afirmación de una serie de interpretaciones consolidadas<sup>70</sup>). De hecho, la propia idea de la predicción de los realistas americanos supone aquello: ninguna predicción que no tenga un valor místico puede ser considerada como un ejercicio intelectual sino bajo mínimos criterios de estabilidad (y entonces de certeza)<sup>71</sup>. Por otro lado, en el artículo de 1971[a] la visión bobbiana es desencantada, pero no ingenua. El rechazo de la tesis de la objetividad de la interpretación, y el problema de los juicios de valor de los jueces<sup>72</sup> (sobre todo en el caso de las altas cortes), no suponen el abandono, sino solamente la transformación del ideal del Estado de derecho y del gobierno de las leyes<sup>73</sup>. Por cuanto pueda resultar incierto en determinados casos (con más frecuencia en aquellos “iusfundamentales”), para Bobbio el derecho debe ser una práctica algo estable (o no es derecho)<sup>74</sup>. Bobbio no es ajeno – como se muestra en ese texto y en otros citados – a la idea de que existen algunas interpretaciones consolidadas que determinan, en principio, una parte de la práctica del derecho, que hay diferencias entre la determinación de los aspectos materiales y de los aspectos formales (en los que la interpretación podría explicarse bajo un cariz diverso), y no es ajeno al ideal de la certeza (contrastado siempre con la realidad en materia de adjudicación, o sea con el ineludible fenómeno volitivo). En otras palabras, si Bobbio ha de poder considerarse como un escéptico, ha decirse que se trata seguramente de un escéptico moderado, no de uno radical.

Por último, hay que decir que, en lo que corresponde a los jueces en el ideal del Estado de derecho, Bobbio enfatiza en un aspecto que no depende de una toma de posición sobre la pretensión de la “objetividad de la interpretación” o de la “certeza del derecho”, ni siquiera incluso de una aproximación intrasistemática en la cual algunos valores del Estado de derecho están atados a una serie de condiciones institucionales dirigidas a garantizar la independencia del juez. Más bien, Bobbio se aproxima a la cuestión desde un enfoque extrasistemático: subrayando el problema atinente a las *virtudes* de un juez que pueda ser considerado, en algún sentido relevante, apolítico e imparcial. La imparcialidad del juez es, dice él, como la “avalutatividad” del científico (la suma de todas las virtudes<sup>75</sup>), pero, como todas las virtudes, también esta es difícil de practicar; por lo que – dice siempre Bobbio – se impone al juez cierta *humildad* frente a tal tarea mayor<sup>76</sup>.

<sup>68</sup> BOBBIO 1951b, 4.

<sup>69</sup> BOBBIO 1951b, 4.

<sup>70</sup> No de otro modo se puede entender la existencia de convenciones en el ámbito del razonamiento de los juristas (y de los jueces). Toda convención se verifica en una serie de resultados *ex post* que son el producto de la convención (vid., e.g., LEWIS 2008 [1969]).

<sup>71</sup> BOBBIO 1951b, 4.

<sup>72</sup> Algo a veces escandaloso, según BOBBIO 1971a, no porque intervengan juicios de valor, sino por la frecuencia con que estos son el producto de un pensamiento groseramente conservador, contrario a la inspiración liberal de algunos derechos fundamentales y que corren el riesgo de reafirmar privilegios de clase.

<sup>73</sup> Vid. BOBBIO 1971a.

<sup>74</sup> BOBBIO 1951b.

<sup>75</sup> BOBBIO 1971a, 272 (Dice Bobbio: «Un juez parcial es como un científico tendencioso» [traducción libre]).

<sup>76</sup> Me parece que este es un enfoque similar al de HADDAT BERNAT 2015 que es, como es obvio, una forma de abordar el problema típicamente contemporánea.

## 5. Colofón

Como había dicho al inicio, la falta de sistematicidad de la obra bobbiana impone algunos retos en cuanto a su exploración. Sin embargo, se trata de un ejercicio que puede ser atractivo, en este caso, en su aspecto de aproximación a la historia de la cultura jurídica, pero que no carece, por otra parte, de interés en el ámbito teórico. El resultado parece indicar que, en materia de interpretación, Bobbio puede ser considerado como un escéptico moderado. Para llegar a tal conclusión he buscado analizar una labor de décadas en que Bobbio procuró desmitificar el trabajo del jurista y del juez; aunque lo que cuenta, para nuestros efectos, es el camino que lleva a esa conclusión (el “paso a paso” del que hablaba Letizia Gianformaggio<sup>77</sup>). En esa guisa, Bobbio se presenta como un “jurista desencantado”<sup>78</sup>. No en el sentido de que Bobbio no abrazase algunos ideales de transformación del derecho (sobre todo en materia de derechos fundamentales, paz y democracia), sino simplemente porque estos ideales deben contraponerse siempre con la realidad. Y este, como se sabe, es uno de los aspectos que Bobbio procuró remarcar a lo largo de toda su obra.

<sup>77</sup> GIANFORMAGGIO 1987.

<sup>78</sup> Hablando en jerga de CHIASSONI 2011b.

## Referencias bibliográficas

- ALEXYS R. 2011. *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», 91, 2011, 11 ss.
- ALCHOURRÓN C., BULYGIN E. 2015. *Sistemas normativos*, Astrea.
- BOBBIO N. 1938a. *L'analogia nella logica del diritto*, Istituto giuridico della R. Università.
- BOBBIO N. 1938b. *L'analogia e il diritto penale*, en «Rivista penale», 16, 5, 1938, 526 ss.
- BOBBIO N. 1939. *L'interpretazione delle leggi e la ragion di Stato*, en AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Vol. 1, *Filosofia e teoria generale del diritto. Diritto costituzionale*, CEDAM, 391 ss.
- BOBBIO N. 1941. *Polemiche sull'interpretazione*, en «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 21, 1-2, 1941, 96 ss.
- BOBBIO N. 1950. *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, en «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 4, 2, 1950, 342 ss.
- BOBBIO N. 1951a. *Moralità e logica*, en «Rivista di Filosofia», 1, 1951, 3 ss.
- BOBBIO N. 1951b. *La certezza del diritto è un mito?*, en «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 36, 1, 1952, 146 ss.
- BOBBIO N. 1954a. *Sul ragionamento dei giuristi*, en «Rivista di diritto civile», 1, 1, 1954, 3 ss.
- BOBBIO N. 1954b. *Il rigore nella scienza giuridica*, en Centro di Studi Metodologici (ed.), *Atti del Congresso di Studi Metodologici*, Ramella, 276 ss.
- BOBBIO N. 1961. *Pareto e la teoria dell'argomentazione*, en «Revue Internationale de Philosophie», 4, 58, 1961, 376 ss.
- BOBBIO N. 1965. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza.
- BOBBIO N. 1966a. *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, en «Rivista di filosofia», 58, 3, 1966, 235 ss.
- BOBBIO N. 1966b. *Prefazione*, en PERELMAN C., OLBRECHTS-TYTECA L. (eds.), *Trattato sull'argomentazione*, Giuffrè.
- BOBBIO N. 1971a. *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*, en «Quale giustizia», 2, 8, 1971, 268 ss.
- BOBBIO N. 1971b. *Le bon législateur*, en *Le raisonnement juridique: Actes du Congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale (30 août- 3 septembre 1971)*, 1971, 243 ss.
- BOBBIO N. 1975. *Pareto e il diritto naturale*, en «Rivista di Filosofia», 56, 1, 1975, 57ss.
- BOBBIO N. 1987. *Ricordo di Giovanni Tarello*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», 17, 2, 1987, 303 ss.
- BOBBIO N. 1988a. *Reason in Law*, en «Ratio Juris», 1, 2, 1988, 97 ss.
- BOBBIO N. 1988b. *Del mondo del privilegio al mondo dei diritti*, en «Vita italiana», 4, 3, 1988, 32 ss.
- BOBBIO N. 1991. *El tiempo de los derechos*, Sistema.
- BOBBIO N. 1997. *Autobiografía*, Laterza.
- BOBBIO N. 2013. *Liberalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica.
- BOBBIO N. 2019. *Teoría general del derecho*, Temis.
- CALVINO I. 1993. *Le città invisibili (1972)*, Mondadori.
- CHIASSONI P. 2011a. *Técnicas de interpretación jurídica*, Marcial Pons.
- CHIASSONI P. 2011b. *Desencantos para abogados realistas*, Universidad Externado de Colombia.
- CHIASSONI P. 2017. *Ensayos de metajurisprudencia analítica*, Olejnik.

- CLÉRICO L. 2008. *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*, en CARBONELL M. (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 115 ss.
- CONTINISIO C. 1997. *Introduzione*, en BOTERO, G., *La ragion di Stato*, Donzelli, XI ss.
- DEI VECCHI D. 2017. *Enunciados no comprometidos y punto de vista jurídico*, en «Crítica», 49, 147, 2017, 91 ss.
- FERRER BELTRÁN J., RATTI G.B. 2011. *El realismo jurídico genovés*, Marcial Pons.
- GIANFORMAGGIO L. 1987. *Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio*, en «Doxa», 4, 1987, 87 ss.
- GLÜCK F. 1890. *Commentario alle Pandette*, Vallardi.
- GRAY J.C. 1997. *The Nature and Sources of the Law*, Ashgate-Dartmouth (ed. or. *The Nature and Sources of the Law*, Macmillan, 1921).
- GUASTINI R. 1999. *Distinguiendo*, Gedisa.
- GUASTINI R. 2005. *Il diritto*, en PAZÉ, V. (ed.), *L'opera di Norberto Bobbio. Itinerari di lettura*, FrancoAngeli, 30 ss.
- GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Giuffrè.
- GUASTINI R. 2016. *La sintaxis del derecho*, Marcial Pons.
- HADDAT BERNAT P. 2015. *La virtud de la humildad y sus aportes al ámbito probatorio*, en «Quaestio Iuris», 8, 4, 2015, 2402 ss.
- HOLMES O.W. 1897. *The Path of Law*, «The Boston Law School Magazine», 1, 4, 1897, 1 ss.
- KELSEN H. 2009. *Teoría pura del derecho*, Eudeba (ed. or. *Reine Rechtslehre*, Verlag Franz Deuticke, 1960).
- KLATT M., MEISTER M. 2012. *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press.
- LEITER B. 1997. *Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*, en «Texas Law Review», 76, 2, 1997, 267 ss.
- LEWIS D. 2008. *Convention: A Philosophical Study*, Blackwell (ed. or. *Convention: A Philosophical Study*, Wiley-Blackwell, 1969).
- LOSANO M.G. 2018. *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, Carocci.
- MALDONADO MUÑOZ M. 2020. *Por una genealogía de la constitución*, en «Diritto & questioni pubbliche», 20, 2, 2020, 165, ss.
- MALDONADO MUÑOZ M. 2021. *Derechos y conflictos*, Marcial Pons.
- MASSINI-CORREAS C.I. 2010. *Iusnaturalismo e interpretación jurídica*, en «Díkaion», 24, 19, 2010, 399 ss.
- NUÑEZ VAQUERO A. 2012. *Ciencia jurídica realista: modelos y justificación*, en «Doxa», 35, 2012, 717 ss.
- PERELMAN C., OLBRECHTS-TYTECA L. 1966. *Trattato dell'argomentazione*, Einaudi.
- RATTI G.B. 2013. *El gobierno de las normas*, Marcial Pons.
- SCHAUER F. 2009. *Thinking Like a Lawyer*, Harvard University Press.
- TARELLO G. 1980. *L'interpretazione della legge*, Giuffrè.



# La norma non può morire

Brevi riflessioni critiche sugli ultimi necrologi del diritto e sulla gestione tecnologica della condotta umana

## *Norm cannot die*

Brief critical considerations on the latest necrologies of law and the technological management of human conduct

## ANDREA ROMEO

Ricercatore in Filosofia del diritto, Università “Magna Graecia” di Catanzaro.

E-mail: [a.romeo@unicz.it](mailto:a.romeo@unicz.it)

### ABSTRACT

Roger Brownsword, William Lucy e molti altri studiosi prevedono che, entro il 2061, la gestione tecnologica dei sistemi *data-driven agent* si affiancherà e addirittura sostituirà le norme come principale strumento di controllo sociale. Il modello delle regole sembrerà, a quel punto, del tutto obsoleto dinnanzi alle tecnologie di intelligenza artificiale come strumenti non normativi di regolamentazione, dal momento che questi sistemi renderanno impossibile poter infrangere una regola, sostituendo l'*illegalità* con l'*impossibilità*. Ciò vale a dire che non sarà più necessario minacciare sanzioni in caso di inosservanza, e tutto ciò porterà a una sorta di “morte del diritto”. Tuttavia, la *normatività*, così come la distinzione tra punto di vista interno e punto di vista esterno, sono nozioni concettualmente necessarie per comprendere il significato di una determinata condotta nell'ambito di una prassi sociale, anche se diretta da un sistema *data-driven agent*. Inoltre, la forza costitutiva delle norme giuridiche impedisce una drastica riduzione della complessità pratica del mondo, rendendo la normatività del diritto molto più resiliente di quanto si pensi.

Roger Brownsword, William Lucy, and many other scholars predict that, by 2061, data-driven agents technological management will come alongside and finally replace legal norms as the main social control device. The model of rules will seem badly out of touch with the use of AI technologies as regulatory non-normative instruments, since such systems will make it impossible to break a rule, thus replacing *illegality* with *impossibility*. It means that it will no longer be necessary threatening sanctions for non-compliance, and this new paradigm will lead to a sort of “death of the law”. Nonetheless, *normativity*, as well as the distinction between internal and the external point of view, seems to be conceptually needed notion in grasping the meaning of a certain conduct under a certain social practice, even when it is channeled by data-driven agents. Furthermore, the constitutive *force* of legal rules prevents a drastic reduction of the practical complexity of the world, making normativity of law much more resilient than we are used to think.

### KEYWORDS

AI, Data-Driven Agent, gestione tecnopratica, normatività, morte del diritto

IA, Data-Driven Agent, technological management, normativity, death of law

## La norma non può morire.

Brevi riflessioni critiche sugli ultimi necrologi del diritto e sulla gestione tecnologica della condotta umana

ANDREA ROMEO

1. *Il cammino delle norme giuridiche verso l'estinzione* – 2. *Al crepuscolo del punto di vista interno?* – 3. *L'indefettibilità cognitiva dell'aspetto interno delle norme: la resilienza della normatività.*

### 1. *Il cammino delle norme giuridiche verso l'estinzione*

Nel 2061 *The Concept of Law* di Hart<sup>1</sup>, pietra miliare della riflessione giusfilosofica, compirà un secolo dalla sua prima pubblicazione, cioè da quando irruppe fragorosamente nello scenario del dibattito giusfilosofico – al tempo quasi feticisticamente ossessionato dai concetti di comando e di sanzione – proponendo un giuspositivismo riformato e ingentilito, detronizzando, così, le concezioni imperativistiche vetero-austiniane. Chissà se a quella data futura – si domanda Roger Brownsword, tra i fondatori della Scuola di Sheffield –<sup>2</sup> ci saranno ancora copie cartacee a disposizione degli studenti di diritto, nonché pure, e soprattutto, se la lettura di quel testo reclamerà ancora forte centralità nel dibattito di *jurisprudence*, ovvero sarà piuttosto divenuto di interesse, per così dire, tutto storico; magari un'opera da compulsare e ruminare solo per irrobustire qualche approccio ricostruttivo. Ora, se fosse quest'ultima ipotesi ad avverarsi, le ragioni di una simile inattualità scientifica non andrebbero ricercate nel verosimile progresso della riflessione teorica, o nel normale avvicendamento degli studiosi che, a turno nella storia, divengono i centri gravitazionali del dibattito. La vera ragione – almeno per Brownsword – potrebbe risiedere piuttosto nella inesorabile obsolescenza delle pur acute riflessioni di quel testo. Ma una obsolescenza – sia chiaro – dovuta non certo ad una perdita di lucidità, o accettabilità teorica, degli argomenti e delle idee che popolano *Il concetto di diritto*, e che riguardano il discorso su cosa sia il diritto, ma causata da un profondo radicale mutamento fenomenologico dell'oggetto stesso delle ruminazioni hartiane: appunto il diritto e le sue norme giuridiche. Nel 2061, in sostanza, si darà un profondo mutamento di paradigma per cui (come scrive *ex abrupto* Brownsword):

«il modello delle regole di Hart sembrerà del tutto fuori dal mondo rispetto all'impiego delle tecnologie moderne come strumenti normativi e, in particolare, con l'uso pervasivo della “gestione tecnologica” in luogo delle norme giuridiche tradizionali»<sup>3</sup>.

La profezia, a tutta prima, e se letta superficialmente, è di quelle che fanno tremare i polsi, oppure, per converso, di quelle che si fanno trascurare e bollare per panzane o fandonie, magari per un'apparente eccessiva eccentricità o per la panglossiana fiducia nel progresso tecnologico umano: un po' come la predizione delle macchine volanti che a più riprese, e secondo molti nel secolo scorso, avrebbero dovuto già da tempo sostituire i vetusti veicoli terricoli nel trasporto privato quotidiano. E la storia del diritto (come invero la storia in generale) è un sentiero lastricato da

<sup>1</sup> HART 2002 [1961].

<sup>2</sup> Cfr. BROWNSWORD 2015, 1-51, spec. 1. Si veda pure BROWNSWORD 2020; BROWNSWORD 2019, 3 ss.; BROWNSWORD 2005, 1-21; BROWNSWORD, GOODWIN 2012.

<sup>3</sup> BROWNSWORD 2015, 2 (traduzione mia); BROWNSWORD 2019, 3-35.

predizioni fallite. Brownsword, nondimeno, dopo aver lanciato la sensazionale predizione, passa ad argomentarla, fornendo ragioni molto serie e argomenti comunque di pregio concettuale, con cui vale la pena confrontarsi.

Ora, la causa della probabile prossima obsolescenza del modello delle regole giuridiche a cui guardava Hart sarà da imputarsi ad un peculiare mutamento di paradigma che William Lucy, riprendendo proprio Brownsword, definisce – un po' sensazionalisticamente – “morte del diritto”; con ciò non volendo, però, spingersi sino a vaticinare la totale sparizione di qualsiasi forma di regolamentazione e controllo sociale della condotta umana<sup>4</sup>. A “morire” – anche se non del tutto, si vedrà – sarà piuttosto il concetto di regola giuridica dotata di fattispecie astratta e generale, che richiede obbedienza dietro la minaccia di una sanzione o di un certo effetto giuridico. E non ci sarà più bisogno di modelli normativi astratti di condotta perché la funzione del controllo sociale e della guida pratica dei consociati, di cui appunto discettava Hart, sarà affidata ad una “gestione tecnologica”, o potremmo dire “tecno-pratica”, guidata e amministrata da strumenti IA<sup>5</sup>. Tutto ciò, ovviamente, involgerà l'approccio metodologico dello studio del diritto, che si troverà a fare i conti con uno slittamento totale di paradigma – à la Kuhn per intenderci –, con il rovesciamento di un'intera modalità di comprensione e rappresentazione della fenomenologia giuridica nell'ambito della quale giuristi e teorici del diritto hanno, sinora, condotto le proprie ruminazioni.

Ma quanto è verosimile questo scenario tanto rivoluzionario?

Il rapido progresso delle tecnologie di intelligenza artificiale e di *machine learning*<sup>6</sup> – che sta già avendo un notevole e crescente impatto sulla prassi giuridica e sulle categorie del diritto<sup>7</sup>, specialmente per ciò che concerne un possibile impiego nella funzione decisoria –<sup>8</sup> ha dato la stura allo sviluppo di sistemi definiti *data driven agents*<sup>9</sup>, ossia una peculiare forma di intelligenza artificiale in grado di percepirsi in uno specifico ambiente e agire su di esso<sup>10</sup>; il tutto basandosi sull'elaborazione di flussi spropositati di dati, rilevati in modo autonomo e costante<sup>11</sup>. Questi sistemi intelligenti – su cui si tornerà nel dettaglio più avanti – promettono di influire sulla condotta umana in via preventiva, e sostanzialmente deterministica, impedendo di fatto agli individui di poter infrangere determinati pattern di comportamento, ovvero rendendo le condotte alternative materialmente impossibili, trasformando le regole giuridiche in inutili superfetazioni. Ovviamente, perché un tale fenomeno divenga sistematico e non epifenomenico occorre immaginare che l'attività umana possa darsi, necessariamente, nel contesto d'una impalcatura cyberfisica immersiva e bio-totalizzante: l'“Everywhere”, nelle parole evocative di Adam Greenfield<sup>12</sup>. In questa sorta di nuovo “Mondo 4” – potremmo dire assai licenziosamente – ogni agente sarà perennemente connesso *online* attraverso una struttura o ambiente “senziente”; e lo sarà in ogni aspetto quotidiano, laddove anche i più comuni elettrodomestici e oggetti della quotidianità, come, per esempio, box doccia, macchine per il caffè, abiti, stanze, ecc., percepiranno, raccoglieranno ed elaboreranno, a velocità inimmaginabili, continui flussi di informazioni, mo-

<sup>4</sup> LUCY 2023. Sul concetto di “morte del diritto” si veda FISS 1986, 1-16, da cui Lucy prende spunto. Su analoghe considerazioni, soprattutto in merito alla “morte” dei professionisti legali, si legga SUSSKIND 2010, 7; e SUSSKIND 1996. Sul punto si veda anche la bella analisi di RICCIARDI 2022.

<sup>5</sup> BROWNSWORD 2019, 4 ss.; BROWNSWORD 2015, 3.

<sup>6</sup> Cfr. MITCHELL 1997; SURDEN 2014, 87-115; GABBRIELLI 2021.

<sup>7</sup> Si vedano, tra gli altri e nel solco d'un dibattito ormai inabbracciabile per mole di contributi, CARDONE 2021; CASADEI 2022; D'ALOIA 2019; DONATI 2020, 415-433; FERRARI 2020, 9-32; NIEVA-FENOLL 2019; PRAKKEN 2006; SARTOR 2020; RUFFOLO et al. 2020.

<sup>8</sup> Si veda CARLEO et al. 2019; LUCIANI 2018; PAJNO 2022; PUNZI 2022; SIMONCINI 2019, 63-83; SUNSTEIN 2001.

<sup>9</sup> LUCY 2023, 60.

<sup>10</sup> BROWNSWORD 2015, 50.

<sup>11</sup> HILDEBRANDT 2016, 1-30, spec. 4; HILDEBRANDT 2008, 169 ss. Si vedano pure GREENFIELD 2006; HILDEBRANDT et al. 2013; LESSIG 2006; KAPLAN 2017; KERR 2013, 92-120.

<sup>12</sup> GREENFIELD 2006, 1 s. Si veda pure HILDEBRANDT et al. 2013.

nitorando costantemente ogni comportamento degli esseri umani, e incidendo, in modo anche irriflessivo o non percepibile, sulla capacità degli agenti di determinarsi e agire di conseguenza<sup>13</sup>. “Intelligenza ambientale” o “internet delle cose” sono espressioni sempre più utilizzate nella quotidianità per descrivere tali nuovi possibili contesti d’azione umana, usualmente all’interno di narrazioni (spesso distopiche, talvolta, più raramente, utopistiche) di un mondo senza attriti volontaristici, in grado di plasmare e conformare lo spazio d’azione umana ai bisogni e ai desideri dei suoi utenti, e ciò grazie, appunto, ad una continua percezione ed elaborazione di *big data*<sup>14</sup>.

Questa *bio-infosfera*, almeno stando ad alcune ardite previsioni, potrebbe finire per fagocitare l’intera fenomenologia ed esperienza sociale, strutturando per quest’ultima un nuovo proscenio d’azione, caratterizzato da una riduzione eccezionale dalla complessità pratica dell’agire umano<sup>15</sup>. V’è che usa il termine icastico “onlife”<sup>16</sup> per provare a descrivere meglio un simile mondo, ponendo l’accento sulla onnipresenza di sistemi cibernetici mobili e iperconnessi, che tenderanno inevitabilmente a sovrapporre la fenomenologia mondana con l’eterotopia web, rendendo quasi inestricabili, o difficilmente percepibili, i confini tra le due dimensioni<sup>17</sup>. Ed in questo scenario, che non pochi ritengono verosimile o comunque non implausibile<sup>18</sup>, v’è dunque chi ipotizza la concretizzazione d’una nuova forma di governamentalità, in termini foucaultiani, di una tale “bio-infosfera” o “digital sfera”<sup>19</sup>, fondata sulla possibilità di guidare, indirizzare e plasmare la condotta dei consociati attraverso modalità di conformazione tecno-pratica, di modo che la coordinazione sociale sia sempre ottenuta in via preventiva, lasciando meno spazio possibile alla libertà di determinazione o adesione autonoma degli agenti. Brownsword, Lucy, e con loro altri importanti studiosi, prendono molto sul serio questo processo, e lo vedono come una sorta di direzione a senso unico, a marcia non più invertibile, con ricadute enormi sul concetto di diritto, sempre più post-hartiano e, soprattutto, post-normativo<sup>20</sup>. Ricadute, queste, con cui la speculazione teorica non potrà non fare i conti e con le quali, già adesso, è bene confrontarsi, sebbene sul piano ancora meramente speculativo e teorico.

## 2. Al crepuscolo del punto di vista interno?

Assumendo siffatto rovesciamento di paradigma come un’ipotesi nient’affatto fantascientifica, Brownsword passa ad affrontare le ragioni che dovrebbero (o potrebbero) condurre alla sostanziale obsolescenza di quella fenomenologia giuridica che Hart ha preso a modello per offrirci il suo *Concetto di diritto*. Com’è noto, uno dei principali contributi dati al dibattito giusfilosofico dal professore oxoniense, nella sua opera di raffinato ripensamento del positivismo giuridico autoritario, riguarda la distinzione concettuale e metodologica tra «punto di vista interno» e «punto di vista esterno». Distinzione assai nota, questa, che ha permesso ad Hart di accantonare certe visioni vetero-essenzialiste nell’approccio cognitivo al diritto (le stesse riprese, poi, dal suo allievo Joseph Raz, che ha invece dato alla speculazione giusfilosofica un deciso giro di vite essenzialista)<sup>21</sup>.

Per Hart, com’è noto, senza l’adozione di una prospettiva interna, un mero osservatore non potrebbe mai comprendere e descrivere il comportamento dei consociati, di cui ne osservi una certa azione, in termine di norme, dovendosi al massimo accontentare di registrare empirica-

<sup>13</sup> HILDEBRANDT 2016, 7; HILDEBRANDT et al. 2020.

<sup>14</sup> Si veda AMATO MANGIAMELI 2022, 93-101, spec. 96. Si veda pure ROMEO 2024, 22 ss.

<sup>15</sup> Si vedano, in merito, le riflessioni di RODOTÀ 2014.

<sup>16</sup> Si veda FLORIDI 2014.

<sup>17</sup> GREENFIELD 2006.

<sup>18</sup> IHDE 1990.

<sup>19</sup> Cfr. BERGÉ et al. 2018, 144 ss.

<sup>20</sup> KERR 2013, 120.

<sup>21</sup> Si veda, per esempio, RAZ 2009, 97. Su questo aspetto, per una critica, v. LA TORRE 2020, cap. V.

mente mere «regolarità osservabili di condotta, di prescrizioni, probabilità ed indizi»<sup>22</sup>. Un osservatore che mantenesse il solo punto di vista esterno rispetto a certi fenomeni sociali, senza dunque rappresentarsi l'esistenza di norme e utilizzarle come criteri di spiegazione delle condotte, non potrebbe che valutare le devianze da una certa regolarità percepita come un mero segnale della *probabilità* che si verifichi una qualche risposta ostile dell'ordinamento. Hart chiarisce assai bene il punto nella sua lucida argomentazione:

«la sua prospettiva sarà simile a quella di chi, avendo osservato per un po' di tempo il funzionamento di un semaforo in una strada piena di traffico, si limita a dire che quando la luce diventa rossa vi è una forte probabilità che il traffico si arresti. Questi considera la luce come l'indizio naturale del fatto che l'agente si comporterà in certi modi, così come le nuvole sono un *indizio del fatto che verrà la pioggia*»<sup>23</sup>.

Soltanto assumendo una prospettiva interna, riferendosi dunque ad un *aspetto interno delle norme*, sarà possibile avvedersi del fatto che le persone considerano la luce del semaforo un *avviso* di fermarsi e, dunque, «una ragione per fare questo in conformità alle norme che rendono la fermata quando la luce è rossa un criterio di condotta e un obbligo»<sup>24</sup>. L'espressione «avere un obbligo di», com'è ormai noto nella discussione giusfilosofica, è logicamente dipendente dall'assunzione del punto di vista interno, che è quello che, appunto, adotta chi accetta e assume le norme come schemi di condotta regolanti la vita dei consociati e, del pari, come criteri di critica sociale<sup>25</sup>. Sostenere che un certo soggetto ha un determinato «*obbligo a fare  $\phi$* » (e non che è contingentemente «*obbligato a fare  $\phi$* ») significa fare una affermazione «per cui si applica una norma generale ad un persona particolare richiamando l'attenzione sul fatto che il suo caso ricade sotto quella norma»<sup>26</sup>. Hart puntualizza: «Per costoro la violazione di una norma non è soltanto la base per la predizione di una reazione ostile, ma è una *ragione* per questa ostilità»<sup>27</sup>; il che vale a dire che la norma è il criterio per il giudizio su una condotta conforme o difforme. Del resto, le teorie predittive di stampo realista sono notoriamente oggetto di critica hartiana proprio allorché tralasciano questa prospettiva interna, che è propria invece dei consociati che accettano le norme e soprattutto *usano* queste per giudicare il proprio contegno e quello altrui<sup>28</sup>.

Ciò detto – e che costituisce un patrimonio concettuale più che acquisito al bagaglio del filosofo del diritto contemporaneo –, Brownsword è pienamente convinto che nel 2061 la distinzione hartiana tra punto di vista interno e punto di vista esterno continuerà ad avere senso soltanto per quelle residue attività (ma saranno già poche) che continueranno ad essere ancora governate da regole, secondo il paradigma classico, insomma. Nondimeno, detta distinzione perderà molto senso, e utilità esplicativa, per tutte quelle condotte e attività per le quali il controllo sociale tramite fattispecie astratte e generali sarà sostituito da una «gestione tecnologica»<sup>29</sup> o tecnopratica delle condotte<sup>30</sup>. Basti pensare al noto esempio hartiano, assai funzionale, del semaforo:

<sup>22</sup> HART 2002 [1961], 107.

<sup>23</sup> HART 2002 [1961], 107.

<sup>24</sup> HART 2002 [1961], 107.

<sup>25</sup> HART 2002 [1961], 108. Si tratta, come spiega Hart, «dei funzionari, degli avvocati, dei privati che usano le norme, di volta in volta, come guida della loro condotta nella vita sociale, o come il fondamento di pretese, richieste, concessioni, critiche o sanzioni, cioè in tutti i comuni rapporti della vita regolati da norme». Per una interessante analisi si veda SCHIAVELLO 2012, 153-173.

<sup>26</sup> HART 2002 [1961], 102.

<sup>27</sup> HART 2002 [1961], 108 (corsivo nell'originale).

<sup>28</sup> HART 2002 [1961], 108.

<sup>29</sup> BROWNSWORD 2019, 4; BROWNSWORD, 2005, 1 s.

<sup>30</sup> BROWNSWORD 2015, 2. In sostanza, «to the extent that rule-governed activities are overtaken by technological management» – scrive Brownsword – «the distinction loses its relevance; for, where activities are so managed, the appropriate description will no longer be in terms of rules and rule-dependent notions». Il concetto di *technological management* si deve a KERR 2010, 247 ss.

un'auto a guida intelligente gestita dagli algoritmi di sistemi *data-driven agents* – su cui si tornerà a breve –, dove il conducente non ha piena (forse alcuna) signoria sulla guida, si muoverà per riflesso condizionato al semplice impulso di luce, in maniera perfettamente comportamentistica, senza che il conducente, o il sistema stesso, abbiano alcuna contezza o rappresentazione intellettuale dell'aspetto interno della regola<sup>31</sup>. In un futuro prossimo – preconizza Brownsword – imparare a guidare l'automobile potrebbe non segnare più una sorta di rito di passaggio all'età adulta, come lo si percepisce oggi, anzi «comincerà ad apparire anacronistico: per la prossima generazione guidare un'auto potrebbe essere paragonabile a scrivere a mano»<sup>32</sup>. E se anche in futuro nelle città senzienti, *smart*<sup>33</sup>, del nuovo mondo “*onlife*”, il movimento dei veicoli fosse controllato da qualcosa di simile ad un semaforo, l'unica prospettiva possibile per gli utenti rimarrebbe comunque quella esterna o, meglio – si potrebbe dire –, *ultra-esterna*<sup>34</sup>. Il che vale a dire che nell'ambito della circolazione stradale le azioni umane, e la ragione pratica che le presiede normalmente, cesserebbero di avere dimensione autoriale. Ciò non potrà non sortire enormi ricadute logiche su tutte le declinazioni del concetto di responsabilità (morale e giuridica): non solo non saranno più necessarie sanzioni da ventilare minacciosamente per il caso di infrazione del modello normo-tipico, ma la stessa responsabilità aquiliana, come categoria concettuale, andrà fortemente ripensata, laddove gli eventuali danni cagionati saranno da imputarsi inevitabilmente a errori del sistema, e non più all'imperizia, imprudenza o negligenza degli avventori della strada<sup>35</sup>. La responsabilità stessa, in fin dei conti, apparirà come un concetto “vestigiale”. Del resto, anche per Lucy, «la forma migliore di risposta normativa a qualsivoglia problema sociale è garantire che il problema stesso non si presenti affatto»<sup>36</sup>, ossia prevenendo e precludendo ogni possibile schema di comportamento difforme. Brownsword ne è convinto:

«[S]ulle strade del 2061 il controllo del traffico avrà il sopravvento sulle regole del traffico; i veicoli saranno, per così dire, progettati per agire in modo conforme alle indicazioni impartite, e la gestione tecnologica avrà sostituito le norme giuridiche»<sup>37</sup>.

La sinossi agile dell'argomento proposto è che le devianze comportamentali degli agenti saranno prevedute in anticipo e rese fattualmente impraticabili, rendendo così il controllo sociale veramente effettivo, e ciò dal momento che:

«l'approccio della gestione tecnologica aggira l'intervento umano, permettendo ad esso di giocare un ruolo soltanto nella costruzione della soluzione (nella misura in cui i soggetti umani sono coinvolti nei processi di progettazione e costruzione dei veicoli e delle necessarie infrastrutture per il traffico)»<sup>38</sup>.

Muovendo da una prospettiva di governamentalità foucaultiana, deprivata però del valore della liberà capacità dei soggetti governati, William Lucy, nel solco delle riflessioni di Brownsword, fa notare che una tale gestione tecnologica, una volta resa operativa, potrà fornire:

<sup>31</sup> BROWNSWORD 2019, 5; BROWNSWORD 2015, 3. Sul punto si vedano pure SCHMIDT, COHEN 2013; BRYNJOLFS-SON, MCAFEE 2014; O'MALLEY 2013.

<sup>32</sup> BROWNSWORD 2019, 5.

<sup>33</sup> BROWNSWORD 2015, 3 (traduzione mia).

<sup>34</sup> Si veda WILLIS et al. 2018; PAGNANELLI 2023, 188-208.

<sup>35</sup> BROWNSWORD 2020, 1-4 e 53; BROWNSWORD 2019, 4 s.; BROWNSWORD 2015, 3.

<sup>36</sup> Per una panoramica di un dibattito già acceso sul tema si vedano, tra gli altri, BENELLI 2019; CALABRESI, AL MUREDEN 2021, 275-306; DE MARI CASARETO DAL VERME 2023, 275-306; STEEGE et al. 2024.

<sup>37</sup> LUCY 2020, 16.

<sup>38</sup> BROWNSWORD 2015, 3 (traduzione mia). Cfr. pure BROWNSWORD 2019, 6 ss.

<sup>39</sup> LUCY 2023, 18.

«una vasta gamma di meccanismi normativi e correttivi continui volti a costruire un edificio che rappresenti l'ambiente e il codice entro cui si annienta, o quantomeno si riduce drasticamente, il ricorso alla libertà d'azione dei soggetti che ne fanno parte»<sup>39</sup>.

Va da sé che, data l'ineluttabilità di un tanto radicale cambio di paradigma, la distinzione hartiana tra punto di vista interno ed esterno non potrebbe mantenere alcuna valenza concettuale esplicativa – almeno così affermano questi autori; ma sul punto si solleveranno, più in avanti, alcune obiezioni –, ossia come nozione-idea implicata nel processo di riconoscimento normativo, e ciò semplicemente perché questo processo cognitivo non sarà affatto necessario.

Non si tratta, allora, di un semplice mutamento nella metodologia dell'approccio cognitivo giuridico, quanto, piuttosto, di una radicale evoluzione del concetto stesso di diritto. Per Brownsword, insomma (ma anche per Lucy), il vero errore dei giuristi del XX Secolo è stato quello di aver pensato, finanche ostinatamente presunto, che regole e norme sarebbero state per sempre le chiavi concettuali esclusive, e indefettibili, per la comprensione e rappresentazione mentale dell'ordinamento giuridico e sociale, e ciò per una sorta di necessità logico-concettuale (idea che appunto, e come si cercherà di argomentare qui, ha un certo fondamento razionale).

Ma quale sarà il destino delle norme, ossia dei criteri generali e astratti di condotta con cui giudicare fatti umani, mediante le quali, sino ad oggi, s'è data forma al controllo sociale? Brownsword e, men che meno, Lucy non si spingono sino a vaticinarne la prossima completa estinzione, e ammettono che, forse, nel 2061 potrà ancora avere un senso, seppur dal sapore un po' anacronistico, la prospettiva fulleriana per cui il diritto è l'intrapresa di sottoporre la condotta umana al governo delle regole<sup>40</sup>. Nondimeno, la teoria del diritto non potrà più continuare a mettere il concetto di norma, di regola astratta, al centro focale delle speculazioni di teoria generale, e dovrà rivedere gran parte delle metodologie d'approccio, soprattutto analitiche, nelle agende accademiche. Più che di una vera e propria "morte del diritto", o «morte della norma come giudizio astratto» – come suggerisce William Lucy<sup>41</sup>, si tratterà, al più, di un qualcosa di somigliante ad una estinzione di massa. Così, un po' come avvenne per i dinosauri teropodi non aviani alla fine del Maastrichtiano (Tardo Cretaceo), che si estinsero con la sola sopravvivenza dei dinosauri teropodi aviani (comunemente: gli uccelli), anche le norme giuridiche, ormai prossime ad una sorta di "limite K-T" della grammatica giuridica, andranno verosimilmente incontro ad una inevitabile estinzione, lasciando comunque dei "residui vestigiali normativi", ossia nicchie residue di normatività, dove ancora criteri astratti e generali di condotta saranno chiamati a dirigere, e guidare, la condotta umana mediante una pressione sociale all'obbedienza. La dominanza, però, soprattutto negli sviluppi successivi, sarà comunque reclamata dalla gestione tecnopratica, destinata a surrogare pian piano il diritto, e persino la morale e la religione, nel ruolo di strumento regolativo di controllo sociale. Gran parte delle regole che popolano i libri di teoria del diritto – scrive Brownsword – perderanno nondimeno la capacità regolamentativa, anzi: «some might predict that the domain of law is set to shrink»<sup>42</sup>.

Un esempio operativo di tale gestione tecnologica, che Brownsword riporta nella sua analisi, e che parrebbe anzi avergli dato lo spunto per le sue riflessioni, riguarda l'applicazione operativa di algoritmi di rilevamento e controllo su golf-cart di un golf country club inglese. Si tratta di sistemi

<sup>39</sup> LUCY 2023, 47. Il tema della libertà di determinazione dei soggetti regolamentati, per Lucy, può essere risolto facendo leva sulla libera capacità di agire di coloro che progettano la gestione tecnopratica, che dovrebbero rispettare la libertà d'azione dei soggetti di diritto e i principi dello Stato di diritto (LUCY 2023, 48 ss.). In sostanza, i soggetti potrebbero volere comunque conformarsi a certi criteri o requisiti di condotta perché ritenuti di buon senso, con un'adesione *ex ante* alle direttive *data-driven* (LUCY 2023, 51).

<sup>40</sup> FULLER 1969.

<sup>41</sup> LUCY 2023, 18.

<sup>42</sup> BROWNSWORD 2019, 6.

progettati per impedire che avventori indisciplinati e riottosi alle regole, per sollazzo, conducano i mezzi fuori dal percorso stabilito<sup>43</sup>. Dotando i veicoli di un rilevatore GPS, infatti, è possibile creare una sorta di barriera virtuale assai efficace: un software monitora il percorso di ogni cart e consente di immobilizzare immediatamente il mezzo non appena quest'ultimo abbia deviato dal percorso obbligatorio, invadendo altre zone del tracciato (green, ostacoli d'acqua, ecc.), dove non si vuole il transito dei cart. Questa efficace soluzione pratica di controllo della condotta umana offre la possibilità esplicativa per operare un confronto dinamico tra la regolamentazione normativa classica e la gestione tecnologica *data-driven*. Ora, se nell'ambito di una regolamentazione normativa *ancien regime*, per così dire, la condotta di condurre i cart fuori dal tracciato sarebbe, con una buona approssimazione, semplicemente "illecita", e tale perché accompagnata dalla minaccia di una qualche conseguenza imputata a titolo di sanzione, nel contesto operativo della gestione tecnopratica, invece, una simile condotta diventa piuttosto materialmente e operativamente "impossibile", cioè non realizzabile concretamente<sup>44</sup>. E il salto logico da *illecito* a *impossibile* è di notevole proficuità pratica nell'ottica di un effettivo controllo sociale.

La qualificazione normativa della condotta rimane, tuttavia, sempre necessaria – e questo è un aspetto su cui si tornerà alla fine di questa analisi – per legittimare la gestione tecnopratica: in tanto è possibile spegnere coattivamente il veicolo in quanto la condotta di guida extraterritoriale è vietata nel meta-livello che presiede le azioni algoritmiche. Nondimeno, rispetto all'agente, e alla sua capacità di determinazione e assunzione della responsabilità in riferimento ad un evento rappresentato mentalisticamente, la regola sembra, *prima facie* almeno, pleonastica. In sostanza, la formulazione condizionale del tipo  $At > Bt^1$  – laddove il compimento di un certo fatto *A* in un determinato tempo implica l'irrogazione della sanzione *B* in un tempo successivo – rimane logicamente invariata, solo che *B* non ha il significato di sanzione, ma di azione diretta all'interruzione della condotta indesiderata. Detto più semplicemente, se Tizio fuoriesce dal tracciato (*A*) allora i *data driven agent* faranno immediatamente bloccare la marcia della macchina (*B*); il che evidentemente appare funzionalmente differente da una sanzione, più simile ad una causalità diretta che non ad un meccanismo di imputazione. Nondimeno, la relazione può essere diversa, e meno condizionale. I *data driven agent* possono infatti precludere direttamente *ab origine* una condotta di guida difforme dal tracciato segnato, rendendo di fatto impossibile deviare da esso (per esempio attivando una guida da remoto che corregga immediatamente anche la minima deviazione). In tal caso, la formalizzazione potrebbe rendersi con l'enunciazione categorica: "*X è vietato*" (laddove *vietato* si traslitera in *impossibile*). In una situazione del genere il diritto non solo avrebbe nella forza una sua caratteristica paradigmatica fondamentale – come recentemente sostenuto<sup>45</sup>, ma si concretizzerebbe sostanzialmente in effetto diretto: forza senza minaccia di sanzione. In questa ultima variante sarebbe inutile, quasi fané, discettare in merito alla responsabilità degli utenti, del tutto determinati nel corso delle azioni eseguibili. Per questi individui le norme non potrebbero più fornire alcuna guida pratica, ma al più continuare ad ammonire del fatto che: «you cannot do this; you *really* cannot do this»<sup>46</sup>. Nel futuro paradigma, insomma, i concetti di prescritto o proibito – conclude Brownsword –, così come gli operatori deontici, saranno in gran parte sostituiti da quello di *impossibile* ("*X è vietato*" sarà trasparente a "*X è impossibile*"); un operatore modale, insomma, con un eccezionale sviluppo in termini di effettività del controllo. Con l'operatività piena di una tale gestione tecnologica persino le categorie (ontologiche, concettuali o semantiche) di *essere* e *dover essere* potrebbero cessare di appartenere a distinzioni (fenomeniche, semantiche o concettuali) divergenti: «the regulatory "ought" will be embedded in the regulatory "is"»<sup>47</sup>. Essere e

<sup>43</sup> BROWNSWORD 2019, 7 s.

<sup>44</sup> BROWNSWORD 2019, 7, 31, 67 e 120 s. BROWNSWORD 2015, 6.

<sup>45</sup> SCHAUER 2016; HIMMA 2016, 593-626; HIMMA 2020.

<sup>46</sup> BROWNSWORD 2015, 4. Si veda pure BROWNSWORD 2019, 205-232.

<sup>47</sup> BROWNSWORD 2019, 58; BROWNSWORD 2015, 28.

dovere essere convergeranno definitivamente. Va da sé, infatti – come commenta Lucy –, che rendere di fatto «impossibile la non conformità è ovviamente molto di più che evitare un infrazione»<sup>48</sup>. Si pensi, paradigmaticamente, e per avere un’idea plastica, al campo del diritto penale e alla funzione preventiva delle norme incriminatrici; dopotutto – si domanda quasi retoricamente Brownsword – «se l’obiettivo è il controllo del crimine – o, meglio ancora, la prevenzione del crimine – perché non ricorrere a una strategia che elimini del tutto la possibilità di delinquere?»<sup>49</sup>.

Ma la gestione tecno-pratica non sembra relegata al solo ambito penale, cioè al regno del divieto e del proibito (se almeno così si vogliono intendere le fattispecie incriminatrici). A ben vedere, dovunque si danno interessi giuridicamente rilevanti che possono essere messi in pericolo da condotte umane confliggenti con la realizzazione di questi: allora, lì, v’è spazio, e ragioni, per una qualche forma di determinazione o gestione algoritmica delle condotte sociali<sup>50</sup>. La struttura tecno-pratica, molto di più di quanto è possibile alle norme giuridiche – con buona pace di quanto afferma Raz –, potrebbe segnare una riduzione considerevole della complessità pratica del mondo, lasciando all’uomo sempre meno spazio per il dilemma pratico e, giocoforza, l’assunzione della responsabilità che deriva da una qualsiasi opzione d’azione autonomamente determinata. E lo farà rendendo del tutto impossibile la possibilità della scelta. Non si discetta, infatti, di strumenti tecnologici tesi meramente a facilitare la deferenza alle norme giuridiche mediante attività di segnalazione (come il caso, per esempio, del sistema che avverta semplicemente il conducente che ha superato un certo limite di velocità, o il segnale del mancato allaccio delle cinture, ovvero, ancora, ai sensori che rilevano un tasso alcolico elevato così da sconsigliare la guida del veicolo stesso). Questi strumenti, come rileva lo stesso Brownsword, sono meri “segnali” di una infrazione, la quale rimane in capo alla responsabilità dell’agente allorché ignorasse gli avvertimenti. La gestione tecno-pratica, invece, soprattutto se intesa in senso totalizzante nella sua compiuta realizzazione, non lascia spazio a determinazioni autoriali in riferimento al corso d’azione da intraprendere<sup>51</sup>. Laddove tale nuovo paradigma di controllo sociale rendesse davvero impossibili, fattualmente, le condotte indesiderate l’effetto sarebbe quello di diluire, sino a far tramontare, ogni elemento residuo di normatività astratta<sup>52</sup>, e si darebbe finalmente un compiuto “diritto 3.0”: ossia una fenomenologia giuridica a normatività ridotta o assai residuale o vestigiale<sup>53</sup>.

Uno dei primi effetti di una tale svolta dovrebbe involgere ciò che Lucy definisce come la “patologizzazione del diritto”, ossia la radicalizzazione del contenzioso nella prassi giuridica, con tutto ciò che questo comporta in termini di costi e risorse<sup>54</sup>. Una volta venuta meno la necessità d’applicare un criterio astratto ad un fatto già avvenuto, infatti, ci si potrà sbarazzare an-

<sup>48</sup> LUCY 2023, 20.

<sup>49</sup> BROWNSWORD 2015, 6 (traduzione mia).

<sup>50</sup> Cfr. BRENNER 2007.

<sup>51</sup> In questo senso è interessante notare la suggestione offerta da O’Malley, il quale distingue tra possibili livelli alternativi e successivi, graduati per pervasività, di controllo tecno-pratico (O’MALLEY 2013, 280). Muovendo dall’esempio assai funzionale della guida computazionale di un veicolo, l’autore ipotizza che potrebbe iniziarsi, in un primo momento, con un approccio di tipo “soft”, che preveda solo la segnalazione al conducente, per esempio, del superamento di un certo limite di velocità (come già avviene su molti modelli in commercio). Nel caso in cui il segnale fosse ignorato, il sistema potrebbe passare ad un livello successivo e più intenso di intervento ed informare il conducente in merito alle probabilità di causare un incidente, vagliando i *big data* disponibili interconnettendosi con sistemi stradali, cittadini e gli altri veicoli. Infine, in *extrema ratio*, i *data-driven agent* potrebbero intervenire in modo “hard”, facendo diminuire direttamente la velocità del veicolo, escludendo l’individuo dal controllo di questo aspetto, ma ciò solo allorché le probabilità di sinistro stradale superassero una certa soglia di probabilità e il conducente continuasse imperterrito nello stile di guida imprudente. Questa soluzione è per certi versi prospettata anche nella fase intermedia di trasformazione del paradigma giuridico dominante, che Brownsword di recente definisce come la fase del “Law 2.0”. Si veda BROWNSWORD 2020, 3 e 21.

<sup>52</sup> BROWNSWORD 2019, 337 ss.

<sup>53</sup> È questa la conclusione che si legge in BROWNSWORD 2020, 37-40 e 71 ss. Si veda pure BROWNSWORD 2019, 339; BROWNSWORD 2022, 5.

<sup>54</sup> LUCY 2023, 23-35.

che del pesante apparato processuale, dell'onere del giudizio, o almeno sospingerlo sino alle province più remote della nuova dimensione del controllo sociale. In fin dei conti, rappresenta un frusto errore, quasi un *bias* cognitivo, «presumere che si dia una connessione necessaria tra diritto e decisione giudiziaria», del resto «l'una è concepibile senza l'altra»<sup>55</sup>, e le controversie hanno «infiniti possibili modi di soluzione» (sempre che se ne diano concretamente, ovviamente). Ovviamente, l'interferire con la sfera della determinazione autoriale e del libero arbitrio, stralciando via la possibilità di esercitare autonomia e assumersi responsabilità, pare confliggere con la consueta grammatica del discorso pratico generale, e ciò rovescia sul tappeto molte questioni complesse, che Brownsword prende sul serio.

L'imbarazzo di alcuni teorici del diritto rispetto agli strumenti tecnologici di controllo sociale e comunque dinnanzi ai paradigmi non normativi di regolamentazione spiegherebbe, in parte, un certo atteggiamento di riluttanza verso lo studio della gestione tecnologica<sup>56</sup> (e va detto che Brownsword preferisce l'endiadi "Technological Management" a "Technological Regulation" proprio per mettere l'enfasi sulla minore centralità del concetto di norma). Ma nel 2061 un simile atteggiamento cognitivo normo-centrico non potrà più catturare la struttura del fenomeno giuridico, e sarà necessario familiarizzare con l'idea, ora esotica, di "regulatory environment": una sfera d'azione regolamentata che includerà, almeno in una prima fase del processo evolutivo, strumenti normativi insieme a meccanismi non-normativi<sup>57</sup>. Di conseguenza non si potranno certo più schivare i nuovi approcci metodologici, deflazionati dal feticismo normativista<sup>58</sup>. Spostare la lente dal paradigma normativo classico verso una più sfumata, e criptica, "regulation" si prospetta come un cambio di orizzonte non evitabile per i giuristi, pratici e teorici, i quali dovranno riconoscere che «law is not the only way of managing risks and, in some cases, a technological fix will be far more effective»<sup>59</sup>.

Ma come possiamo immaginare concretamente e operativamente un "ambiente di regolamentazione"? Basti pensare – suggerisce Brownsword – ad esempi già ampiamente operativi e diffusi nella società (ed elevarli alla potenza): abitazioni dove la temperatura è regolata automaticamente, alberghi dove i piani più alti sono raggiungibili soltanto attraverso ascensori, e soprattutto aeroporti, con tutti i dispositivi di identificazione e sicurezza piazzati sui tornelli di controllo, ai quali i passeggeri non possono sottrarsi<sup>60</sup>. Tutti questi ambienti regolativi operano già mediante un insieme distintivo di segnali normativi progettati per incanalare, in modo ancora indiretto, la condotta dei soggetti all'interno, per così dire, d'una sfera di possibilità perimetrata, e ciò attraverso condizionamenti "positive steering" o "negative steering", che nel mutato paradigma non saranno più canalizzati in maniera normativa, cioè attraverso il confezionamento di regole da proporre agli utenti<sup>61</sup>. In breve: «[t]he regulatory repertoire extends well beyond legal norms»<sup>62</sup>.

Il processo di trasfigurazione del controllo sociale pare già in atto, e Brownsword ne vede persino le tappe, che articola in tre generazioni. Una prima generazione, che sarà quella dominante alla data del 2061, adotterà prevalentemente ancora una strategia, per così dire, segnalatoria-dissuasiva, laddove sarà preponderante la gestione tesa a *segnalare* eventuali comportamenti difformi a schemi normativi (il che vuol dire, però, che il libro di Hart sarà tutto altro che *desueti*). Seguirà una fase intermedia, dove lentamente agli strumenti di semplice segnalazione si sostituiranno, nello sviluppo degli oggetti intorno a noi, algoritmi in grado di rendere eventuali

<sup>55</sup> LUCY 2023, 33.

<sup>56</sup> BROWNSWORD 2015, 13.

<sup>57</sup> BROWNSWORD 2015, 13.

<sup>58</sup> BROWNSWORD 2022, 23 e 218-251.

<sup>59</sup> BROWNSWORD 2015, 14; BROWNSWORD 2019, 23. Sul punto cfr. anche ALLEN LARSON, 2010.

<sup>60</sup> BROWNSWORD 2015, 15. Si veda pure BROWNSWORD 2019, 39 ss.

<sup>61</sup> BROWNSWORD 2019, 56.

<sup>62</sup> BROWNSWORD 2015, 19.

difficoltà di fatto impraticabili. Il che, poi, darà luogo ad un ulteriore passo, che condurrà verso un definitivo cambio di paradigma – e saremo al 2161 –, in cui la gestione quasi sarà completamente tecnopratica, e le norme e il punto di vista interno solo un lontano ricordo<sup>63</sup>.

Questa dimensione regolamentativa *a-normativa*, con la sua forte carica di promesse di effettività comportamentistica, non è, certo, senza costi. Laddove ai soggetti regolamentati non si lasciano vie d'uscita rispetto alle opzioni già decise, diminuiscono, assieme alla stessa complessità pratica del mondo, anche le possibilità di azione e di esplicazione dell'autonomia umana. Brownsword vede chiaramente il problema, ma sul piano prettamente giuridico gli pare sufficiente sottolineare che tali ambienti regolatori a gestione tecnologica lasceranno comunque un sufficientemente ampio margine d'opzione residua tra le condotte legali praticabili. Del resto, riferendosi soprattutto al sistema penale, il fatto che i consociati non possano commettere atti vietati non fa altro che realizzare il paradigma comportamentale desiderato, dando protezione a certi valori ritenuti prioritari<sup>64</sup>. Nondimeno, non si può escludere che la canalizzazione tecno-pratica della condotta umana presenterà sostanziali contro-effetti non previsti dai programmatori-regolamentatori, dando luogo a situazioni di contrasto assiologico, oppure esternalità negative. Ma questo – puntualizza Brownsword – è un problema che assilla un sistema di gestione tecnopratica non più di quanto faccia già con un qualunque sistema normativo ortodosso, e in entrambi i casi si finisce sempre per chiamare in causa la responsabilità di chi confeziona le regole<sup>65</sup>.

Più complessa la questione allorché si inclina il piano delle riflessioni sul versante del discorso pratico generale. I *data-driven agent*, così come concepiti soprattutto nella fase del “Law 3.0”, impediscono l'esplicazione dell'autonomia pratica umana, determinando l'impossibilità di poter affermare e coltivare le virtù<sup>66</sup>: gli individui, in definitiva, non potrebbero più agire perché determinati moralmente da una norma assunta come giusta ragione per l'azione, quindi validando e facendo proprio il criterio normativo. Detto altrimenti, essi non agirebbero *secondo il dovere*, ma meramente *in modo conforme al dovere*, senza alcune responsabilità nell'adozione del contegno idealtipico, e senza persino rappresentarsi il modello di condotta da tenere in astratto (da accettare e convalidare con un proprio giudizio di valore). In realtà, in un mondo del tutto tecno-pratico non sarebbe neppure possibile agire in modo sbagliato, impedendo così anche all'agente di confermare a se stesso, e agli altri, la propria *weltanschauung* o identità morale<sup>67</sup>. In definitiva, oltre che non residuare più spazio per una condotta morale, non vi sarebbe nemmeno modo per pianificare mentalmente un'azione morale (e Kant, ma non solo lui, ne avrebbe qui da obiettare).

Ma tutto ciò, ovviamente, ha enorme impatto anche sull'ambito, più specifico o speciale, del giuridico: in un sistema normativo a gestione tecnologica Rosa Parks – per citare un celebre esempio di disobbedienza – non avrebbe mai potuto rifiutarsi di cedere il suo posto, e ciò per la semplice ragione che ella non avrebbe potuto occuparlo: un qualche sensore, infatti, ne avrebbe impedito l'accesso e l'occupazione<sup>68</sup>. Una “cittadinanza morale”, in grado di dare luogo a forme di disobbedienza civile – con l'eccezione di manomissioni di sistema o forme di hackeraggio, non certo disponibili a tutti i consociati – sembra inconcepibile, specie nello stadio avanzato del 2161. Di questo Brownsword ne è consapevole e non nasconde le sue preoccupazioni<sup>69</sup>. Giacché, infatti, rappresenta un'esigenza democratica insuperabile che sia dia spazio per forme di cittadinanza morale – e Brownsword lo riconosce senza esitazioni –, è proprio su questo aspetto che *data-driven agent* fanno maggior problema. Né si potrebbe seriamente superare l'argomento tirando fuori dal cilindro la

<sup>63</sup> BROWNSWORD 2015, 30 s.

<sup>64</sup> BROWNSWORD 2019, 205 ss.

<sup>65</sup> BROWNSWORD 2015, 29. Si veda pure VAN DEN BERG 2011, 319 ss.

<sup>66</sup> KERR 2010, 247.

<sup>67</sup> BROWNSWORD 2015, 35. Si veda anche LUCY 2023, 63.

<sup>68</sup> Questo rilievo è proposto anche da MOROZOV 2013, 204 s.

<sup>69</sup> BROWNSWORD 2015, 37.

tesi della non sovrapponibilità, o trasparenza, tra la dimensione normativa (anche concepita in via disgiuntiva e prudenziale) e la gestione tecnologica, laddove quest'ultima, ad un qualche livello di produzione, dovrebbe comunque reclamare una qualche legittimazione (democratica) attraverso una legge, o decisione politica, che appunto consentisse a quella certa forma di indirizzamento tecnologico della condotta umana d'essere accettata socialmente<sup>70</sup>. Nondimeno, anche al netto di queste fondate temenze, il destino della gestione tecnopratica – per il professore del King's College London – rimane egualmente ineluttabile. Il che lo spinge alla ricerca continua di accomodamenti da equilibrista con il teorema della cittadinanza moralmente responsabile. Una soluzione praticabile potrebbe essere una sorta di aggiustamento compensativo *ex ante*: vale a dire che i cittadini moralmente responsabili potranno/dovranno essere in grado di esprimere le proprie obiezioni alle direttive di techno-regolamentazione prima che queste siano autorizzate e rese operative, soprattutto allorché queste ultime siano confezionate e predisposte per un certo scopo magari ritenuto non accettabile sul piano pratico sociale (e sempre al netto sempre di ipotesi di disobbedienza civile *successiva*, magari perpetrata tramite lotta tecnologica o hackeraggio dei sistemi di gestione)<sup>71</sup>. Insomma, basterà semplicemente adottare nuovi schemi mentali, forgiati per maneggiare qualcosa che non ha più una diretta *affordance* normativa. Di certo, essendo gli strumenti di intelligenza artificiali costruiti per un ragionamento di tipo formale-sintattico e non semantico – lo dimostra il sempre attuale esperimento mentale della “stanza cinese”, proposto da Searle (in cui si ipotizza che un soggetto, rinchiuso in una stanza, riesca comunque a fornire risposte a domande formulate in cinese, lingua a lui sconosciuta, semplicemente seguendo certe istruzioni che gli spiegano come abbinare gli ideogrammi del foglio con le domande con quello delle risposte, senza mai comprendere però il significato dei simboli), ideato per criticare il test di Alan Turing<sup>72</sup> – i sistemi *data driven agent* non potrebbero mai giudicare corretto un comportamento difforme nei casi in cui vi fossero, per esempio, giustificazioni contestuali. Si pensi al caso paradigmatico di una legittima difesa, o della necessità di salvaguardare altri valori messi in pericolo dall'adesione acritica allo schema preimpostato e etero-determinante (per esempio: deviare dal tracciato per l'imprevedibile esigenza di evitare l'urto con una persona). *Epicheia* e *phronesis* sono pertanto virtù inaccessibili per il computazionalismo meramente sintattico e di conseguenza la gestione tecnopratica<sup>73</sup>.

Che ne sarà allora dello Stato di diritto, e dei connessi noti requisiti fulleriani, come la pubblicità, la chiarezza, la non contraddittorietà delle regole emanate per dirigere la condotta *dei consociati*? Brownsword risponde così:

«[f]orse l'ideale della legalità resterà attuale ma la sua attenzione si sposterà su: (i) i valori processuali, di diritto pubblico, della trasparenza, responsabilità, partecipazione inclusiva, motivazione, e (ii) sui controlli esercitati in merito al rispetto dei valori fondamentali (come la compatibilità dell'azione in relazione ai diritti umani e alla dignità umana)»<sup>74</sup>.

Si propone, qui, una sorta di *controllo preventivo prevalente*, che dovrebbe permettere di sindacare e validare le direttive prima che queste siano inserite, e rese operative, nelle infrastrutture tecnologiche e negli ambienti non normativi di regolamentazione, dove (perlomeno così si preconizza) avrà luogo gran parte della condotta umana. Brownsword – va detto – non fa trasparire certo alcun compiaciuto entusiasmo, ma nemmeno si straccia le vesti ventilando paranoie da distopie tecnologiche, che tanto atterriscono molti altri al pensiero di ambienti gestiti techno-praticamente, dove

<sup>70</sup> BROWNSWORD 2019, III ss.

<sup>71</sup> BROWNSWORD 2019, 71-74. Cfr. anche LUCY 2023, 51, che in proposito parla di “hackeraggio” come espressione di contro-condotte foucaultiane rispetto alla regolamentazione tecnopratica.

<sup>72</sup> SEARLE 1992, 262 ss. Si veda DENNETT 1993.

<sup>73</sup> Cfr. ROMEO 2024, 42.

<sup>74</sup> BROWNSWORD 2015, 48 (traduzione mia).

non può darsi arbitrio, ragione o volontà umana. Nondimeno, i problemi sollevati restano rovesciati sul tappeto e occorre adesso passare ad affrontare alcuni dei nodi più intricati.

### 3. *L'indefettibilità cognitiva dell'aspetto interno delle norme: la resilienza della normatività*

Brownsword e Lucy sembrano prospettarci un percorso ormai obbligato, con senso di marcia non più invertibile, che nelle loro ricostruzioni teoriche dovrebbe condurre inesorabilmente alla progressiva istituzionalizzazione di ambienti di gestione non normativa della condotta umana, in grado di precludere la possibilità fenomenica di certe condotte umane disobbedienti o devianti. E così, per esempio, senza inserire la cintura di sicurezza non si potrà più mettere in moto l'auto, ovvero quest'ultima si spegnerà inesorabilmente allorché i sensori abbiano rilevato un determinato tasso alcolico nelle esalazioni del conducente. E si tratta, qui, di esempi veramente dozzinali, che richiamano sistemi già in parte operativi e utili giusto per una più facile comprensione del nuovo paradigma non normativo.

Tuttavia, anche estremizzando tecnologicamente questi semplici esempi, si coglie un qualcosa che Brownsword e Lucy sembrerebbero non vedere, o non considerare con il giusto peso. Sia consentito, qui, ipotizzare uno scenario possibile per poi fondare le considerazioni critiche. Si immagini, allora, che Tizio entri in una vettura e metta in moto il motore. Poco dopo, però, quest'ultimo si spegne, e ciò perché il sistema di controllo dell'auto ha rilevato presenza di un valore alcolico sopra la soglia nelle esalazioni del conducente. Ora, il nostro personaggio ipotetico percepisce l'inabilitazione del veicolo come una conseguenza comunque *imputata* (anche se resa operativa materialmente) ad un comportamento previsto in astratto come difforme del paradigma desiderato, e dunque realizza che l'evento non è conseguente ad un mero guasto del sistema, piuttosto ad una corretta operatività di questo. E fa certo bene a rappresentarsi questo schema mentale, perché solo così potrà far riprendere la marcia al suo mezzo, non appena, cioè, avrà dissipato il tasso alcolico, eliminando la causa che rende tecno-praticamente *impossibile* l'azione voluta. Se infatti non fosse pienamente consapevole di tutto ciò, e non si fosse rappresentato lo schema normativo che presiede e dirige la gestione tecnopratica, non potrebbe infatti: (i) in primo luogo, capire come ovviare all'azione inibitoria del *data-driven agent* e ripristinare la funzionalità del veicolo; (ii) comprendere come evitare, in futuro, di ripetere lo schema di comportamento che ha attivato il meccanismo di blocco, se non vorrà ritrovarsi in panne nuovamente; (iii) distinguere semplicemente tra un guasto e una «sanzione di impossibilità indotta». Il sensore, a ben vedere, potrebbe anche non funzionare in modo opportuno; dunque, potrebbe non trattarsi di una segnalazione/inabilitazione corretta, ma semplicemente d'una scorretta o falsata: cosa che, a conti fatti, può comprendersi solo avendo lo schema normativo in mente, che consenta di qualificare la non accensione del mezzo come reazione del sistema ad un comportamento vietato/impossibilitato.

Se si assume che tali livelli di consapevolezza siano un requisito minimo per la razionalità dell'*agency* umana, allora è evidente che la concezione hartiana dell'accesso cognitivo all' "aspetto interno" delle regole è un qualcosa che non può essere facilmente mandato in pensione. Tralitterando in forma di enunciato la direttiva di gestione tecno-pratica si avrà l'enunciazione: " $\phi$  è impossibile", in luogo della classica formulazione normativa: « $\phi$  è vietato a pena della sanzione  $\Sigma$ ». Nondimeno, l'enunciato " $\phi$  è impossibile" è semanticamente trasparente a « $\phi$  è impossibile perché vietato»; il che ci riporta inevitabilmente alla centralità della rappresentazione dell'aspetto interno della norma, ossia della comprensione ed uso della regola, anche nella forma di meta-direttiva che, necessariamente, presiede qualsiasi forma di gestione tecnologica. Anche nello stadio più maturo del 2161, insomma, la comprensione hartiana del senso dell'affermazione: «*avere un obbligo di*» – e la non sovrapposibilità di questa con l'enunciazione «*essere obbligati a*» – vanterà ancora un significato centrale dell'esperienza giuridica, e sarà ancora logicamente neces-

saria per catturare il valore normativo di “*essere impossibilitato a*” (che è invece trasparente alla formulazione non ellittica: «*essere impossibilitato a fare  $\phi$  a causa dell'azione proibita Y*»). A ben considerare, e a dispetto di quanto pare affermare Lucy, il nuovo paradigma a-normativo della regolamentazione tecnopratica non potrebbe mai davvero obliterare i tre elementi che l'autore stesso ritiene immanenti alla struttura delle regole (nella cui forma si dà il giudizio astratto del diritto)<sup>75</sup>: *generalità*, *astrattezza* e persino *limitata evitabilità*, infatti, continueranno a governare il meta-livello normativo della gestione *data-driven*, e ciò pare logicamente imprescindibile perché la gestione tecnopratica abbia un senso, ed un effetto, di controllo sociale, percepibile dagli individui controllati. Del resto, anche adottando una concezione meramente predittiva – quella assunta da un *bad man* holmesiano, insomma, e criticata notoriamente da Hart – si richiede pur sempre, su un piano logico-cognitivo, che il possibile evento negativo che si vuole evitare (la sanzione, il potere sovrachante dello Stato) sia mentalmente rappresentabile all'agente come conseguenza *imputata*, e pertanto connessa, ad un certo corso d'azioni (da cui appunto astenersi se si vuole eludere la sanzione stessa). Per fare ciò occorre necessariamente rappresentarsi l'effetto negativo – ossia, nel caso qui immaginato, lo spegnimento dell'auto – come conseguenza riconducibile ad una determinata azione (ossia l'aver assunto sostanze alcoliche); altrimenti, in assenza di una tale rappresentazione mentale, non si potrebbero distinguere degli effetti propriamente *regolamentari* da mere *regolarità* percepite, da un punto di vista meramente esterno, ossia senza assumere alcun criterio normativo. Dunque, non sarebbe possibile per l'utente afferrare il senso dell'accadimento, né distinguerlo da fenomeni simili ma causati da altri fattori (come un guasto, per continuare con l'esempio). Sul punto, invero, tornano assai utili le parole di Massimo La Torre, secondo cui: «[p]er identificare una sanzione abbiamo, dunque, bisogno di una norma che qualifichi un certo evento dannoso come “sanzione”. Ciò vale tanto per le norme giuridiche tanto per le eventuali norme morali che dovessero infliggere sanzioni»<sup>76</sup>.

In sintesi, senza una norma non è possibile qualificare una certa conseguenza come imputata ad un certo fatto, e senza tale qualificazione non è possibile discernere fenomeni che hanno la medesima apparenza fenomenica e percepibilità empirica, ma un diverso senso o causa (guasto del veicolo e spegnimento forzato). Inoltre, senza la rappresentazione mentale dello schema normativo non si potrebbe usare la meta-direttiva della gestione tecno-pratica per giustificare una critica sociale nei confronti di possibili comportamenti devianti (così stigmatizzando l'assunzione di alcol da parte di conducenti di veicoli). Come già notoriamente sottolineato da Hart, come sopra ricordato, «la violazione di una norma non è soltanto la base per la predizione di una reazione ostile, ma è una ragione per questa ostilità»<sup>77</sup>.

Nei “necrologici del diritto” qui in commento si sostiene, poi, che i processi pubblici di produzione normativa produrranno direttive per i “programmatori” e non per gli utenti finali – che saranno così i nuovi veri destinatari delle norme, in sostituzione dei giudici di Kelsen e Ross, i quali ultimi notoriamente non consideravano i cittadini come i destinatari diretti delle norme giuridiche –; tali direttive dovranno dettare ai tecnici della gestione *data-driven* i parametri da adottare per impostare i meccanismi di gestione tecnologica (e renderla così anche legittima). Ma pure assumendo che i destinatari delle direttive siano i programmatori della gestione tecno-pratica, quest'ultima, pur configurandoci l'ambiente “non-normativo” più immersivo, dovrà comunque attenersi ai criteri di legittimazione forniti dalle stesse direttive di programmazione, che non potranno logicamente non rendersi mentalmente, nella rappresentazione dell'agente/utente, come schemi normativi, il cui accesso cognitivo rispetto all'aspetto esterno, ossia all'uso del criterio per giustificare una certa azione (qui una situazione di impossibilità fenomenica), consentirà di comprendere la relazione normativa di base. La norma rimane insomma – mutuando lo strumentario

<sup>75</sup> LUCY 2023, 20-22.

<sup>76</sup> LA TORRE 2021, 251,

<sup>77</sup> Si veda *supra* nt. 27.

concettuale di Alfonso Catania – una “nozione idea” insostituibile, ossia uno schema logico imprescindibile di razionalizzazione delle decisioni che si radicano nel tessuto sociale, inevitabilmente anche di quelle che costituiscono il meta-livello normativo che necessariamente presiede qualsiasi sistema *data-driven agent*, e che solo *prima facie* saranno rivolte ai programmatori di sistema<sup>78</sup>. Questo accesso all’aspetto interno del criterio guida dell’azione di un algoritmo rappresenta un momento logico-cognitivo imprescindibile perché un individuo possa rappresentarsi il *sensu* di una situazione di *impossibilità indotta* e scrutinare se l’atto tecnologicamente reso impossibile sia effettivamente espressione, seppur indiretta, di legittimità politica, sì da poter eventualmente anche contestare la fondatezza della limitazione fattuale tecnologica (non potendosi certo accettare narrazioni tanto distopiche da annullare, con la disobbedienza civile diretta, finanche la possibilità di mettere in discussione il potere). Insomma, proprio la tesi di Brownsword e Lucy secondo cui il punto di vista interno di Hart diventerà una mera nozione storico concettuale, mandata ad ammuflirsi in soffitta dalla più efficace gestione tecnopratica, è a conti fatti una delle aporie più evidenti del necrologio della normatività astratta.

Nell’analisi v’è, poi, una dimensione fondamentale del diritto, e della normatività in generale, che passa del tutto sottotraccia. Se il diritto, infatti, è concepito come un dispositivo normativo riduttivo della complessità pratica del mondo, attraverso l’apposizione di divieti e limiti tesi al controllo dell’attività sociale, allora non v’è dubbio che l’idea della gestione tecnopratica restringe, e di molto, la necessità di tali regole astratte e generali, sostituendo la categoria giuridica dell’*illegittimità* (causa di applicazione di sanzioni) con la ben più determinante, ineluttabile e non aggirabile, categoria materiale dell’*impossibilità*. Ma il diritto, come è assai noto, non è solo riduzione della complessità pratica, e non si esaurisce affatto in divieti, limiti e sanzioni. Uno dei caratteri salienti della fenomenologia giuridica – e che invece pare difettare al discorso pratico generale –<sup>79</sup> è la costitutività di certe, tante, regole giuridiche<sup>80</sup>. Le regole costitutive – la cui formulazione rimonta, com’è assai noto, ad uno scritto di Searle<sup>81</sup>, a sua volta ispirato alla celebre distinzione rawlsiana tra “rule of practice” e «rule of particular case»<sup>82</sup> – sono norme in cui l’oggetto o condotta regolata è logicamente dipendente dalla formulazione della regola stessa – o almeno è così per la tesi *nomica* (per quella *tetica*, com’è noto, tali regole addirittura costituiscono, in una qualche dimensione ontologica, l’oggetto stesso). La formulazione logica peculiare di tali regole è: «X ha il valore di Y nel contesto C» (sebbene alcuni discutano se Y abbia valore semantico o normativo)<sup>83</sup>. Senza entrare troppo nel dibattito teorico, ricco di tante suggestioni, è sufficiente riconoscere, qui, che le norme costitutive rappresentano strumenti della fenomenologia normativa con cui i consociati fanno i conti, tutti i giorni, nella quotidianità dei loro affari:

<sup>78</sup> Si veda CATANIA 2023 [1979], 118.

<sup>79</sup> In merito si veda LA TORRE 2022, *Epilogo*.

<sup>80</sup> Si veda in proposito il sempre attuale CARCATERRA 1979.

<sup>81</sup> Cfr. SEARLE 1969 e SEARLE 1997, 43-51.

<sup>82</sup> Ossia *regole della prassi* e regole che *si applicano ai casi specifici*. Nell’assai celebre scritto *Two Concepts of Rules* – che com’è noto è stato fonte di ispirazione per la dicotomia regole regolative/regole costitutive di Searle – Rawls ha posto l’accento sull’esistenza di una possibile differenziazione tra i livelli normativi implicati allorché si deve giustificare una pratica ovvero una particolare azione nell’ambito di essa. Com’è noto, per il filosofo di Baltimora le regole della prassi sono logicamente prioritarie a quelle che regolamentano i casi particolari ricadenti in quell’ambito d’azione. Cfr. RAWLS 1955, 3-32.

<sup>83</sup> La distinzione *forte* tra regole regolative e regole costitutive è oggetto di critiche da parte di Joseph Raz, per il quale, invece, ogni regola, allo stesso tempo, può essere sia regolativa sia costitutiva, e ciò in quanto ogni norma «regulate action which can be described without presupposing the existence of that rule (though sometimes it regulates only actions done with an intention of invoking the rule» (RAZ 1975, 110. Corsivo nell’originale). Ad ogni modo la critica di Raz involge il problema tassonomico, muovendo l’accusa a Searle di non aver mai pienamente chiarito il valore normativo o semantico delle regole costitutive, non toccando, invece, il piano effettuale. Nondimeno, egli non nega la forza costitutiva delle regole giuridiche, piuttosto afferma che molte regole costitutive o, meglio, la forma logica di queste, sarebbe strutturalmente identica a quella delle norme che conferiscono poteri (RAZ 1975, 110).

con esse si perfezionano accordi negoziali, si costituiscono società o altre persone giuridiche, si fa testamento, si contrae matrimonio. Se una larga porzione della fenomenologia giuridica è caratterizzata dalla costitutività – e ciò pare difficilmente dubitabile –, allora, su quest’ambito d’azione giuridica la gestione tecnopratica mediante *data driven agents* o altri strumenti artificialmente intelligenti non potrà vantare alcuna pretesa di sostituzione, forse neppure di influenza<sup>84</sup>. Le regole costitutive (come i diritti potestativi, e le regole attributive di poteri) concedono notoriamente al titolare la signoria sul potere conferitogli dalle regole: è lui a decidere se sposarsi o se fare testamento, e in questa determinazione non può certo essere sostituito da algoritmi *data-driven agents*. Non è affatto raro – così pare – che teorici del diritto, ancora oggi, cadano (talora pur inconsapevolmente) in una sorta di precomprensione imperativistica o sanzionistica del diritto, finendo per concepire la dimensione giuridica paradigmaticamente e asfitticamente intessuta e rappresentata da comandi, sanzioni, divieti. Troppo concentrati su ciò che il diritto vieta o proibisce (e su come produce poi tale effetto), non pochi giuristi e studiosi perdono di vista, per così dire, le regole costitutive e con esse la capacità del diritto di aumentare la complessità pratica del mondo (e non solo ridurla, dunque, come sostiene, tra gli altri, il già citato Raz).

Certo, Brownsword e Lucy potrebbero qui ribattere che, anche alla data del passo più maturo del processo, quella che il primo dei due indica nel 2161<sup>85</sup>, la gestione tecno-pratica e gli ambienti di regolamentazione non-normativa avranno a che fare eminentemente con divieti penali, o comunque con norme che regolamentano azioni non desiderate e proibite. Ma una tale prevedibile obiezione consente di validare due argomenti critici. In primo luogo, ciò significa ancora una volta confermare che lo schema normativo è logicamente e mentalmente necessario per comprendere il senso dell’azione di conformazione tecnopratica: occorre che si dia un oggetto logicamente indipendente dalla regola, e ciò necessita di una previa comprensione dell’aspetto interno della regola stessa. In secondo luogo, giacché molte azioni criminose, o vietate, si danno rispetto ad ambiti d’azione resi possibili da regole costitutive, l’interconnessione normativa risulta invero più rilevante di quanto si suole ritenere (si pensi a frodi, pratiche commerciali scorrette, o anche ai reati contro il patrimonio, che comunque necessitano logicamente di regole costitutive sul contratto o sulla proprietà che rendano concettualmente concepibili e percepibili quegli ambiti d’azione in cui si dà la condotta vietata). Differentemente dalla morale, il diritto possiede una notevole forza espansiva della complessità pratica del mondo che è alla base della sua dimensione istituzionale<sup>86</sup>, e che è resistente logicamente anche ai mutamenti fenomenici nella dimensione puramente sanzionistica, persino rispetto a quelli epocali preconizzati negli scritti qui analizzati.

La “morte del diritto”, insomma, non potrà investire davvero il concetto di norma: questo pare a conti fatti un dato logicamente e soprattutto concettualmente insuperabile. Nondimeno, il percorso narrato appare effettivamente un processo inarrestabile, pur mantenendo in vita la nozione-idea di norma. Più che agire sul diritto, la gestione tecnopratica agirà sugli utenti finali, i consociati, i cittadini, non solo dimidiando (ma non eliminando) una parte delle complessità pratica del mondo – pur meno cospicua di quanto pensano Brownsword e Lucy –, ma limitando pure la complessità pratica dell’esperienza umana. Non a caso Lucy – che forse palesa più timori

<sup>84</sup> Curiosamente Brownsword stesso distingue tra “intervento tecnologico costitutivo” e “regolativo”, e lo fa muovendo da una classificazione proposta da Mireille Hildebrandt, la quale a sua volta distingue tra “normative” e “constitutive technological features” (HILDEBRANDT 2008, 169-174). Per chiarire il punto, si immagini una casa soggetta a controllo immersivo da parte di *data-driven agents*. In un simile ambiente di regolamentazione si potrebbe immaginare un approccio di tipo *costitutivo* nel caso in cui, per esempio, gli algoritmi regolassero autonomamente la temperatura dell’ambiente allorquando questa oltrepassasse un determinato valore soglia, preimpostato secondo certe direttive. Per converso, se l’utente avesse invece possibilità di accedere alla programmazione dei valori soglia di climatizzazione si darebbe luogo ad un intervento di tipo *regolamentativo* (BROWNSWORD 2015, 25). Evidentemente la somiglianza, qui, con la distinzione classica tra regole regolative e regole costitutive è solo lessicale e non concettuale.

<sup>85</sup> BROWNSWORD 2019, 337.

<sup>86</sup> LA TORRE 2022.

di Brownsword – conclude il suo saggio soppesando i costi della gestione tecnologica e, tra questi, individua forse il più alto da pagare nella limitazione inevitabile all’esercizio della *pratica* della libertà umana, intesa come attività che si estrinseca in condotte e prassi che prevedono la possibilità di sbagliare e imparare dai propri errori. La libertà è un esercizio, un “fare continuo”, che richiede una certa pratica di esplicazione continua<sup>87</sup>; cosa che certo non può darsi in spazi dove l’errore non è nemmeno concepito. È una intuizione, questa, assai condivisibile che ci fa comprendere come non sia tanto la normatività quella per cui «suonano a morte le campane»<sup>88</sup>, piuttosto esse angosciosamente risuonano per la responsabilità pratica umana, che potrebbe essere rimodellata di modo che gli agenti siano via via sempre più abituati a non pesare o considerare le conseguenze delle proprie azioni, dimenticandosi, anche in parte, lo stesso senso dell’agire autorialmente, per lo meno in tutti gli ambiti in cui la gestione tecnopratica impedirà di riflettere sulle generali conseguenze pratiche d’un certo corso d’azione. Ma questa – va detto – sarebbe un tipo di *morte* assai più spaventosa, e ci si augura che tali narrazioni siano fin troppo pessimistiche e distopiche (ma sul punto la critica da fare è meno convincente, e ci si dovrà affidare piuttosto al buon senso umano e alla capacità di opporsi ad un progresso che fagociti, annullandoli, gli spazi per la pratica stessa dell’umanità). Del resto, quando tutto gli uomini saranno scomparsi – chiosa un amaro Brownsword – «where have all their doubts and reservations gone ... respect for the law, long time passing»<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> LUCY 2023, 62-63.

<sup>88</sup> LUCY 2023, 63.

<sup>89</sup> BROWNSWORD 2023, 204.

*Riferimenti bibliografici*

- ALLEN LARSON D. 2010. *Artificial Intelligence: Robots, Avatars, and the Demise of the Human Mediator*, in «Ohio State Journal on Dispute Resolution», 25, 1, 2010, 105 ss.
- AMATO MANGIAMELI A.C. 2022. *Intelligenza artificiale, big data e nuovi diritti*, in «Rivista italiana di informatica e diritto», 4, 1, 2022, 93 ss.
- BENELLI G. 2019. *Auto a guida autonoma: profili di responsabilità civile e prospettive di riforma*, in «Diritto dei trasporti», 2, 2019, 351 ss.
- BERGÉ J.S., GRUMBACH S., ZENO-ZENCOVICH V. 2018. *The ‘Datasheet’, Data Flows beyond Control, and the Challenges for Law and Governance*, in «European Journal of Comparative Law and Governance», 5, 2018, 144 ss.
- BRENNER S.W. 2007. *Law in an Era of ‘Smart’ Technology*, Oxford University Press.
- BROWNSWORD R. 2005. *Code, Control, and Choice: Why East is East and West is West*, in «Legal studies», 25, 1, 2005, 1 ss.
- BROWNSWORD R. 2015. *In the Year 2061: from Law to Technological Management*, in «Law, Innovation and Technology», 7, 1, 2015, 1 ss.
- BROWNSWORD R. 2019. *Law, technology and society re-imagining the regulatory Environment*, Routledge.
- BROWNSWORD R. 2020. *Law 3.0: Rules, Regulation and Technology*, Routledge.
- BROWNSWORD R. 2022. *Rethinking Law, Regulation, and Technology*, Edward Elgar Publishing.
- BROWNSWORD R. 2023. *Technology, Governance and Respect for the Law. Pictures at an exhibition*, Routledge.
- BROWNSWORD R., GOODWIN M. 2012. *Law and the Technologies of the Twenty- First Century*, Cambridge University Press.
- BRYNJOLFSSON E., MCAFEE A. 2014. *The Second Machine Age, Work, progress, and prosperity in a time of brilliant technologies*, Norton & Co.
- CALABRESI G., AL MUREDEN E. 2020. *Driverless car e responsabilità civile*, in «Rivista di diritto bancario», I (supplemento), 2020, 1, 7 ss.
- CARCATERRA G. 1979. *La forza costitutiva delle norme*, Bulzoni.
- CARDONE A. 2021. «Decisione algoritmica» vs. Decisione politica? A.I., Legge, Democrazia, Editoriale Scientifica.
- CARLEO A. (ed.) 2019. *Decisione robotica*, il Mulino.
- CASADEI T. 2022. *Istituzioni e Algoritmi tra strategie funzionali ed effetti collaterali*, in SALANITRO U. (ed.), *Smart: La persona e l'infosfera*, Pacini Giuridica, 239 ss.
- CATANIA A. 2023. *Decisione e norma*, Castelvechchi (a cura di V. Giordano e F. Mancuso; ed. or. 1979).
- DE MARI CASARETO DAL VERME T. 2023. *Rischio da circolazione stradale, R.C. auto e veicoli a guida autonoma*, in «BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto», 3, 2023, 275 ss.
- D’ALLOIA A. 2019. *Il diritto verso “il mondo nuovo”. Le sfide dell’Intelligenza Artificiale*, in «BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto», 1, 2019, 3 ss.
- DENNETT D.C. 1993. *L’atteggiamento intenzionale*, il Mulino (trad. it. di E. Bassato; ed. or. *The intentional stance*, The MIT Press, 1989).
- DONATI F. 2020. *Intelligenza artificiale e giustizia*, in «Rivista AIC», 1, 2020, 415 ss.
- FERRARI V. 2020. *Note socio-giuridiche introduttive per una discussione su diritto, intelligenza artificiale e big data*, in «Sociologia del diritto», 3, 2020, 9 ss.

- FISS O. 1986. *The Death of Law?*, in «Cornell Law Review», 72, 1, 1986, 1 ss.
- FLORIDI L. (ed.) 2014. *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*, Springer.
- FULLER L.L. 1969. *The Morality of Law*, Yale University Press.
- GABBRIELLI M. 2021. *Dalla logica al deep learning: una breve riflessione sull'intelligenza artificiale*, in RUFFOLO U. (ed.), *XXVI Lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, Giappichelli, 29 ss.
- GREENFIELD A. 2006. *Everywhere. The dawning age of ubiquitous computing*, New Riders.
- HART H.L.A. 2002. *Il concetto di diritto*, Einaudi (trad. it. di M. Cattaneo; ed. or. *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1961).
- HILDEBRANDT M. 2008. *Legal and Technological Normativity: more (and less) than twin sisters*, in «Techné», 12, 3, 2008, 169 ss.
- HILDEBRANDT M. 2016. *Law as Information in the Era of Data-Driven Agency*, in «The Modern Law Review», 79, 1, 2016, 1 ss.
- HILDEBRANDT M., GAAKEER J. (eds.) 2013. *Human Law and Computer Law: Comparative Perspectives*, Springer.
- HILDEBRANDT M., O'HARA K. (eds.) 2020. *Life and Law in the Era of Data-Driven Agency*, Edward Elgar.
- HIMMA K.E. 2016. *The Authorization of Coercive Enforcement Mechanisms as a Conceptually Necessary Feature of Law*, in «Jurisprudence. An International Journal of Legal and Political Thought», 7, 3, 2016, 593 ss.
- HIMMA K.E. 2020. *Coercion and the Nature of Law*, Oxford University Press.
- IHDE D. 1990. *Technology and the lifeworld: from garden to earth*, Indiana University Press.
- KAPLAN J. 2017. *Intelligenza artificiale: guida al futuro prossimo*, Luiss University Press.
- KERR I. 2010. *Digital Locks and the Automation of Virtue*, in GEIST M. (ed.), *From 'Radical Extremism' to 'Balanced Copyright': Canadian Copyright and the Digital Agenda*, Irwin Law, 247 ss.
- KERR I. 2013. *Prediction, pre-emption, presumption. The path of law after the computational turn*, in HILDEBRANDT M., DE VRIES K. (eds.), *Privacy, Due Process and the Computational Turn. The Philosophy of Law Meets the Philosophy of Technology*, Routledge, 92 ss.
- LA TORRE M. 2020. *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, L. S. Olschki.
- LA TORRE M. 2021. *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, 2ª ed., Giappichelli.
- LESSIG L. 2006. *Code: Version 2.0*, Basic Books.
- LUCIANI M. 2018. *La decisione giudiziaria robotica*, in «Rivista AIC», 3, 2018, 872 ss.
- LUCY W. 2023. *La morte del diritto. Ancora un necrologio*, Edizioni Scientifiche Italiane.
- MOROZOV E. 2013. *To save everything, click here: Technology, solutionism, and the urge to fix problems that don't exist*, Allen Lane.
- NIEVA-FENOLL J. 2019. *Intelligenza artificiale e processo*, Giappichelli.
- O'MALLEY P. 2013. *The Politics of Mass Preventive Justice*, in ASHWORTH A., ZEDNER L., TOMLIN P. (eds.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, 280 ss.
- PAGNANELLI V. 2023. *La smart city come ecosistema digitale. Profili di data governance*, in «Diritti-fondamentali.it», 2, 2023, 188 ss.
- PAJNO A. 2022. *L'uso dell'intelligenza artificiale nel processo tra problemi nuovi e questioni antiche*, in «BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto», 1, 2022, 205 ss.
- PRAKKEN H. 2006. *AI & Law, Logic and Argument Schemes*, in «Augmentation», 19, 2006, 303 ss.

- PUNZI A. 2022. *Decidere in dialogo con le macchine: la sfida della giurisprudenza contemporanea*, in SALANITRO U. (ed.), *Smart: La persona e l'infosfera*, Pacini Giuridica, 261 ss.
- RAZ J. 1975. *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press.
- RAZ J. 2009. *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press.
- RAWLS J. 1955. *Two Concepts of Rules*, in «The Philosophical Review», 64, 1955, 3 ss.
- RICCIARDI M. 2022. *Cronaca di una morte annunciata. Prime riflessioni su "The Death of Law"*, in «notizie di Politeia», 38, 148, 3-10.
- RODOTÀ S. 2014. *Il mondo della rete. Quali i diritti quali i vincoli*, Laterza.
- ROMEO A. 2024. *Bad Man e Puzzled Man davanti ad un chatbot. Il bisogno di accesso cognitivo al diritto e le promesse dell'intelligenza artificiale*, in «Dirittifondamentali.it», 1, 2024, 22 ss.
- RUFFOLO U., ALPA G., BARBERA A. (eds.) 2020. *Intelligenza Artificiale: Il Diritto, i Diritti, l'Etica*, Giuffrè.
- SARTOR G. 2022. *L'intelligenza artificiale e il diritto*, Giappichelli.
- SCHAUER F. 2016. *La forza del diritto*, Mimesis (trad. it. di N. Ladavac; ed. or., *The Force of Law*, Harvard University Press, 2015).
- SCHIAVELLO A. 2012. *An immense task: Hart sull'obbligo di obbedire al diritto*, in «Analisi e Diritto», 2012, 153 ss.
- SCHMIDT E., COHEN J. 2013. *The New Digital Age*, Knopf.
- SEARLE J. 1969. *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press.
- SEARLE J. 1990. *Is the Brain's Mind a Computer Program?*, in «Scientific American», 1, 1990, 26 ss.
- SEARLE J. 1997. *The Construction of Social Reality*, Free Press.
- SIMONCINI A. 2019. *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e futuro delle libertà*, in «Bio-Law Journal – Rivista di BioDiritto», 1, 2019, 63 ss.
- STEEGE H., CAGGIANO I.A., GAETA M.C., VON BODUNGEN B. (eds.) 2024. *Autonomous Vehicles and Civil Liability in a Global Perspective. Liability Law Study across the World in relation to SAE J3016 Standard for Driving Automation*, Springer.
- SUNSTEIN C.R. 2001. *Of Artificial Intelligence and Legal Reasoning*, in «University of Chicago Law School Roundtable», 8, 1, 2001, 29 ss.
- SUSSKIND R. 1996. *The Future of Law*, Oxford University Press.
- SUSSKIND R. 2010. *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, Oxford University Press.
- VAN DEN BERG B. 2011. *Robots as Tools for Techno-Regulation*, in «Law, Innovation and Technology», 3, 2011, 319 ss.
- WILLIS K.S., AURIGI A. (eds.) 2018. *Digital and Smart cities*, Routledge.

# L'esperienza del giudizio: tra riduzione formalistica e pretese di giustizia

The Experience of Judgment: between Formalistic Reduction and Justice Demands

**ALESSIO LO GIUDICE**

Università degli Studi di Messina.

E-mail: [alessio.logiudice@unime.it](mailto:alessio.logiudice@unime.it)

## ABSTRACT

In questo testo, alla luce dei limiti che caratterizzano l'attività conoscitiva del soggetto quale ente finito, si sottopone a vaglio critico la possibilità di ridurre l'esperienza del giudizio giuridico a mera ed esclusiva operazione di tipo logico. Inoltre, si mostra come, per il soggetto che giudica giuridicamente, occorra considerare anche la pressione delle richieste di giustizia riconducibili alle aspettative sociali ed esistenziali che si associano al giudizio. La complessità, che così scaturisce, dell'esperienza del giudicare, equivale, dunque, ad un vero e proprio dramma, inteso come conflitto del giudice con se stesso e generato dalla consapevolezza della propria inadeguatezza, da una parte, e dall'obbligo, comunque, di giudicare, dall'altra.

In this paper, considering the limitations that characterize the cognitive activity of the subject as a finite entity, the possibility of reducing the experience of legal judgment to a mere and exclusive logical operation is critically examined. Furthermore, it is shown how, for the subject who judges legally, it is also necessary to consider the pressure of justice demands linked to social and existential expectations that go with the judgment. The resulting complexity of the judging experience thus equates to a true drama, understood as the internal conflict of the judge, generated by the awareness of his/her own inadequacy on one hand and the obligation to judge on the other.

## KEYWORDS

soggetto, sillogismo, giustizia, dramma, Costituzione

subject, syllogism, justice, drama, constitution

# L'esperienza del giudizio: tra riduzione formalistica e pretese di giustizia

ALESSIO LO GIUDICE

1. *L'impossibile riduzione logicistica del giudizio* – 2. *La pressione della giustizia nella pratica del giudizio* – 3. *La pretesa di giustizia e il dramma del giudizio* – 4. *Le traiettorie di giustizia nella Costituzione*.

## 1. *L'impossibile riduzione logicistica del giudizio*

Il problema specificamente moderno del giudizio è dato dall'abisso che separa l'intelletto dalla volontà. Tale problema ci mostra uno dei volti drammatici della facoltà di giudicare sul caso particolare. Lo scarto tra conoscere e volere è una delle ragioni della drammaticità del giudizio se intendiamo alla radice il dramma del giudizio quale manifestazione del conflitto del giudice con se stesso. Infatti, la consapevolezza dell'inadeguatezza dell'essere umano a giudicare un altro essere umano si fonda, innanzitutto, sulla consapevolezza dei limiti intrinseci del giudicare.

Ebbene, un limite strutturale è proprio dato dal carattere finito della cognizione in contrapposizione alla tendenziale proiezione infinita della volizione. Un limite che rende la volizione stessa precaria, fragile e priva di un fondamento stabile. Del resto, che il giudizio giuridico debba comunque misurarsi con la questione della conoscenza è indubbio. L'accertamento dei fatti rappresenta, a ben vedere, un fondamento necessario di qualsiasi decisione giurisdizionale. Per ragioni etico-sociali di carattere generale, comunque riconducibili all'ideale dello Stato di diritto, non si può infatti giudicare giuridicamente la condotta di un altro individuo senza aver appurato previamente in cosa essa consista, pena la caduta del giudizio stesso in mera attribuzione, *lato sensu*, di torto e di ragione, con le punizioni e gli eventuali premi che ne derivano. Un'attribuzione che sarebbe basata sul puro arbitrio e sul sentimento politico, morale, religioso o sociale del giudice o di chi egli rappresenta.

Ma l'accertamento è un fondamento anche per ragioni giuridico-istituzionali, nella misura in cui nello Stato di diritto compiuto, il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.). Infatti, a prescindere dal significato che si associa al termine legge, si tratta comunque di un richiamo a disposizioni prescrittive che contengono un riferimento ad una fattispecie generale e astratta che corrisponde a fatti possibili.

Di conseguenza, è proprio sulla base dell'accertamento dell'esistenza, nello spazio e nel tempo, di uno di questi fatti possibili che il giudice procede nella valutazione giuridica della condotta. Valutazione che avviene in ossequio a quanto stabilito dalla singola norma in cui la fattispecie generale e astratta, accertata come fatto concreto, è compresa.

Ma è proprio la conoscenza dei fatti ad essere sempre e comunque limitata, incompiuta, difettosa in misura più o meno maggiore a seconda dei casi. Fare i conti con questo limite e, allo stesso tempo, con la necessità di giudicare compiendo il salto dal conoscere al volere, equivale dunque a fare i conti con il dramma del giudizio. Con la facoltà di giudicare quale fonte di un'azione comunque conflittuale.

Tra i tentativi più significativi di ignorare il problema del giudizio, i suoi limiti intrinseci, seguendo la vana illusione di individuare un fondamento oggettivo per la facoltà del giudicare giuridico, vanno annoverate, entro certi termini, la teoria e la pratica del sillogismo giuridico. Nell'ambito di tale esperienza, dominante e prevalente dal XVIII secolo sino alla prima parte del Novecento, il significato giuridico di giudizio è solitamente attribuito alla decisione del giudice a conclusione di un processo. In particolare, ciò che può consentire lo sviluppo di considerazioni generali di carattere teorico sarebbe la cosiddetta decisione-attività o giudizio-attività che comprenderebbe il complesso procedimento deliberativo che conduce il giudice alla decisione finale.

Si tratta, come è noto, di una forma di sillogismo pratico che individua nella norma generale e astratta la premessa maggiore, nel fatto accertato la premessa minore, e nella decisione del giudice, logicamente necessaria alla luce delle premesse, la conclusione (*Premessa maggiore normativa*: “*Chiunque commetta P dovrà subire Q*”; *premesse minore fattuale*: “*Il soggetto B ha commesso P*”; *conclusione pratica*: “*Il soggetto B dovrà subire Q*”). Il rinvio a questa struttura concettuale ha origine nella pretesa illuminista di razionalizzare il processo decisionale del giudice attraverso formule logiche presuntivamente adeguate a rendere oggettivamente valida la decisione stessa.

Esemplare, da questo punto di vista, è la configurazione del sillogismo penale nelle parole di Cesare Beccaria (1994, 22): «In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena». Secondo il positivismo giuridico classico, che sostenne il modello sillogistico parallelamente ai processi moderni di codificazione anche a salvaguardia dell'esclusiva prerogativa normativa del potere sovrano, il giudice dovrebbe dunque già possedere gli strumenti necessari a individuare la premessa maggiore (tramite il sistema delle fonti) e la premessa minore (tramite le regole probatorie).

A partire dai primi decenni del Novecento, la nascita di importanti dottrine antiformalistiche in Europa (la *Giurisprudenza degli interessi* e la *Scuola del diritto libero* ad esempio), e negli Stati Uniti (basti pensare agli esponenti del *Realismo giuridico*), mise seriamente in discussione il monopolio teorico della concezione sillogistica<sup>1</sup>.

Nel prosieguo del Novecento, e anche dopo la Seconda guerra mondiale, tanto l'evoluzione della logica nell'ambito della metodologia scientifica, quanto la rilevanza che venne sempre più attribuita ai profili di ordine valoriale, personale e psicologico per comprendere il processo decisionale del giudice, contribuirono alla crisi della pretesa stessa di addivenire a teorie logico-razionali definitive in relazione alla decisione giudiziaria<sup>2</sup>.

In realtà, ciò che tali tendenze mettono in discussione non è soltanto il modello sillogistico ma la possibilità stessa di elaborare una teoria generale del giudizio, che è operazione profondamente diversa da quella che invece conduce a riflettere su una possibile filosofia del giudizio. Del resto, una critica interna alla struttura sillogistica consente di comprendere la natura problematica delle stesse premesse, in senso stretto, su cui essa si fonda. La costruzione delle premesse del sillogismo giudiziale è infatti un'operazione irriducibile a uno schema logico-teorico definitivo. Basti pensare, nel caso dell'individuazione della premessa maggiore normativa, alle variabili di ordine tecnico, morale, politico e psicologico che presiedono alla scelta tra più disposizioni possibili, all'individuazione del significato normativo della disposizione adeguato al caso<sup>3</sup> concreto (interpretazione in senso stretto<sup>4</sup>), alla possibile combinazione tra diverse scelte normative parimenti appropriate.

D'altra parte, le difficoltà sono presenti, e forse in misura maggiore, anche nella costruzione della premessa minore fattuale. Si pensi al margine di inevitabile discrezionalità che condiziona la valutazione degli elementi probatori, come nel caso della testimonianza. Ma si pensi anche a come il regime probatorio, determinando quali prove, quando e come possono essere acquisite, e separando tendenzialmente la legittimazione delle prove stesse dalla loro efficacia, incida sull'accertamento del fatto minando l'ideale oggettività della decisione a cui mira il modello sillogistico.

Del resto, i limiti strutturali che incontra l'operazione di costruzione delle premesse hanno a

<sup>1</sup> La letteratura sull'antiformalismo giuridico è, naturalmente, sterminata. In questa sede ci si limita a segnalare, per il suo taglio ricognitivo, il lavoro di TANZI 1999.

<sup>2</sup> Ampia è la letteratura critica nei confronti del modello sillogistico. Tra le più celebri analisi critiche si annoverano, secondo percorsi naturalmente diversi, quelle, ad esempio, di CALOGERO 1964; KELSEN 1985; PERELMAN 1979. Si segnalano, tra le altre, per il loro carattere anche critico-ricostruttivo, le riflessioni di BARBERIS 2015; MANZIN 2014.

<sup>3</sup> Sulla complessità del caso giuridicamente rilevante cfr. GAZZOLO 2018.

<sup>4</sup> Per una riflessione teorico-generale sui presupposti, i modelli, le tecniche e le prassi dell'attività interpretativa cfr. VELLUZZI 2002, nonché 2012; 2013; 2020. Si segnala, inoltre, il recente lavoro di PINO 2022, in cui, nell'ambito di una riflessione sistematica sulle teorie e sulle prassi dell'interpretazione, ampio spazio è dedicato all'analisi fenomenologica, semantica e pragmatica del linguaggio nel ragionamento giuridico.

che vedere con quella che Giuseppe Capograssi definiva come la doppia magia del processo: «far rivivere quello che non vive più, che è oramai spento, e farlo rivivere nella coscienza e nel giudizio di uno che è perfettamente assente ed estraneo all'esperienza che deve risorgere»<sup>5</sup>.

La presenza, rispetto a ciò che è accaduto, è, nel processo, e nel giudizio in cui esso si risolve, letteralmente impossibile. È proprio questa necessità di rendere presente ciò che non è, e non può esser, tale, a determinare l'esigenza di costruire le premesse di fatto e di diritto, che non possono essere date poiché nel presente del giudizio non vi è nulla di dato in relazione all'oggetto della decisione. Come ancora sostiene Capograssi riferendosi al giudice «Non gli è presente l'azione, perché oramai è passata; e, si può dire, non gli è presente nemmeno la legge, perché la legge è generale e l'azione da giudicare è, più che particolare, puntuale, di un'assoluta puntualità [...] Così si può dire che il giudice non ha nulla, deve procurarsi tutto»<sup>6</sup>.

Alla luce della necessità del giudice, da una parte, di «procurarsi tutto», e, dall'altra, di addivenire ad una decisione che non possa essere accolta come arbitraria, la declinazione delle teorie generali del giudizio contemporanee, nel senso dell'analisi del ragionamento giuridico, esprime certamente la necessità di individuare un orientamento equilibrato tra i poli estremi del modello logicistico-sillogistico, da una parte, e dell'irrazionalismo e intuizionismo giudiziario dall'altra<sup>7</sup>. Si spiegano in questo senso i tentativi di elaborare la teoria del giudizio attraverso l'analisi logica e semantica del linguaggio giuridico, l'analisi dei giudizi di valore nell'attività interpretativa, l'analisi delle argomentazioni in senso retorico.

Ma, data la diversità di presupposti teorici e metodologici che tali approcci comprendono, è impossibile affermare che esista oggi una teoria generale del giudizio giuridico. Inoltre, le teorie del ragionamento giuridico, come ha ben mostrato Michele Taruffo, sebbene rilevanti quali contributi per la teoria del giudizio, non possono essere considerate vere e proprie teorie del giudizio: «esse sono infatti teorie dell'interpretazione, idonee quindi nelle ipotesi migliori a costituire teorie del “giudizio di diritto”, ma non ad esaurire la complessa struttura della decisione come sintesi di giudizi di diritto e giudizi di fatto. Anche l'elaborazione di una “logica del giudizio di fatto”, che pure conosce rilevanti contributi, soffre del limite uguale e contrario»<sup>8</sup>.

Il modello sillogistico ha comunque avuto il merito di isolare la distinzione di carattere orientativo, nell'ambito dell'attività giuridica decisoria, tra giudizio di diritto e giudizio di fatto. Ma, seppur importante sul piano conoscitivo, la distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto non assume, nella pratica del giudizio, un carattere rigido.

Al contrario, la costruzione di entrambi i giudizi avviene parallelamente, secondo un gioco di rimbalzo, che conduce colui che giudica ad analizzare i fatti per farsi un'idea sulla norma da applicare e ad analizzare le norme per farsi un'idea sulla configurazione del fatto da accertare. Questo andirivieni tra fatto e norma non segue un ordine di precedenza. Ha natura dialettica e procede secondo l'esigenza di avvicinare semanticamente l'enunciato generale che descrive la fattispecie astratta con l'enunciato particolare che descrive la fattispecie concreta.

Con diversa intensità, da caso a caso, il processo interpretativo a cui qui si fa riferimento riguarda la pratica decisoria nel suo complesso. Al punto tale che quest'ultima non coincide mai con un puro giudizio determinante del tipo: data la norma si opera la sussunzione del fatto. Per questa ragione, sono anche in questo caso oltremodo significative le perentorie considerazioni svolte da Francesco Carnelutti in *Torniamo al “Giudizio”*: «La cosiddetta scienza giuridica, risolvendo il giudizio nel sillogismo, continua, purtroppo, a fondarsi sull'ignoranza»<sup>9</sup>. L'ignoranza,

<sup>5</sup> CAPOGRASSI 1950.

<sup>6</sup> CAPOGRASSI 1950, 7.

<sup>7</sup> In relazione alla molteplicità di questioni poste dall'analisi del ragionamento giuridico, si rinvia, tra gli altri a AARNIO 1977; MACCORMICK 2001; GUASTINI 2001; GIANFORMAGGIO 2008; SCHAUER 2016; TUZET 2019.

<sup>8</sup> TARUFFO 1989, 2.

<sup>9</sup> CARNELUTTI 1949, 169.

per Carnelutti, ha per oggetto proprio il giudizio, la facoltà del giudicare e la sua traduzione giuridica di carattere necessariamente esistenziale.

Come sostiene Taruffo, il giudizio giuridico è un procedimento complesso e delicato «nel quale giocano un ruolo essenziale i giudizi di valore formulati dal giudice: la categorizzazione dei fatti in vista della loro sussunzione nella fattispecie astratta non è infatti operazione puramente logica, ma implica spesso valutazioni e scelte intorno ai concetti generali da usare, la concretizzazione della fattispecie astratta implica, a sua volta, scelte valutative per la definizione del significato “concreto” dei relativi enunciati»<sup>10</sup>.

Il giudizio giuridico equivale dunque strutturalmente a un’operazione intellettuale creativa ma non arbitraria, che comporta un inevitabile margine di drammatica discrezionalità, e che non ammette, quindi, una riduzione logicistica<sup>11</sup>.

Come sostiene Carnelutti (1949, 179), riferendosi ancora al giudizio, «quello, che noi dobbiamo conoscere, è un dramma». L’esigenza di creatività è, naturalmente, variabile, ed è maggiore quando la fattispecie concreta si colloca non tanto entro il nucleo di luce e di significato della norma quanto invece nella sua zona di penombra. In un’area, dunque, dove è incerta la possibilità di applicare la norma stessa<sup>12</sup>. Questa dinamica, del resto, si riproduce anche nell’operazione di esatta individuazione delle conseguenze giuridiche della sussunzione effettuata. In tale caso, si tratterà comunque di interpretazione della norma, nella parte in cui prescrive gli effetti giuridici del verificarsi della fattispecie astratta, e di esercizio di un ampio margine di discrezionalità nell’esatta quantificazione delle conseguenze previste.

In ultima analisi, la complessità del giudizio giuridico deriva anche dal fatto che le premesse su cui esso si costruisce non sono date. Al contrario, si formano in occasione del procedimento decisionale. Un particolare, un fatto, pur informe, polisemico e ingannevole, si presenta sempre agli occhi del giudice. Il giudizio, la sua urgenza, non nasce dalla norma generale. Al contrario, il giudizio, come sottolineeremo ancora più avanti, nasce e procede dal particolare alla ricerca della regola.

## 2. La pressione della giustizia nella pratica del giudizio

Le considerazioni critiche sui limiti del sillogismo, che conducono a precisare l’irriducibilità del giudizio ad un’operazione esclusivamente logica, consentono di comprendere con maggiore chiarezza la portata dei limiti del giudizio.

Limiti che derivano dallo scarto tra conoscere e volere. Limiti che dovrebbero condurre a interrogarsi sulla sensibilità che andrebbe coltivata ai fini del giudizio. Sulle ampie prospettive che, di conseguenza, andrebbero dischiuse nell’atto del giudicare<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> TARUFFO 1989, 6.

<sup>11</sup> Per un’analisi del tema della discrezionalità giudiziaria, nella quale si prende posizione a favore della discrezionalità limitata, e mai assoluta, del giudice, si rinvia BARAK 1995. Discrezionalità comunque limitata, sebbene ampia, è, a mio parere, anche quella prevista da HART (2002, 150), allorché propone una specifica teoria mista dell’interpretazione a partire dall’inevitabile struttura aperta del diritto. Quando il caso non rientra perfettamente nella famiglia di casi “normali” sulla base dei quali è stata redatta la disposizione: «L’interprete sceglie di aggiungere a una serie di casi un nuovo caso, a causa di somiglianze, che si possono ragionevolmente ritenere sia giuridicamente rilevanti sia sufficientemente strette. Nel caso delle norme giuridiche i criteri della rilevanza e della strettezza della somiglianza dipendono da molti fattori complessi che pervadono l’intero ordinamento giuridico e dagli scopi o dalla *ratio* che si possono attribuire alla norma».

<sup>12</sup> Come anticipato nella nota 12, una classica riflessione sul significato da attribuire al margine di discrezionalità del giudice nella soluzione dei casi poco chiari si trova notoriamente in HART 2002, cap. VII.

<sup>13</sup> Queste sensibilità e queste prospettive contribuiscono a determinare le condizioni sostanziali del giudicare considerando, come sostiene GARAPON (2007), quanto sia ambivalente lo spazio formale del rituale giudiziario, del teatro procedurale, in grado tanto di porre un argine nei confronti delle passioni quanto di produrre ingiustizie eclatanti.

Ma a tali limiti, che consentono di cogliere il senso dell'inadeguatezza dell'essere umano a giudicare un altro essere umano e, di conseguenza, il senso del conflitto interno e del dramma che caratterizza il giudizio, va aggiunto un ulteriore elemento di complicazione. Un elemento che è giuridico in senso peculiare, quale tratto caratteristico di tale tipo di giudizio e, allo stesso tempo, causa di drammaticità più profonda. Mi riferisco alla necessità di rispondere alla pretesa di giustizia che ogni giudizio giuridico porta con sé.

In primo luogo, infatti, l'aspettativa sociale incorporata nel giudizio equivale a una pretesa di giustizia. Nel giudizio penale, ad esempio, la vittima del reato riterrà giusto che il colpevole sia punito. Tendenzialmente, l'opinione pubblica, nel senso generico di tale accezione, potrà coltivare la stessa pretesa. Il rappresentante della pubblica accusa potrà ritenere giusto proporre al giudice la condanna di chi ritiene essere il colpevole del reato. D'altra parte, l'imputato, in base alle circostanze, potrà pretendere, secondo giustizia, di essere assolto o di essere punito per quanto gli spetta. Ma anche nel giudizio civile una simile pretesa è chiaramente all'opera. Si pensi ad un'azione avviata per il risarcimento di un danno considerato ingiusto. A fronte di un'ingiustizia, si pretenderà, secondo giustizia, il risarcimento del danno subito, con tutte le diverse posizioni delle parti coinvolte che agiranno, dal rispettivo punto di vista, secondo una pretesa di giustizia.

In secondo luogo, è proprio chi giudica ad essere comunque animato dall'aspirazione a giungere ad una decisione giusta. Ciò anche in virtù della consapevolezza, sulla base dello scarto tra conoscere e volere, dell'impossibilità di addivenire ad una decisione esatta. Chi giudica, deciderà, anche (ma non solo) rispondendo all'aspettativa sociale di giustizia, coltivando la speranza di giudicare giustamente, e cioè pretendendo da se stesso la capacità di decidere attribuendo a ciascuno ciò che gli spetta, tentando di porre fine, nei limiti del possibile, e attraverso una pronuncia ragionevolmente accettabile, al conflitto o alla ferita che sono presupposti del giudizio stesso. Come sostiene Ricoeur, «l'atto di giudicare consiste nel de-terminare delle sfere di attività, nel de-limitare le pretese dell'uno e le pretese dell'altro, e finalmente nel correggere le distribuzioni ingiuste, quando l'attività di una parte consiste nell'invasione del campo di esercizio delle altre parti»<sup>14</sup>.

Naturalmente, la pretesa di giustizia di cui qui si scrive rinvia comunque a un legame tendenziale tra diritto e giustizia<sup>15</sup>. Per l'economia del ragionamento qui proposto, è infatti sufficiente riferirsi ad una prospettiva tendenziale di giustizia, come scopo dell'ordinamento sociale in cui si sostanzia il diritto, e che si riflette consequenzialmente nella pretesa a cui deve rispondere il giudizio giuridico<sup>16</sup>.

In tal senso, la pretesa di giustizia è connaturata alla natura radicalmente umana dell'esperienza giuridica<sup>17</sup> e quindi, proprio in quanto tratto caratteristico del giudizio giuridico, consente, tramite quest'ultimo, di farci accedere ad una concezione altrettanto radicalmente umana del diritto.

Ma in cosa consiste più precisamente la pretesa di giustizia cui deve rispondere il giudizio giuridico e per quali ragioni è associata a tale giudizio?

<sup>14</sup> RICOEUR 1998.

<sup>15</sup> Com'è noto, la letteratura intorno a tale rapporto è sterminata poiché esso coincide con la questione filosofico-giuridica per eccellenza. In questa sede, ci si limita a richiamare, per la profondità teoretica delle questioni sollevate, il recente scritto, che contiene il saggio di Wener Jaeger *Elogio del diritto*, di CACCIARI, IRTI 2019; e LIPARI 2021.

<sup>16</sup> Basti pensare, a conferma di questa impostazione, come anche in teorie che paradigmaticamente espungono il concetto di giustizia, in quanto irrazionale, dalla grammatica giuridica conoscibile, come nel caso di Kelsen, nondimeno si ammette la giustizia stessa come aspirazione dell'ordinamento sociale: «Come categoria morale, il diritto non significa altro che "giustizia". Questa è semplicemente l'espressione dell'ordinamento sociale giusto, d'un ordinamento che raggiunge completamente il suo scopo in quanto soddisfa tutti. La tendenza verso la giustizia psicologicamente considerata è la tendenza eterna dell'uomo alla felicità che egli non può trovare come individuo e che per ciò ricerca nella società. La felicità sociale si chiama giustizia» (KELSEN 2000, 57).

<sup>17</sup> È talmente connaturata che quando si prospettano questioni che oltrepassano i limiti antropocentrici della vita dell'essere umano nel presente, come nel caso delle questioni che riguardano i diritti delle generazioni future o i diritti dell'ambiente, la declinazione teorica di tali istanze non può non comprendere una pretesa di giustizia. CFR. MENGA 2021; PORCIELLO 2022.

In una recente e pregevole indagine filosofica sull'idea di giustizia, Corrado Del Bò sostiene che la giustizia sia una questione di spettanza, «nel senso che ogni volta che qualcuno lamenta un'ingiustizia è perché ritiene, a torto o a ragione, di non aver avuto quanto gli o le spettava»<sup>18</sup>. Si tratta di una concezione coerente con quanto appena appreso dalle parole di Ricoeur sulla natura dell'atto di giudicare. Ma, naturalmente, è altrettanto coerente con la consolidata tradizione teorica che si affina nel mondo antico attraverso il pensiero di Platone e Aristotele, e che, pur con tutte le differenze del caso, trova una celebre sanzione nella definizione del *Digesto* attribuita ad Ulpiano: «giustizia è la volontà ferma e ininterrotta di attribuire a ciascuno il suo diritto»<sup>19</sup>.

La specificazione giuridica del “suo” consente non solo di includere all'interno di tale ultima nozione attribuzioni tanto favorevoli quanto sfavorevoli, ma anche di enfatizzare il nesso strutturale tra pretesa di giustizia e giudizio giuridico a prescindere dal contenuto specifico che si associa, appunto, al “suo” di ciascuno.

D'altra parte, sul piano della pretesa generale di giustizia, consolidate teorie di orientamento diverso ribadiscono come la spettanza cui bisogna fare riferimento abbia a che vedere con «il trattamento del simile in modo simile»<sup>20</sup>. Secondo Gustav Radbruch, il nucleo stesso dell'idea di giustizia coinciderebbe con il principio di uguaglianza, non a caso sistematicamente violato nel contesto dell'esperienza nazionalsocialista caratterizzata, tra l'altro, da un diritto e una giurisprudenza manifestamente ingiusti.

Del resto, anche in un autore per molti versi distante da Radbruch, come Herbert Hart, il concetto viene ribadito e specificato<sup>21</sup>. Per Hart, infatti, il principio all'opera nelle diverse applicazioni del concetto di giustizia «è che gli individui hanno diritto nei loro rapporti reciproci a una certa posizione relativa di uguaglianza o disuguaglianza»<sup>22</sup>. Un principio che ha a che fare sia con la distribuzione sociale di pesi e benefici sia con la necessità di ripristinare un certo ordine dei rapporti quando questo venga turbato (è qui evidente, per certi versi, l'eco della distinzione aristotelica tra giustizia distributiva<sup>23</sup> e giustizia peggiorativa).

La pretesa di giustizia ha dunque a che vedere con il mantenimento o il ripristino di un equilibrio o di una proporzione. Per questo, nella versione hartiana, il precetto della giustizia si specifica in relazione ad una specificazione del principio di uguaglianza: «Tratta tutti i casi uguali in modo uguale [...] e tratta i casi diversi in modo diverso»<sup>24</sup>. Certamente, affinché tale precetto possa essere reso operativo e non ridotto a pura forma, occorre individuare i criteri che consentono di affermare l'uguaglianza dei casi, in vista di un loro trattamento come uguali, e la diversità tra i casi stessi in vista di un loro trattamento come diversi.

Tale precisazione non può non essere demandata alla concretizzazione storica del principio di uguaglianza, e quindi del precetto di giustizia, nelle diverse forme di vita sociale. Concretizzazione che si incarna, ad esempio, nelle Costituzioni adottate all'indomani della fine della Seconda guerra mondiale, attraverso principi generali che esigono di essere materialmente e contingentemente determinati in virtù del confronto continuo con i casi concreti.

Ma la logica della pretesa di giustizia rimane comunque sufficientemente precisata nella dinamica della spettanza attraverso la specificazione del principio di uguaglianza.

<sup>18</sup> DEL BÒ 2022, 55-56. Per una preziosa ricostruzione dei nodi teoretici che scaturiscono dall'ideale della giustizia cfr. MAGRÌ 2019, 87-123.

<sup>19</sup> *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius cuique tribuens* (D.1.1.10pr).

<sup>20</sup> RADBRUCH 2002, 159.

<sup>21</sup> Ulteriori conferme di tale impostazione, sebbene entro quadri teorici differenziati, si hanno, ad esempio, in ROSS 1965; PERELMAN 1959.

<sup>22</sup> HART 2002, 186.

<sup>23</sup> Com'è noto, una celebre e centrale declinazione contemporanea di tale concezione della giustizia si ha nell'opera di RAWLS (1982), che ha rappresentato il punto di riferimento filosofico-politico del dibattito tardo novecentesco intorno alla giustizia.

<sup>24</sup> HART 2002, 187.

Un tale principio non va però inteso in senso esplicitamente e irriducibilmente comparativo<sup>25</sup>. In altre, parole, le questioni di giustizia non sono riducibili esclusivamente a situazioni in cui si tratta di comparare esplicitamente e concretamente casi specifici per comprendere quale sia il trattamento giusto. Attribuire a ciascuno il suo diritto implica infatti garantire a ciascuno ciò che gli spetta a prescindere da un'esplicita comparazione con gli altri. Le questioni di giustizia sono, in senso ampio, questioni di attribuzione di diritti.

Ho scritto “a prescindere da un'esplicita comparazione” perché una comparazione implicita è, a mio parere, sempre rilevante per un trattamento che aspira ad essere giusto. Chi decide, infatti, in tanto può ritenere giusto riconoscere ad un individuo un diritto, in quanto possa ammettere che ad un'altra persona, nelle medesime circostanze materiali e formali, lo stesso diritto andrebbe garantito. Per queste ragioni, la componente relazionale è concettualmente ineludibile nelle questioni di giustizia<sup>26</sup>. Non a caso, come sostiene Hart, la giustizia «è la più pubblica e la più giuridica delle virtù»<sup>27</sup>.

Ma a mostrare con precisione ancora ulteriore il nesso tra giudizio giuridico e pretesa di giustizia è proprio un elemento come la relazionalità, nelle sue diverse accezioni che comunque implicano la relazione tra più soggetti, unito a componenti ulteriori quali il carattere attivo e doveroso dell'azione cui fa appello la giustizia stessa<sup>28</sup>. Infatti, l'atto del giudicare consiste proprio in un'azione doverosa, in un contesto in cui sono presenti relazioni intersoggettive, e volta ad attribuire a ciascuno il suo diritto, in termini distributivi, compensativi o semplicemente ricognitivi (il riconoscimento del diritto).

Un atto che, non a caso, si oppone alla violenza brutta; che oppone alla giustizia arcaica della vendetta la giustizia civile. Per questo motivo, il legame tra giudizio giuridico e pretesa di giustizia è fondativo ed essenziale rispetto all'esperienza giuridica che si afferma in Occidente:

«l'atto fondamentale attraverso cui si può dire che la giustizia è fondata in una società, è l'atto in virtù del quale la società priva gli individui del diritto e del potere di fare giustizia a se stessi, l'atto per mezzo del quale la forza pubblica confisca per se stessa questo potere di dire e applicare il diritto»<sup>29</sup>.

### 3. La pretesa di giustizia e il dramma del giudizio

L'essenziale connessione della pretesa di giustizia con il giudizio giuridico è, a ben vedere, un elemento ineludibile di complicazione di tale giudizio. Anzi, come anticipato in precedenza, la pretesa di giustizia a cui risponde il giudizio giuridico contribuisce in maniera determinante a corroborare la lettura del giudizio come dramma.

Infatti, da una parte, è innegabile come l'esperienza giuridica sia plasmata dalla pretesa di giustizia, dall'altra, il contenuto specifico della risposta a tale pretesa non è mai deducibile da una regola generale ed esplicita, universalmente accettabile, pronta ad essere applicata ai casi singoli.

Anche accettando il criterio della spettanza (l'attribuzione a ciascuno del suo diritto), esso può essere certamente inteso come il nucleo concettuale che illumina la struttura del concetto di giustizia, ma resta sempre da stabilire il contenuto del “suo” di ciascuno, i criteri di individua-

<sup>25</sup> Cfr. DEL BÒ 2022, 64: «se la giustizia riguarda il *suum cuique tribuere*, che cosa sia il dovuto che va attribuito a ciascuno può dipendere sia da considerazioni comparative sia da considerazioni non comparative».

<sup>26</sup> Come sostiene MACIOCE (2019, 13): «una definizione della giustizia come eguaglianza, o come principio di distribuzione, non è pensabile senza la categoria della relazionalità».

<sup>27</sup> HART 2002, 196.

<sup>28</sup> In questo senso, si rinvia ancora a MACIOCE 2019, 13-14, per un prezioso riferimento a caratteristiche della giustizia ulteriori a quella di relazionalità, come *agency* e *doverosità*.

<sup>29</sup> RICOEUR 1998, 163.

zione dei destinatari (chi è ciascuno), ciò che consente di classificare i casi come uguali o come diversi in maniera rilevante.

Tutti questi elementi non sono universalmente individuati ed anche quando sono esplicitati nei testi normativi ciò avviene attraverso disposizioni di carattere generale o generalissimo che demandano la loro concretizzazione dinamica all'opera di chi è chiamato a giudicare (si pensi, ad esempio, al principio di uguaglianza sancito nell'art. 3 della Costituzione italiana).

Il dramma del giudizio nasce, dunque, anche dalla necessità di fornire una risposta alla pretesa di giustizia che, però, non potrà fondarsi mai, una volta e per tutte, su un contenuto accettato, chiaro e assoluto di giustizia. Questa condizione problematica non può che alimentare un ulteriore senso di inadeguatezza in chi giudica. Il giudice sa bene che dovrebbe essere animato dalla necessità di rispondere alla pretesa di giustizia, dall'istanza universale che il giudizio porta con sé, ma non ha a disposizione una chiara, immediatamente operativa e indiscutibile regola di giustizia. L'indisponibilità di un concetto definitivo di giustizia entro il quale sussumere i casi concreti, pur in presenza delle disposizioni di diritto positivo, rappresenta dunque un'ulteriore ragione del conflitto del giudice con se stesso, già evidenziato attraverso la riflessione sullo scarto tra conoscere e volere.

D'altra parte, sono proprio l'assenza di un concetto universale (ed esplicitamente positivizzato) di giustizia, da una parte, e la pretesa di giustizia che comunque si associa all'esserci del diritto e all'operare del giudizio giuridico, dall'altra, a determinare lo spazio di possibilità della critica del diritto. Tale spazio non potrebbe nemmeno pensarsi se la giustizia fosse riducibile compiutamente e definitivamente a un insieme di regole di diritto positivo. In tal caso, non ci sarebbe lo spazio per stimolare criticamente una pratica del diritto che sia sempre più adeguata alle esigenze radicalmente umane degli individui.

È una lezione che si apprende, ad esempio, riflettendo sul ruolo dell'elemento della forza nel diritto e proprio sulle teorie del diritto come forza. In tale contesto critico, come ci ricorda Massimo La Torre, la funzione svolta della pretesa di giustizia è fondamentale:

[1]a fenomenologia dell'esperienza e della controversia giuridica (sì certo anche penosa e dolorosa) però sembra dirci [...] che dentro il diritto si lotta anche contro il diritto (contro una certa concezione e interpretazione di questo) e allo stesso tempo per il "diritto", per essere nel proprio diritto ed essere riconosciuti come tali, e che di conseguenza la pretesa di giustizia non vi è mai del tutto estranea. Ma se vi fosse estranea, se in un certo contesto che si presenta apparentemente come giuridico non potesse nemmeno essere pensata, sarebbe probabile che lì di diritto ce ne sia veramente poco o niente. Saremmo di fronte al diritto contro se stesso<sup>30</sup>.

Del resto, lottare contro il diritto per il diritto, per l'affermazione di un'istanza di giustizia, comporta, come sostiene Jean-Luc Nancy, cogliere la trascendenza concettuale a cui la giustizia rinvia oltre la legge ma a partire, comunque, dalla legge:

se noi comprendiamo con chiarezza che la legge, di per sé, non sempre è giusta, è perché abbiamo un'idea del giusto in quanto tale, della giustizia come idea, come ideale, e non soltanto come istituzione. Dunque, abbiamo l'idea di una giustizia al di là delle leggi, forse addirittura di una giustizia per la quale non vi può essere legge, una giustizia che non può essere racchiusa in una legge, una giustizia superiore a qualunque legge<sup>31</sup>.

Evocare un pensiero sull'istanza universale della giustizia, più che una conoscenza specifica dei contenuti dell'universale della giustizia sotto forma di regola, ha un'indubitabile portata pratica.

<sup>30</sup> LA TORRE 2020.

<sup>31</sup> NANCY 2007, 16.

Ci consente sicuramente di registrare con precisione il dramma di chi giudica, chiamato a fare i conti con una pretesa di giustizia proiettata inevitabilmente in universale ma priva di un contenuto determinato una volta e per tutte. Ma ci consente anche di capire come e perché nel diritto vi siano necessariamente tracce del tentativo storico di codificare la pretesa di giustizia. Tracce, intese come riferimenti, volte a indicare direzioni storicamente caratterizzate del cammino che una comunità percorre verso la giustizia. In altre parole, il dramma del giudice rimane tale, ma nel pensiero sulla giustizia che egli elabora, trattando i singoli casi, è supportato e orientato, non determinato univocamente, da quelle norme dell'ordinamento che più di altre si pongono il compito di concretizzare in maniera contingente l'idea di giustizia.

#### 4. *Le traiettorie di giustizia nella Costituzione*

Negli ordinamenti contemporanei tale concretizzazione si palesa in diversi ambiti del diritto positivo ma, certamente, l'adozione delle Costituzioni negli Stati di diritto costituzionale occidentali ha svolto un ruolo fondamentale al fine di precisare le traiettorie di fondo di un pensiero giuridico sulla giustizia funzionale alla decisione del caso concreto. Pur non essendo rinvenibile, naturalmente, alcun concetto normativo di giustizia assoluto e indiscutibile nelle Costituzioni contemporanee, sono nondimeno presenti, soprattutto nella prima parte fondamentale, principi generali che, quali regole di ingaggio, guidano il giudice nel corpo a corpo con la legge ordinaria, nel tentativo, mai compiutamente riuscito, di cogliere la giustizia nella legalità<sup>32</sup>.

Si tratta di una tecnica normativa e di una prassi decisionale, potenziale o reale a seconda dei contesti etico-politici di fondo, che corrisponde alla necessità, dopo la Seconda guerra mondiale, di fornire ai giuristi armi giuridiche adeguate contro l'eventualità di un diritto positivo manifestamente ingiusto, come nel caso del diritto nazionalsocialista. Il costituzionalismo contemporaneo ha reagito elaborando un'articolazione istituzionale che sarebbe in grado, da una parte, di soddisfare l'esigenza di giustizia divenuta irrinunciabile dopo gli orrori della Seconda guerra mondiale, e dall'altra di garantire comunque la certezza del diritto attraverso il controllo del giudizio.

Un controllo presuntivamente non arbitrario perché ancorato al tentativo di positivizzare traiettorie di giustizia. Per semplificare, si potrebbe sostenere, dunque, che lo Stato di diritto costituzionale del dopoguerra si caratterizzi per la positivizzazione, soprattutto nell'ambito della categoria dei diritti fondamentali insopprimibili per via democratico-parlamentare, di una serie di principi di origine morale<sup>33</sup>. Positivizzazione che si associa con la previsione di un organo, quale la Corte Costituzionale, deputato a verificare la costituzionalità, e quindi la validità, delle leggi ordinarie, sulla base di parametri che, per quanto appena scritto, hanno un'origine anche morale<sup>34</sup>.

Ma siffatto assetto condurrebbe a un giudizio non più drammatico perché ancorato alla tendenziale oggettività, sebbene storica, di alcuni principi di giustizia? O, al contrario, ci consegna un equilibrio possibile tra, da una parte, l'inevitabile (sebbene moderata) soggettività di un giudizio che si misura con parametri di portata generale, e, dall'altra, l'illusione di un giudizio calcolante e oggettivo?

<sup>32</sup> Discorso, per certi versi analogo, può essere svolto anche in relazione a fonti sovranazionali che tendono a concretizzare istanze di giustizia, e che incidono direttamente sugli ordinamenti anche, e non a caso, per via giurisprudenziale. Si pensi, tra gli altri, al caso della CEDU.

<sup>33</sup> Sulla logica che ispira lo Stato di diritto costituzionale, tra i tanti, si segnala PINO, VILLA 2016; SILVESTRI 2011; COSTA, ZOLO 1992; MONTANARI 1992; LO GIUDICE 2022.

<sup>34</sup> Cfr., tra gli altri, SILVESTRI 2005. La moralità dei parametri costituzionali di controllo delle leggi ordinarie solleva, naturalmente, la questione classica del rapporto tra diritto e morale. Al netto di una letteratura pressoché sterminata, si segnala, anche per la chiarezza critico-ricostruttiva, il volume di PORCIELLO 2021.

La tecnica del bilanciamento in senso stretto, sempre più affinata nel corso degli ultimi decenni, rappresenta, in realtà, una significativa cartina di tornasole della cifra filosofica compresa in qualsiasi giudizio giuridico. Infatti, la mia impressione è che, proprio misurandosi con alcune riflessioni consolidate e di carattere generale, che hanno per oggetto determinati profili del giudizio nell'ambito costituzionale, si possa comprendere il senso di giustizia delle Costituzioni, e la fisionomia del giudizio giuridico che da tale senso scaturisce.

In questa sede, non si intende proporre un'indagine sulla dottrina e sulla giurisprudenza in tema di bilanciamento<sup>35</sup>. L'obiettivo non è infatti quello di procedere ad una ricognizione tecnico-giuridica dei diversi profili che incidono su tale metodo. Si tratta, invece, di delineare, rispetto alla questione del giudizio, l'orizzonte concettuale che fa da sfondo all'idea stessa di bilanciamento. Per queste ragioni, si è scelto di fare cenno, in termini generali, alla teoria filosofico-giuridica che, più di altre, ha tentato di fornire una solida base razionale (argomentativa e discorsiva) allo Stato costituzionale incentrato sulla tutela dei diritti fondamentali. Mi riferisco alla teoria della ponderazione o bilanciamento proposta da Robert Alexy nell'ambito della sua concezione dei diritti fondamentali<sup>36</sup>.

Il modello di Alexy è stato più volte rivisto nel corso degli anni senza che sia mai venuto meno l'impianto di fondo<sup>37</sup>. Si tratta di una teoria della ponderazione notevolmente influente, più volte esplicitamente seguita dai giudici costituzionali europei e latino-americani. Il modello intende incidere su alcune questioni cruciali nell'ambito dei giudizi costituzionali, quali la soluzione dei conflitti fra principi e la razionalizzazione delle prassi argomentative utilizzate nelle corti. La teoria proposta da Alexy si inquadra, in realtà, entro una concezione più ampia, che qui non è possibile approfondire nei suoi presupposti filosofici<sup>38</sup> e nelle sue più ampie implicazioni giuridiche. Una teoria volta a proporre una sorta di costituzionalismo discorsivo fondato sulla capacità dei giudici di rappresentare argomentativamente, con gli strumenti della razionalità pratica (di cui quella giuridica non sarebbe altro che un caso particolare), il tessuto valoriale che ispira e determina i principi e le regole dell'ordinamento costituzionale.

Una concezione dello Stato di diritto fondata sui diritti, entro la quale le norme sono valutate sulla base del loro contenuto e della loro giustificabilità argomentativa coerentemente con il contenuto dei diritti fondamentali e dei principi che essi veicolano.

Entro questo progetto, i diritti fondamentali, inclusi nelle Costituzioni con l'intenzione di positivizzare i diritti umani, hanno una origine morale. Trovano il loro fondamento ultimo nell'antropologia presupposta dalla teoria del discorso, la quale implica la garanzia della libertà e dell'eguaglianza degli agenti intesi innanzitutto come soggetti parlanti (discorsivi). Ciò comporta, di conseguenza, il reciproco riconoscimento dell'altro come soggetto autonomo e quindi come persona dotata di dignità, quindi come soggetto titolare di diritti umani. Dal punto di vista semantico, i diritti fondamentali vanno intesi, per Alexy, quali principi che, a differenza delle regole, hanno portata generale e non rispondono alla logica del "tutto o niente".

Si tratta di "precetti di ottimizzazione" (*Optimierungsgebote*), chiamati a guidare le Corti Costituzionali nell'opera di massimizzazione degli obiettivi sistematici dell'ordinamento alla luce delle possibilità giuridiche e fattuali: «i principi (*Prinzipien*) sono norme che prescrivono che qualcosa è da realizzare nella misura più alta possibile relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali»<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Nell'ambito di una letteratura davvero copiosa si segnalano PINO 2010; MORRONE 2014; BIN 1992.

<sup>36</sup> ALEXY 2012.

<sup>37</sup> Per una riflessione di carattere generale sulla teoria del diritto di Alexy mi permetto di rinviare a LO GIUDICE 2020.

<sup>38</sup> Tali presupposti sono ampiamente approfonditi in ALEXY 1998 e 1997.

<sup>39</sup> ALEXY 2012, 106. Come è noto, rispetto alla distinzione tra principi e regole, altrettanto significativa, anche per la sua influenza sul costituzionalismo statunitense, è la teoria, solo parzialmente affine a quella di Alexy, di DWORKIN 2010. Per un'efficace ricostruzione della logica dei principi, cfr. ZAGREBELSKY 2008. Sul ruolo dei principi nell'ordinamento costituzionale italiano cfr. SILVESTRI 2009.

Di conseguenza, l'applicazione dei principi, a differenza delle regole, non è presieduta dallo schema sillogistico. I principi, infatti, trovano applicazione secondo uno schema graduale e quindi comportano l'utilizzo della tecnica del bilanciamento (*Abwägung*).

Tale tecnica implica l'istituzione di un ordine di priorità relativo tra principi, che possono anche entrare in conflitto, nella prassi applicativa. Un ordine che può giustificarsi soltanto attraverso i parametri posti dal cosiddetto principio di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). Quest'ultimo principio o giudizio è volto a determinare l'adeguato grado di concretizzazione di un determinato principio rispetto ad un altro, in un caso dato ed entro un ordinamento specifico.

In particolare, per Alexy, è cruciale il rapporto tra bilanciamento e razionalità: «Un bilanciamento è razionale se la proposizione di preferenza, a cui esso conduce, può essere razionalmente giustificata»<sup>40</sup>. Il bilanciamento è, infatti, decisivo nei cosiddetti casi difficili dove bisogna stabilire una relazione di priorità condizionata (*bedingte Vorrangrelation*) fra i principi concretamente in gioco. L'obiettivo sarebbe giungere a poter affermare che, date certe condizioni, il principio X è prioritario rispetto al principio Y. Questa relazione è generata da ciò che Alexy definisce come legge del bilanciamento in base alla quale: «Quanto più alto è il grado di non-realizzazione di un principio o di lesione di un principio, tanto più grande deve essere l'importanza della realizzazione dell'altro principio»<sup>41</sup>.

Come ben si comprende, le questioni cruciali, nell'applicazione di un diritto ispirato a giustizia (le traiettorie di giustizia incarnate nella Costituzione proprio dai principi), si pongono naturalmente al livello del bilanciamento operato dal giudice. Livello entro il quale, seguendo la concezione del peso relativo dei principi elaborata, come abbiamo mostrato, da Alexy, la gerarchia tra i principi stessi si riconfigura in relazione ai casi specifici. Ma si tratta di una composizione che, sostiene Antonio Ruggeri,

risulta governata nelle sue concrete movenze da un autentico “metaprinzipio” [...] quello della ricerca del massimo standard di tutela raggiungibile di volta in volta a beneficio dei diritti (e, in genere, dei beni della vita) evocati in campo da ciascun caso e, per ciò stesso, valevole limitatamente al caso stesso, pronta cioè ad essere rivista in altri casi, diversamente connotati<sup>42</sup>.

Una composizione, quindi, pensata a beneficio di ciò che spetta a ciascuno in termini di diritti, quindi a beneficio del sempre parziale soddisfacimento delle pretese di giustizia così come emergono dal caso concreto e non sulla base di statiche e assolute determinazioni del contenuto ultimo della giustizia.

Il sistema della Costituzione, dunque, si manifesta quale traiettoria di giustizia, si determina dinamicamente attraverso il caso specifico presentato dinanzi al giudice costituzionale. Un sistema che aspira alla giustizia, dunque, che si realizza veramente nel giudizio<sup>43</sup>. Non a caso, nella concezione di Alexy assume un ruolo peculiare la pretesa di correttezza che caratterizzerebbe qualsiasi discorso giuridico quale caso particolare di un discorso pratico. La pretesa di correttezza non implica, in questo caso, che le proposizioni giuridiche, come quelle contenute in una sentenza, siano assolutamente razionali. Comporta, invece, il «fatto che esse possano essere motivate razionalmente nell'ordine giuridico vigente»<sup>44</sup>. Ciò equivale a sostenere che, in relazione alla pretesa di giustizia a cui deve rispondere il giudizio giuridico, e con particolare riferimento a

<sup>40</sup> ALEXY 2012, 183.

<sup>41</sup> ALEXY 2012, 185.

<sup>42</sup> RUGGERI 2019, 23. Cfr., tra gli altri lavori, anche RUGGERI 2015 e 2019.

<sup>43</sup> Sulla giustizia della Costituzione e sul ruolo dei giudici, cfr., *Giudice o giudici nell'Italia postmoderna?*, intervista (a cura di R.G. Conti) ad Antonio Ruggeri e Roberto Bin, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 10 aprile 2019. Una sistematica riflessione sul rapporto tra l'idea di giustizia e il ruolo dei giudici costituzionali si trova, naturalmente, in SILVESTRI 1997.

<sup>44</sup> ALEXY 1998, 175. Sul cruciale ruolo della motivazione delle pronunce del giudice costituzionale cfr. SAITTA 1996.

quello costituzionalmente rilevante, l'interpretazione delle tracce di giustizia presenti nei principi costituzionali debba essere posta a fondamento razionale della decisione. Debba guidare chi giudica, nel salto del giudizio, a partire dall'urgenza del caso<sup>45</sup>.

Del resto, le critiche nei confronti della deriva ermeneutica o argomentativa<sup>46</sup> che, in qualche modo, tali visioni determinerebbero, sono discutibili proprio alla luce della struttura del giudizio giuridico proposta nel corso di questo lavoro. Si paventa il rischio di un giudice costituzionale sciolto dalla inderogabile soggezione alla legge<sup>47</sup>. Ma tali critiche inducono, in realtà e di riflesso, a comprendere come, proprio attraverso la logica dei principi, il giudizio di bilanciamento in senso ampio, comprensivo anche del bilanciamento sistematico che i giudici ordinari in un sistema costituzionale sono comunque tenuti a compiere<sup>48</sup>, rappresenti una terza via tra soggettivismo arbitrario e oggettivismo illusorio.

Da una parte, le traiettorie di giustizia incarnate dalla Costituzione guidano chi giudica nel tentativo di soddisfare le pretese di giustizia che si presentano, dall'altra, tali traiettorie, e anche le tecniche di giudizio praticate, non conducono mai a una decisione indiscutibile, oggettiva, frutto di un calcolo logico.

Il caso concreto preme affinché il salto del giudizio, sull'abisso del giudizio, sia affrontato con responsabilità, con la consapevolezza di dover ancorare la decisione a tracce di giustizia concretamente condivise (i principi). Ma altrettanta consapevolezza può sorgere circa la necessità di coltivare una sensibilità giudicante, e non una capacità di calcolo, che rinvia alla presenza irriducibile dell'umanità dei soggetti comunque coinvolti, delle loro aspirazioni e delle loro pretese.

<sup>45</sup> A riprova del carattere sostanziale e non formale o prettamente ordinamentale della questione, si pensi a cosa ALEXY (1998, 172) afferma in relazione alle decisioni in cui manca la pretesa di correttezza: «Vi sono ragioni, dunque, a favore della tesi per cui la mancanza della pretesa di correttezza in una decisione, pur non togliendole il carattere di decisione giudiziale valida, rende questa comunque difettosa, non solo in senso morale».

<sup>46</sup> Cfr. ZACCARIA, VIOLA 1999, per comprendere come non si tratti di deriva ma di comprensione profonda del circolo che si innesca per giungere all'applicazione del diritto.

<sup>47</sup> Cfr., tra gli altri, BIN 2019, 11-29; FERRAJOLI 2014, 211-222, e FERRAJOLI 2018. Sulla politicizzazione del giudizio costituzionale cfr. BISOGNI 2017.

<sup>48</sup> In tal senso cfr. D'ANDREA 2005.

*Riferimenti bibliografici*

- AARNIO A. 1977. *On Legal Reasoning*, Turun Yliopisto.
- ALEXY R. 2012 [1985]. *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino.
- ALEXY R. 1998 [1978]. *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè.
- ALEXY R. 1997 [1992]. *Concetto e validità del diritto*, Einaudi.
- BARAK A. 1995 [1989]. *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè.
- BARBERIS M. 2015. *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XLV, 2015, 163 ss.
- BECCARIA C. 1994 [1764]. *Dei delitti e delle pene*, Newton Compton.
- BIN R. 1992. *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè.
- BIN R. 2019. *Cose e idee: per un consolidamento della teoria delle fonti*, in «Diritto Costituzionale», 1, 2019, 11 ss.
- BISOGNI G. 2017. *La "politicalità" del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giusteorico contemporaneo*, Giappichelli.
- CACCIARI M., IRTI N. 2019. *Elogio del diritto*, La Nave di Teseo.
- CALOGERO G. 1964. *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Cedam.
- CANALE D., TUZET G. 2019. *La giustificazione della decisione giudiziale*, Giappichelli.
- CAPOGRASSI G. 1950. *Giudizio Processo Scienza Verità*, in «Rivista di Diritto Processuale», 1, 1950, 1 ss.
- CARNELUTTI F. 1949. *Torniamo al "Giudizio"*, in «Rivista di Diritto Processuale», 3, 1949, 165 ss.
- COSTA P., ZOLO D. (a cura di). 2002. *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli.
- D'ANDREA L. 2005. *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè.
- DEL BÒ C. 2022. *La giustizia. Un'introduzione filosofica*, Carocci.
- DWORKIN R. 2010 [1977]. *I diritti presi sul serio*, il Mulino.
- FERRAJOLI L. 2014. *I diritti fondamentali come dimensioni della democrazia costituzionale*, in «Ricerche giuridiche», 2 (3), 2014, 211 ss.
- FERRAJOLI L. 2018. *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi.
- GARAPON A. 2007 [2000]. *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Raffaello Cortina.
- HART H.L.A. 2002 [1961]. *Il concetto di diritto*, Einaudi.
- KELSEN H. 1985 [1979]. *Teoria generale delle norme*, Einaudi.
- KELSEN H. 2000 [1934]. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi.
- GAZZOLO T. 2018. *Il caso giuridico. Una ricostruzione giusfilosofica*, Giappichelli.
- GIANFORMAGGIO L. 2008. *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di DICIOTTI E., VELLUZZI V., Giappichelli.
- GUASTINI R. 2002. *Giuridico, ragionamento*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Treccani, vol. IX, 130 ss.
- LA TORRE M. 2020. *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Leo S. Olschki.
- LIPARI N. 2021. *Elogio della giustizia*, il Mulino.

- LO GIUDICE A. 2020. *The Rule of Law and Democracy in Robert Alexy's Legal Philosophy*, in «Rivista di Filosofia del diritto», 2, 2020, 277 ss.
- LO GIUDICE A. (a cura di). 2022. *Attraverso lo Stato di diritto. Crisi e prospettive*, Esi.
- MACCORMICK N. 2001 [1978]. *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Giappichelli.
- MACIOCE F. 2019. *Giustizia*, in ANDRONICO A., GRECO T., MACIOCE F. (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Giappichelli, 3 ss.
- MAGRÌ G. 2019. *Giustizia*, in MONTANARI B. (a cura di), *Luoghi della filosofia del diritto. Un manuale*, Giappichelli, 87 ss.
- MANZIN M. 2014. *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Giappichelli.
- MENGA F.G. 2021. *Etica intergenerazionale*, Morcelliana.
- MONTANARI B. (a cura di). 1992. *Stato di diritto e trasformazione della politica*, Giappichelli.
- MORRONE A. 2014. *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Giappichelli.
- NANCY J.L. 2007 [2007]. *Il giusto e l'ingiusto*, Feltrinelli.
- PERELMAN CH. 1979 [1976]. *Logica giuridica. Nuova retorica*, Giuffrè.
- PERELMAN CH. 1959 [1945]. *La giustizia*, Giappichelli.
- PINO G., VILLA V. (a cura di). 2016. *Rule of Law. L'ideale della legalità*, il Mulino.
- PINO G. 2010. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino.
- PINO G. 2022. *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli.
- PORCIELLO A. 2021. *Diritto e morale: tre questioni. Scorci di teoria del diritto*, ETS.
- PORCIELLO A. 2022. *Filosofia dell'ambiente. Ontologia, etica, diritto*, Carocci.
- RADBRUCH G. 2002. *Ingiustizia legale e diritto sovralegale* [1946], in AA. VV. (a cura di), *Filosofia del diritto*, Raffaello Cortina, 149 ss.
- RAWLS J. 1982 [1971]. *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli.
- RICOEUR P. 1998. *L'atto di giudicare* [1992], in RICOEUR P., *Il giusto* [1995], SEI, 159 ss.
- ROSS A. 1965 [1958]. *Diritto e giustizia*, Einaudi.
- RUGGERI A. 2019. *Teoria generale del diritto e teoria costituzionale (note sparse a partire da un libro recente)*, in «Dirittifondamentali.it», 1, 2019, <http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2019/06/A.-Ruggeri-Teoria-generale-del-diritto-e-teoria-costituzionale.pdf>.
- RUGGERI A. 2015. *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in «Diritto penale contemporaneo», 2, 2015, 325 ss.
- RUGGERI A. 2019. *Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti*, in «Rivista di diritti comparati», 2, 2019, 3 ss.
- SAITTA A. 1996. *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, Giuffrè.
- SCHAUER F. 2016 [2009] *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Carocci.
- SILVESTRI G. 1997. *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli.
- SILVESTRI G. 2005. *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli.
- SILVESTRI G. 2011. *Lo stato di diritto nel XXI secolo*, in «www.rivistaaic.it», 2, 2011, <https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Silvestri.pdf>.

- SILVESTRI G. 2009. *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza.
- TANZI A. (a cura di). 1999. *L'antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, Raffaello Cortina.
- TARUFFO M. 1989. *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, 3 ss.
- TUZET G. 2010. *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Carocci.
- VELLUZZI V. 2002. *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli.
- VELLUZZI V. 2012. *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, ETS.
- VELLUZZI V. 2013. *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, ETS.
- VELLUZZI V. 2020. *Tra teoria e dogmatica II. Altri sei studi sull'interpretazione giuridica*, ETS.
- ZACCARIA G., VIOLA F. 1999. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza.
- ZAGREBELSKY G. 2008. *La legge e la sua giustizia*, il Mulino.



# DISCUSSIONI

# Filosofia del diritto come proteiforme analisi critica del diritto positivo

Riflessioni a margine di Vito Velluzzi, *Metodologia e diritto civile. Una prospettiva filosofica*

Philosophy of law as protean critical analysis of positive law.

Reflections on the sidelines of Vito Velluzzi, *Metodologia e diritto civile. Una prospettiva filosofica*

## GAETANO CARLIZZI

Giudice del Tribunale Militare di Napoli. Docente di Teoria dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica e di Storia del pensiero giuridico moderno e contemporaneo nell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.

E-mail: [gaetanocarlizzi73@gmail.com](mailto:gaetanocarlizzi73@gmail.com)

### ABSTRACT

L'articolo prende spunto dall'ultima fatica di Vito Velluzzi, una raccolta di saggi a cavallo tra filosofia del diritto e dogmatica civilistica. Essa è improntata da una visione della prima tra le più proficue per la seconda e, in generale, per ogni dogmatica giuridica. Mi riferisco alla concezione della filosofia del diritto come analisi critica del diritto positivo, ossia, da un lato, come ricognizione delle operazioni argomentative e dei prodotti concettuali in cui questo si incarna; dall'altro, come controllo della loro chiarezza, coerenza interna e reciproca, adeguatezza teorica e fondatezza. La ricostruzione del pensiero di Velluzzi consente di mettere in luce la proteiformità di tale modo di fare filosofia del diritto, ossia la molteplicità degli orientamenti critici che esso può assumere (critico-demolitivo, critico-esplicativo, critico-argomentativo o critico-dogmatico).

This paper is inspired by Vito Velluzzi's latest work, a collection of essays between philosophy of law and civil dogmatics. It is based on a vision of the first that is among the most profitable for the second and, in general, for any legal dogmatics. I am referring to the conception of philosophy of law as a critical analysis of positive law, that is, on the one hand, as recognition of the argumentative operations and conceptual products in which this is embodied; on the other hand, as control of their clarity, internal and mutual coherence, theoretical usefulness and foundation. The reconstruction of Velluzzi's thought allows us to highlight the protean nature of this way of doing philosophy of law, that is, the multiplicity of critical orientations that it can take on (critical-demolitive, critical-explanatory, critical-argumentative or critical-dogmatic).

### KEYWORDS

metodologia giuridica e diritto civile, interpretazione del contratto, meritevolezza di protezione giuridica, abuso del diritto, frode alla legge

legal methodology and private law, interpretation of contracts, worthy of legal protection, abuse of rights, evasion of law

# Filosofia del diritto come proteiforme analisi critica del diritto positivo

Riflessioni a margine di Vito Velluzzi, *Metodologia e diritto civile. Una prospettiva filosofica*

GAETANO CARLIZZI

1. *Premessa* – 2. *Significati e limiti del broccardo “in claris non fit interpretatio”* – 3. *Meritevolezza di tutela degli interessi dei contraenti, clausole generali e interpretazione sistematica* – 4. *L’abuso del diritto e i rischi delle scorciatoie giurisprudenziali* – 5. *Contratto in frode al terzo, principi inespressi e suddivisione in sotto-fattispecie*.

## 1. *Premessa*

*Metodologia e diritto civile. Una prospettiva filosofica* (d’ora in poi: MDC), uscito a fine settembre 2023 per i tipi di Carocci, è il frutto dell’ampia rielaborazione di alcuni saggi che, salvo in un caso, Vito Velluzzi ha pubblicato negli ultimi anni<sup>1</sup>. La cifra di questi studi, anzi dell’intera produzione scientifica del filosofo del diritto toscano, è esibita sin dall’Introduzione. Sulla scia della sua Maestra, Letizia Gianformaggio, artefice di una critica serrata e provvidenziale dei filosofi del diritto inclini a «parlare d’altro» oppure «con l’aria di ‘saperne di più’», Velluzzi è convinto dell’esigenza «che il filosofo del diritto si ponga come filosofo del diritto positivo» (MDC, 12 s.). Secondo questa concezione, che, come il nostro Autore opportunamente rimarca, non è l’unica valida, il filosofo del diritto ha essenzialmente due compiti. Innanzitutto, identificare e conoscere il diritto *positivo*, che Velluzzi, sempre sulla scia di Gianformaggio, concepisce come un intreccio di *parole, significati, argomentazioni e prassi sociali*. In secondo luogo, trattarlo con i propri tipici metodi, in particolare svolgendo un’*analisi critica* della chiarezza, coerenza interna e reciproca, adeguatezza teorica, nonché fondatezza delle operazioni e dei concetti che lo animano.

Questo è dunque il comune denominatore dei quattro capitoli del volume in commento, che, unitamente alla solita perspicuità di Velluzzi, nonché alla sua saggia decisione di fornire ampi riferimenti giurisprudenziali, oltre che dottrinali, genera un microsistema di grande interesse non solo per il filosofo, ma anche per il dogmatico del diritto, in particolare privato. Anticipando le conclusioni di questa ricognizione, tratte all’inizio del § 5, le indagini svolte dal nostro Autore si rivelano preziose innanzitutto perché mettono in luce la *proteiformità* della filosofia del diritto come analisi critica, ossia il suo essere in grado di assumere forme diverse a seconda della curvatura di volta in volta impressa al suo costante orientamento critico (critico-demolitivo, critico-esplicativo, critico-argomentativo o critico-dogmatico).

## 2. *Significati e limiti del broccardo “in claris non fit interpretatio”*

Il primo capitolo è dedicato a una *vexata quaestio* ermeneutica, che il filosofo del diritto toscano esamina con riguardo all’*interpretazione del contratto*: quale senso abbia il vecchio broccardo “*in claris non fit interpretatio*” e se valga ancora la pena di invocarlo. Esso prende le mosse da cinque distinte accezioni del motto, tutte dotate di precisi riscontri giurisprudenziali. Per la prima,

<sup>1</sup> Di taglio più generale, non limitato al diritto civile, sebbene pur sempre a cavallo tra teoria e dogmatica, sono altre due raccolte dello stesso autore VELLUZZI 2012a, nonché VELLUZZI 2020.

l'interpretazione del contratto non ha ragion d'essere se solo ne è chiaro il significato letterale, il cui accertamento viene così assunto come fine di essa. Per le altre quattro accezioni, invece, dato che il fine dell'interpretazione del contratto è l'individuazione della volontà delle parti, l'accertamento del significato letterale ha un rilievo puramente strumentale, mentre la sua chiarezza ha un valore diverso a seconda dell'accezione considerata. Più precisamente: per la seconda, basterebbe che il testo contrattuale interpretato abbia un significato letterale chiaro ed univoco; per la terza, sarebbe necessario un significato letterale altamente chiaro ed univoco; per la quarta, andrebbe raggiunta una diversa forma di chiarezza, extralessicale, a seconda dei casi contestuale (armonia reciproca tra i significati letterali dei termini dell'enunciato interpretato) o extratestuale (armonia del significato letterale di tale enunciato con gli indizi del suo senso disponibili all'esterno di esso, in particolare comportamentali); per la quinta, la chiarezza evocata dal broccardo in esame non costituirebbe un autentico criterio interpretativo e andrebbe pertanto abbandonata in sede ermeneutica.

Ora, dopo aver evidenziato che la prima accezione non può seguirsi in quanto bandita dal diritto positivo (art. 1362, comma 1 c.c.: «nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole»), Velluzzi evidenzia che neppure le successive tre possono condividersi, dato che ruotano attorno a due concetti equivoci, strettamente correlati tra di loro: “significato letterale” e “chiarezza”. Concentrandoci su quest'ultimo, il fatto che esso possa essere inteso ora in senso lessicale, ora in senso frasale, ora in senso latamente contestuale comporta altrettante serie di condizioni applicative che non solo sono destinate a produrre risultati ermeneutici differenti, ma soprattutto consentono di presentare ciascuno di essi come incontestabile. Tutto ciò, paradossalmente, a dispetto dell'esigenza garantistica, perseguita attraverso il broccardo *in claris non fit interpretatio*, di vietare la libertà interpretativa là dove si assuma che non ve ne sia ragion d'essere. Di qui la netta conclusione: “l'*in claris* non è tra i criteri di interpretazione del contratto regolati dal diritto vigente” (MDC, 30).

La conclusione, che prelude all'indicazione dei reali compiti dell'interprete del contratto (stabilire le relazioni tra le varie regole poste dagli artt. 1362-1371 c.c. e giustificare di risulta le conclusioni ermeneutiche di turno), è non solo condivisibile, ma anche confermata da una *ricognizione storica*<sup>2</sup>. In effetti, il principio dell'*in claris*, già concepito in *epoca romana* sotto altre insegne verbali (cfr. il frammento di Paolo raccolto in D. 32.25.1: «cum in verbis nulla ambiguitas est non debet admitti voluntatis quaestio»), costituì uno dei fondamenti dell'*ermeneutica illuminista*, desiderosa di garantire la certezza del diritto anche attraverso la limitazione della discrezionalità interpretativa. In questo senso, muovendo dall'idea che interpretare significasse riconoscere il significato oggettivo di un testo, che ciò non fosse necessario per le leggi chiare e che queste ultime costituissero (o dovessero costituire) la regola, la dottrina illuminista concepì l'*in claris* in termini complessi. Da un lato, come *principio costitutivo-normativo*: attribuire alle leggi chiare un significato diverso da quello letterale pienamente determinato non è interpretazione ed è vietato; dall'altro, anche come *manifesto teorico*: normalmente le leggi non sono bisognose di interpretazione. Sennonché, a partire da F.C. von Savigny, che soprattutto per ciò viene considerato il fondatore dell'*ermeneutica giuridica*, ma che pure riprese suggestioni già presenti nella dottrina medioevale e primomoderna, si è radicata l'idea contraria. Mi riferisco all'idea che anche le leggi *ben formulate* siano bisognose di interpretazione, la quale, secondo il fondatore della Scuola storica, avrebbe dovuto essere compiuta in tal caso, a differenza di quello delle leggi *difettose* (incomplete, ambigue o inesatte), col concorso dei *quattro canoni* da lui enucleati (grammaticale, logico, storico e sistematico). In definitiva, è ormai da due secoli che l'idea della onnipervasività dell'interpretazione troneggia nella cultura giuridica. Ma se è così, ecco che l'insistenza sull'*in claris* della giurisprudenza in materia di interpretazione del contratto, comunque venga intesa tale clausola, costituisce un arcaismo che, proprio come auspica Velluzzi, andrebbe definitivamente archiviato.

<sup>2</sup> Su quanto segue, cfr., volendo, CARLIZZI 2022, 53 ss.

### 3. Meritevolezza di tutela degli interessi dei contraenti, clausole generali e interpretazione sistematica

Nel secondo capitolo, dopo aver evidenziato che l'art. 1322, comma 2 c.c., relativo alla facoltà di concludere contratti atipici, «purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico», richiede di essere compreso in via di interpretazione sistematica, Velluzzi si chiede se le letture di tale disposizione compiute in dottrina e giurisprudenza rispettino le direttive metodologiche tipiche di tale argomento<sup>3</sup>.

Cerchiamo di ricostruire più in dettaglio l'itinerario percorso a tal fine dal nostro Autore. Preliminarmente egli definisce l'*interpretazione sistematica* come «giustificazione interpretativa che fa appello a un insieme ordinato di elementi sulla scorta di un criterio unificatore (un sistema appunto)» (MDC, 35 s.), e stila una preziosa *tassonomia* delle sue *sottospecie*, distinte in base alla nozione di “sistema” rispettivamente presupposta<sup>4</sup>. Sono così classificate l'interpretazione: *sistematico-testuale*, che mira ad armonizzare tra di loro i significati *letterali* dei vari enunciati di un settore disciplinare; *sistematico-logica*, che ambisce a prevenire l'emergere di *antinomie* all'interno di un complesso di norme; *sistematico-teleologica*, che si propone di coordinare le previsioni di una determinata materia secondo le *finalità* preminenti del relativo regime; *sistematico-dogmatica*, intesa a controllare che l'interpretazione di turno sia inseribile nella rete di *concetti* tessuta per delineare l'immagine di un certo istituto (MDC, 43).

Ciò posto, che l'art. 1322, comma 2 c.c. richieda un'interpretazione sistematica, viene sostenuto da Velluzzi essenzialmente per due ragioni. Da un lato, perché tale disposizione *contiene* una clausola generale. Dall'altro lato, perché non è chiaro se il giudizio di meritevolezza da essa richiesto *coincida* con, o si distingue da, quello di liceità imposto dall'art. 1343 c.c. («la causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume») e se riguardi solo i contratti atipici o anche quelli tipici. Le due ragioni, per quanto collegate, vanno tenute distinte, come lo stesso Velluzzi lascia intendere, là dove le riconnette ai *tre* principali problemi posti dallo stesso art. 1322, comma 2 c.c. e appena riassunti (MDC, 44). Di qui due diverse forme di interpretazione sistematica, la prima imposta dalla semantica della clausola generale contenuta in tale disposizione<sup>5</sup>, la seconda, invece, dalla coesistenza di quest'ultima con l'art. 1343 citato e, più in generale, con la disciplina dei contratti tipici.

Iniziando dalla *prima* ragione, il nostro Autore chiarisce che clausola generale è ogni espressione valutativa, come tale affetta da una peculiare indeterminatezza. A differenza di un'espressione descrittiva (es.: “edificio”), essa non è immediatamente associabile a uno o più significati empirici, bensì richiede che si individui e si comprenda uno dei criteri di valore (o standard) disponibili per le prese di posizione cui è funzionale. Nel nostro caso, l'espressione valutativa (*meritevole di tutela*) esplicita il proprio standard («secondo l'ordinamento giuridico»), sicché quest'ultimo va soprattutto compreso. Ma poiché tale comprensione ha ad oggetto un rapporto con l'ordinamento giuridico, ecco emergere la prima forma di interpretazione sistematica di cui ha bisogno l'art. 1322, comma 2 c.c. La conclusione del nostro Autore è che gli oneri argomentativi richiesti da tale forma, ossia l'indicazione delle ragioni che inducono a collegarla a uno specifico sistema (es.: quello dei principi costituzionali) e a una specifica esigenza di armonia al suo interno (es.: teleologica), spesso «non vengono assolti o vengono assolti male». Prova ne è una recente sentenza della Cassazione che ha considerato immeritevole di tutela una clausola contrattuale facendo leva in maniera sbrigativa e apodittica sulla sua contrarietà «alla coscienza civile, all'economia, al buon costume, all'ordine pubblico» (MDC, 46).

<sup>3</sup> Sugli argomenti interpretativi, v. anche VELLUZZI 2013, 35 ss., nonché: CANALE, TUZET 2020, 69 ss.; PINO 2021, 271 ss.

<sup>4</sup> Sull'interpretazione sistematica, v. altresì VELLUZZI 2002.

<sup>5</sup> Sulla semantica delle clausole generali, cfr. VELLUZZI 2010, 45 ss.

Un discorso in parte diverso va svolto a proposito della *seconda* forma di *interpretazione sistematica*, richiesta dalla coesistenza dello stesso art. 1322, comma 2 c.c. con l'art. 1343 c.c. e, più in generale, con la disciplina dei contratti tipici. Per spiegarla Velluzzi muove opportunamente da un censimento delle principali opinioni maturate al riguardo nella nostra cultura giuridica. Più precisamente, egli distingue le opinioni di chi sovrappone il giudizio di meritevolezza previsto dalla prima disposizione a quello di liceità previsto dalla seconda, da quelle di chi concepisce i due giudizi come autonomi (MDC 46 ss.), nonché, in quest'ultimo ambito, le posizioni di chi, muovendo dal concetto di causa in astratto, ritiene che il giudizio di meritevolezza valga solo per i contratti atipici, da quelle di chi, prediligendo un concetto di causa in concreto, lo estende anche ai contratti tipici (MDC, 51 ss.). Così, mentre le opinioni sovrappositive impongono di fare i conti col problema giusfilosofico della "ridondanza normativa", quelle discrete meritano un'attenzione particolare, perché, definendo i rapporti tra l'art. 1322, comma 2 e l'art. 1343 c.c., ricorrono alla seconda forma di interpretazione sistematica, che qui interessa in via principale. Queste ultime posizioni sono ricapitolate dal nostro Autore facendo propria l'efficace classificazione di Aurelio Gentili (MDC, 40), secondo cui il giudizio di immeritevolezza è stato distinto da quello di illiceità perché colpirebbe, a seconda della concezione considerata: «il patto che manchi di equilibrio o di solidarietà nello scambio»; «l'atto che non sia socialmente tipico»; «l'atto che non realizza gli scopi generali dell'ordinamento»; «l'atto che risponda a scopi futili o capricciosi» (MDC, 40). Svolto quest'articolato ma necessario discorso preliminare, il giusfilosofo toscano procede finalmente alla programmata critica delle letture dell'art. 1322, comma 2 c.c.

La critica è di grande interesse, sebbene possa dare talora l'impressione di sovrapporre la presente forma di interpretazione sistematica, imposta, come detto, dalla coesistenza di tale disposizione con quella dell'art. 1343 c.c. e, in generale, con la disciplina dei contratti tipici, con la prima forma di interpretazione sistematica, imposta, invece, dalla semantica della clausola generale di meritevolezza dello stesso art. 1322, comma 2 c.c. Si consideri, ad esempio, il passo nel quale il nostro Autore afferma (MDC, 52 – corsivi miei):

«laddove si neghi [...] la meritevolezza a fronte di interessi futili o capricciosi ci si imbatte in almeno due punti da argomentare *per via sistematica, vale a dire secondo l'ordinamento giuridico*. Il primo punto consiste nell'indicare per quale ragione è necessariamente futile e capriccioso ciò che non è socialmente diffuso. Il secondo punto è questo: se il giudizio di futilità o capricciosità degli interessi è, per così dire, qualitativo, bisogna evitare che la valutazione si esaurisca nell'intuizione dell'interprete sui criteri per apprezzare la futilità e il capriccio».

Questo passo è indubbiamente istruttivo, ma, a mio modesto avviso, toccando la prima forma di interpretazione sistematica enucleata, anziché la seconda, può armonizzarsi nella parte relativa a quest'ultima («estensione del giudizio di meritevolezza») solo tenendo presente la distinzione sopra operata tra le due forme. Insomma, resta fermo che stabilire cosa significa che un interesse è meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico è operazione relativamente indipendente dal chiarire se il controllo di meritevolezza coincide o non con quello di liceità. Anzi, a ben vedere, la seconda operazione presuppone la prima, che sola le offre un'idea, seppur provvisoria, di uno dei termini del raffronto (il giudizio di meritevolezza).

#### 4. *L'abuso del diritto e i rischi delle scorciatoie giurisprudenziali*

Il terzo capitolo analizza le criticità del ricorso giurisprudenziale alla figura dell'abuso del diritto soggettivo (d'ora in poi: "abuso del diritto" *tout court*), ormai riscontrabile nei più svariati alberi della foresta ordinamentale: dal diritto civile (con i rami della disciplina della proprietà, dei contratti ecc.), a quello commerciale (regime della concorrenza), amministrativo (regime del settore

energetico) e tributario (dove è stato infine codificato, come vedremo), fino ad arrivare alle normative delle principali forme di processo (civile, amministrativo e penale – dunque, mancano ancora riscontri nel diritto penale)<sup>6</sup>.

Il proposito di fare filosofia del diritto come analisi critica, che nel § 1 abbiamo visto costituire la cifra del volume in esame, trova qui una delle sue realizzazioni più compiute. La tesi sostenuta da Velluzzi è cristallina. L'abuso del diritto costituisce una scorciatoia attraverso la quale la giurisprudenza nega la rilevanza o, a seconda dei casi, l'efficacia giuridica delle iniziative di chi è titolare di un diritto, senza impelagarsi nei complessi ragionamenti imposti da queste gravi conseguenze. Con le parole del nostro Autore (MDC, 61): «si tratta, per così dire, dell'uso a mo' di "maschera" dell'abuso del diritto: una maschera rivolta a coprire il volto delle operazioni discrezionali, ma soprattutto poco argomentate compiute dagli interpreti».

A fronte di ciò, il filosofo del diritto ha il compito di: comprendere *se e in che senso* possa concepirsi l'abuso del diritto; fare una  *rassegna* dei principali impieghi giurisprudenziali di tale concetto; stabilire se tali impieghi poggino su *ragioni* giustificative *dichiarate e coincidenti* con quelle che l'analisi teorica della figura accredita come valide.

Sotto il *primo* profilo, Velluzzi prende le mosse da un dato di indubbio interesse, la *paradossalità* dell'abuso del diritto, che ha spinto alcuni autori a *negarne* la stessa configurabilità: com'è possibile porsi in contrasto col modello legale di un diritto esercitando atti conformi a esso? A suo avviso, questo è un paradosso *soltanto apparente*. Posta la distinzione basilare tra forma e sostanza di un atto giuridico, nulla esclude che l'atto di esercizio di un diritto corrisponda al suo modello legale formalmente, ma non sostanzialmente. Questa scissione può essere resa in modo ancora più semplice nei termini tipici della teoria dell'interpretazione: posto che la portata *letterale* delle disposizioni che regolano un diritto può divergere da quella *teleologica*, l'atto di esercizio di un diritto può ben rientrare nella prima, ma non nella seconda (rilevo incidentalmente che qualcosa di simile è stato sostenuto nella dogmatica penalistica, quando Federico Stella ha teorizzato la figura dei fatti inoffensivi conformi al tipo).

Approfondire questa possibilità di scissione ci conduce al *secondo* compito, relativo all'individuazione del senso in cui può concepirsi l'abuso del diritto. Esso mette capo, a sua volta, a tre domande ben precise (MDC, 63): «a quali condizioni [si può abusare del diritto]? Le condizioni variano a seconda dell'ambito disciplinare? Qual è il rapporto tra interpretazione giuridica e abuso del diritto?».

Alla *prima* domanda può risponderci facendo leva sulla diffusa teoria dell'interesse, che mira a chiarire cosa giustifica l'attribuzione di un diritto soggettivo da parte dell'ordinamento giuridico (MDC, 66 nt. 15). In effetti, se tale giustificazione risiede nel fine di soddisfare interessi meritevoli di tutela, è naturale che ciò costituisca il limite oltre il quale l'esercizio di un diritto non può spingersi. Pertanto, gli atti di esercizio di un diritto conformi al dettato della disposizione che lo attribuisce (aspetto letterale), ma eccedenti il suo fine (aspetto teleologico) corrispondono solo in apparenza a essa, tanto da risultare irrilevanti oppure inefficaci.

Se questo è il quadro teorico generale dell'abuso del diritto, bisogna pure considerare che esso è stato impiegato nei più disparati settori dell'ordinamento, ciascuno dei quali presenta ovviamente dinamiche per molti versi peculiari. Questo rilievo ci introduce alla *seconda* domanda sopra proposta. Al riguardo, il nostro Autore registra innanzitutto la differenza che si è venuta a creare tra il diritto tributario e gli altri settori. Nel primo, l'abuso del diritto, per lungo tempo elaborato dalla giurisprudenza, è stato infine recepito dalla legge (art. 10-*bis* l. 212/2000, introdotto dal d. lgs. 128/2015, che al comma 1 dispone: «configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano

<sup>6</sup> Sull'abuso del diritto, oltre agli studi del nostro Autore retrostanti al capitolo in esame (citati in MDC, 16), e alla collettanea a sua cura VELLUZZI 2012b, cfr. PINO 2006, 115 ss.

essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all'amministrazione finanziaria», mentre al comma 2 precisa le nozioni di «operazioni prive di sostanza economica» e di «vantaggi fiscali indebiti»). Altrove, invece, l'abuso del diritto continua a dipendere interamente dall'elaborazione giurisprudenziale, così risentendo delle esigenze tipiche del settore nel quale viene impiegato. Di qui alcune discrepanze, a cominciare da quella relativa alla natura del precetto composto dalla nostra figura, il divieto di abuso del diritto: mentre alcune sentenze lo inquadrano come principio inespresso, altre lo considerano manifestazione di principi diversi a seconda dei casi (ad esempio, nel diritto privato: quello di buona fede), altre ancora mescolano tutti questi elementi (MDC, 70).

Resta da fornire una risposta alla terza domanda, la più stimolante dal punto di vista di una *filosofia del diritto* concepita come *analisi critica*, che può riformularsi così: tenuto conto di quanto detto finora, qual è la forma specifica che deve assumere il ragionamento inteso a controllare se l'atto di esercizio di un diritto è abusivo? L'importanza della domanda è confermata dal fatto che di essa si occupa la metà del capitolo in esame (le pagine 68 s. e l'intero § 3). In estrema sintesi, Velluzzi concepisce l'abuso del diritto come concetto-chiave di quella forma particolare di interpretazione orientata allo scopo che va sotto il nome di "riduzione teleologica" e rende defettibile (ossia soggetta a eccezioni implicite) la norma sul diritto (MDC, 68):

«classi di casi regolate sulla base dei significati ascrivibili alla disposizione normativa attributiva del diritto vengono a essa sottratte in ragione della presenza o dell'assenza di una o più condizioni [, che riflettono le] ragioni dell'attribuzione del diritto».

L'impiego corretto di tale argomento ermeneutico si traduce dunque nel compimento di una serie di atti ben precisi (MDC, 77 s.):

«il primo passo [...] è costituito [...] dall'individuazione della cornice di significati convenzionali della disposizione attributiva del diritto. In secondo luogo, l'interprete è chiamato a compiere l'interpretazione teleologica della disposizione attributiva della situazione giuridica di vantaggio. Anche questa operazione [...] ha natura discrezionale, può essere effettuata per strade sensibilmente diverse (soggettiva oppure oggettiva) e manipolando gli strumenti adatti a individuare le finalità perseguite».

A questo punto il terreno è finalmente pronto per lo svolgimento dell'analisi critica, che può essere compiuta solo dopo aver dato conto degli orientamenti giurisprudenziali da criticare. Velluzzi ne offre un quadro sintetico ma nitido, chiarendo che spesso ricorrono a formule vuote o di stile. Paradigmatiche sono le pronunce che hanno valutato come improprio l'esercizio in concreto del diritto richiamandosi al «disvalore sociale che esso determina» o al suo consistere in «operazioni compiute essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio» (MDC, 72 s.). I rischi di quest'ultima strategia sono molteplici, in particolare: svuotamento del contenuto del diritto e occultamento delle ragioni effettive della valutazione, se non addirittura del suo fondarsi sulle mere preferenze ideologiche dell'interprete (MDC, 68 s. e 78 s.).

Tanto chiarito, mi sia consentito di svolgere un paio di osservazioni di contorno. Innanzitutto, premesso che inquadrare l'argomento dell'abuso del diritto tra le forme di riduzione teleologica (foriere di un'interpretazione restrittiva) è certamente istruttivo, vorrei aggiungere che questo non sembra essere il suo unico uso possibile. Al riguardo, sfruttando una distinzione condivisa oggi giorno dalla maggior parte dei teorici dell'interpretazione, ma in maniera non sempre netta, mi pare che, oltre che nella forma dell'*interpretazione restrittiva*, l'abuso del diritto possa essere valorizzato anche nella forma dell'*interpretazione stretta* (o *stricta*)<sup>7</sup>. La differenza tra le due forme è sem-

<sup>7</sup> La distinzione è teorizzata in maniera perspicua dai giuristi tedeschi dell'800, in particolare Thibaut e Savigny:

plice sul piano concettuale, meno su quello operativo. In effetti, la prima è *manipolativa*, nel senso che, mediante l'aggiunta o la sottrazione di elementi definitivi, altera uno dei significati individuati in via di interpretazione letterale<sup>8</sup>, così da farlo aderire a quello che si presume corrispondere all'intenzione (semantica o pratica) del legislatore (storico o razionale). La seconda, invece, è *selettiva*, nel senso che si limita a scegliere, lasciandolo intatto, quello tra i suddetti significati letterali che riflette meglio la stessa intenzione legislativa. Tornando all'argomento dell'abuso del diritto, è vero che esso è sovente impiegato *manipolando* uno dei possibili significati letterali in modo da ridurne la portata. Ma nulla impedisce di impiegarlo in modo *selettivo*, scartando il/i significato/i che, pur rientrando tra quelli letteralmente possibili, è/sono in contrasto con lo scopo perseguito attraverso l'attribuzione legislativa del diritto (a causa dell'equivocità dei termini usati dal legislatore o, peggio ancora, della loro scelta malaccorta).

In secondo luogo, ribadito che la diagnosi velluzziana dei rischi connessi ai richiami giurisprudenziali all'abuso del diritto è veramente utile, credo che valga la pena sottolineare che tali rischi sono di due tipi. Da un lato, vi sono i rischi dipendenti dal ricorso a formule vuote o di stile. Dall'altro lato, si danno i rischi intrinseci all'impiego dell'argomento dell'abuso del diritto, in quanto riflettenti la valutatività, dunque l'ampia indeterminatezza (non solo qualitativa, ma – si noti – anche quantitativa) del concetto sul quale si impernia: “esercizio del diritto difforme dallo scopo per il quale è stato attribuito”. Infatti, mentre gli uni sono contenibili seguendo modelli di ragionamento come quello nitidamente enucleato dal nostro Autore, gli altri non lo sono, se non ricorrendo a due soluzioni alternative, entrambe insoddisfacenti. O si rinuncia all'argomento in esame, e con ciò alle istanze di ragionevolezza di cui è espressione. Oppure si fissano in via autoritativa elenchi chiusi e vincolanti di casi di abuso del diritto (es.: pretendere che l'obbligazione sia adempiuta solo con certe modalità, inutilmente gravose), con la conseguenza di negare ingiustamente tutela giuridica nei casi non previsti eppure simili a quelli previsti (anche in ragione dell'inapplicabilità dell'argomento analogico, dovuta al carattere intenzionale della lacuna).

##### 5. *Contratto in frode al terzo, principi inespressi e suddivisione in sottofattispecie*

L'ultimo capitolo è dedicato alla sfuggente figura del contratto in frode al terzo, che, collocandosi al crocevia di numerosi istituti tradizionali, è entrato raramente nel campo di osservazione della dogmatica civilistica.

Prima di illustrare i risultati della relativa analisi, va sottolineato che essa rivela sin dall'inizio un rilievo – per dir così – *metafilosofico*, perché consente di precisare ulteriormente la definizione generale di filosofia del diritto come analisi critica (cfr. *supra*, § 1). Più in particolare, fa emergere una nuova variante, diversa da quelle coltivate nei capitoli precedenti, a loro volta solo simili l'una all'altra. Infatti, mentre nel primo capitolo il nostro Autore parte dalle definizioni correnti del broccardo *in claris non fit interpretatio*, per mostrare che sono tutte inevitabilmente difettose, tanto da spingerlo a consigliare l'abbandono dell'impresa (variante *critico-demolitiva*); mentre nel secondo capitolo muove dalle principali concezioni della clausola di meritevolezza di tutela degli interessi secondo l'ordinamento, per controllare se e in quali termini l'interpretazione sistematica che essa impone è stata praticata dalla giurisprudenza (variante *critico-espliativa*); mentre nel terzo capitolo trae spunto dalle principali accezioni di “abuso del diritto”, le perfeziona secondo un criterio di coerenza e di adeguatezza teorica (cioè di organicità definitoria e di corrispondenza alle categorie raffinate a certi fini in sede di teoria del diritto), e ottiene così

sul punto, cfr., volendo, CARLIZZI 2022, 52 nt. 110, 54.

<sup>8</sup> Sull'interpretazione letterale, in prospettiva giusfilosofica, v. la collettanea VELLUZZI 2000, nonché, nella letteratura più risalente, LUZZATI 1990, 201 ss., in quella più recente, DICIOTTI 2022, 14 ss.; in prospettiva storica e con particolare riguardo al diritto penale, cfr. GENTILE 2022, 179 ss.

una ridefinizione utile per controllare se l'uso giudiziale dell'argomento dell'abuso del diritto abbia rispettato il relativo modello di ragionamento (variante critico-argomentativa); nel presente capitolo, egli offre allo stesso modo una ridefinizione del concetto di "contratto in frode al terzo", ma la impiega come guida per indagare i rapporti che tale figura intrattiene con quelle a essa limitrofe, nonché il contenuto del suo regime giuridico (variante critico-dogmatica).

Esaminiamo ora il discorso svolto dal nostro Autore sul concetto di «contratto in frode al terzo», figura di creazione dottrinale e giurisprudenziale, al fine di metterne in luce gli aspetti di preminente interesse giusfilosofico e con l'avvertenza che, dei quattro che compongono il libro, questo è quello di maggiore densità dogmatica. Secondo quanto appena detto, ciò significa approfondire l'uso che Velluzzi fa degli strumenti *giusfilosofici* per perfezionare le tesi espresse dalla *scienza civilistica* sulla suddetta figura e trarne le debite conseguenze per il suo *inquadramento sistematico* e la sua *disciplina positiva*.

Partiamo dunque da una rassegna, sia pur rapida, delle suddette tesi. Il contratto in frode al terzo è stato puntualizzato in giurisprudenza da una sentenza risalente ma ancora preziosa, Cass., Sez. Un., 10603/1993, relativa al caso della società  $\alpha$ , che aveva venduto la propria partecipazione alla società  $\beta$  a un individuo diverso da quello al quale quest'ultima aveva attribuito un diritto di prelazione per il caso di vendita della propria partecipazione alla società  $\gamma$ . In tal modo anche la partecipazione alla società  $\gamma$  era stata trasferita al primo individuo, violando il diritto di prelazione del secondo. La Cassazione confermò il rigetto della domanda di nullità già pronunciato in appello, rilevando che l'ordinamento civilistico prevede diverse ipotesi di frode, ma prive di un denominatore comune, dunque capace di offrire alla figura del contratto in frode al terzo un regime giuridico unitario. Già questa argomentazione offre materia di riflessione al *filosofo del diritto*. Velluzzi la categorizza come ragionamento che nega la configurabilità di un *principio inespresso* (come, ad es., il divieto di ingiustificato arricchimento) per impossibilità di ricorrere all'induzione per enumerazione ( $f^1 \rightarrow C$ ,  $f^2 \rightarrow C$ ,  $f^3 \rightarrow C$ ;  $F \rightarrow C$ ), data l'eterogeneità degli effetti prodotti dalle ipotesi enumerate<sup>9</sup>. La conclusione è condivisa dal nostro Autore, che pertanto individua nella *suddistinzione* della fattispecie tradizionale del contratto in frode al terzo in varie *sottofattispecie* l'unica strada percorribile per venire a capo del *rebus* relativo al suo inquadramento e alla sua disciplina (MDC, 89 s.).

Dopo un'approfondita ricognizione di posizioni più o meno simili a quella espressa dalle Sezioni Unite, il filosofo del diritto toscano conclude che la *fattispecie* del contratto in frode al terzo, nella suddetta *configurazione tradizionale*, ricorre (MDC, 94): «qualora le parti concludano un accordo col quale violano e/o eludono la situazione giuridica soggettiva di cui è titolare il terzo, situazione attribuitagli da una norma imperativa o fondata su un precedente atto di autonomia privata».

D'altro canto, valorizzando le differenze specifiche presenti nel comune genere così delimitato, egli individua *tre sottofattispecie* di contratto in frode al terzo: a) contratto in *frode al terzo in senso stretto*, col quale le parti assumono un atteggiamento elusivo nel senso indicato; b) contratto in *danno al terzo*, che produce al terzo un pregiudizio ingiusto; c) fattispecie *complesse* produttive di *danno*, che sortiscono la stessa conseguenza, ma attraverso il collegamento tra un contratto e un'attività ulteriore (MDC, 95).

Mettendo a profitto questa tripartizione, il nostro Autore si interroga poi, per ciascuno dei suoi capi, sul rapporto intrattenuto con figure limitrofe, che tradizionalmente vengono comparate al contratto in frode al terzo *tout court*, dunque con una potenza analitica minore. Così, il contratto in *frode al terzo in senso stretto* viene raffrontato al contratto basato su motivi illeciti, al contratto concluso per interessi immeritevoli di tutela, all'abuso del diritto, alla frode ai creditori, nonché al

<sup>9</sup> Sulle tecniche di costruzione di principi inespressi, v. la ricca classificazione di RATTI 2008, 320 s., citato in MDC, 87 s. e nt. 13.

contratto *in frode alla legge*. Dopo aver evidenziato le differenze significative esistenti tra il contratto in frode al terzo in senso stretto e le prime quattro figure, nonché il rifiuto della dottrina e della giurisprudenza maggioritarie di assimilarlo alla quinta, Velluzzi, si impegna in una serrata analisi di quest'ultima (prevista dall'art. 1344 c.c.), per verificare se tale rifiuto sia effettivamente giustificato. La conclusione raggiunta è che il concetto di frode alla legge compone un principio e/o una clausola generale (MDC, 106 s.) che impone specifiche operazioni ermeneutiche. Tali operazioni possono essere approfondite affrontando un'altra questione relativa al contratto in frode alla legge, diversa da quella morfologica appena illustrata e concernente il suo *regime giuridico*. A fronte delle molteplici opinioni espresse al riguardo, egli valorizza la distinzione tra elusione e violazione, o, meglio, tra due diverse forme di violazione (MDC, 84 nt. 8, 108). Così, se il contratto viola direttamente una norma imperativa, esso è nullo ai sensi del 1° comma dell'art. 1418 c.c.; se, invece, la viola solo in modo elusivo (cioè – pare di poter dire – attraverso un comportamento non corrispondente al significato letterale, ma solo a quello intenzionale della stessa norma imperativa), esso è nullo ai sensi del 2° comma dello stesso art. 1418 c.c. Ed è proprio qui che emerge il rilievo *giusfilosofico* della ricostruzione del contratto in frode alla legge finora compiuta. Se il contratto può violare una norma imperativa in molteplici modi, allora, per stabilire se esso è in frode alla legge, bisogna compiere varie operazioni. Più precisamente, occorre: individuare il significato letterale e quello teleologico della norma imperativa; distinguere, in connessione a ciò, i diversi modi, diretti ed elusivi, della sua violazione; comprendere il contenuto del contratto in giudizio; classificare i sintomi tipici che esso presenta quando viola in modo elusivo la norma imperativa in questione; controllare se lo stesso contratto in giudizio presenta qualcuno di tali sintomi. Con le parole sintetiche e icastiche di Velluzzi (MDC, 111):

«per giudicare un contratto in frode alla legge bisogna compiere [...] almeno i seguenti passaggi: a) interpretazione del contratto; b) interpretazione della disposizione normativa imperativa secondo la sua ragione giustificatrice; c) valutazione dell'operazione contrattuale alla luce della norma imperativa e guardando agli indici rivelatori della frode a essa pertinenti».

A questo punto è finalmente possibile affrontare la questione del rapporto tra contratto in frode al terzo e contratto in frode alla legge. Combinando la tripartizione sopra proposta con il discorso svolto a proposito di quest'ultimo, il nostro Autore stabilisce il seguente assetto lineare. Solo il contratto in frode al terzo in senso stretto, non anche le altre due sottofattispecie di contratto in frode al terzo (siano esse semplici o complesse), comporta la violazione (elusiva) di una norma imperativa. Esso, pertanto, può essere considerato una particolare ipotesi di contratto in frode alla legge, con tutte le segnalate conseguenze disciplinari (MDC, 113 s.).

Svolta questa ricostruzione lunga ma necessaria, vorrei chiudere limitandomi a proporre una riflessione sollecitata dalla lettura del capitolo in esame, a ulteriore riprova della valenza *maieutico-giusfilosofica* del volume qui recensito. Esso fa venire alla luce una *particolare specie di regola lato sensu interpretativa*. È la specie delle regole che consentono di risolvere le antinomie che sempre possono darsi tra significati letterali e significati intenzionali, a causa della loro equivalenza in linea di principio *ex art. 12 disp. prel. c.c.*<sup>10</sup>. La particolarità di tali disposizioni, tra cui, appunto, l'art. 1344 c.c., risiede nel fatto di contenere una direttiva ermeneutica *implicita del seguente tenore*: se il significato *letterale* e quello *intenzionale* della disposizione alla quale rinviano (nel nostro caso: una qualunque norma imperativa) sono in contrasto, il secondo significato *deve prevalere senz'altro* sul primo.

<sup>10</sup> Sui problemi dipendenti dalla mancanza nell'ordinamento di un metacriterio che stabilisca se, nel caso di contrasto tra i risultati dei criteri del primo tipo indicato nell'art. 12 disp. prel. c.c., ossia di interpretazione letterale, e i risultati dei criteri del secondo tipo, ossia di interpretazione intenzionale, cfr., per tutti, GUASTINI 2011 314 s.

*Riferimenti bibliografici*

- CARLIZZI G. 2022. *Per una storia dell'ermeneutica giuridica*, in «Diacronia», 1, 2022, 15 ss.
- CANALE D., TUZET G. 2020. *La giustificazione della decisione giudiziale*, Giappichelli.
- DICIOTTI E. 2022. *Le attività creative dei giudici*, Mucchi.
- GENTILE G. 2022. *Alice, Humpty Dumpty e la penalistica italiana: ovvero, una breve storia dell'interpretazione letterale dall'Illuminismo all'ermeneutica giuridica*, in «Diacronia», 1, 2022, 179 ss.
- GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Giuffrè.
- LUZZATI C. 1990. *La vaghezza delle norme*, Giuffrè.
- PINO G. 2006. *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in MANIACI G. (ed.), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, 115 ss.
- PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Giappichelli.
- RATTI G.B. 2008, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Giappichelli.
- VELLUZZI V. (ed.) 2000. *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli.
- VELLUZZI V. 2002. *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli.
- VELLUZZI V. 2010. *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè.
- VELLUZZI V. 2012a. *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, ETS.
- VELLUZZI V. (ed.) 2012b. *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, ETS.
- VELLUZZI V. 2013. *Le preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, ETS.
- VELLUZZI V. 2020. *Tra teoria e dogmatica II. Altri sei studi sull'interpretazione giuridica*, ETS.

# INTERVENTI

# I diritti dell'umanità nella tempesta

Human rights in the storm

LUCIANA **CASTELLINA**

Dottorato di ricerca *honoris causa* in “Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti”, Università degli Studi di Palermo.

# I diritti dell'umanità nella tempesta

LUCIANA CASTELLINA

Poiché mi è stato chiesto di intrecciare questa esposizione – che non oso chiamare *Lectio* – con l'esperienza della mia stagionata vita di militante – non indiscussa, anzi! – parto proprio da una memoria personale, un ricordo che non solo mi ha molto segnato ma che ha molto a che vedere con quanto in questi giorni ci lacerava tutti: Gaza.

Era da poco terminata con un cessate il fuoco la guerra dei 6 giorni fra Israele e i paesi arabi, 1967, che fui inviata dalla rivista del PCI “Rinascita” ad Amman per seguire il primo fra i tanti convegni (inutili) sul futuro di Gerusalemme. Non sapevo niente di quel conflitto, se non di quando, nel 1948, nacque lo stato di Israele, l'Unione Sovietica fra i primissimi paesi a riconoscerlo, e, infatti, la prima sua ministra degli esteri, Golda Meyer, è Mosca che sceglie come suo primo viaggio diplomatico. Viene accolta da una grande folla festante nel Palazzo dei sindacati, e tutti cantano insieme l'Internazionale.

Era naturale: gli arabi erano cittadini di piccoli reazionari stati feudali dipendenti dall'Impero britannico, gli ebrei quasi tutti intellettuali europei di sinistra (fra loro il *Kommunistisches Bund* di Berlino). Volevano che il loro nuovo stato diventasse uno stato di sinistra. E forse anche per questo, arrivati nella terra di Palestina decisero che bisognava superare la divisione sociale del lavoro e che loro, dunque, dovevano nei nuovi Kibbuz lavorare la terra. Il risultato fu che cominciò così la cacciata dei palestinesi di cui allora non sospettavano l'appartenenza al genere umano. In questo perfettamente simili a tutti gli altri occidentali dell'epoca.

Al convegno di Amman venimmo avvicinate, io e una giornalista inglese, da alcuni palestinesi che ci chiesero se volevamo visitare un campo profughi non lontano dalla capitale giordana. Scoprii così il primo (già, peraltro, vecchio di vent'anni) dei tantissimi che nei 70 anni successivi avrei frequentato ed è lì che mi regalarono una grande foto della loro scuola, tanti bambini a sedere per terra nella sabbia. L'ho ancora attaccata alla parete della mia stanza.

E però la gita non si fermò lì. Le nostre guide ci proposero di visitare un altro campo, nei pressi di una cittadina più a nord, proprio al confine con Israele. Ma quando arriviamo, improvvisamente, nel cielo, e nonostante il cessate il fuoco, appare una squadriglia aerea israeliana che comincia a bombardare. Ci gridano di gettarci sotto le automobili parcheggiate per ripararci e, per fortuna incolumi, dopo 20 minuti, finito l'imprevisto *raid*, corriamo verso l'ospedale per capire cosa sia successo: stavano già portando con tutti i mezzi i feriti, molti, purtroppo, già cadaveri. Sulla porta un giovane medico palestinese, con una bambina morta fra le braccia. Appena mi vede mi mette il cadavere della piccola in grembo, quindi, quando ho superato lo choc, mi trascina dentro l'ospedale per mostrarmi i feriti già arrivati, stesi per terra nei corridoi, assistiti alla meglio. Poi mi guarda in faccia, e, senza simpatia, mi dice: “così imparerete cosa è la questione palestinese.”

Credo di aver imparato perché da allora ho fatto molti su e giù con quel pezzo di Medio Oriente, dove da parecchio non posso più andare perché l'ultima volta mi hanno preso per i piedi all'aeroporto di Tel Aviv e cacciato dal paese come persona “non grata”.

Nel ricordare questo episodio non posso far altro che dire: “W l'ONU”. La brutale aggressione verbale, pochi giorni fa, al suo segretario generale da parte dell'ambasciatore di Israele che ne ha chiesto le immediate dimissioni, era motivata dal fatto che Gutierrez aveva detto: “ Hamas va condannata, ma Hamas non è caduta dal cielo, è il frutto della storia che ha reso vittima la Palestina.” Cioè, una verità.

Fosse anche solo per questo vorrei preservare l'Onu ma non posso non essere allarmata per il fatto che la sua impotenza è sempre più evidente, in quest'ultima vicenda così totale da imporci

di rivederne totalmente l'assetto. Continuare a parlare di tutela dei diritti umani sarebbe altrimenti ridicolo e non ce lo possiamo permettere.

Vorrei ora spiegare perché ho scelto di usare nel titolo che ho dato a questa mia lezione la dizione “diritti dell’umanità” anziché “diritti umani”. Innanzitutto, perché non sono la stessa cosa e poi perché in questi ultimi decenni la definizione “diritti umani” ha finito, sia pure inconsapevolmente, per essere intesa come diritto per sé, per sé come individuo; e in una fase storica in cui a tal punto si è accentuato l’individualismo e sempre meno vive l’attenzione per l’altro – il noi (non solo il me) – ha oggettivamente finito per significare che quei diritti sono più importanti di quelli collettivi. Questi vengono in genere chiamati “diritti sociali” e non a caso nel sistema giuridico dell’Unione Europea sono finiti per avere una collocazione di grado inferiore, appaiono insomma come un’aggiunta, certo anche perché quelli individuali hanno in questo tempo ricevuto assai più sostegno nell’opinione pubblica. È, questo, io credo, uno degli aspetti della crisi della democrazia che stiamo soffrendo e che è anche crisi della politica. È crisi del “Noi”, prevale ormai sempre l’io, l’ “io da solo forse me la cavo”.

Parlare di diritti dell’umanità, significa parlare anche di politica internazionale e dunque stabilire – e attrezzarsi a far rispettare – le norme che dovrebbero regolarla. E questo non si può fare se non si prende in conto l’antefatto, il contesto, senza il quale tutto rischia di diventare molto equivoco. E infatti lo diventa.

Prendete l’accusa di “terrorismo”, una cosa decisamente brutta, da condannare in ogni caso direi io che sono pacifista, ma non possiamo scordare che Terroristi venivano chiamati i guerriglieri algerini in lotta per strappare il loro paese dalla condizione coloniale, e così i Mau Mau kenioti e ogni altro movimento in lotta per liberarsi dal colonialismo, tant’è vero che spesso il capo terrorista poteva poi diventare acclamato primo ministro. (E del resto, ricordando quelle lotte di liberazione nazionale, non si può certo dimenticare che nella prima carta dell’Onu, quella varata quando i membri della nuova organizzazione furono solo 50, il colonialismo non venne neppure nominato, come era del resto naturale essendo una buona parte dei 50 imperi coloniali!).

Terroristi, del resto, furono definiti anche quelli dell’America Latina impegnati a cacciare le dittature insediatesi nei loro paesi, o, ancora, lo scandaloso caso dei Kurdi. E poi però ci sono anche le ingiustificate BR, o l’Isis: possono essere considerate uguali, a quelle che ho citato o non occorre capire ogni volta il contesto, l’antefatto, la loro motivazione, per non correre il rischio di dare giudizi assolutamente arbitrari?

Non dovremmo accompagnare l’Onu con un organismo espresso dalle ONG che si occupano di diritti dell’umanità e non ascoltare solo gli stati che talvolta possono anche essere terroristi loro stessi? Gli stati, purtroppo, possono diventare loro stessi terroristi. Quanto al “diritto di veto”, di cui alcuni stati godono tutt’ora, si tratta di un bel stravagante diritto, non vi pare? Senza pensare che a distorcere più di ogni altra cosa l’obiettività dei giudizi è una informazione attualmente alimentata all’85% da fonti occidentali, e quindi segnata da un potere egemonico decisivo.

Servirebbe dunque un organismo ovviamente privo di potere deliberante ma almeno utile a sollecitare una riflessione critica nell’opinione pubblica sulle sentenze “ufficiali”, tale da far ragionare sulla necessità di tener conto di quanto di negativo può produrre la condotta sempre più illegittima dei più potenti. E fra l’uso arbitrario delle parole vorrei metterci in primo luogo quello che dichiara democratico un paese anche solo perché ha un parlamento, evitando di denunciare, per es., l’*apartheid* che sembra ormai superata antica pratica in uso nel Sud Africa ormai sconfitta visto che tutti si sono ormai dotati di un qualche parlamento. Lo stesso Parlamento europeo ha a lungo tollerato l’*apartheid* del Sud Africa, e oggi non ha il coraggio di denunciare questo tipo di discriminazione, che, sia pure in modo meno radicale, è tutt’ora in atto, magari arricchito dall’approvazione di un Parlamento.

Un organismo privo di potere legale non serve? Certo ne ha poco. E però può avere un valore non solo simbolico, ma morale e anche pratico, se è gestito equamente.

Fra le mie esperienze di vita ce ne è una che considero preziosa: quella di aver molto spesso fatto parte della “corte internazionale giudicante” del Tribunale per i diritti dei Popoli, inizialmente Tribunale Russell (cominciò col Vietnam), poi, negli anni '70, ripreso da Lelio Basso e tutt'ora molto impegnato. Al suo attivo ormai 50 processi accuratamente preparati dagli stessi popoli “reclamanti”, aperti a preziose testimonianze, che ci hanno consentito di raccogliere una assai ricca e accurata documentazione su tutte le violazioni, ufficiali o ufficiose, dei diritti sanciti dal sistema ONU. E dunque a rivelare quanto poco democratici siano molti stati ufficialmente considerati tali.

Quando dico che una organizzazione simile può anche produrre effetti concreti penso in particolare ad uno dei processi più recenti fra quelli che abbiamo promosso, quello sulla Colombia, credo essenziale ad avere facilitato l'elezione finalmente di un presidente democratico del paese, Gustavo Petro.

Sarebbe bello se proprio dalle Università in cui come questa di Palermo si studiano i diritti dell'umanità partisse un'iniziativa per sviluppare ulteriormente l'idea di un Tribunale morale che fosse pienamente rappresentativo di tutti i pezzi di mondo dove abitano gli umani. Io che sono molto vecchia ho avuto modo di imparare quanto importanti siano stati “gli scioperi a rovescio”, quelli inventati dai braccianti meridionali nell'immediato dopoguerra quando si cominciò a lottare per una riforma agraria in Italia ancora mai nemmeno tentata. Si trattò di una invenzione straordinaria: siccome il grande agrario assenteista non voleva investire per trasformare le sue terre incolte in risorse produttive, loro, anziché astenersi dal lavoro che peraltro non avevano, per protesta andarono in lunghi cortei di donne uomini bambini animali e bandiere rosse, a zappare il latifondo. Dimostrarono che ogni tanto bisogna ricorrere a quella che molti decenni dopo, nel '68, fu chiamata “pratica dell'obbiettivo”, e cioè non aspettare l'incerto risultato della trattativa ingaggiata per far accogliere la loro richiesta, ma applicarla direttamente. Così alla Fiat gli operai stressati dai ritmi infernali imposti dalla velocità della linea di montaggio cominciarono a rallentarli loro stessi applicando quello che divenne celebra col nome di “salto della scocca”: degli scheletri delle auto che passavano sulla catena di montaggio e che loro avrebbero dovuto riempire di altri pezzi, cominciarono a “riempirne “solo uno sì e uno no. Noi potremmo invece aumentare i ritmi della giustizia, moltiplicando processi come quelli del Tribunale dei popoli, aiutando a dar visibilità alle loro sentenze.

Questo paragone non vuol essere una incitazione alla disubbidienza, e però sì nel senso di preparare il terreno perché i verdetti siano più giusti, sostenuti dalla maturazione di una cultura, di una visione del mondo, realmente universalisti. Creare, in questo caso, un organismo dotato di autorità morale e farlo agire affinché anche se le sue decisioni non hanno validità legale aiutino però, già così, a rendere popolare il verdetto di organismi non governativi.

Quanti sono infatti quelli che sanno, o ricordano, le sfacciate discriminazioni operate nell'attribuzione delle colpe di una o dell'altra parte del mondo? Basti pensare al modo in cui è andata regolandosi la questione delle responsabilità individuali dei crimini di guerra, affidata alle nuove Corti via via nate qui e là. La prima vide la luce subito dopo la fine del secondo conflitto mondiale, quella di Norimberga, che giustiziò 22 nazisti, e 28 criminali giapponesi. Il procedimento non era in realtà proprio legale, ma era certamente sostenuto, e dunque giustificato, da una grandissima parte del mondo.

L'intera materia della responsabilità individuale fu regolata a Dumbarton Oaks, nei pressi di Washington, dove si riunirono i 3 Grandi di allora che stesero la Carta delle Nazioni Unite poi fatta assumere dai primi 50 stati membri dell'ONU. Ed è sulla base di quanto dice quella Carta che fu affidato al neonato Consiglio di sicurezza il compito di decidere quale guerra dovesse essere considerata d'aggressione. E però, sebbene sia gli USA che URSS di guerre d'aggressione, nel frattempo, ne abbiano fatte parecchie (Vietnam, Guatemala, Cuba, Santo Domingo, Grenada, Libia, Panama, Iraq, Ungheria, Cecoslovacchia, Afghanistan) non è mai successo niente. Non parliamo poi delle responsabilità personali in Jugoslavia e in Iraq. La procuratrice generale della

nuova Corte dell'Aja, Carla Del Ponte, ha archiviato, tanto per fare un esempio, tutte le denunce contro la Nato per i suoi bombardamenti su Belgrado, né ha mai detto niente sui 42 giorni di bombardamenti nella prima guerra dell'Iraq in cui – è stato calcolato – si è usato più esplosivo di quanto ne sia stato usato durante tutta la Seconda guerra mondiale da parte di tutti gli alleati.

Certo, guardando alla guerre attuali che si stanno moltiplicando e che diventano sempre più crudeli, e che, fra l'altro, entrano adesso come suadente spettacolo nelle nostre stesse case, mi domando come sia possibile che proprio la guerra, la sola cosa che un documento ONU dice con chiarezza essere un crimine ( art.5 dello Statuto della Corte penale Internazionale ) abbia in varie forme continuato a dilagare e che le siano state date in seguito una quantità di specificazioni , quasi che qualcuna fosse legittima; e perché, invece di limitarsi a parlare di “crimini di guerra”, non si ripete che è la guerra ad essere un crimine in sé, una modalità di soluzione dei conflitti internazionali che appare ormai, o dovrebbe apparire, solo un retaggio medioevale: l'uso delle armi ?

Così come non si capisce che senso abbia la risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU del dicembre '94 in cui anziché limitarsi a riprendere la dizione chiara già usata abbia voluto tornare sull'argomento usando parole meno limpide come “atto illecito e intenzionale causante morte” : una indeterminatezza fonte del massimo arbitrio, che può condurre al massimo abuso. Perché non dovrebbe essere dunque possibile condannare il ricorso alla guerra in quanto tale, anche quando viene ribattezzata “umanitaria” e concessa come strumento legale per combattere l'Isis come, per esempio, è accaduto dopo l'attacco alla Torri gemelle, o in Afghanistan, sia per opera dell'URSS che degli USA? È, cioè, possibile che la guerra, pur essendo la sola attività chiaramente condannata dall'Onu, venga invece arbitrariamente addirittura regolata, acquisisca delle specificazioni: quelle giuste, quelle necessarie, quella barbare...? E tutto questo in base a criteri oscuri, senza peraltro tener conto di quanto invece dovrebbe esser utile a capire meglio, non per giustificarla ma per poi poter prendere le misure atte ad incidere sui processi che le hanno fatte scoppiare e dunque per agire per impedire che esse si ripetano?

Penso a quella dell'Ucraina: basta condannare Putin, come comunque è necessario, o non servirebbe, anche, in questo caso, valutare l'antefatto, il contesto? E cioè la circostanza che ha visto – dopo che Gorbacëv aveva ritirato le truppe del patto di Varsavia dalla Germania e addirittura sciolto la Nato dell'est, e dopo che era stato sottoscritto un accordo, non verbale ma scritto, ancorché tenuto riservato, in base al quale la Nato non avrebbe dovuto superare i suoi confini verso est – vedere dopo poco tempo i paesi aderenti all'Alleanza Atlantica passare da 12 a 30, mentre le sue basi venivano collocate tutte intorno alla nuova Russia, così aggiungendosi alle 800 che gli Stati Uniti avevano già in giro per il mondo? Non sarebbe forse stato possibile evitare la guerra attuale se si fosse cominciato col protestare contro una politica così dissennata come quella dell'occidente alla caduta del Muro, quando, anziché cercare di includere pacificamente la Russia in una nuova rete di collaborazione europea che riconquistasse alla democrazia una nuova generazione disorientata, ha invece preparato il terreno sul quale Putin con il suo revanscismo è diventato popolare nel suo frustrato paese?

Dico queste cose non per recriminare ma perché la pace e la guerra non sono materia facilmente governabile. Fermarle in base al reciproco consenso è difficile. Si può farlo solo se si imbocca la difficile ma essenziale strada della trattativa, per stabilire un accordo con l'avversario, non fra quelli che lo oppongono. Uno degli slogan del grande movimento pacifista europeo degli anni '80, di cui mi onoro di esser stata coordinatrice assieme a Ken Coates, all'epoca presidente della Bertrand Russell Foundation, era proprio questo: i patti si fanno con i nemici non con gli amici (in questo caso costruendo la Nato.)

Non dovremmo dunque innanzitutto batterci ben più di quanto facciamo affinché l'ONU acquisisca più potere decisionale, e non dovremmo con più forza insistere affinché l'Onu stessa alzi di più la propria voce per far capire che siamo ormai arrivati ad un punto in cui un sistema tutto fondato sul superiore potere dell'Occidente non regge più? Credo che, se vogliamo salvare i

diritti umani conquistati in questi decenni, sia necessario far capire che occorre liberarci della tronfia esaltazione dei c.d. “valori occidentali”, accompagnata dall’omertà con cui vengono coperti i suoi delitti. Il mondo non è più disponibile ad ingoiare. Certo che in occidente viviamo meglio che negli altri continenti, con più libertà e più sostegni sociali. Ma possiamo scordarci che questo è perché, in particolare in Europa, abbiamo fatto molte lotte e molte rivoluzioni che abbiamo però impedito, con i mezzi più feroci, che gli altri popoli facessero?

Nel titolo ho inserito anche la parola “tempesta”. Non vedo altro termine che potrebbe meglio di questo indicare quanto sta accadendo nel mondo. Qualcosa che ha visto come vittime innanzitutto i diritti dell’umanità e della natura, l’insieme del sistema costruito dall’ONU, accendendo la speranza nel lontano 1948 che fosse arrivato il momento di incamminarci verso un mondo migliore.

La conclusione che ne possiamo trarre è che l’Onu non è in grado di far rispettare le norme stabilite che continuano ad essere interpretate e applicate dai vincitori, sempre immuni da condanne. Quando Bush, più forte che mai per aver vinto anche la guerra fredda, lancia il suo “New World Order”, è ormai sicuro di poter decidere su tutto. Anche sulle decisioni dell’ONU.

Dipende, come sappiamo, dalla struttura gerarchica fissata sin dall’inizio con la creazione del Consiglio di sicurezza. E naturalmente questo si riflette anche sulle scelte della Nato, come è stato codificato dal vertice tenuto a Roma nel ’91: l’Alleanza Atlantica, inizialmente concepita come patto regionale, ha ormai superato i confini iniziali, si estende a tutto il mondo.

Il termine “tempesta” se lo riferiamo al nostro tempo attuale diviene tuttavia oggi anche molto più drammatico, giacché la tempesta è oggi infinitamente più grave di quelle del passato. Perché la crisi attuale non è una crisi congiunturale come ce ne sono state spesso ma una crisi strutturale, che investe l’intero nostro sistema, e che dunque non può essere superata con misure minori, bensì solo con un mutamento radicale del nostro modo di produrre, di consumare, di vivere insieme. Un tempo l’avremmo chiamata “crisi del capitalismo”, ma adesso, siccome l’idea fa paura, si usa chiamarla “crisi del modello di sviluppo”.

Quale che sia il nome si tratta del fatto che è ormai indispensabile una rottura, una rivoluzione, e dipende da quello che faremo se il “mondo nuovo” sarà migliore o peggiore, e cioè in poche parole, se a vincere saranno i potenti di oggi – che anche loro per sopravvivere dovranno fare la loro – o quelli che del sistema vigente hanno sempre patito, sebbene fosse infinitamente migliore di quello che potrebbe venire. In passato, infatti, e in particolare dopo la Seconda guerra mondiale, il capitalismo ha conosciuto un grande sviluppo, certo ineguale, ma comunque positivo: crescita industriale, innanzitutto, che ha dato i margini per un miglioramento della condizione di vita di una parte considerevole dell’umanità. Quello che ha offerto i margini ai potenti per stabilire un compromesso sociale, quella mediazione che è stata chiamata “compromesso socialdemocratico”.

Quei margini oggi non ci sono più e per poter conservare il loro potere i potenti dovranno ricorrere alla violenza, per conservare a loro esclusivo vantaggio quanto – comunque pochissimo – rimarrà disponibile dopo che la Terra sarà stata investita in pieno dalla catastrofe ecologica.

La crisi che comunque covava da più tempo ha avuto la sua grande impennata nel 1970/1, quando salta il sistema c.d. di Bretton Woods, dal nome della località nei pressi di Washington dove, nel ’44, era stato raggiunto un accordo fra le potenze vincitrici che avrebbe dovuto garantire pace e quiete sociale dopo i disastri della guerra. Era basato sulla stabilità dei cambi e sulle regole affidate alle nuove istituzioni internazionali che avrebbero dovuto sorvegliare il suo funzionamento – Fondo Monetario Internazionale e Banca Mondiale. Il tutto veniva reso possibile dalla centralità affidata al dollaro ancorato al prezzo dell’oro e il tutto era basato sulla forza militare ed economica degli Stati Uniti.

La stabilità già non era più mondiale quando scoppia la guerra fredda, che escluse il blocco sovietico, ma nel ’70 la scossa è molto più forte perché sono intervenuti molti fatti nuovi,

l'ingresso sulla scena mondiale dei paesi del terzo mondo, i non allineati, e perché nel frattempo si sono moltiplicate le lotte operaie e studentesche in tutto il mondo. È allora che si comincia a scoprire che non è più possibile applicare il compromesso sociale che aveva garantito una relativa quiete, perché l'industrializzazione non può espandersi a tutto il globo, oltretutto perché si aggiunge la scoperta dirimpante della devastazione che sta producendo sulla natura.

A Tokio, dove si riuniscono, preoccupatissimi, i tre pezzi forti dell'Occidente – Usa, Giappone, Europa ovest – danno vita ad una alleanza chiamata Trilaterale che, nel suo “manifesto” programmatico scrive apertamente: in questi anni si è sviluppata nel mondo troppa democrazia, il sistema non se lo può permettere, l'economia è cosa troppo importante per poterla affidare alla politica. Deve essere affidata agli “esperti”, come se un popolo possa essere trattato come una banca.

È di qui che si afferma la parola *governance*, ormai inconsapevolmente usata dalle nostre stesse organizzazioni – senza capire che ha tutt'altro significato: che non è un modo di organizzarsi in voga nell'efficiente occidente e perciò parola inglese; che non è soprattutto equivalente a “governo” – termine che prevede un orientamento democraticamente definito in base alla sovranità popolare ma (come si può leggere sul vocabolario che la spiega come “funzione di direzione e controllo delle organizzazioni economiche”. Nello specifico contesto della Trilaterale: l'attività affidata ai neutrali tecnici delle imprese! Non è un caso se da quando è entrata in uso quella parola le politiche economiche dei governi di destra e di quelli di sinistra abbiano cominciato ad assomigliarsi tanto. È come sempre per via dell'imbroglio del neutro!)

Di qui la sempre crescente privatizzazione, persino del potere deliberativo dei cittadini, le decisioni che contano sempre più essendo prese a livello del mercato globale da soggetti privati – gruppi finanziari e multinazionali – assistiti nella loro attività da avvocati e notai altrettanto privati nell'adottare misure che hanno conseguenze ben più pesanti di quanto abbiano le decisioni di un qualsiasi parlamento nazionale o sovranazionale. Forse dovremo arrivare a dover lottare per il diritto umano di non esser costretti a subire decisioni assunte privatamente!

A interpretare e attuare per primi la nuova linea dell'imponendo capitalismo furono Thatcher e Reagan introdussero la devastante *deregulation* che cominciò a infierire alla fine degli anni '80, imponendo una sconfitta dopo l'altra alla classe operaia e alla sinistra di tutta l'Europa.

Nel 2007/8 c'è un drammatico aggravamento della crisi, in cui reggono i forti che anzi diventano più ricchi, ma grazie al fatto che il danaro pubblico viene dato alle Banche per salvarsi, non più a vitali settori pubblici, come, per dirne una, al sistema sanitario. Una crisi storica che mette in crisi anche la globalizzazione, la multilateralità ormai definita “a bassa profondità”. La crisi resuscita vecchi conflitti regionali, acuisce una competizione selvaggia, le guerre scoppiano anche per via di 17 materie prime preziose senza delle quali un paese moderno non può più sopravvivere, “la guerra mondiale” torna alla grande, sia pure, come dice papa Francesco, “a pezzetti”.

Senza parlare di quanto potrà inevitabilmente provocare ovunque l'ulteriore sviluppo delle nuove tecnologie, quelle che potrebbero rendere l'umanità felice ma che, se il sistema resta così, produrrà invece nuova e feroce disuguaglianza. Solo un esempio indicativo: lo sviluppo tecnologico per tutto il XX secolo ha ridotto il lavoro tradizionale del 15 %, poco. Alla fine del secolo presente lo ridurrà – ci dicono gli scienziati – del 75 per cento. Due cifre che ci dicono che a quel punto ci sarà un 25 % di ricchi e molto istruiti che dominerà tutto con i loro algoritmi e sotto di loro si produrrà una grande aerea di servitori: badanti, *riders* che gli portano a casa la prima colazione, che aiutano il nonno malato a fare i suoi bisogni, a spazzare. Capite bene che salvare i diritti umani e quelli dell'umanità sarà quasi impossibile, il mondo essendo diventato a quel punto un immenso campo di servitori. A quel punto sarà infatti necessario ridefinirne tutti i principi. Faccio solo un esempio: basta ancora parlare di diritto alla scuola pensando ai giovani che devono avere il diritto di accedere all'università, quando al ritmo attuale dello sviluppo tecnologico se non c'è anche il diritto a studiare durante tutto l'arco della vita – una sorta di decuplicate 150 ore

e cioè di una obbligatoria alternanza scuola-lavoro e non dunque solo della famosa laurea una volta per tutte – tutti i diritti all’istruzione saranno nel giro di un decennio obsoleti?

Scusate se in un’occasione come questa ho riraccontato quello che ha dato inizio alla crisi di sistema. L’ho fatto per due ragioni: la prima è che della gravità di quel che avvenne nel 1970 la “politica” non si accorse quasi così come delle sue conseguenze, qualcosa che è ancora vero oggi, quando si continua a parlare del che fare senza rendersi conto che per fare cose sensate c’è bisogno di essere consapevoli del dramma climatico che si aggrava ogni momento e che se non si cambia il sistema stesso non sarà più pensabile tornare a quello che un grande storico inglese, Hobsbawm, ha chiamato “il trentennio felice”. I diritti cambiano in questo contesto e se si vuole tener testa a quanto avverrà – basti pensare all’intelligenza artificiale e alle cose utili che potrebbe regalarci, ma ancor più agli enormi rischi che ne potranno discendere – bisognerà prendere atto della necessità di un pensiero del tutto nuovo. Non comporta anche solo questo l’urgenza di ripensare tutto il sistema dei diritti, e delle organizzazioni create per proteggerli?

È molto difficile e sono contenta che all’Università si studi la materia. La parola “globalizzazione” fra l’altro ha prodotti molti danni perché è stata regolata a Davos, dove si tiene il *World economic forum*, dove si incontrano e decidono tutto i banchieri e i gruppi finanziari transnazionali. Perché non cominciare a rivendicare che siano presenti anche le organizzazioni dell’ONU? Vale anche per il diritto internazionale perché quello che avrebbe dovuto essere cooperazione in un mondo senza frontiere ha prodotto il massimo di spaccature e squilibri, a cominciare da come è ripartita la ricchezza. Ce lo dice ogni anno un organismo dell’ONU, il *Development Program*: l’ultimo dato, 47% del reddito mondiale per 225 soggetti, il resto da dividersi fra miliardi di persone.

Il fatto è che l’Onu è stata chiamata a battersi soprattutto contro il pericolo delle dittature, e oggi diventa chiaro che la dittatura più crudele è quella esercitata dal mercato. E la giusta rivendicazione che la sfera dei diritti debba essere autonoma dall’economia rischia di essere solo un modo per lasciare il mercato libero di determinare la nostra esistenza.

Tutto questo mette in pericolo non solo i diritti ma la democrazia stessa da cui dipendono, la sua sopravvivenza come forma di rappresentanza dei cittadini, e perciò il pluralismo. È proprio questo, non tanto i diritti in sé, che la globalizzazione ha messo in crisi, perché la democrazia presuppone che gli interessi e i bisogni dei cittadini siano tenuti in conto e che le norme che lo garantiscono siano definite attraverso processi deliberativi ai quali tutti possano partecipare in uguale misura, un sistema reso possibile – dice Habermas – da un reale ascolto della società. Non fondarsi su un’idea liberale che tiene conto solo di un individuo isolato. Principi che restano astratti se non vengono tradotti in istituzioni giuridiche ma anche in pratiche sociali che consentano una sovranità paritetica che si può aver solo se sono vive le sotto-comunità, partiti, sindacati, e ogni altra forma di democrazia organizzata cui è possibile dar vita. Proprio di questa rete che attenuava le disuguaglianze più gravi e che oggi si è così drammaticamente svuotata di efficacia da facilitare il trasferimento di quote di potere sociale verso gli agenti più forti sul mercato. Proprio la crisi della democrazia rende esplosiva la contraddizione fra principi universalisti e l’esistenza di un sistema statale fondato sull’iniziativa individuale a difesa dei propri interessi. In buona sostanza è il capitalismo che, con la sua delega al governo reale del mercato, porta all’erosione di ogni effettiva partecipazione politica universalista.

Tanto più grave appare questo problema se alla disuguaglianza sociale si aggiunge quella geopolitica che mette subito in luce la enorme disparità di potere di chi ha fino ad oggi goduto del monopolio del potere di disegnare norme niente affatto universalistiche all’insieme di un mondo solcato da enormi differenze storico culturali, così appropriandosi del monopolio di disegnare codici di democrazia che dovrebbero andare bene per tutti e invece non è così perché la maggioranza dell’umanità non ha avuto la possibilità di contribuire alla loro definizione.

Come sappiamo bene, invece, questa usurpazione è stata resa possibile dall’idea radicata nell’occidente di rappresentare il punto d’arrivo della civilizzazione cui tutti dovrebbero giunge-

re. Come dice il titolo di un libro di Amartya Sen – “La democrazia degli altri” – non c’è una democrazia cosmopolita, l’idea stessa di un parlamento mondiale è folle. Si tratta invece di innescare e favorire processi lunghi, fatti di dialogo e di impegno a conoscersi, a caricarsi dei problemi dell’altro, del riconoscimento che spetta a tutti di esser portatore di un contributo ad una definizione realmente universalistica. Mi domando se oggi non sia questo il primo e più importante dovere di chi ha a cuore l’affermazione di diritti che tutti devono aver potuto contribuire a definire. E che occorra partire da qui per ridisegnare l’intero sistema delle Nazioni Unite per come, sin dall’inizio, è stato pensato. Un impegno che ha come premessa, una critica dura al passato, e l’aggiustamento del concetto stesso di universalismo.

Un processo lunghissimo e difficile, reso oggi anche più difficile che nel passato perché la globalizzazione ha scompaginato le antiche frontiere in modo confuso, del resto già erose dal mercato. Pensiamo solo alle migrazioni che feriscono la appartenenza alla comunità di nascita sovrapponendovi quella del pezzo di terra in cui sono approdati, una dislocazione che suscita sentimenti molto contraddittori, un legame accresciuto con la propria cultura originaria in nome di una nostalgia che risveglia ancora sacrosanti rancori. E insieme però il disagio che comporta l’adattarsi a culture estranee.

È una problematica che ha risvolti pratici immediati e affrontarla dovrebbe oggi essere una priorità: la definizione del diritto di cittadinanza è possibile ancora oggi che in un mondo in cui merci e capitale circolano attraverso tutto il globo, gli umani – ma solo quelli poveri – siano privati di questo stesso diritto? È pensabile trattare questo problema senza prendere atto che il cittadino della nostra era non è più – come ebbe a dire Jaques Attali, collaboratore di Mitterand – “lo zappatore ma il nomade”? E che dunque tutto il delicato problema del diritto alla cittadinanza dovrebbe esser rivisto in questa ottica, dovrebbe cioè portare a prendere atto che il migrante acquisisce una cultura pluralistica più ricca di quella di chi non si è mai mosso dal proprio quartiere e ben lontana da quella localista di tutti coloro che stanno legiferando in Europa, e non solo?

Oggi questo scenario si aggrava, perché nella crisi economica e ambientale si acuiscono le differenze e gli squilibri di potere che ne derivano, e da per tutto cresce l’insofferenza nei confronti dell’arrogante occidente che ha fin qui preteso di esercitare la sua dittatura su  $\frac{3}{4}$  dell’umanità; in cui si moltiplica la competizione per conservare le risorse rese sempre più limitate dalla deprezzazione della natura che attraverso i millenni si è verificata, e che ora sta prospettando il pericolo mai stato così grande di una deflagrazione bellica senza precedenti.

In questo contesto la difesa di qualcosa come il sistema ONU diventa insieme più urgente e necessario, e al tempo stesso più bisognoso di una revisione adeguata dei suoi principi costitutivi.

In questo quadro il problema della cultura deve essere preminente, perché assai pericoloso è che venga affrontato nell’ottica miope di un rigido rispetto delle diversità culturali, anziché in quella di conferire a tutti il potere di affermarle affinché si confrontino, si inneschino, si impegnino a definire un vero universalismo.

Debbo in merito fare una autocritica. Di questo diritto mi sono dovuta occupare per molti anni in prima persona in quanto presidente della Commissione culturale del Parlamento europeo; ma ancora di più quando sono stata presidente della Commissione Relazioni Economiche esterne (detta REX) perché alla fine, dopo che a quella della cultura si era molto teorizzato, i veri nodi da sciogliere sono stati quelli del mercato. A cominciare dalla discussione se la cultura sia o meno una merce come un’altra, o si debba parlare di “eccezione culturale” come alla fine è avvenuto in una faticosa sessione dell’Organizzazione mondiale del Commercio che non vi racconto perché andrei troppo per le lunghe, tanto drammatica, comunque, da indurre il presidente Mitterand ad accusare gli Stati Uniti “di genocidio culturale”. Dalla parte di chi considera un film diverso da un paio di blue-jeans, lottammo a lungo per ottenere dall’Unesco, allora diretto dallo spagnolo Federico Major, fortemente appoggiato dall’allora segretario generale dell’ONU, il peruviano Javier Perez de Cuéllar, di dar vita a una Convenzione che introducesse il diritto alla diversità culturale.

Seguì un tormentoso processo di cui in Italia ci si occupò poco a differenza di quanto accadde in Francia dove assai più che da noi tengono alla loro cultura (per questo sono sicura che pochi di voi ne conoscano le vicende).

La questione era venuta alla ribalta in seguito alla scoperta che alla fine degli anni '80, l'85 % del mercato audiovisivo europeo era ormai occupato dalla produzione hollywoodiana. Dopo una lunga battaglia nel 2001 si arriva finalmente ad ottenere che i diritti culturali vengano inclusi come parte integrante dei diritti umani. È solo nel 2005 che all'Assemblea generale dell'Unesco viene varata la "Convenzione per la protezione e la promozione delle diverse espressioni culturali": 35 articoli e un allegato, che devono esser ratificati dai parlamenti degli stati membri. Alla seduta finale si registrano 196 voti a favore e due contrari. Quali? Quello degli Stati Uniti e quello di Israele. (se vi interessa l'intera storia mi permetto di indicarvi che ho scritto, quando per quattro anni sono stata professore a contratto all'Università di Pisa, un libro che la racconta tutta: "EuroHollywood", Edizioni ETS, Pisa, 2008).

E vengo alla mia autocritica, che parte da alcune considerazioni sul come sia stata interpretata questa Convenzione nei fatti: ognuno ha diritto di consumare la propria cultura, nessun cenno all'importanza di conoscere quella dell'altro. Se andate a vedere, del resto, come si applica nei comuni italiani più affollati di migranti stranieri, vedrete che dipende da come è il/la sindaco: se è razzista ve lo immaginate, se è buona/o ai suoi nuovi cittadini dice: anche se sei negro in fin dei conti sei un umano come noi, perciò diventa pure italiano; se sei ancora più buono gli dice, sì, avete il diritto alla diversità culturale e perciò vi costruisco una bella moschea dove potete esercitare in pace la vostra cultura. Insomma: vi do un giardino dove potete esercitare l'autoconsumo della vostra cultura. Come se si trattasse di una specie di pomodori.

Io ho nel frattempo capito che ci dovremmo invece impegnare a fare approvare una Convenzione che stabilisca il dovere di conoscere la cultura degli altri. Perché, come diceva Eduard Said, il grande sociologo palestinese costretto all'esilio negli stati Uniti, «la cultura dell'altro è una grande risorsa critica per noi stessi». Preziosa per poter raggiungere un giorno un universalismo vero.

Infine, se me lo consentite, una richiesta: di approfondire due temi che mi stanno a cuore e che tuttavia non sono mai diventati diritti né umani né dell'umanità; e che però tali in qualche modo dovrebbero esser trattati. Questi:

1) Da tempo discutiamo di beni comuni come di una possibilità da introdurre nel nostro sistema, e cioè di far diventare beni non privatizzabili alcuni beni essenziali. Per esempio, l'acqua, ma anche molto altro. Comune vuol dire però non privato ma neppure statale, vale a dire non da dare, o ridare alla pubblica amministrazione. Io credo si debba lavorare per creare un quadro giuridico ai beni comuni, e cioè inventarsi una nuova forma di democrazia organizzata per questa forma di gestione diretta di un pezzo essenziale del patrimonio dell'umanità.

Prendo il caso dell'acqua. Come ricordate per combattere la sua privatizzazione anni fa abbiamo fatto un referendum, fu molto partecipato e lo vincemmo. Poi tutti andarono a casa e l'acqua, di fatto, una volta tornata nelle mani dell'amministrazione pubblica è nuovamente finita in quelle private, in tante forme che ora non sto qui a descrivervi. (Si pensi che alcune municipalità sono persino riuscite a fare accordi con l'ignobile società israeliana che si è impadronita dell'acqua della Cisgiordania rifiutandosi poi di dare acqua ai palestinesi). Il movimento che ha lottato per impedire la privatizzazione avrebbe dovuto anziché andare a casa consolidarsi, e imparare a gestire, la distribuzione di questo bene prezioso, non passandolo ai comuni. Con quali poteri? Come? Non bisognerebbe cominciare a sperimentare qualcosa di simile a quanto proponeva Rosa Luxemburg, e Antonio Gramsci, e cioè forme di democrazia diretta da intrecciare con quelle di democrazia delegata? E cioè "consigli". Non se ne è nemmeno cominciato a discutere. Fatto sta che tutti continuano a parlare di beni comuni, a livello accademico e dei movimenti, ma nessuno lavora a definire una proposta;

2) Un'altra questione che mi sta particolarmente a cuore quella che riguarda le donne.

Non entro nei dettagli molteplici della questione di genere. Vorrei solo che si prendesse atto che l'intera nostra legislazione, e anche la regolamentazione della società, va tutta rivista. Perché, in tutto il mondo, è fondata su un imbroglio. Un grande imbroglio: che esista un essere umano neutro. Come sapete bambini neutri non ne nascono: esistono bambine femmine, bambini maschi, bambini/e che solo crescendo hanno capito la loro differenza sessuale. L'imbroglio consiste nel fatto che il cittadino neutro di cui si occupano i codici, e anche la nostra altrimenti magnifica Costituzione, non esiste, ma esiste in quanto alle donne è stata cucita addosso un'identità che non è la loro, bensì è quella maschile, mascherata da neutra. E la donna ha subito questa arroganza, anche perché non è stata mai libera di definire sé stessa altrimenti che "un po' meno del maschio". «Diventare donna» – ha scritto una volta Simone De Beauvoir – «è (infatti) il lavoro di tutta una vita».

Per questo sono stati così importanti all'inizio del nuovo femminismo i gruppi di autocoscienza messi su dal movimento e che tanto irritarono gli uomini che non capirono che erano in realtà una indispensabile inchiesta su sé stesse, la ricerca di cosa voleva dire realmente essere donne.

Ecco: chiederei a tutti quelli che si occupano di diritti umani di smettere di affrontare la questione di genere in termini di parità di genere e di aiutare invece a denunciare l'imbroglio del neutro. E da qui rivedere tutte le leggi e le regole del mondo.

Chiederei a tutti quelli che si battono per i diritti umani e dell'umanità di tener presente quanto in poche righe ha riassunto Tommaso Greco, nel suo ultimo libro: "Curare il mondo con Simone Weil": «La giustizia ha bisogno dello sguardo, e lo sguardo può essere esercitato solo se si è allenati alla pratica della facoltà di attenzione. Giusto è chi cerca costantemente il volto di colui che ha bisogno».

Grazie.



*Laudatio* per il conferimento del dottorato *honoris causa*  
in “Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti” a Luciana  
Castellina

*Laudatio* for the conferment of honorary doctorate in “Human Rights: evolution,  
protection and limits” to Luciana Castellina

**ALDO SCHIAVELLO**

Professore ordinario di filosofia del diritto, Università degli studi di Palermo.

E-mail: [aldo.schiavello@unipa.it](mailto:aldo.schiavello@unipa.it)

# *Laudatio* per il conferimento del dottorato *honoris causa* in “Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti” a Luciana Castellina

ALDO SCHIAVELLO

Magnifico Rettore, autorità, colleghe e colleghi, care studentesse e cari studenti, signore e signori, l'umanità vive oggi tempi bui. Le guerre in Europa e in Medio Oriente, le morti dei migranti a un passo dalle nostre coste, la crisi ambientale, la crescita della disegualianza tra nord e sud del mondo e, all'interno dell'occidente opulento, tra ricchi e poveri, l'insorgere di nuove schiavitù, spesso presentate come ineluttabili esternalità negative del migliore dei mondi possibili, l'incapacità della politica di immaginare un futuro alternativo e, soprattutto, di incidere su una realtà governata dall'economia, tutto questo – ma tanto altro si potrebbe aggiungere – ci fa guardare al mondo di domani con pessimismo se non addirittura con disperazione. Cosa più grave, sono i giovani ad avere perso la speranza e a provare – legittimamente – del risentimento nei nostri confronti per il mondo che lasceremo loro.

Trent'anni fa, quando è stato immaginato questo dottorato dedicato ai Diritti umani la realtà era ben diversa. Il mondo credeva ancora nella possibilità di un futuro migliore e la cultura dei diritti umani – per usare l'espressione del filosofo argentino Edoardo Rabossi – rappresentava un pezzo importante di questa fiducia. Alla fine degli anni '80 del secolo scorso – qualche anno prima che il nostro dottorato fosse fondato – Norberto Bobbio scriveva queste parole:

«dal punto di vista della filosofia della storia, l'attuale dibattito sempre più ampio, sempre più intenso, sui diritti dell'uomo, tanto ampio da aver ormai coinvolto tutti i popoli della terra, tanto intenso da essere messo all'ordine del giorno delle più autorevoli assise internazionali, può essere interpretato come un “segno premonitore” (*signum prognosticum*) del progresso morale dell'umanità»<sup>1</sup>.

Sono passati invece appena dieci anni (ma sembra un secolo!) da quando Stefano Rodotà – che con Luciana Castellina ha condiviso molti progetti e molte battaglie – poteva parlare dei diritti umani con l'enfasi di chi è ancora pervaso dalla fiducia illuminista in un progresso morale dell'umanità.

Rodotà scriveva queste parole che desidero leggere in questa occasione:

«Oggi assistiamo a pratiche comuni dei diritti, le donne e gli uomini dei paesi dell'Africa mediterranea e del Vicino Oriente si mobilitano attraverso le reti sociali, occupano le piazze, si rivoltano proprio in nome di libertà e diritti, scardinano regimi politici oppressivi; lo studente iraniano o il monaco birmano, con il loro telefono cellulare, lanciano nell'universo di Internet le immagini della repressione di libere manifestazioni, anche rischiando feroci punizioni, i dissidenti cinesi, e non loro soltanto, chiedono l'anonimato in rete come garanzia della libertà politica; le donne africane sfidano le frustate in nome del diritto di decidere liberamente come vestirsi, i lavoratori asiatici rifiutano la logica patriarcale e gerarchica dell'organizzazione dell'impresa, rivendicano i diritti sindacali, scioperano; gli abitanti del pianeta Facebook si rivoltano quando si pretende di espropriarli del diritto di controllare i loro dati personali, luoghi in tutto il mondo vengono “occupati” per difendere i diritti sociali. E si potrebbe continuare»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> BOBBIO 1992 [1989], 49.

<sup>2</sup> RODOTÀ 2012, 5.

Oggi tutto questo sembra solo il ricordo di un mondo scomparso. Sia chiaro: anche in passato la realtà si è spesso incaricata di mettere alle corde la speranza in un mondo migliore – speranza di cui la cultura dei diritti è un aspetto importante – ma, sino a poco tempo fa, aveva fallito il colpo da k.o.

Adesso, la sensazione prevalente è che il meglio sia alle nostre spalle e che non ci rimanga che sopravvivere, ciascuno contando soltanto sulle proprie forze e, se necessario, anche a discapito dei nostri simili (per non parlare delle generazioni future). Viviamo con lo sguardo rivolto nostalgicamente al passato o puntato egoisticamente sul nostro ombelico, incapaci di immaginare un futuro alla prima persona plurale, vittime di un individualismo malato che non ci consente di desiderare altro che l'ultimo modello di uno Smartphone di marca.

Primo Levi, in *Se questo è un uomo*, racconta del suo incontro col dottor Pannwitz, responsabile del reparto di chimica ad Auschwitz. L'aspetto dell'incontro che più colpisce Levi è che non sembra un incontro tra esseri umani ma tra «... due esseri che abitano mezzi diversi» e che si scambiano sguardi «...come attraverso la parete di vetro di un acquario»<sup>3</sup>. L'età dei diritti è la promessa che tutto questo non si verificherà mai più: i diritti umani tutelano la dignità di tutti gli esseri umani; impediscono che alcuni possano guardare altri come attraverso il vetro di un acquario. Il progresso morale promesso dai diritti umani consiste nel rendere le nostre comunità sempre più inclusive.

Tutto questo sembra essersi dissolto e gli esseri umani hanno ricominciato a guardarsi reciprocamente “come attraverso la parete di vetro di un acquario”.

La denominazione completa del nostro dottorato è “Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti”.

Se per un lungo tratto l'accento è stato posto sull'evoluzione – nel senso della espansione e della proliferazione – e sulla tutela dei diritti, adesso sono i limiti dei diritti ad avere guadagnato il proscenio. Parlare di crisi dei diritti o, addirittura, di fine dell'età dei diritti è ormai un luogo comune; e dalla retorica dei diritti umani – che ha rappresentato l'aspetto peggiore della cultura dei diritti nel periodo del suo massimo fulgore – siamo passati, senza soluzione di continuità e quasi senza accorgercene, alla retorica dell'antiretorica dei diritti.

Se fino a ieri i diritti umani erano un segno premonitore del progresso morale dell'umanità, oggi essi sono spesso percepiti come un freno all'unico progresso che riusciamo a immaginare, quello economico, di cui, peraltro, beneficia una ristretta minoranza di privilegiati.

Contro la tentazione di alzare bandiera bianca e di arrenderci di fronte allo *status quo* ci viene in soccorso ancora Bobbio che ci ricorda che

«la storia dei diritti dell'uomo [...] è quella dei tempi lunghi. Del resto, è sempre accaduto che mentre i profeti di sventure annunciano la sciagura che sta per avvenire e invitano a essere vigilanti, i profeti dei tempi felici guardano lontano»<sup>4</sup>.

Se dovessi individuare un solo aspetto della biografia umana e intellettuale di Luciana Castellina che ha indotto le mie colleghe, i miei colleghi e me a proporre che Le venisse attribuito il dottorato *honoris causa* in diritti umani, farei senz'altro riferimento alla sua tenacia nel guardare sempre in avanti senza mai perdere la speranza. Per dirla con Bobbio, Castellina è una profetessa dei tempi felici. In una lettera aperta alla nuova redazione de *Il Manifesto*, Castellina scrive:

«[...] il mondo si deve e si può cambiare, ed è più divertente provarci che fare ciò che scelgono di fare quelli che optano per chiamarsi “conservatori”»<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> LEVI 1992 [1958], in particolare pp. 91-97, entrambe le citazioni riportate nel testo sono a p. 95.

<sup>4</sup> BOBBIO 1992 [1991], 269.

<sup>5</sup> CASTELLINA, *Una scelta nella direzione giusta*, in «il manifesto», 02/07/2023.

L'impegno di Castellina a tutela dei diritti umani è stato, ed è, costante nonché articolato. La sua idea di fondo è che libertà ed eguaglianza vadano tenute insieme, così come diritti di libertà e diritti sociali. Questo obiettivo Luciana Castellina lo spiega bene in una intervista di qualche anno fa:

«Io penso molto banalmente che esista una meta mai raggiunta da nessuna delle rivoluzioni che si sono fin qui succedute: tenere insieme la libertà con l'uguaglianza. La Rivoluzione francese è stato veicolo di libertà, ma non di uguaglianza, quella sovietica per affermare l'uguaglianza ha compresso la libertà: siamo sempre daccapo. Non sarebbe forse la cosa più bella del mondo mettere insieme la libertà e l'uguaglianza?»<sup>6</sup>.

Visti i tempi, vorrei soffermarmi sul pacifismo di Castellina. È sempre Bobbio a rilevare un nesso concettuale tra pace, democrazia e diritti:

«[S]enza diritti dell'uomo riconosciuti ed effettivamente protetti non c'è democrazia; senza democrazia non ci sono le condizioni minime per la soluzione pacifica dei conflitti che sorgono tra individui, tra gruppi e tra quelle grandi collettività tradizionalmente indocili e tendenzialmente autocratiche che sono gli Stati, anche se sono democratiche coi propri cittadini»<sup>7</sup>.

In un saggio pubblicato sul finire degli anni '80 del secolo scorso, dal significativo titolo *The People versus war*<sup>8</sup>, Castellina difende le ragioni del pacifismo di oggi.

La pace non va confusa con la difesa dello *status quo* né va considerata un sinonimo di stabilità – oggi si direbbe di “governabilità”. Essa è piuttosto l'esito di un processo dinamico che si fa carico della complessità, potenzialmente gravida di conflitti, della realtà contemporanea. Con lungimiranza profetica, già in quegli anni Castellina intravedeva tutti i rischi della transizione da un mondo bipolare a un mondo multipolare e scriveva:

«C'è sempre il rischio di guerra quando il vecchio ordine del mondo entra in crisi e un nuovo ordine è ben lungi dall'essere consolidato. Le vecchie relazioni di potere persistono mentre ancora non si è raggiunto un nuovo equilibrio»<sup>9</sup>.

Superare la crisi impone di individuare, per usare le sue stesse parole, «un percorso credibile e comprensibile verso un nuovo ordine multipolare e realmente democratico»<sup>10</sup>.

Il superamento della crisi impone anche di acquisire una duplice consapevolezza: che le vere sfide del mondo contemporaneo sono quelle a cui si è accennato all'inizio di questa *laudatio*; e che queste sfide non si possono affrontare con la forza delle armi. Sarebbe dunque necessario, come proposto da Luciana Castellina, «sostituire gli attuali accordi militari tra alleati per combattere i nemici con accordi che includano e non che escludano i nemici. Abbiamo bisogno di patti e alleanze con il nemico piuttosto che contro di esso»<sup>11</sup>.

La sicurezza e la pace sono garantite meglio dalla cooperazione politica che dai missili. Questa è la lezione di due politici come Olof Palme e Michail Gorbačëv. Il fatto che entrambi siano stati sconfitti non prova che avessero torto; al contrario, la situazione attuale del mondo induce a ritenere che avessero ragione e che il pacifismo – che non va confuso con l'inerzia o, peggio, con l'ignavia – sia l'unica strada percorribile.

<sup>6</sup> GIORDANO, SASSO, *Intervista a Luciana Castellina*, in «Pandora», 01/05/2015.

<sup>7</sup> BOBBIO 1992 [1991], 258-259.

<sup>8</sup> CASTELLINA 1989.

<sup>9</sup> CASTELLINA 1989, 96 (traduzione mia).

<sup>10</sup> CASTELLINA 1989, 97 (traduzione mia).

<sup>11</sup> CASTELLINA 1989, 97 (traduzione mia).

Il pacifismo, infine – ribadisce Castellina – non aspira a creare un mondo senza conflitti. I conflitti sono indice di vita, di trasformazione e di vitalità. L'obiettivo non è dunque quello di abolire i conflitti, ma soltanto di “demilitarizzarli”. Nemica del pacifismo è dunque anche la dittatura delle idee che, per dirla con una suggestiva espressione di Castellina, «imprigiona il futuro nella cella del presente».

L'articolo di Castellina, come ho già detto, è stato scritto al crepuscolo degli anni '80 del secolo scorso, ma sembra scritto ieri. Quanto tempo abbiamo fatto trascorrere invano.

Visto il luogo in cui ci troviamo – Palermo, la Sicilia, terra di primo approdo di molti migranti che riescono a superare indenni la traversata del deserto e del Mediterraneo, come raffigurato anche nel recente film di Garrone, *Io capitano* – vorrei dire qualcosa anche dell'impegno di Luciana Castellina a proporre una narrazione alternativa del fenomeno migratorio contemporaneo e a denunciare le politiche migratorie che sono state attuate negli ultimi anni in Italia e negli altri stati europei.

Gustavo Zagrebelsky scrive, senza ricorrere a perifrasi, che i migranti di oggi presentano non poche analogie con gli ebrei nella Germania nazista:

«I migranti di oggi non sono privi di cittadinanza, ma la cittadinanza non è per loro una protezione. È invece all'origine della loro persecuzione: sono cittadini, ma devono fuggire dalla loro condizione e perciò ne cercano un'altra che, però, viene loro negata. [...] Se non stanno definitivamente sul fondo o sulla risacca del mare, staranno precariamente in non-luoghi ch'essi ignorano quali siano e dai quali sono ignorati. [...] La loro condizione si avvicina a quella delle cose o degli animali: si fa qualcosa non per loro, ma quando incominciano a rappresentare un pericolo, un problema, per le popolazioni dei luoghi di transito e di arrivo»<sup>12</sup>.

Castellina ci ricorda, innanzitutto, che la migrazione non è una emergenza del mondo contemporaneo ma un fenomeno strutturale che andrebbe trattato come tale. Inoltre, in una intervista di qualche anno fa osserva che:

«bisogna cambiare completamente il modo di pensare la questione della migrazione [...]. La questione dell'emigrazione è diventata una farsa, le cifre che vengono date sono tutte false, in Italia in particolare abbiamo più italiani giovani, laureati che emigrano di quanti sono gli africani che immigrano in Italia. Le cifre che vengono date sono tutte sballate, si è creata a questo punto proprio una psicosi e d'altra parte questi poveracci emigrano qui per colpa nostra, non vengono qua per divertimento, vengono perché scappano da paesi disastriati a causa del colonialismo, del neocolonialismo, delle guerre che abbiamo fatto etc., basta pensare alla Libia»<sup>13</sup>.

Rispetto a questo tema, va ricordato il costante impegno di Castellina come componente del Tribunale permanente dei popoli. Questo tribunale si è più volte espresso sul mancato rispetto dei diritti dei migranti. Invito tutti a leggere la sentenza, redatta anche con il contributo di Castellina, sulla violazione dei diritti delle persone migranti e rifugiate, che è stata l'esito di una sessione del Tribunale che si è svolta a Palermo – proprio nel plesso Albanese del Dipartimento di Giurisprudenza nel dicembre 2017. Per quanto, come è ovvio, le decisioni di questo tribunale non producano alcun effetto giuridico, non bisogna sottovalutare il loro ruolo nel costruire contro-narrazioni, suffragate da fatti e argomenti, rispetto alla narrazione dominante, spesso urlata sui social attraverso frasi a effetto usate come armi di distrazione di massa.

Ai fini del conferimento di questo Dottorato *honoris causa*, mi sembra importante ricordare alcune considerazioni di Castellina all'indomani della mancata votazione da parte dell'Italia del

<sup>12</sup> ZAGREBELSKY 2017, 87 s.

<sup>13</sup> VALENTI, *Luciana Castellina e la rivoluzione di là da venire*, in «Euronews», 01/07/2018.

secondo *Global Compact on Refugees*. Il fatto che questo atto dell'Onu (di per sé, peraltro, non vincolante) non sia stato votato dall'Italia non impedisce che regioni, enti locali, imprese, università o centri di ricerca perseguano concretamente alcuni degli obiettivi contenuti in quel documento. Scrive Castellina:

«Stiamo infatti parlando di atti dell'Onu, che come sapete non sono purtroppo vincolanti. E però guai se non ci fossero stati e qualcuno non li avesse presi sul serio. Per ottenere leggi vincolanti, si comincia così»<sup>14</sup>.

Da queste parole è possibile trarre una grande lezione, anzi due.

La prima è che i diritti non sono concessioni e che la loro esistenza e persistenza nel tempo non può essere data per scontata. Bisogna essere consapevoli che, parafrasando Rudolf von Jhering, quella per i diritti è una lotta nella quale, a diverso titolo, siamo tutti coinvolti e per la quale dobbiamo anche essere disposti a pagare un prezzo.

Nell'età dei diritti, l'obbedienza al diritto non può essere intesa come mera acquiescenza ma richiede un impegno personale alla costruzione dell'ordinamento giuridico migliore possibile alla luce della migliore interpretazione dei suoi principi fondamentali. Il modello da seguire è Rosa Parks, il cui atto di disobbedienza civile può essere considerato una manifestazione di fedeltà ai principi di quello stesso ordinamento giuridico che l'ha condannata.

Al riguardo, mi piace ricordare che quando il 7 dicembre 2020 il Presidente Emmanuel Macron ha conferito ad al-Sisi la gran Croce, la massima onorificenza della Repubblica francese, rispondendo alle critiche, laconicamente, che «è più efficace avere una politica di dialogo esigente anziché un boicottaggio che ridurrebbe solo l'efficacia di uno dei nostri partner nella lotta al terrorismo»<sup>15</sup>, Castellina, insieme ad altri intellettuali, ha restituito la Sua gran Croce, a simboleggiare che i diritti non possono essere sacrificati per il perseguimento di obiettivi politici strategici.

Molti anni prima, come è già stato ricordato, Castellina è stata radiata dal PCI, tra le altre cose, per avere criticato l'invasione sovietica della Cecoslovacchia di Dubček. In questo caso, una questione di principio ritenuta più importante delle ragioni di partito. Queste le parole di Pietro Ingrao di allora: «Non è ammissibile l'indifferenza ed anzi l'estraneità rispetto alla conclusione cui giunge la discussione negli organi centrali del partito. Una tale posizione di estraneità e di indifferenza vuol dire davvero una separazione radicale»<sup>16</sup>. Non nascondo, da liberale rawlsiano, di stare dalla parte di Castellina e degli altri radiati del *Manifesto*. Un grande filosofo liberale, Isaiah Berlin, rileva giustamente che se si ritiene di possedere l'unica *Risposta Vera*, si è portati a pensare di dovere procedere spediti seguendo la direzione indicata dalla *Verità* senza curarsi degli eventuali ostacoli che potrebbero incontrarsi prima di raggiungere la meta (che viene spostata sempre un po' oltre). Per usare una sua celebre metafora, cucinare una buona omelette richiede che si sia disposti a rompere molte uova, e anche nel caso in cui l'omelette rimanesse invisibile «le uova sono rotte, e si diffonde l'abitudine di romperle»<sup>17</sup>.

La seconda, non meno importante, lezione è che la speranza di un mondo migliore passa per il rafforzamento delle istituzioni sovranazionali, a partire dall'Onu. Anche rispetto a questo obiettivo, ciascuno di noi è chiamato a fare la sua parte.

Rassegnandomi al fatto che l'esperienza di vita, di riflessione e di lotta di Luciana Castellina non possa essere ridotta a una *Laudatio*, voglio concludere riprendendo alcune considerazioni di Castellina sulla trasformazione del ruolo delle donne in politica dalla fine degli anni '40 del secolo scorso a oggi. Queste riflessioni hanno una portata più ampia rispetto al solo ambito della politica e mi

<sup>14</sup> CASTELLINA, *Quello spostamento necessario nella storia dell'umanità*, in «il manifesto», 01/08/2019.

<sup>15</sup> BELARDELLI, *Ma per Macron al-Sisi è degno della Legion d'onore*, in «Huffington Post», 10/12/2020.

<sup>16</sup> INGRAO, *La questione del manifesto, Comitato centrale del PCI 1969*, in «il manifesto», 31/03/2015.

<sup>17</sup> BERLIN 1994 [1990], 38.

piace presentarle avendo accanto il Magnifico Rettore, Prof. Massimo Midiri, che ha meritevolmente istituito un Prorettorato alla Inclusione, Pari opportunità e Politiche di genere.

In una lunga intervista concessa a Daniela Salvioni e Anders Stephansons<sup>18</sup> – intervista che meriterebbe di essere commentata per intero – Castellina divide la sua esperienza di donna in politica in tre periodi.

A cavallo tra gli anni '40 e '50 del secolo scorso, le donne che si dedicavano alla politica erano molto poche e la maggior parte di loro erano relegate a occuparsi della questione femminile e dei diritti delle donne. Castellina ricorda di essere stata allora segretaria della sezione del PCI alla Sapienza-di Roma. La maggior parte degli studenti erano uomini e non era facile per una donna vedere riconosciuta la sua autorità. Castellina ammette, con grande onestà intellettuale, che a quel tempo quasi si vergognava di essere donna e, addirittura, di avere desiderato di avere subito una mastectomia visto che il suo seno non passava inosservato. Bisognava lavorare due o tre volte più degli uomini per non sentirsi dire: “Lei non può lavorare tanto, è una donna!”.

Tra gli anni '60 e '70 del secolo scorso la nascita del movimento femminista segna un passaggio importante. Castellina e le poche donne come lei vengono messe sul banco delle imputate: l'accusa era quella di avere mutilato la loro natura di donne. Si è trattato di un conflitto salutare che ha permesso a Castellina e alle poche donne che si erano dedicate alla politica prima del femminismo, di riflettere sui propri errori e di scoprire l'importanza della sorellanza. Castellina ricorda che sua figlia, Lucrezia Reichlin, economista di fama mondiale e femminista della prima ora, le diceva: «Ti rendi conto quanto sei stupida? Non ti ho mai vista andare fuori a cena con una donna. Tu quasi non conosci altre donne, e le donne sono molto più interessanti degli uomini»<sup>19</sup>. In questa fase di trasformazione radicale, la vita politica delle donne si svolge prevalentemente fuori dai partiti tradizionali. Le donne debbono riconoscersi, acquisire consapevolezza di sé e rafforzarsi prima di tornare a mescolarsi.

La terza fase, quella attuale, è caratterizzata da un ritorno delle donne ai partiti ma con una consapevolezza nuova rispetto a quella di Castellina degli inizi. Per dirla con le parole di quest'ultima:

«le donne di oggi non si vergognano di essere donne e, anzi, lo rivendicano: “sono donna, sono differente, apprezzo le differenze e voglio imporre questa differenza”»<sup>20</sup>.

Questa storia è esemplare non soltanto in sé ma anche perché mostra l'importanza del conflitto che – quando non si risolve in uno scontro tra *hooligans*, come spesso avviene oggi – produce progresso. E la capacità di riconoscere i propri errori e di superarli è un'altra delle molte lezioni impartite da Luciana Castellina. La “splendente Luciana”<sup>21</sup>, come l'ha definita un'altra donna notevole, Rossana Rossanda, con il cui ricordo cui mi piace concludere questa *Laudatio*.

<sup>18</sup> SALVIONI, STEPHANSONS, *Luciana Castellina and the Dialogue with the PCI: an Interview*, in «Social Text», 13/14, 1986, 67-82.

<sup>19</sup> SALVIONI, STEPHANSONS, *Luciana Castellina and the Dialogue with the PCI: an Interview*, in «Social Text», 13/14, 1986, 77 (traduzione mia)

<sup>20</sup> SALVIONI, STEPHANSONS, *Luciana Castellina and the Dialogue with the PCI: an Interview*, in «Social Text», 13/14, 1986, 77 (traduzione mia).

<sup>21</sup> ROSSANDA 2007.

*Riferimenti bibliografici*

- BERLIN I. 1994. *La ricerca dell'ideale*, in ID., *Il legno storto dell'umanità. Capitoli della storia delle idee* (1990), Adelphi, 19 ss. (ed. or. 1990).
- BOBBIO N. 1992. *L'età dei diritti* (1989), in ID., *L'età dei diritti*, Einaudi, 45 ss. (ed. or. 1989).
- BOBBIO N. 1991. *I diritti dell'uomo, oggi* (1991), in ID., *L'età dei diritti*, Einaudi, 249 ss.
- CASTELLINA L. 1989. *The People versus War*, in «Social Justice», 16, n. 1, 1989, 94 ss.
- LEVI P. 1992. *Se questo è un uomo*, in ID. *Se questo è un uomo/La tregua*, Einaudi (ed. or. 1958).
- RODOTÀ S. 2012. *Il diritto di avere diritti*, Laterza.
- ROSSANDA R. 2007. *La ragazza del secolo scorso*, Einaudi.
- ZAGREBELSKY G. 2017. *Diritti per forza*, Einaudi.



# RATIO DECIDENDI

a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO

# La strage Cottarelli: considerazioni metodologiche sulla chiamata di correo

The Cottarelli massacre: methodological considerations on the accomplice evidence

VALERIO AIUTI

Ricercatore t.d. di procedura penale presso l'Università di Roma *Sapienza*.

E-mail: [valerio.aiuti@uniroma1.it](mailto:valerio.aiuti@uniroma1.it)

## ABSTRACT

Il saggio prende a riferimento un complesso caso giudiziario, noto alle cronache come “Strage Cottarelli”, per analizzare le argomentazioni che hanno sostenuto la trasformazione di un proscioglimento in primo grado in una condanna in appello con riguardo alla valutazione della principale prova a carico disponibile, ossia una c.d. “chiamata in reità”. Le argomentazioni delle due principali decisioni di merito vengono prima analizzate da un punto di vista prevalentemente descrittivo, per poi essere sottoposte ad una breve critica. A partire dal § 5, il saggio si concentra sulle caratteristiche dogmatiche e teoriche della c.d. “chiamata di correo”, provando ad evidenziare le radici dei diversi modelli di “corroborazione” che animano le riflessioni degli interpreti.

The essay refers to a complex legal case, known in the media as the “Cottarelli Massacre”, to analyze the arguments that supported the reversal of an initial acquittal into a conviction on appeal regarding the evaluation of the main evidence available, namely what is called “accomplice evidence”. The arguments of the two main decisions on the case are first analyzed from a predominantly descriptive point of view, and then subjected to brief criticism. Starting from § 5, the essay focuses on the doctrinal and theoretical characteristics of the so-called “accomplice evidence”, trying to highlight the roots of the various models of “corroboration” that animate the reflections of the interpreters.

## KEYWORDS

chiamata di correo, ragionevole dubbio, ipotesi *ad hoc*, corroborazione, convergenza probatoria, atomismo, ologismo

accomplice evidence, reasonable doubt, *ad hoc* hypothesis, corroboration, evidentiary convergence, atomism, holism

## ALLEGATI

- Corte d’assise di Brescia, sez. II, 27 settembre 2008, n. 3
- Corte d’assise d’appello di Milano, sez. II, 26 luglio 2016, n. 22

# La strage Cottarelli: considerazioni metodologiche sulla chiamata di correo

VALERIO AIUTI

1. *Introduzione* – 2. *I fatti del caso* – 3. *Analisi argomentativa del proscioglimento in primo grado* – 3.1. *Analisi critica del proscioglimento in primo grado* – 4. *Analisi argomentativa della condanna in appello* – 4.1. *Analisi critica della condanna in appello* – 5. *La chiamata di correo: un enigma metodologico* – 5.1 *Profilo dogmatico* – 5.2 *Profilo teorico*.

## ALLEGATI

- Corte d'assise di Brescia, sez. II, 27 settembre 2008, n. 3
- Corte d'assise d'appello di Milano, sez. II, 26 luglio 2016, n. 22

## 1. *Introduzione*

In questo articolo mi propongo di analizzare parte di un caso giudiziario relativamente recente, noto alle cronache come “Strage Cottarelli” (o “Strage di via Zuaboni”, o “Strage di Urago Mella”)<sup>1</sup>, chiusosi in via definitiva con sentenza della Corte d'assise d'appello di Milano n. 7 del 12 ottobre 2021: si tratta dell'omicidio di un imprenditore bresciano, di sua moglie, e di suo figlio, avvenuto nel 2006 a Brescia, in via Zuaboni, nel quartiere di Urago Mella.

Il caso presenta delle complessità a tratti sconcertanti, essendosi dipanato in quattro annullamenti e quattro conseguenti giudizi di rinvio, dal 2008 al 2021. Per questa ragione, non ho né la pretesa di ricostruirlo in ogni suo rivolo processuale, né tantomeno ho la pretesa di offrirne una valutazione (critica o adesiva che sia) dal punto di vista del giurista, o dello storico. Piuttosto, riepilogati in sintesi i fatti del caso, e alcune decisioni di merito e legittimità che li hanno interessati, prenderò in considerazione soprattutto le due decisioni-chiave della vicenda, quella di proscioglimento, della Corte d'assise di Brescia, n. 3 del 27 settembre 2008, e quella di condanna, della Corte d'assise d'appello di Brescia, n. 12 del 7 giugno 2010, a due fini ben precisi: in un'ottica analitica, cercherò di mostrare i termini del ragionamento probatorio che sorregge il ribaltamento di un proscioglimento in una condanna (quanto alla partizione dei sotto-temi probatori, alla selezione delle fonti, e alla struttura del ragionamento inferenziale), un'eventualità da sempre ritenuta tra le più scabrose nei sistemi processuali in cui è presente l'appello del pubblico ministero<sup>2</sup>; in un'ottica teorica, cercherò di mostrare come tale ribaltamento sia il frutto di prese di posizione più generali in tema di valutazione della prova, e in particolare in tema di valutazione delle dichiarazioni del c.d. chiamante in correità, o in reità.

Anche questo lavoro si colloca pertanto in linea di continuità con *L'analisi argomentativa e l'analisi giuridica della motivazione del giudice comune*, di Gaetano Carlizzi<sup>3</sup>, condividendone *toto corde* i fini e recependone i principali strumenti di analisi.

<sup>1</sup> Per un riepilogo giornalistico della vicenda, vedi GALLINARI 2021. Ringrazio comunque l'avvocato Giuseppe Pesce, del foro di Brescia, per avermi aiutato nel reperimento di tutte le decisioni rilevanti del caso in commento. Ringrazio inoltre l'anonimo *referee* per avermi consentito di migliorare alcuni passaggi oscuri dell'elaborato, spingendomi a chiarirne le tesi di fondo. Ringrazio infine il prof. Gaetano Carlizzi, per i costanti confronti che hanno animato la stesura (non solo) di questo saggio.

<sup>2</sup> Cfr. STELLA 2004, 758; LUCCHINI-MANFREDINI 1876, 257.

<sup>3</sup> CARLIZZI 2021, 219 ss.; MARCHESE 2023, 231 ss.

Trattandosi di una vicenda straordinariamente articolata, che concerne un grave fatto di sangue in cui hanno perso la vita i componenti di un'intera famiglia, specifico però che – salvo chiarire gli elementi indispensabili alla comprensione del contesto della vicenda – mi concentrerò solo sul tema probatorio principale, ossia quello delle circostanze del pluriomicidio, tralasciando così gli altri temi probatori secondari che pure hanno avuto un rilievo decisivo (ossia, la determinazione dell'ora della morte delle vittime, i movimenti delle persone coinvolte nei giorni antecedenti e successivi al delitto, i complessissimi rapporti economici tra le vittime e le persone coinvolte dai fatti, e – nei limiti del possibile – il movente)<sup>4</sup>. Tralascierò poi l'accertamento relativo alla responsabilità del secondo imputato (Salvatore Marino), irrevocabilmente prosciolto, per concentrarmi solo sul primo imputato, irrevocabilmente giudicato colpevole (Vito Marino). Avverto che, per ragioni di ricevibilità espositiva, l'analisi delle prove e degli argomenti si presenterà a grana più fine o più grossa a seconda della salienza delle questioni probatorie ad esse sottese: l'esposizione, mi rendo conto, risulterà allo stesso tempo eccessiva e carente, rispetto ad una lettura integrale delle sentenze; assumo tuttavia che si tratti di un difetto tollerabile, data l'ispirazione prevalentemente *descrittiva e teorica* della rubrica alla quale questo lavoro è destinato.

Nel prossimo paragrafo riepilogherò i fatti del caso, evidenziando – come di consueto – soprattutto quelli che hanno assunto un qualche peso inferenziale nel corso del giudizio. Nel paragrafo seguente (§ 3) illustrerò il ragionamento probatorio sotteso al primo proscioglimento. In quello successivo (§ 3.1) cercherò di evidenziare i limiti argomentativi della prima motivazione, che hanno condotto al ribaltamento del proscioglimento in appello. In quello ancora successivo (§ 4) illustrerò il ragionamento probatorio del giudice d'appello, seguito da un'analisi critica che ne evidenzia i limiti argomentativi (§ 4.1).

Nel § 5 articolerò invece un'analisi di carattere dogmatico e teorico relativa all'uso della chiamata in correità nel processo penale, e alle sfide (e alle opportunità) che tale complesso mezzo di prova ordinariamente presenta. Non ho la pretesa di chiudere discussioni che intrattengono da anni (se non da millenni) i processualpenalisti. Mi limiterò dunque a cercare di illuminare alcuni aspetti meno chiari del metodo di valutazione delle dichiarazioni del c.d. “correo narrante”<sup>5</sup>.

A mo' di legenda, specifico che – a partire dal § 3 – le sigle “H” ed “E” verranno utilizzate, rispettivamente, per indicare le ipotesi e le prove addotte. Le indicazioni in pedice, invece, serviranno ad assegnare in modo intuitivo – e cercando di evitare ambiguità – le ipotesi ai loro autori (così, ad esempio, “H<sub>G</sub>” è l'ipotesi del giudice di primo grado, “H<sub>GA</sub>” è l'ipotesi del giudice d'appello, e così via), o le prove alle loro ipotesi (così, ad esempio, “E<sub>HG1</sub>” è la prova numero 1 che confermerebbe l'ipotesi del giudice di primo grado): se anticipati dal segno “-”, i caratteri in pedice implicano invece una relazione di contrarietà con il dato di riferimento (così, ad esempio, “E<sub>-HG1</sub>” è la prova numero uno che scredita l'ipotesi del giudice). Utilizzerò infine la sigla “D<sub>Gs</sub>” per indicare le dichiarazioni della principale prova a carico, ossia la chiamata in reità di Dino Grusovin: tale sigla ricorrerà anche in pedice, quando gli elementi di prova presi in considerazione dal giudice dovrebbero confermare o smentire le dichiarazioni di Grusovin (e, in via indiretta, l'ipotesi adottata). Va da sé che, in specie quando dovrò riepilogare ipotesi e prove nel ragionamento probatorio del giudice d'appello, gli elementi a supporto dell'ipotesi di condanna sono correlati anche dell'ipotesi di proscioglimento (e viceversa, in veste di elementi contrari, o contraddittori), ma non appesantirò le notazioni per chiarirlo, confidando nella perspicacia del lettore.

<sup>4</sup> In ogni accertamento processuale che superi una minima soglia di complessità, a parte il *factum probandum* principale, definibile come l'insieme che contiene tutti e solo i fatti giuridicamente rilevanti in via diretta per la produzione di un determinato effetto giuridico (nel processo penale, tale insieme è delimitato dalle proposizioni contenute nell'imputazione), esistono numerosi *facta probanda* secondari, ossia fatti la cui dimostrazione è rilevante in via indiretta, perché dalla loro esistenza è possibile inferire l'esistenza di alcuni o tutti i fatti giuridicamente rilevanti, v. TARUFFO 1992, 241 ss.

<sup>5</sup> CORDERO 2012, 624.

## 2. I fatti del caso

Il 28 agosto 2006, alcuni conoscenti e amici di Angelo Cottarelli, un imprenditore bresciano dai trascorsi economici e personali piuttosto burrascosi, preoccupati dal silenzio anomalo, dalla irripetibilità telefonica, e dal fatto che il cancelletto d'ingresso della villetta in cui abitava a Brescia era stato lasciato aperto, decidevano di entrare nell'abitazione dalla finestra della cucina, che parimenti era stata lasciata aperta. Una volta dentro, attratti da alcuni colpi sordi che provenivano dalla tavernetta seminterrata dell'abitazione, gli stessi trovavano l'imprenditore gravemente ferito, e sua moglie e suo figlio già morti: l'imprenditore presentava una profonda ferita da taglio alla gola, che stringeva con una coperta intrisa di sangue, e un colpo di arma da fuoco – non fatale – alla testa; era ancora cosciente, ma sostanzialmente afasico (morirà qualche ora dopo il ritrovamento, in ospedale, per l'anemia metaemorragica provocata dallo sgozzamento). La moglie e il figlio di Cottarelli, feriti in modo analogo, giacevano invece su due poltrone con le mani legate all'indietro da fascette stringi-cavo di plastica, nere. Accanto alla moglie veniva reperito il flaconcino di un tranquillante.

Una volta intervenuta la polizia, nella tavernetta venivano rinvenuti un coltello a lama seghettata, varie tracce di sangue, cinque bossoli calibro 22, tre cartucce del medesimo calibro, altre fascette stringi-cavo, e un cacciavite. Il video-citofono della villetta e il sistema di apertura del cancelletto funzionavano perfettamente, le finestre invece erano chiuse, con gli scuri aperti, salvo quella della cucina, che era appunto aperta. La porta dell'appartamento era chiusa, i vani al piano terra erano in ordine, il televisore era ancora acceso, e il tavolo della cucina era in ordine – salvo una tazza di liquido scuro (poi rivelatosi tè) e un cellulare con la batteria staccata (il telefono personale di Cottarelli), posto accanto ad essa. Sul tavolo del soggiorno era stata rinvenuta la confezione del tranquillante rinvenuto nella tavernetta, con un bicchiere contenente del liquido (poi rivelatosi nient'altro che lo stesso tranquillante). Il camino del piano terra aveva la griglia interna spostata, e la vaschetta raccogli-cenere estratta. I vani al piano superiore, invece, erano stati rovistati. Nella tavernetta era presente una vasca idromassaggio le cui coperture erano state divelte e, tra i meccanismi di funzionamento, erano stati reperiti alcuni saldi di conto corrente e alcuni assegni. La cassaforte, anch'essa situata nella tavernetta, era aperta, e al suo interno erano state ritrovate alcune scatole porta-gioie con degli oggetti d'oro al loro interno (altri oggetti erano esposti su un asse da stiro poco vicino). La porta taglia-fuoco tra tavernetta e garage era chiusa a chiave, e la copertura della maniglia era divelta. Il basculante del garage era leggermente alzato, e apparentemente bloccato. Il camino della tavernetta aveva il cassetto frontale bloccato: al suo interno, in un momento successivo, era stata rinvenuta una borsa con all'interno assegni bancari e mazzette di banconote per un valore superiore a mezzo milione di euro.

Secondo alcuni vicini di casa, tre uomini scesi da una Grande Punto grigio-metallizzato erano entrati nella villetta molto presto quella stessa mattina. I tabulati del traffico telefonico di Cottarelli, invece, presentavano una serie di chiamate ricevute la sera prima, provenienti da un'utenza fittizia localizzata in prossimità della villetta e del luogo di lavoro dell'imprenditore. Una fonte confidenziale dei ROS aveva poi riferito che il movente del delitto andava ricercato tra i traffici illeciti che l'imprenditore intratteneva con soggetti appartenenti alla criminalità organizzata del sud Italia: tra le società di costui e quelle di tale Vito Marino (imprenditore vitivinicolo siciliano, con precedenti penali) risultavano infatti giri di false fatturazioni già oggetto di accertamenti della Guardia di Finanza. Lo stesso Vito Marino risultava poi aver noleggiato una Fiat Grande Punto Silver tra il 27 e il 28 agosto 2006, ritirata e restituita presso l'aeroporto di Linate. Parallelamente, l'utenza fittizia veniva ricondotta a tale Dino Grusovin, che – vincendo alcune iniziali reticenze – aveva raccontato alla polizia di aver assistito al delitto assieme ad un altro uomo (mai compiutamente indicato, né tantomeno identificato, in tutti i successivi gradi di giudizio), indicando proprio in Vito e nel cugino Salvatore Marino (di professione autotrasportatore per la ditta DHL, anch'esso con precedenti penali che implicavano l'uso di armi da sparo) gli esecutori materiali

dell'omicidio. Grusovin veniva ammesso al programma di protezione, avendo ricevuto minacce tramite SMS da ambienti secondo lui vicini ai Marino, e poi custodito presso la Questura di Brescia (verrà poi processato separatamente, assolto in abbreviato, e quindi – quando il processo contro i Marino sarà ormai giunto al secondo giudizio di rinvio – condannato in appello per concorso anomalo in omicidio). Vito e Salvatore Marino venivano invece accusati di omicidio plurimo, aggravato dalla premeditazione, da motivi abietti, crudeltà, e finalità di agevolazione dell'attività di Cosa Nostra, a carico di Angelo Cottarelli, sua moglie, e suo figlio<sup>6</sup>.

### 3. Analisi argomentativa del proscioglimento in primo grado

Il giudice di primo grado ha subito chiarito le macro-ipotesi che si contendevano la spiegazione delle prove raccolte nel corso dell'istruttoria<sup>7</sup>, ossia la macro-ipotesi accusatoria ( $H_A$ ), quella delle parti civili ad essa germana ( $H_a$ ), e quella difensiva ( $H_D$ ):

*H<sub>A</sub>: Vito Marino, maturando un rancore legato al mancato rispetto di certi accordi economici intrattenuti con Angelo Cottarelli che lo avevano esposto a indagini della Guardia di Finanza e al blocco di ingenti finanziamenti pubblici dei quali godeva, una volta caduto in difficoltà economiche, aveva organizzato una spedizione punitiva in compagnia del cugino Salvatore e del consulente Dino Grusovin al preciso fine di derubare e uccidere Angelo, e chiunque si trovasse con lui. Raggiunto l'imprenditore, e sterminata la famiglia con l'aiuto del cugino Salvatore, aveva in seguito inscenato un delitto predatorio per depistare le indagini.*

*H<sub>a</sub>: Vito Marino, maturate le difficoltà economiche in cui versava a seguito degli accertamenti della Guardia di Finanza, e conoscendo le ingenti disponibilità di cui godeva il socio Angelo Cottarelli, si sarebbe recato da lui in compagnia del cugino e di Dino Grusovin, suo consulente d'affari, per estorcergli del denaro. Durante l'azione, degenerata oltre l'originaria programmazione, sarebbe partito un colpo; da esso, sarebbe scaturita la necessità di sterminare ogni scomodo testimone.*

La difesa, che nel nostro ordinamento non è istituzionalmente richiesta di fornire una spiegazione alternativa dei fatti, potendo limitarsi a formulare almeno un dubbio ragionevole sull'ipotesi accusatoria, ha invece sostenuto che:

*H<sub>D</sub>: Vito Marino si sarebbe recato a Milano in compagnia del cugino Salvatore per accordarsi con Grusovin e un consulente bancario al fine di ottenere nuovi finanziamenti regionali la cui delibera doveva essere consegnata brevi manu per avviare nel più breve tempo possibile le pratiche necessarie. La scena del crimine fa piuttosto pensare ad un'incursione predatoria molto affrettata, da ascrivere a soggetti non individuati dalle indagini.*

A questo punto, il giudice di primo grado, superato l'ingente ostacolo costituito dall'impossibilità di determinare con la necessaria sicurezza medica l'ora della morte, ma avendola collocata in

<sup>6</sup> Traggo la ricostruzione dei fatti, l'elenco delle principali fonti di prova, e l'analisi delle piste investigative dalla stessa Corte d'assise di Brescia, sez. II, 27 settembre 2008, n. 3 (d'ora in poi CA2008), 1-10. Le stesse risultano tuttavia incontestate in tutti i successivi gradi di merito, v. Corte d'assise d'appello di Brescia, sez. unica, 7 giugno 2010, n. 12 (d'ora in poi CAA2010), 1-38; Corte d'assise d'appello di Milano, sez. I, 25 giugno 2013, n. 42 (d'ora in poi CAA2013), 1-30; Corte d'assise d'appello di Milano, sez. II, 26 luglio 2016, n. 22 (d'ora in poi CAA2016), 1-20; Corte d'assise d'appello di Milano, sez. I, 3 giugno 2019, n. 24 (d'ora in poi CAA2019), 2-5; Corte d'assise d'appello di Milano, sez. II, 12 ottobre 2021, n. 41 (d'ora in poi CAA2021), 2-10.

<sup>7</sup> Parlo di "macro-ipotesi" nel senso, del tutto intuitivo, con cui si indicano quelle ipotesi esplicative molto generali a loro volta composte di sotto-ipotesi ausiliarie che tentano di catturare tutti gli elementi di prova disponibili, v. TUZET 2023, 98 ss.

un lasso di tempo comunque compatibile col coinvolgimento degli imputati<sup>8</sup>, ha assunto una singolare prospettiva ricostruttiva: preso atto della centralità delle dichiarazioni di Grusovin, che avevano dato corpo all'intera indagine, e della loro natura di c.d. chiamate in reità offerte da un imputato in un procedimento connesso, le ha sottoposte ad uno scrutinio approfondito al fine di valutarne quella che in gergo forense si chiama "attendibilità intrinseca"<sup>9</sup>.

La chiamata in reità, ossia la dichiarazione di colui che – pur coinvolto nei fatti – si professa innocente e accusa qualcun altro, è una sotto-specie delle "dichiarazioni" a cui fa riferimento l'art. 192, comma 3, c.p.p.<sup>10</sup>: nel nostro ordinamento, essa può assumere un valore probatorio diverso da zero solo se «valutat[a] unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità»<sup>11</sup>. Si conviene, tuttavia, che tale valutazione "unitaria" debba seguire le cadenze di un *test* tripartito (il c.d. "metodo a tre tempi"):

- a) occorre innanzitutto valutare la "personalità del dichiarante" (alla luce delle sue condizioni socio-economiche e familiari, del suo passato, dei rapporti coi chiamati, e della genesi remota e prossima della decisione di parlare);
- b) occorre quindi valutare l'attendibilità c.d. "intrinseca" delle sue dichiarazioni (secondo una serie di indici definiti in modo tanto variabile quanto generico, in giurisprudenza, ossia la loro verosimiglianza, precisione, coerenza, costanza, spontaneità e – talvolta – ripetizione)<sup>12</sup>;
- c) occorre infine reperire elementi di prova che dimostrino in via almeno indiretta gli avvenimenti riferiti dal chiamante (c.d. "attendibilità estrinseca"), consentendo cioè di collegare ciascuno dei chiamati a ciascuna delle accuse elevate a loro carico (i c.d. "riscontri estrinseci individualizzanti")<sup>13</sup>.

Al tempo in cui la sentenza di primo grado è stata emessa, non era ancora sufficientemente chiaro se la scansione appena illustrata dovesse seguire i tre passaggi in senso cronologico e necessitante, ovvero se si trattasse di tre diversi sotto-criteri di valutazione suscettibili di una sommatoria *tutto considerato* (come si tende a ritenere oggi)<sup>14</sup>. La sentenza di primo grado ha però ritenuto che la verifica dell'attendibilità "soggettiva" e "intrinseca" (*sub a*) e *b*), *supra*) rivestisse un ruolo logicamente preliminare: «il giudice non può pervenire *omisso medio* all'esame dei riscontri esterni alla chiamata perché in tal modo si finirebbe per fare del riscontro il vero indizio da riscontrare»<sup>15</sup>.

<sup>8</sup> La circostanza, oggetto di un confronto acceso tra consulenti e periti, e successivamente criticata nella memoria d'appello degli imputati (v. CAA2010, 74-75), è stata accertata in via indiziaria dal giudice di primo grado, e successivamente confermata in tutti i gradi di giudizio (v. Cass., sez. I, 10 novembre 2011, n. 43716, 11 ss., a seguito della quale il tema risulterà processualmente precluso): date le tempistiche di misurazione della temperatura rettale delle vittime, le analisi mediche non potevano collocare con certezza il decesso nel preciso orario postulato dall'accusa; dato il tipo di lesioni patite, però, il momento della morte non era coerente nemmeno con l'orario postulato dalla difesa. Dall'orario in cui le testimonianze oculari avevano visto sopraggiungere il terzetto, dal momento in cui la domestica di casa e la moglie di Cottarelli avrebbero brevemente interloquito al citofono la mattina del fatto, e dai tabulati dei telefoni delle vittime, che non avevano più risposto dopo una certa ora, l'orario plausibile della morte si collocherebbe però in una fascia di tempo compatibile con quello postulato dall'accusa (v. CA2008, 21-32).

<sup>9</sup> La sentenza, che pure consta di oltre 300 pagine, dedica soltanto a questa parte dell'analisi un quarto dell'intera decisione (*ibid.*, 32-95).

<sup>10</sup> Per una classificazione delle varie sotto-specie, v. BONETTI 1986, 58-59.

<sup>11</sup> DANIELE 2009, 120.

<sup>12</sup> Su ciascuno di essi, v. analiticamente DEGANELLO 2005, 165-172.

<sup>13</sup> Sul punto, il *leading case* resta tutt'ora Cass., sez. un., 22 febbraio 1993, n. 1653, Marino, in *Giur. it.*, 1993, II, 799-803. Un *test* (apparentemente) bipartito, in "attendibilità intrinseca" e "riscontri esterni individualizzanti", sarebbe stato poi adottato da Cass., sez. un., 30 ottobre 2003, n. 45276, Andreotti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 621-622. Il *test* è tornato tuttavia tripartito già in Cass., sez. un., 29 novembre 2012, n. 20804, Aquilina, in *Dir. pen. cont. - Archivio 2010-2019*, 7 novembre 2012, 36 della motivazione. Cfr. IACOVIELLO 2004, 3460-3461.

<sup>14</sup> Cfr. Cass., sez. un., 29 novembre 2012, n. 20804, cit.

<sup>15</sup> CA2008, 13.

La Corte d'assise, non mancando di sottolineare l'omissione da parte degli inquirenti di alcuni atti d'indagine ritenuti implicitamente utili (come le intercettazioni tra utenze in contatto con Grusovin per questioni d'affari poco chiare, e l'acquisizione di sommarie informazioni dai titolari di tali utenze), ha quindi proceduto a ricostruire il contesto investigativo che aveva condotto a sentire proprio quel chiamante in reità<sup>16</sup>, riportando poi in modo analitico il contenuto dei plurimi colloqui avuti con la polizia giudiziaria e il p.m. (acquisiti in giudizio su accordo delle parti), e con il g.i.p. in sede di incidente probatorio. Nel valutare la "personalità" del dichiarante, il giudice di primo grado ha tuttavia adottato una sotto-ipotesi esplicativa molto peculiare, germana a quella difensiva (H<sub>D</sub>)<sup>17</sup>:

H<sub>G</sub>: *le dichiarazioni del chiamante in reità sono solo fantasie di un mitomane dedito al mendacio, elaborate allo scopo di assecondare gli inquirenti nella soluzione di un caso di rilevante peso mediatico.*

La verifica di tale sotto-ipotesi costituisce a sua volta la premessa di un'inferenza probatoria più complessa, che poi sarà quella posta a fondamento del proscioglimento, e in base alla quale – in breve – dalla mancanza di credibilità della principale prova a carico discenderebbe la falsità dell'accusa. Naturalmente, si tratta di una strategia argomentativa di scarso momento, giacché il profilo della *credibilità* del dichiarante possiede un collegamento induttivo piuttosto debole con quello dell'*attendibilità* del dichiarato<sup>18</sup>: anche colui che non possiede o non esibisce le credenziali normalmente associate ai dichiaranti credibili (come avviene coi soggetti interessati, i minori di età, le persone affette da deficit cognitivi non incapacitanti, i truffatori seriali) può dire cose vere<sup>19</sup>. La ricerca degli elementi che accreditano questa ipotesi, infatti, è costretta a confrontarsi con un dato piuttosto scomodo: occorre pur sempre dare conto delle altre circostanze indipendenti dalla dichiarazione, che invece accreditano le ipotesi alternative<sup>20</sup>. Nel farlo, il giudice di primo grado formula perciò una sotto-ipotesi ausiliaria:

H<sub>Ga</sub>: *gli elementi che riscontrano le dichiarazioni del chiamante in reità sono frutto di un inquinamento da parte degli inquirenti o del condizionamento subito dallo stesso attraverso i mezzi di informazione.*

<sup>16</sup> *Ibid.*, 32-38.

<sup>17</sup> Secondo un lessico che qui si intende adoperare, l'"elemento di prova" è «ciò *che*, introdotto nel procedimento, può essere utilizzato come fondamento della successiva attività inferenziale (per esempio: dichiarazione testimoniale, caratteristica dell'oggetto sequestrato, espressione contenuta in un documento, e così via)» (UBERTIS 2015, 81); "risultato di prova", invece, è la proposizione prodotta dalla interpretazione di un elemento di prova alla luce di un certo criterio inferenziale (*ibid.*, 82-83).

<sup>18</sup> Assumo qui che si tratti di due concetti distinti, ma è importante sottolineare che – quantomeno in sede processuale – si tratta in entrambi i casi di qualifiche *epistemiche*, ossia di esiti di valutazioni che tengono in considerazione quali e quante ragioni abbiamo *per credere* ad un certo individuo. Se assumiamo che il passaggio dalla testimonianza al fatto da essa inferito (ossia, il passaggio dalla proposizione in cui si compendia la testimonianza, alla proposizione poi predicata come vera) debba attraversare almeno due passaggi inferenziali (da quanto il testimone dichiara a quanto è ragionevole ritenere che abbia percepito e ricordi, e da quanto è ragionevole ritenere che abbia percepito e ricordi a quanto è ragionevole ritenere che sia accaduto, cfr. *mutatis mutandis* TRIBE 1974, 959), valutare la "credibilità" della testimonianza significa computare i fattori che ricomprendono il dichiarante nella classe delle persone che solitamente riferiscono cose vere (come lo stile espressivo, o la storia epistemica di quel particolare soggetto, se ne siamo a conoscenza); valutarne l'"attendibilità" invece significa tanto computare i fattori che possono averne distorto la percezione o il ricordo (come i difetti visivi, o le minorità psichiche), quanto i fattori che rendono ragionevole ritenere che ciò che egli ci dice sia vero (come la verosimiglianza del racconto, o la sua coerenza con altri elementi in nostro possesso). La bugia, o il mendacio inconsapevole, da questo punto di vista, non sono altro che conseguenze esplicative dell'esito di queste valutazioni, cfr. EGGLESTON 2004, 287-288; TUZET 2023, 36-37; CARLIZZI 2021, 237-239.

<sup>19</sup> Cfr. FASSONE 1986, spec. 1833-1834.

<sup>20</sup> Cfr. CARLIZZI 2023, 185.

Data la forte compenetrazione tra la sotto-ipotesi principale ( $H_G$ ) e la sotto-ipotesi ausiliaria ( $H_{Ga}$ ), gli elementi accreditanti delle due vengono riepilogati nella medesima parte della decisione che si occupa di vagliare l'attendibilità intrinseca del racconto (del quale a breve si dirà), con uno stile che tende a compensare la rarefazione dell'analisi con la gravità dell'esposizione.

Raggrupperò gli elementi che confermano queste sotto-ipotesi nel modo più possibile omogeneo, suddividendoli tra quelli più strettamente attinenti alla personalità del dichiarante (che viene valutata soprattutto alla luce della sua storia personale, e delle sue condizioni socio-economiche), e quelli che invece sono il frutto di una sorta di meta-analisi delle dichiarazioni, ossia un'analisi che – senza entrare eccessivamente nel merito delle informazioni riferite – punta ad evidenziare alcune caratteristiche strutturali esteriori (come lo stile espressivo, o il genere delle risposte offerte agli inquirenti, qui definita in senso a-tecnico “meta-analisi intrinseca”), o il contesto in cui le stesse sono state rese (qui definita in senso a-tecnico “meta-analisi estrinseca”). Preciso solo che la ripartizione degli elementi nelle diverse sotto-categorie, essendo frutto di una ricostruzione, presenta degli ovvi margini di opinabilità<sup>21</sup>, e che – come avverrà anche nelle tabelle successive – ragioni di leggibilità mi hanno costretto ad includere in alcuni elementi di prova quelli che a tutti gli effetti sono risultati di altre inferenze (almeno implicite), e ad evidenziare alcuni risultati di prova che a tutti gli effetti sono solo risultati intermedi, rispetto al risultato finale che sarebbe coerente con una certa ipotesi.

Tabella n. 1			
PERSONALITÀ DEL DICHIARANTE (condizioni socio-economiche e storia passata)			
	ELEMENTO DI PROVA	CRITERIO INFERENZIALE	RISULTATO DI PROVA
$E_{HG1}$	Grusovin è un «faccendiere» <sup>22</sup> con trascorsi giudiziari piuttosto pesanti, intestatario di utenze fittizie (tra cui quella, centrale nella vicenda in discorso, che aveva chiamato la vittima il giorno prima del delitto), nelle cui rubriche telefoniche compaiono «sigle criptiche», contatti non identificabili, e individui coinvolti in traffici di denaro «sull'asse Romania-Svizzera» <sup>23</sup> , o nella «realità affaristica siciliana» <sup>24</sup>	È verosimile che chi è coinvolto in traffici illeciti di natura fraudolenta tenda a mentire sulle circostanze di cui è a conoscenza	Grusovin non è credibile
$E_{HG2}$	Grusovin aveva possedimenti immobiliari in Romania e mobiliari in Svizzera (questi ultimi, peraltro, già oggetto di altri procedimenti giudiziari), era creditore nei confronti di un imprecisato personaggio di una somma collegata ad un traffico di armi (per il quale era stato persino arrestato), e svolgeva altresì operazioni immobiliari sospette tra la Romania e la Serbia	È verosimile che chi è coinvolto in traffici illeciti di natura fraudolenta tenda a mentire sulle circostanze di cui è a conoscenza	Grusovin non è credibile
$E_{HG3}$	Il cellulare che per ultimo ha chiamato la vittima era riferibile a Grusovin	È verosimile che chi ha contatti con una vittima di omicidio,	Grusovin non è credibile

<sup>21</sup> Laddove manchino i riferimenti più precisi, si può comunque fare direttamente riferimento alla sentenza, v. CA2008, 80 ss.

<sup>22</sup> *Ibid.*, 80.

<sup>23</sup> *Ibid.*, 81, per entrambe le citazioni. Il tema degli affari del dichiarante torna anche in seguito, ad altri scopi, ed è oggetto di una sorta di accertamento *incidenter tantum* relativo alla loro presumibile illiceità, 128 ss.

<sup>24</sup> *Ibid.*, 82.

		se viene coinvolto nel delitto, tenda a mentire per escludere la propria responsabilità	
META-ANALISI INTRINSECA DELLE DICHIARAZIONI (genesì remota della chiamata, stile espressivo, genere delle risposte)			
	ELEMENTO DI PROVA	CRITERIO INFERENZIALE	RISULTATO DI PROVA
E <sub>HG4</sub>	In un primo momento, Grusovin sostiene di aver incontrato i Marino, che conosceva per comunanza di affari, il giorno prima del delitto. Si era tuttavia congedato dai due la mattina del delitto per incontrare un avvocato, «con fluviale esposizione (di scarsa intelligibilità) dei suoi rapporti con detto legale» <sup>25</sup>	È verosimile che chi riferisce in modo confuso le circostanze di un alibi apparente stia mentendo	Grusovin non è credibile
E <sub>HG5</sub>	Dopo aver confessato la sua partecipazione al delitto (in veste, però, di testimone passivo), Grusovin ha invece sostenuto che la sua presenza fosse invece finalizzata proprio a mediare le questioni economiche irrisolte tra Cottarelli e Marino, in veste di consulente contabile	È verosimile che chi muta versione nel corso delle proprie deposizioni stia mentendo	Grusovin non è credibile
E <sub>HG6</sub>	Alla richiesta di individuare il quarto uomo cui ha costantemente fatto riferimento, Grusovin ha identificato fotograficamente – in due diversi momenti dell’indagine – due diversi soggetti, per poi revocarne in dubbio il coinvolgimento (in sede di confronto visivo, e in virtù di alibi, riscontrati, a favore di entrambi)	È verosimile che chi fallisce più volte nell’individuazione di un complice stia mentendo	Grusovin non è credibile
E <sub>HG7</sub>	Quando ancora non aveva confessato la sua partecipazione al delitto, Grusovin ha riferito di averne appreso le circostanze dalla assidua lettura delle cronache dei giornali	È verosimile che chi apprende le circostanze di un delitto dai giornali, se è anche implicato nella vicenda, tenda a strumentalizzare le notizie apprese al fine di accreditare la propria versione dei fatti	Grusovin ha strumentalizzato le notizie apprese dai giornali al fine di accreditare la propria versione dei fatti
E <sub>HG8</sub>	Prima di essere stato sentito in incidente probatorio, Grusovin ha riferito di aver avuto a disposizione le proprie dichiarazioni rese precedentemente alla polizia e al pubblico ministero, nonché gli accertamenti relativi alle tracce biologiche rinvenute sulla scena del crimine	È verosimile che chi è implicato in una indagine penale, ma è al corrente dei suoi sviluppi, possa modificare le proprie deposizioni per accreditare la propria versione dei fatti	Grusovin ha riferito circostanze che coincidevano con i risultati delle indagini per accreditare la propria versione dei fatti
E <sub>HG9</sub>	Nel corso delle ricognizioni sui luoghi compiute in presenza della polizia, e videoregistrate, «in cui l’uomo è ripreso di spalle, [Grusovin] attesta conati di indicazioni che sono sempre completate dai poliziotti operanti» <sup>26</sup>	È verosimile che chi non è in grado di ricostruire con sicurezza lo stato di un luogo non sia mai stato in quel luogo	Grusovin non è mai stato sul luogo del delitto

<sup>25</sup> *Ibid.*, 54 e *antea*.

<sup>26</sup> *Ibid.*, 95.

E <sub>HG10</sub>	Considerati i plurimi aggiornamenti delle deposizioni, relativi ad aspetti tanto marginali quanto principali della vicenda, Grusovin era stato sottoposto a pressioni da parte delle autorità (di cui si riportano alcuni passaggi suggestivi negli interrogatori), che minacciavano di escluderlo dal programma di protezione	È verosimile che un collaboratore, se sottoposto a pressioni delle autorità, possa alterare le proprie deposizioni per non perdere i vantaggi acquisiti, come la protezione delle autorità	Grusovin, sottoposto a pressioni delle autorità, ha alterato le proprie deposizioni al fine di non perdere i vantaggi acquisiti (ossia, la protezione dell'autorità)
META-ANALISI ESTRINSECA DELLE DICHIARAZIONI (contesto della chiamata)			
	ELEMENTO DI PROVA	CRITERIO INFERENZIALE	RISULTATO DI PROVA
E <sub>HG11</sub>	Dai riscontri telefonici, le minacce che avevano indotto Grusovin a parlare risultavano recapitate tramite SMS che provenivano da un numero serbo <sup>27</sup>	È verosimile che chi attribuisce falsamente a taluno una minaccia ricevuta da altri stia strumentalizzando la circostanza per ottenere dei vantaggi, come la protezione delle autorità	Grusovin era interessato ad ottenere una protezione dall'autorità
E <sub>HG12</sub>	Prima e dopo aver reso la principale deposizione confessoria, talvolta senza essere nemmeno sentito in interrogatorio, Grusovin è stato sottoposto all'«anomalo trattamento» consistente nel concedergli di vivere «all'interno della Questura di Brescia per 3 giorni e due notti [...] senza un provvedimento di "fermo" o di altra legale natura» <sup>28</sup>	È verosimile che chi è implicato in un grave delitto, e viene trattenuto senza titolo dalle autorità in qualità di testimone, venga condizionato dagli inquirenti a riferire ciò di cui gli inquirenti hanno bisogno	Grusovin è stato condizionato dagli inquirenti
E <sub>HG-12</sub>	Le autorità hanno giustificato il trattenimento in base allo stato di paura che lo stesso avrebbe palesato nel corso delle indagini, ma l'ispettore incaricato della sua sorveglianza non ha né saputo indicare i collaboratori che l'avrebbero preso in custodia, né è stato in grado di provare l'effettiva «segregazione dell'uomo nei locali della Questura» <sup>29</sup>	È verosimile che quando le autorità non sono in grado di indicare con precisione le circostanze di un trattenimento anomalo stiano nascondendo un fine illecito	Le autorità hanno nascosto un fine illecito nel trattenimento anomalo del chiamante in reità
E <sub>HG14</sub>	Nel corso delle deposizioni, riportate spesso in forma incompleta, secondo lo stile delle sommarie informazioni di polizia, Grusovin viene incalzato con riferimento a dettagli degli spostamenti nei giorni antecedenti al delitto dei quali è lui stesso a sottolineare l'incoerenza rispetto alle informazioni a disposizione degli investigatori stessi <sup>30</sup>	È verosimile che chi è a conoscenza dei dettagli di un'indagine sia stato condizionato dagli inquirenti	Grusovin è stato condizionato dagli inquirenti

<sup>27</sup> Queste (e altre) incongruenze sono riportate, in modo non sempre palese (se si fa eccezione per un uso allusivo dei neretti nel testo della sentenza) né lineare, lungo tutto il corso di una specie di lunga esposizione preliminare delle anomalie che hanno prodotto la sotto-ipotesi esplicativa del giudice, v. *ibid.*, 32-78.

<sup>28</sup> *Ibid.*, 85.

<sup>29</sup> *Ibid.*, per entrambe le citazioni.

<sup>30</sup> *Ibid.*, 85, 86.

Insomma, in base agli elementi di prova raccolti e relativi al dichiarante (a cui la sentenza, però, salvo approfondimenti cursori, fa solo brevi riferimenti), Grusovin risulterebbe affetto da «una personalità naturalmente dedita alla menzogna [...], adusa ad ogni espediente fraudolento, coinvolta in mille “affari” [...], abile nel mentire e dall’eloquio torrentizio (come tanti truffatori di professione)». Le dichiarazioni da esso rese alle autorità rivelerebbero al contrario una tendenza al mendacio caratterizzata da «ansia assecondativa [e da] manifestazioni sì spudorate da indurre il sospetto di problematiche psico-patologiche»<sup>31</sup>.

Come ho tentato di chiarire attraverso la tabella, parte degli elementi di prova posti alla base di questa valutazione sono stati interpretati allo scopo di fornire un supporto inferenziale diretto ad una conclusione intermedia, che a sua volta costituisce la premessa dell’inferenza dalla quale discenderebbe la falsità dell’accusa ( $E_{HG1-6}$ ): se Grusovin non è credibile ( $H_G$ ), allora l’accusa è falsa ( $-H_{A-a}$ ). Altri elementi sono stati invece interpretati allo scopo di fornire un supporto inferenziale ad altre conclusioni intermedie che, oltre a collocarsi nella medesima catena inferenziale che conduce alla falsità dell’accusa, costituiscono a loro volta le premesse di un’inferenza (alla miglior spiegazione) più complessa, dalla quale discenderebbe la plausibilità di un’ipotesi alternativa ( $E_{HG7-14}$ ): se Grusovin è stato condizionato dagli inquirenti, che ne hanno strumentalizzato l’interesse a ottenere una protezione al fine di fabbricare una prova falsa, allora le indagini sono state condotte in modo negligente ( $H_{G_a}$ ); se le indagini sono state condotte in modo negligente, allora i veri responsabili del delitto non sono i cugini Marino ( $H_D$ ).

Poiché però gli elementi che potrebbero accreditare o smentire quest’ultima inferenza vanno reperiti tenendo in considerazione anche le dichiarazioni di Grusovin, il giudice passa al secondo step della valutazione “in tre tempi”, ossia quello relativo all’attendibilità c.d. “intrinseca” del dichiarato. Le dichiarazioni di Grusovin ( $D_{G_s}$ ), il cui contenuto vale qui sintetizzare poiché risulterà poi in larga parte provato nei successivi gradi di giudizio (ad eccezione della partecipazione di Salvatore Marino, successivamente esclusa), sono le seguenti:

$D_{G_s}$ : Grusovin aveva ospitato i cugini Marino la notte del 27 agosto in casa propria a Milano. La mattina del 28 agosto, dopo una sosta al bar, Grusovin si sarebbe imbarcato su una Grande Punto Silver noleggiata il giorno prima con Vito. I due avrebbero poi raccolto un quarto uomo, incontrato anch’esso già una volta il giorno prima, per raggiungere la villetta di Cottarelli. Poco dopo, sarebbe sopraggiunto Salvatore con la propria auto. I quattro avrebbero citofonato all’imprenditore, non ottenendo alcuna risposta. Cottarelli si sarebbe quindi affacciato, interloquendo brevemente con i quattro: non essendo riuscito ad aprire il cancelletto da remoto, è dovuto uscire in mutande per farlo manualmente, e li ha poi invitati ad entrare in casa, per rivestirsi subito dopo. Nel corso del dialogo tra i quattro e Cottarelli, sarebbe sopraggiunta la moglie dell’imprenditore, che avrebbe nuovamente risposto al citofono per rinviare un incontro programmato con l’avventore. Il dialogo tra i quattro avrebbe però presto assunto una coloritura violenta: Vito pretendeva dei soldi che Cottarelli, mostrandogli una cassaforte “a vista” sostanzialmente vuota, sosteneva di non avere. Grusovin e il quarto uomo, rifiutandosi di perlustrare la casa in cerca del denaro come ordinato loro da Vito, sarebbero stati a quel punto legati per i polsi al tavolo della cucina con fascette stringi-cavo bianche e nere marca DHL. Grusovin avrebbe quindi visto Vito indossare dei guanti da cucina estratti da una borsa di pelle, condurre Cottarelli in esplorazione della casa per ricercare il denaro, e scendere con lui nella tavernetta (nella quale erano nel frattempo scesi anche la moglie e il figlio dell’imprenditore, costretti da Salvatore). Vito sarebbe tuttavia risalito poco dopo, prelevando da uno stipo un flaconcino con tappo a goccia, per poi riscendere nuovamente, e risalirne sporco di sangue, con un cellulare in mano. Mentre era

<sup>31</sup> *Ibid.*, 82-83, per entrambe le citazioni. Quest’ultima affermazione, in particolare, viene giustificata in base alle parole di alcuni testimoni (non testualmente riportate), che lo avrebbero ritenuto affetto da una «personalità “borderline”» (*Ibid.*, nt. 83).

legato assieme al quarto uomo, Grusovin avrebbe percepito solo «rumori indefiniti»<sup>32</sup>. I cugini a quel punto avrebbero slegato i due testimoni, spiegando in breve l'accaduto, e li avrebbero minacciati di non parlarne a nessuno mentre ripulivano le tracce per poi riaccompagnarli alle rispettive abitazioni.

Il racconto rappresenta, com'è evidente, alcuni avvenimenti piuttosto “sorprensenti”<sup>33</sup>: a prescindere dal motivo della presenza di Grusovin e del quarto uomo nel gruppo, il loro essere stati legati entrambi al tavolo della cucina proprio nel momento *clou* dell'eccidio risulta piuttosto sospetta; la mancata percezione degli spari, in ambienti di modesta estensione, è poco verosimile; la dinamica del prelievo del flaconcino di tranquillante da parte di Vito non è chiara, poiché – accertato che costui non era mai stato prima in quella casa – non poteva certo conoscerne l'ubicazione precisa; se Vito fosse uscito dall'abitazione indossando vistosi guanti di plastica, avrebbe solo incrementato il rischio di essere visto. Essi possono avere solo tre spiegazioni razionali:

- a) si tratta di espedienti difensivi tesi a scagionare il dichiarante dalla commissione del fatto, anche in qualità di concorrente soltanto morale;
- b) si tratta di circostanze talmente inverosimili da costituire indici di inattendibilità dell'intero racconto;
- c) per quanto inverosimili, si tratta di dati tutto sommato irrilevanti, giacché non compromettono l'accertamento della responsabilità nei confronti degli autori materiali del fatto.

Allo stesso tempo, il racconto si presenta però anche molto dettagliato, ricco di particolari troppo precisi per essere il frutto di una totale invenzione (il cancelletto rotto, l'accoglienza in intimo da parte della vittima, i guanti da cucina indossati dai *killer*, la tipologia e il colore delle fascette stringi-cavo, il flaconcino con tappo a gocce, la descrizione dei luoghi). È infatti assai frequentata, in letteratura, la massima d'esperienza secondo cui la descrizione di particolari relativi alla vicenda che il dichiarante non poteva ragionevolmente conoscere se non partecipando al fatto stesso è un forte indice di attendibilità del suo racconto<sup>34</sup>. Il giudice di primo grado, sposcando una prospettiva a cavallo tra le alternative *a)* e *b)*, ha così sintetizzato le incongruenze contenute nella dichiarazione di Grusovin (E-DG<sub>s</sub>)

Tabella n. 2			
ATTENDIBILITÀ INTRINSECA			
	ELEMENTO DI PROVA	CRITERIO INFERENZIALE	RISULTATO DI PROVA
E-DG <sub>s1</sub>	Grusovin aveva prodotto i segni della legatura al tavolo facendosi refertare una escoriazione di 3 millimetri, priva di crosta, qualche settimana dopo i fatti. Il sopralluogo video-registrato, eseguito in presenza del dichiarante, e risalente a pochi giorni dopo il fatto,	È verosimile che chi tenta di avvalorare il proprio racconto attraverso segni in realtà non riferibili agli eventi a cui sostiene di aver assistito stia solo cercando di accreditare	Grusovin non è attendibile

<sup>32</sup> *Ibid.*, 60.

<sup>33</sup> Intendo qui “sorprensenti” nell'uso caro a Pierce, v. PIERCE 2003, 995 ss.; TUZET 2007, 67 ss.

<sup>34</sup> È importante chiarire che si tratta, a ben vedere, di una più ampia inferenza alla miglior spiegazione, in grado di funzionare solo in presenza di altre assunzioni ausiliarie. Riporto un esempio di Redmayne: «Si supponga che uno dei dettagli nel racconto frutto di una memoria rievocata da C [un minore vittima di abusi, *n.d.R.*] sia che D [l'imputato di violenza sessuale, *n.d.R.*] abbia un tatuaggio sui genitali. Un testimone riferisce che D ha davvero un tatuaggio sui genitali. Supponiamo anche di ritenere che C non avrebbe potuto sapere del tatuaggio se non essendo stato vittima di abusi. La prova testimoniale incrementa il valore probatorio della testimonianza di C perché rende la sua testimonianza meno probabile in base all'ipotesi che esso non sia stato abusato» (REDMAYNE 2000, 151, traduzione mia). Cfr. FASSONE 1985, 516-517; TRANCHINA 1995, 645.

	«attentamente osservato dalla Corte, [non mostra però] nessun segno escoriativo [...] sull'avambraccio destro del Grusovin» <sup>35</sup>	la propria versione dei fatti, e dunque stia mentendo	
E <sub>-DGs2</sub>	La gran parte dei particolari della vicenda esposta erano attinti dalle cronache giudiziarie, che avevano riferito l'avvistamento dei tre uomini, i reperti rinvenuti sulla scena del crimine (incluso il calibro della pistola), la cassaforte aperta, la vasca idromassaggio divelta, e le foto della villetta (con tanto di descrizione degli interni e di esposizione delle piantine della tavernetta) <sup>36</sup>	È verosimile che chi riferisce circostanze rese pubbliche dai giornali stia tentando di accreditare in modo fraudolento la propria versione dei fatti	Grusovin vuole accreditare in modo fraudolento la propria versione dei fatti
E <sub>DGs1</sub>	L'unico particolare mai pubblicato dalla stampa era quello relativo al flaconcino di tranquillante, che era stato effettivamente reperito nel corso delle indagini	È verosimile che un collaboratore trattenuto senza titolo dalle autorità possa venire a conoscenza di dati investigativi segreti	«[...] non è azzardato affermare che la conoscenza di tale dettaglio sia stata acquisita [...] nel contesto del trattamento in Questura [...], in cui il dichiarante-collaboratore ha avuto approcci informali con la polizia giudiziaria ed è venuto in possesso [...] di taluni dati investigativi» <sup>37</sup>
E <sub>-DGs4</sub>	Secondo la scientifica, il rumore degli spari – anche laddove esplosi con silenziatore – era udibile da chiunque si fosse trovato all'interno della casa	È verosimile che chi non riferisce circostanze compatibili con quelle che <i>in rerum natura</i> avrebbe dovuto percepire se fosse stato presente al fatto stia mentendo	Grusovin non è attendibile

A questo punto, in un lungo elenco che costituisce la parte più consistente della sentenza, e nel quale i due profili non vengono mai distinti con nitore, il giudice passa ad esaminare gli elementi di prova diversi dalla chiamata. La pratica è contraddittoria con le medesime premesse teoriche dalle quali la valutazione ha dichiarato di volersi muovere, giacché falliti i primi due *step* del metodo “a tre tempi” (se inteso in senso cronologicamente necessitante), essa avrebbe dovuto a rigore arrestarsi. Tale analisi, però, è evidentemente strumentale a prendere posizione sugli elementi che accrediterebbero in via autonoma l'ipotesi d'accusa ( $H_A$ ), per ottenere una smentita che – a sua volta, e possibilmente, ma non necessariamente – accrediti l'ipotesi alternativa della difesa ( $H_D$ ). Quando vengono in discussione le affermazioni di un testimone suscettibili di riscontro solo parziale, infatti, la giurisprudenza ne consente una c.d. “valutazione frazionata”: purché non sussistano interferenze logiche (come contraddizioni, o incoerenze) tra le parti riscontrate positivamente (ossia, asseribili come vere) e quelle riscontrate negativamente (ossia, asseribili come false), il racconto del dichiarante può ancora essere posto a fondamento di una sentenza di condanna<sup>38</sup>.

Seguendo la stessa impostazione delle precedenti tabelle, raggrupperò gli elementi a seconda che i loro risultati di prova intermedi attengano agli antefatti o ai postfatti del delitto, alle circo-

<sup>35</sup> CA2008, 140.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 142-143. Anche in questo caso, l'elenco è puramente indicativo, giacché in sentenza non vengono riportati nemmeno gli estremi dei quotidiani a cui si fa riferimento, deferendo l'approfondimento alle memorie della difesa, che avevano offerto proprio tale chiave di lettura in merito alla singolare specificità del racconto di Grusovin.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 143-144.

<sup>38</sup> Da ultimo, Cass., sez. I, 1 dicembre 2022, n. 26966, in *C.E.D. Cass.*, n. 284836. Cfr. IACOVIELLO 2004, 3454.

stanze di luogo e tempo del fatto, o alle tracce esaminate facendo ricorso ad analisi scientifiche<sup>39</sup>. Cercherò inoltre di semplificare al massimo il contenuto degli elementi, raggruppandoli anche quando sarebbero plurimi, e delle inferenze tra elementi e conclusioni, abbreviandole anche quando i passaggi sarebbero più complessi, per favorire l'intelligibilità dei singoli dati.

Tabella n. 3			
ATTENDIBILITÀ ESTRINSECA (c.d. "riscontri estrinseci individualizzanti")			
ANTEFATTI E POSTFATTI			
	ELEMENTO DI PROVA	CRITERIO INFERENZIALE	RISULTATO DI PROVA
E-DG <sub>s5</sub>	Né le banche dati dei transiti autostradali, né le immagini dei caselli (benché di scarsa qualità e affette da una rotazione continua che avrebbe potuto impedire la visione di certi veicoli), hanno registrato alcun passaggio delle automobili coinvolte nel fatto, sulla tratta Milano-Brescia, nei giorni del delitto	È impossibile che le automobili coinvolte nel fatto non siano state registrate dalle videocamere autostradali o dai sistemi di sorveglianza	Le automobili coinvolte non hanno percorso la tratta Milano-Brescia il giorno del delitto
E-DG <sub>s6</sub>	Dall'esame dattiloscopico dei biglietti autostradali sequestrati, risalenti al giorno del delitto e relativi ad orari compatibili coi presunti passaggi dei veicoli, sono emersi pochi frammenti digitali utili, comunque non riferibili ai Marino	È impossibile che i presunti responsabili, percorrendo il tragitto postulato dall'accusa, non abbiano lasciato le loro impronte digitali sui biglietti autostradali	I cugini Marino non hanno percorso l'autostrada tra Milano e Brescia
E-DG <sub>s7</sub>	Il gestore del bar in cui Grusovin e i Marino avrebbero preso un caffè prima di partire per Brescia ha negato di aver visto Grusovin, che era un cliente abituale	È inverosimile che il gestore di un bar non ricordi l'ingresso nel proprio esercizio commerciale di un cliente abituale	Grusovin non è attendibile
E-DG <sub>s8</sub>	«Il 27 agosto era l'ultimo giorno del periodo classicamente feriale» <sup>40</sup>	È verosimile che i posti in aereo tra la Sicilia e Milano, a ridosso della fine delle vacanze, fossero terminati	Il viaggio dei cugini Marino in automobile dalla Sicilia è giustificato da contingenze logistiche
E-DG <sub>s9</sub>	Salvatore non era solito portare con sé il cellulare, come documentato con riferimento a viaggi precedenti, e Vito era coinvolto in indagini penal-tributarie. Entrambi i cellulari risultavano inoltre localizzati in Sicilia, nei giorni del fatto.	È verosimile che chi gestisce affari illeciti e non porta con sé il proprio telefono cellulare durante una trasferta tenti di sottrarsi al «possibile rischio di intercettazioni» <sup>41</sup>	La localizzazione dei cellulari in Sicilia nei giorni del fatto dipendeva dal timore di Vito Marino di essere sottoposto ad intercettazioni nel corso della trasferta con riferimento ad altre indagini
E-DG <sub>s10</sub>	Il noleggio della Grande Punto, che implica la consegna della patente, la sottoscrizione del contratto, e il pagamento con una carta di credito, era provato – oltre che frequente – nelle abitudini di viaggio di Vito Marino	È inverosimile che un individuo mosso da un intento omicidiario decida di noleggiare un'automobile lasciando precisa traccia documentale dei suoi spostamenti	Il noleggio della Grande Punto da parte di Vito Marino non era necessario a portare a termine un omicidio

<sup>39</sup> Anche qui, laddove non chiarirò i riferimenti precisi, si può fare ricorso direttamente alla sentenza, CA2008, 137 ss.

<sup>40</sup> *Ibid.*, 215.

<sup>41</sup> *Ibid.*, 216.

E-DG <sub>S11</sub>	«[...] i tempi necessari a percorrere il tragitto [...] nelle condizioni di traffico normalmente intenso registrabili in giorno lavorativo (28 agosto)» <sup>42</sup> non sono compatibili con le tempistiche ricostruite dalle indagini	Data la distanza tra il luogo di pernottamento e quello del delitto, e i risultati delle indagini, il tempo di percorrenza medio non coincide con le tempistiche affermate da Grusovin	Grusovin non è attendibile
E-DG <sub>S12</sub>	Vito Marino ha percorso chilometraggi medi sovrapponibili a quelli registrati nei giorni 27 e 28 agosto, nel corso di altre trasferte precedenti a Milano	È verosimile che chi gestisce numerosi affari illeciti percorra lunghi tragitti nel corso delle proprie trasferte	Il chilometraggio della Grande Punto «rimanda dunque ad altre percorrenze sconosciute e di nessuna significatività accusatoria» <sup>43</sup>
CIRCOSTANZE DI LUOGO O DI TEMPO			
	ELEMENTO DI PROVA	CRITERIO INFERENZIALE	RISULTATO DI PROVA
E-DG <sub>S13</sub>	I testimoni oculari, «indiscutibilmente attendibili, precisi e concordanti» <sup>44</sup> , hanno sempre riferito dell'ingresso nella villetta di tre individui, e non quattro, come riferito da Grusovin	È verosimile che più testimoni oculari attendibili dicano il vero, se sono concordi	Grusovin non è attendibile
E-DG <sub>S2</sub>	Secondo le parti civili, il riferimento al quarto uomo figurava come mero espediente difensivo, ma «sfugge, invero, il minore significato indiziante della presenza di un ulteriore soggetto sulla scena del crimine» <sup>45</sup> . Il quarto uomo, secondo Grusovin, era stato incontrato da lui e da Vito Marino anche il giorno prima.	È verosimile che un abile truffatore tenda a mischiare vero e falso per immutare la realtà a proprio favore	Grusovin non è attendibile
E-DG <sub>S14</sub>	Sulle fattezze del terzetto, i testimoni avrebbero offerto indicazioni molto vaghe. Sui giornali, inoltre, erano più volte apparse le fotografie degli imputati. I due imputati, poi, presentano in sé fisionomie «niente affatto originali e comuni a tanti uomini» <sup>46</sup>	È verosimile che i condizionamenti mediatici abbiano confuso i ricordi dei testimoni oculari sulle fattezze del terzetto	I cugini Marino e Grusovin non sono gli stessi soggetti di cui parlano i testimoni oculari
E-DG <sub>S15</sub>	Grusovin aveva la stessa età dei Marino, ma i testimoni oculari riferiscono di aver visto un terzo uomo più giovane degli altri, «ed è difficile ammettere che possa essere indicato quale una persona giovane (si veda l'aspetto del dichiarante nel video relativo al sopralluogo [...])» <sup>47</sup> . Inoltre, lo stesso è «di indiscutibile alta e robusta costituzione fisica» <sup>48</sup>	È inverosimile che i testimoni oculari non abbiano avvistato un soggetto con fattezze molto caratteristiche come Grusovin	Grusovin non era presente il giorno e nel luogo del delitto

<sup>42</sup> *Ibid.*, 149.

<sup>43</sup> *Ibid.*, 214.

<sup>44</sup> *Ibid.*, 138.

<sup>45</sup> *Ibid.*, 152.

<sup>46</sup> *Ibid.*, 166. Da 154 si dipana tuttavia un lungo elenco, a tratti confuso, delle dichiarazioni offerte da tutti i testimoni oculari: vicini di casa che, la mattina del giorno del delitto, si sono trovati a passare rapidamente davanti o nei pressi della villetta, attendendo alle proprie ordinarie attività.

<sup>47</sup> *Ibid.*, 166.

<sup>48</sup> In una nota precedente, la Corte chiarisce che Grusovin, al momento del fatto, pesava 102 kg, per un'altezza di 197 cm, v. *ibid.*, 81, nt. 78.

E-DG <sub>s16</sub>	I primi soccorritori, e la polizia scientifica, hanno attestato il corretto funzionamento del cancelletto di apertura. Il “ <i>clac</i> ” di apertura del cancello era stato riferito anche da uno dei testimoni oculari	È verosimile che più soggetti disinteressati e attendibili dicano il vero, se sono concordi	Grusovin non è attendibile
E-DG <sub>s17</sub>	La vittima era stata soccorsa con i pantaloni indosso, e uno dei testimoni oculari l’aveva vista andare incontro ai tre uomini già vestita	È inverosimile, per una persona «della caratura ed età di Cottarelli Angelo» <sup>49</sup> , uscire di casa di prima mattina in intimo	Grusovin non è attendibile
E-DG <sub>s18</sub>	Diversamente da quanto riferito da Grusovin, le fascette rinvenute in casa sono nere, e non bianche e nere, e risultano prive di scritte. Benché fascette stringi-cavo dello stesso tipo, ma non identiche, siano state rinvenute anche in possesso di Salvatore, si tratta di oggetti di ampia diffusione e vario uso (solo nel 2006, secondo l’addetto della B-Ticino escusso sul punto, erano stati venduti 97 milioni di esemplari <sup>50</sup> ). Grusovin, inoltre, sapeva che Salvatore era un dipendente DHL	È verosimile che Grusovin abbia inteso collegare alcune circostanze del delitto, riferite imprecisamente, all’unico scopo di incriminare Salvatore Marino	Grusovin non è attendibile
E-DG <sub>s19</sub>	Il tavolo al quale Grusovin sostiene di essere stato legato era perfettamente in ordine, quando la polizia è entrata nell’abitazione	È inverosimile che, nella concitazione del fatto, il tavolo al quale due testimoni si suppone fossero rimasti legati potesse rimanere in ordine	Grusovin non è attendibile
E-DG <sub>s20</sub>	La cassaforte non era “a vista”, come riferito da Grusovin, bensì protetta da un quadro	È verosimile che chi riferisce dettagli diversi dal vero stia mentendo	Grusovin non è attendibile
TRACCE			
	ELEMENTO DI PROVA	CRITERIO INFERENZIALE	RISULTATO DI PROVA
E-DG <sub>s21</sub>	L’esame delle tracce biologiche sulla scena del delitto aveva restituito un solo risultato utile, rinvenuto sulle fascette che stringevano i polsi del figlio dell’imprenditore. Il DNA però non era riferibile né ai Marino, né a Grusovin, e anzi – secondo il consulente tecnico della difesa – (molto probabilmente) non era riferibile a nessuno che fosse «appartenente ad una linea filogenetica italiana» <sup>51</sup> La consulente tecnica dell’accusa aveva invece ipotizzato che i reperti, attesa la loro consistenza ignota (in particolare, non era chiaro se provenissero da sangue, saliva, o sudore), potessero in realtà appartenere a cellule epiteliali depositate involontariamente dai medici legali al momento della rimozione delle fascette. Tuttavia, «è altamente improbabile che i medici legali ab-	È verosimile che una traccia biologica non identificata rinvenuta su uno degli strumenti del reato, escluse le fonti di inquinamento più ragionevoli alla luce della dinamica del fatto, appartenga ai responsabili del delitto	Le tracce biologiche rinvenute appartengono ai responsabili del delitto, mai compiutamente identificati dalle indagini, probabilmente di origine non italiana

<sup>49</sup> *Ibid.*, 139.

<sup>50</sup> *Ibid.*, 201, nt. 217.

<sup>51</sup> *Ibid.*, 145, e nt. 159.

	<p>biano potuto compiere manovre sul reperto sì violente da lasciare segni con i loro polpastrelli (ragionevolmente concepibili come protetti da guanti), [d'altro canto] le fascette trovate sulle vittime risultano tagliate»<sup>52</sup></p>		
E-DG <sub>s22</sub>	<p>Nella villetta sono state rinvenute poche impronte digitali utili (ad esempio, sul bicchiere che conteneva il tranquillante), ma nessuna era appartenente ai soggetti coinvolti (né ad alcuno di identificato)</p>	<p>È verosimile che le impronte digitali rinvenute sulla scena di un crimine, se non appartengono ai soggetti coinvolti dalle indagini, appartengano ai responsabili del fatto</p>	<p>Le tracce digitali rinvenute appartengono ai responsabili del delitto, mai compiutamente identificati dalle indagini</p>
E-DG <sub>s23</sub>	<p>Secondo la consulenza balistica, che aveva ricondotto i proiettili letali, quelli reperiti, e i bossoli, all'uso della stessa arma, i bossoli erano caratterizzati dalla presenza di piombo e bario. Sulle mani della vittima sono state reperite particelle ternarie (piombo, bario, e antimonio), e binarie (piombo e bario). Sul lato guida della Grande Punto, e sulla cappelliera, però, non è stata reperita alcuna particella. Sul lato passeggero, invece, sono state reperite due particelle binarie (piombo e bario), e una di antimonio.</p> <p>Le particelle binarie – secondo i consulenti – erano <i>indicative</i>, ma non esclusive di attività di sparo. Secondo il consulente della difesa, morfologia e composizione delle particelle poteva anche suggerire un'origine collegata all'«attività dei motori a scoppio (nel traffico), di fonderie, inceneritori, cementifici, impianti di riscaldamento, smaltimento rifiuti, etc.»<sup>53</sup></p> <p>Le perizie hanno poi accertato la generale mancanza di antimonio nel tipo di cartucce utilizzate nel delitto, e il rischio di contaminazioni da antimonio derivanti dal composto del proiettile era minimo. Inoltre, gli aspetti morfologici e la composizione che – secondo la letteratura – sono necessari alla riconduzione di certe particelle ad una attività di sparo erano assenti</p>	<p>È verosimile che più particelle prive delle caratteristiche tipiche ed esclusive dei residui da sparo, ma compatibili con altre fonti di inquinamento, appartengono ad altre fonti di inquinamento</p>	<p>Stanti le incertezze della scienza specialistica, «in continua evoluzione e priva di sicuri approdi (come, invece, nel diverso campo delle indagini genetiche)»<sup>54</sup>, occorre concludere per «l'impossibilità di attribuire con ragionevole certezza»<sup>55</sup> le particelle reperite alle munizioni repertate</p>
E-DG <sub>s24</sub>	<p>Gli accertamenti tecnici sulle particelle sono stati svolti dopo il tempo massimo stabilito dai protocolli di riferimento per i prelievi, e su un'automobile a noleggio, che è stata utilizzata (ancorché da persone che non fanno uso di armi) sia prima sia dopo il delitto</p>	<p>È verosimile che particelle rinvenute senza osservare le cautele dettate dai protocolli di riferimento per l'analisi dei residui da sparo siano frutto di aggregazione casuale, legata ad eventi atmosferici incontrollabili, incrementati per giunta dal «periodo ancora estivo e dunque della probabile esposizione</p>	<p>Le tracce rinvenute sulle automobili non appartengono a residui di sparo, ma provengono da altre fonti di inquinamento</p>

<sup>52</sup> *Ibid.*, 146.

<sup>53</sup> *Ibid.*, 190-191.

<sup>54</sup> *Ibid.*, 197.

<sup>55</sup> *Ibid.*

		degli interni [dell'automobile] all'aria in transito dai finestrini» <sup>56</sup> , tanto da essere state reperite in punti incongruenti, diversi da quelli in cui gli ipotetici sparatori sarebbero stati seduti al ritorno (in particolare, Vito al posto guida della Grande Punto, secondo Grusovin)	
--	--	--	--

Anche con riferimento ai c.d. “riscontri”, ho cercato di mostrare come alcuni elementi siano ad oggetto di inferenze che puntano a screditare direttamente le affermazioni contenute nelle dichiarazioni, per falsificarle (E-DG<sub>s7</sub>, 11, 13, 15-20). Altri elementi, pure collocabili nella medesima catena inferenziale, costituiscono tuttavia – in via indiretta – anche istanze di conferma dell'ipotesi difensiva (E-DG<sub>s5-6</sub>, 8-10, 12, 14, 21-24).

La macro-ipotesi d'accusa, «privat[a] in tale modo della principale linfa accusatoria che l[a] aveva alimentat[a] (ossia le dichiarazioni di Grusovin), rassegna dati [...] che pur avendo valore genericamente indiziario non offrono [alcun] puntello oggettivo»<sup>57</sup> all'accertamento. Nella lunga disamina dedicata ai moventi<sup>58</sup>, al contrario, emergerebbero non solo piste inesplorate, che si muovono sullo sfondo dei rapporti economici intrattenuti da Cottarelli con altri soggetti (mai compiutamente identificati), ma emergerebbe altresì un possibile collegamento tra il delitto e i traffici illeciti celati da Grusovin<sup>59</sup>: «non si tratta di scenari meramente ipotetici dal momento che non risultano investigati i contesti di riferimento»<sup>60</sup>.

### 3.1. Analisi critica del proscioglimento in primo grado

In questo paragrafo mi soffermerò sulla fondatezza degli argomenti impiegati dalla sentenza di primo grado prendendo a riferimento gran parte di quelle che sono state, in seguito, le critiche sollevate con gli atti d'appello.

Da questo punto di vista, l'impostazione argomentativa del proscioglimento di primo grado risulta già *prima facie* piuttosto debole. Il principale elemento di fragilità consiste nella strumentalizzazione di una tesi dogmatica, ossia quella relativa al metodo di valutazione della chiamata in reità, che viene posta al servizio di uno scopo incompatibile con i canoni della logica induttiva. Nel nostro ordinamento, l'oggetto del giudizio penale è infatti l'ipotesi d'accusa (ossia, l'imputazione). Ed è senz'altro vero che, nel confrontare l'ipotesi e le sue supposte conferme empiriche (ossia, le prove), il giudice deve ritenere queste ultime *prima facie* sufficientemente attendibili da poter “contare come tali”: se pretendessimo di provare un omicidio attraverso la lettura dei tarocchi, la prova non esibirebbe il *pedigree* epistemologico necessario a comparire tra le premesse del discorso. Il controllo preliminare di attendibilità, tuttavia, è di natura ipotetica e – nel nostro ordinamento – si svolge in sede di ammissione della prova<sup>61</sup>. Una volta che la prova

<sup>56</sup> *Ibid.*, 199.

<sup>57</sup> *Ibid.*, 303.

<sup>58</sup> *Ibid.*, 222-303, la parte più consistente della sentenza.

<sup>59</sup> *Ibid.*, 110-111.

<sup>60</sup> *Ibid.*, 302.

<sup>61</sup> Nell'esempio dei tarocchi formulato nel testo, infatti, le proposizioni fattuali in cui tale prova si compendierebbe non sarebbero collegabili in via inferenziale alle proposizioni fattuali contenute nel *thema probandum* secondo alcuna soglia di plausibilità, rendendo la prova – tecnicamente – *irrilevante*, v. TARUFFO 2023 [1970], 235 ss.; CORDERO 2012, 572. In letteratura, il tema della soglia di plausibilità ipotetica che rende *rilevante* (e dunque ammissibile) una prova

è stata ammessa e acquisita, ogni altro giudizio ad essa relativo si situa nella fase della valutazione: salvo macroscopici errori in sede di ammissione, insomma, il grado di conferma offerto da una qualsiasi prova acquisita a dibattimento ad una delle ipotesi alternative (pur potendo essere estremamente basso) non è mai zero. Difatti – quando non ci muoviamo nel quadro di ragionamenti deduttivi, perché non abbiamo a disposizione leggi scientifiche sufficientemente affidabili che consentano di spiegare porzioni più o meno ampie dei fatti in giudizio – l’inattendibilità di una prova non si trasmette *ipso facto* all’ipotesi. Se l’ipotesi è la morte di Tizio per mano di Caio, e tra le prove c’è la testimonianza di Sempronio, l’inattendibilità di Sempronio è un elemento di forte discredito dell’ipotesi, ma non ne *dimostra* la falsità: occorre altresì dare conto degli altri elementi raccolti che eventualmente la accreditino (se ve ne sono) e spiegare perché non siano sufficienti a farlo, fornendo di essi una spiegazione alternativa, oppure – quantomeno – qualificandoli come elementi inattendibili o irrilevanti<sup>62</sup>. Il rischio, altrimenti, è quello di incorrere in una c.d. “negazione dell’antecedente”: se Grusovin è attendibile, allora l’accusa è vera; ma Grusovin non è attendibile; allora l’accusa è falsa. L’accusa però potrebbe essere vera *malgrado* l’inattendibilità (totale, o parziale) di Grusovin.

Le fragilità di questa impostazione emergono sia dall’analisi degli elementi che screditerebbero Grusovin in quanto dichiarante, sia dall’analisi degli elementi che ne screditerebbero “intrinsecamente” il dichiarato. Alcuni di essi sono senz’altro indicativi di una tendenza al mendacio: il passato discutibile, le accuse false, i tentativi di dichiararsi inizialmente estraneo e poi di minimizzare la propria partecipazione al fatto. A rigore, però, le spiegazioni razionali che di tali elementi possono essere offerte sono solo due:

- a) Grusovin ha inventato tutto (e delle sue dichiarazioni non può essere fatto uso alcuno);
- b) Grusovin sta celando in tutto o in parte ciò che sa (e l’uso delle sue dichiarazioni deve essere sottoposto ad uno scrutinio più attento, secondo la prassi della c.d. valutazione frazionata).

La prima spiegazione è esclusa dal medesimo giudice: nelle dichiarazioni di Grusovin sono infatti indubbiamente presenti informazioni che coincidono con altri elementi probatori ad esse esterni. Per accreditare la spiegazione *sub b)*, perciò, il giudice è costretto a ricorrere ad una ipotesi *ad hoc*, ossia un’ipotesi alternativa ( $H_G$ ), che ha senz’altro il beneficio di appianare un’anomalia (in questo caso, la singolare coincidenza tra i particolari del racconto di Grusovin e i risultati delle indagini), introducendo però tra le premesse del discorso ciò che in realtà andrebbe a sua volta dimostrato (e incorrendo così in una *petitio principii*). Senza conferme indipendenti di una collusione tra investigatori e dichiarante, infatti, l’idea che la coincidenza tra il dichiarato e i risultati delle indagini sia frutto di un inquinamento (consapevole, o frutto di negligenza che sia) spiega sì la coincidenza, ma all’altissimo prezzo di diminuire (anziché aumentare) gli elementi che potrebbero smentire (e tuttavia non smentiscono) l’ipotesi d’accusa<sup>63</sup>. In

viene studiato soprattutto in materia di c.d. “prove scientifiche”, cfr. CARLIZZI 2019, 126.

<sup>62</sup> Taccio volontariamente sul fatto che, come fa giustamente notare Carlizzi, nelle induzioni processuali (da lui ridenominate “induzioni critiche”) la presenza di elementi di credito e la smentita degli elementi di discredito spesso non basta, giacché – talvolta – occorre anche spiegare perché non si diano certi elementi di credito che ci si sarebbe ragionevolmente atteso di trovare (c.d. “quadrature”), cfr. CARLIZZI 2023, 183 ss.

<sup>63</sup> Volendo trarre un’analogia dall’epistemologia scientifica, anche nel diritto si può dire che l’ipotesi esplicativa dell’accusa è feconda se si presenta, da subito, ricca di implicazioni osservative in grado di smentirla: se nel corso del giudizio nessuna di tali implicazioni si presenta (o quantomeno non se ne presenta nessuna di attendibile), l’ipotesi supera i severi tentativi di confutazione che consentono di tenerla per vera oltre ogni ragionevole dubbio. Ciò che avviene con la formulazione di ipotesi *ad hoc* non è altro che una restrizione delle implicazioni osservative che potrebbero smentire un’ipotesi di partenza, rendendola così *meno* e non *più* soggetta a confutazioni (e quindi – a rigore – si tratta di una mossa che riduce, e non aumenta, le nostre ragioni per credere che l’ipotesi sia stata effettivamente confermata). “Tutti i cigni sono bianchi” è una ipotesi molto confutabile perché basta un solo cigno nero a smentirla. “Tutti i

realtà, il giudice ha provato a spiegare tale coincidenza anche in base ad un'ipotesi ausiliaria parallela (che in  $H_{Ga}$ , per ragioni espositive, ho considerato unitariamente): le principali informazioni di dettaglio relative all'omicidio erano state in larga parte pubblicate dai giornali, dei quali Grusovin era un attento lettore. L'argomento in sé sarebbe schiacciante, ma – in questo caso – a mancare sono innanzitutto le premesse: le fonti dalle quali sarebbe possibile evincere la fondatezza dell'argomento, infatti, sono state solo indicate, ma non esposte (né analiticamente, né in sintesi che non fossero meramente allusive). Se anche tali fonti fossero state esposte analiticamente, poi, le spiegazioni razionali del condizionamento (parziale, o totale che fosse) avrebbero potuto essere solo due:

- a) Grusovin ha assecondato gli investigatori allo scopo di dichiararsi estraneo ai fatti;
- b) Grusovin preferisce incolparsi falsamente di concorso in omicidio, piuttosto che rivelare ciò che è realmente accaduto.

La prima spiegazione è in contrasto col fatto che è lo stesso Grusovin ad essersi collocato sulla scena del crimine. La seconda, invece, è in contrasto con quel postulato del senso comune che va sotto il nome di "istinto di autoconservazione": per accreditarla, non basta riferire che – secondo alcuni testimoni – Grusovin avrebbe una personalità *border-line*; sarebbe stato necessario disporre un'apposita perizia psicologica. In assenza di quest'ultima, infatti, anche questa ipotesi ausiliaria risulta semplicemente formulata *ad hoc*.

Le stesse fragilità affliggono però anche la diagnosi dei c.d. riscontri negativi al racconto.

Nella logica interna della sentenza, molte discrasie vengono infatti ricomposte a partire dal presupposto che Grusovin menta (il che, in termini logici, costituisce ancora una *petitio principii*): così ad esempio avviene col chilometraggio dell'auto ( $E_{-DG_{S12}}$ ), che sebbene sia astrattamente compatibile con gli spostamenti narrati da Grusovin finisce per essere spiegato sulla base di una altrettanto astratta coincidenza col chilometraggio medio percorso dagli imputati in analoghe trasferte precedenti, *giacché* «nessuna efficacia probatoria è da assegnare alle dichiarazioni di Grusovin»<sup>64</sup>. Lo stesso, però, avviene anche con le circostanze del viaggio in macchina dalla Sicilia a Milano ( $E_{-DG_{S8, 9, 11}}$ ): la loro spiegazione alimenta l'ipotesi alternativa dell'innocenza solo dando per presupposto che quanto ha riferito Grusovin sia radicalmente falso.

Altre discrasie, invece, vengono considerate come riscontri negativi benché logicamente si tratti – al più – di riscontri mancati ( $E_{-DG_{S21-24}}$ ): dall'inconcludenza delle analisi balistiche non è lecito inferire l'*impossibilità* che le particelle rinvenute provenissero da armi da fuoco, bensì al più l'*implausibilità* che tali particelle costituissero residui di sparo; dalla presenza di tracce biologiche non riferibili a nessuno dei soggetti coinvolti non è lecito inferire che nessuno di tali soggetti fosse coin-

cigni, salvo quelli italiani, sono bianchi" è un aggiustamento *ad hoc* perché se il cigno nero è anche italiano la teoria non lo tiene in considerazione come istanza di smentita, v. POPPER 1970, 72. Nel nostro caso, infatti, l'ipotesi ausiliaria dell'inquinamento serve al solo scopo di escludere dalle istanze di conferma dell'ipotesi accusatoria le coincidenze tra il racconto di Grusovin e gli altri elementi di prova. Naturalmente, escogitare aggiustamenti *ad hoc* non è affatto vietato, tanto nel diritto quanto nella scienza, ma è una strategia di difesa argomentativa delle nostre assunzioni iniziali molto debole e per lo più transitoria: spesso la correzione *ad hoc* serve solo a proteggere un'assunzione patentemente falsa, i cui elementi di conferma o di smentita verranno presto spiegati in un modo molto più semplice, v. AGASSI 1975, 189 ss.; BONIOLO, VIDALI 1999, 411 ss.

<sup>64</sup> L'argomento, infatti, ha tutte le caratteristiche dell'illazione pura: in una trasferta milanese precedente, durata tre giorni, Vito Marino avrebbe percorso con un'automobile a noleggio un numero di chilometri che, divisi per tre, restituirebbero lo stesso chilometraggio della trasferta milanese del 27 e 28 agosto. Il problema, però, è che non solo è gratuito assumere che i chilometri percorsi nella trasferta precedente fossero equamente distribuiti, ma è altresì scorretto comparare la *media* dei chilometri percorsi in tre giorni col *totale* dei chilometri percorsi in due, cfr. CA2008, 214. In termini logici, si tratta di una *falsa analogia* (BONIOLO, VIDALI 2011, 180).

volto, bensì al più la *plausibilità* che fossero coinvolti soggetti diversi (anche? Solo?). Come spesso si dice in ambito forense, l'assenza di una prova non è una prova dell'assenza<sup>65</sup>.

Altre discrasie ancora, invece, sono considerate rilevanti benché le condizioni in presenza delle quali la loro mancanza avrebbe costituito un riscontro avrebbero potuto darsi solo ai limiti del possibile (in base all'*id quod plerumque accidit*), e pertanto costituiscono – a rigore – discrasie irrilevanti, giacché suscettibili di spiegazione alternativa (E<sub>-DG55-7</sub>): è piuttosto esigente richiedere che videoriprese di scarsa qualità e mutevole angolazione restituissero proprio il passaggio della Grande Punto ai caselli; è piuttosto esigente richiedere che tra le poche impronte rilevate sui moltissimi biglietti autostradali sequestrati venissero trovate proprio quelle appartenenti agli imputati; è piuttosto esigente richiedere che il gestore di un bar ricordi la presenza nel suo esercizio di un preciso avventore, nella prima mattina di un giorno qualunque di molti anni prima, per quanto abituale costui sia. In presenza di tali riscontri, avremmo senz'altro ottenuto un grado elevato di conferma del racconto. Poiché però a nessuno di essi è sottesa una legge scientifica universale, in loro assenza non è consentito ritenere che il racconto sia smentito *per tabulas*.

L'argomento più forte è però quello relativo alla presenza di un quarto uomo sulla scena del crimine: la circostanza, riferita con sicurezza da Grusovin sin dall'inizio, e poi successivamente confermata (persino nei successivi gradi di rinvio, in cui lo stesso è stato nuovamente esaminato), è infatti in netto contrasto con gli avvistamenti dei testimoni oculari, che avevano sempre parlato di tre uomini. Si tratta di un dato centrale della vicenda, sul quale il giudice di primo grado si sofferma con un argomento tripartito (E<sub>-DG513-15</sub>):

- a) i testimoni oculari sono “attendibili, precisi, e concordanti” sul numero degli individui visti la mattina del delitto;
- b) essi, però, non sono altrettanto attendibili sulle fattezze degli stessi individui;
- c) alcuni dei testimoni hanno riportato la presenza di un individuo più giovane nel terzetto, e Grusovin non è *evidentemente* un uomo giovanile.

Il problema dell'argomento non sta tanto nel fatto che l'attendibilità degli avvistamenti è data per presupposta, essendo inferita in via soltanto implicita, in base alla regola della concordanza del molteplice (*quæ singula non probant, collecta iuvant*). Il problema sta soprattutto nel fatto che si tratta di un argomento intimamente contraddittorio: o la descrizione delle fattezze è inattendibile giacché irrimediabilmente confusa, o è scarsamente attendibile, e allora fornisce un supporto molto basso (ma non nullo) ad una delle ipotesi in competizione. Non è invece consentito ritenerla scarsamente attendibile, salvo che sulla presenza di un individuo più giovane nel terzetto, al solo fine di concludere che Grusovin non potesse apparire tale a nessuno, e che anzi – data la sua altezza superiore alla media, e la sua robusta costituzione – un individuo come lui non sarebbe certo passato inosservato: per ritenere che il mancato avvistamento di un individuo compatibile con le fattezze di Grusovin equivalga all'assenza di Grusovin sul luogo del delitto servirebbero infatti argomenti ulteriori, che escludano altre alternative ragionevoli (ad esempio, argomenti relativi alle circostanze dell'avvistamento da parte dei testimoni oculari, come la distanza, o la prospettiva); altrimenti, l'inferenza finisce di nuovo per negare – illogicamente – l'antecedente. Tali alternative, inoltre, in sede processuale non possono essere alimentate in base a considerazioni idiosincratiche, in ossequio al millenario limite cognitivo degli *allegata et probata*<sup>66</sup>: l'appello alla percezione di un'impressione (come quella relativa alle apparenze esteriori di

<sup>65</sup> È importante precisare che l'argomento dell'assenza di prove non rappresenta tecnicamente una fallacia (*argumentum ad ignorantiam*), se riformulato in senso induttivo, e non deduttivo, come sostanzialmente ha inteso fare il giudice di primo grado, cfr. TUZET 2015, 43 ss.

<sup>66</sup> Sulla natura psicologica che anima (uno dei due imperativi tradizionalmente ricondotti a) l'antico brocardo *iudex iuxta allegata et probata iudicare debet*, impedendo al giudice di rivestire – nei fatti – la qualifica di testimone, v. CALA-

un individuo) – rinviando ad una valutazione insuscettibile di apprezzamento intersoggettivo – è vietato dall’interpretazione corrente dell’art. 192, comma 1, c.p.p., nel quale si ritiene codificato il principio del *libero* convincimento, non quello dell’*intimo* convincimento<sup>67</sup>.

La sentenza, però, non è debole solo micro-strutturalmente, bensì è debole anche macro-strutturalmente: essa, infatti, assumendo che il dubbio ragionevole sull’ipotesi d’accusa consista – in sintesi – nella possibilità che il fatto sia stato commesso da altri soggetti non individuati da indagini negligenti (e più o meno volontariamente architettate allo scopo di “incastrare” gli imputati), si muove al di fuori di un’interpretazione non-scettica del concetto di “dubbio ragionevole”. Secondo la giurisprudenza, infatti, un dubbio sull’ipotesi d’accusa non è ragionevole quando consiste nella «astratta e remota [...] possibilità che, in contrasto con ogni e qualsivoglia verosimiglianza ed in conseguenza di un ipotetico, inusitato combinarsi di imprevedibili e imprevedibili fattori, la realtà delle cose sia stata diversa da quella ricostruita in base agli indizi disponibili»<sup>68</sup>. Al netto delle iperboli forensi, ciò significa che più l’ipotesi esplicativa liberatoria adottata dal giudice si allontana dalle alternative emerse nel corso del dibattimento (o da quelle in generale più plausibili), più devono essere forti le inferenze che la confermano.

Il giudice di primo grado avrebbe senz’altro avuto ragione, se nel nostro ordinamento la condanna fosse stata consentita solo in presenza di una certezza assoluta. Il fatto che un’ipotesi possa considerarsi provata oltre ogni ragionevole dubbio anche se non riesce a spiegare *tutti* i dati disponibili è tuttavia una precisa conseguenza della natura ampliativa delle inferenze che vengono di solito impiegate in una procedura giudiziaria<sup>69</sup>.

C’è infatti un solo tipo di ipotesi che riesce in ogni caso a collocare in un tutto coerente *tutti* i dati a nostra disposizione, riconvertendo ogni elemento di smentita in un elemento di conferma, o al più declassificandolo come un dato neutro, e sono le ipotesi di complotto (*conspiracy theories*): per produrle, però, occorre congiungere un’ipotesi esplicativa (in sé magari plausibile) a talmente tante assunzioni ausiliarie *ad hoc* che le circostanze in presenza delle quali l’ipotesi potrebbe rivelarsi falsa o non esistono in astratto, o non sono sperimentabili in concreto<sup>70</sup>.

#### 4. Analisi argomentativa della condanna in appello

La prima condanna in appello ha impresso all’intera ricostruzione una svolta significativa: la macro-ipotesi che guiderà l’accertamento, distaccandosi dall’alternativa del complotto (più o meno volontario) ordito al fine di rimediare ad indagini negligenti attraverso la strumentalizzazione di un chiamante in reità poco raccomandabile (*supra*, H<sub>G</sub>), è infatti – in sintesi – quella dell’estorsione violenta degenerata in un triplice omicidio (*infra*, H<sub>MGA<sub>P</sub></sub>).

Per accreditare tale ipotesi, la Corte d’assise d’appello di Brescia, dopo aver riepilogato il processo di primo grado e le impugnazioni delle parti<sup>71</sup>, ha ripreso da capo il tema della valutazione delle chiamate in reità, criticando l’impostazione di fondo del primo giudice: per quanto vero sia che nel valutare le dichiarazioni di un imputato in procedimento connesso occorra tenerne in considerazione la c.d. “personalità”, anche la credibilità di un dichiarante resta una qualifica di carattere epistemico e sensibile al contesto (chi è credibile in certe condizioni, o in relazione a certi fat-

MANDREI 2019 [1925], 435-436; CAVALLONE 1991 [1976], 290 ss.; PICÓ JUNOY 2007, 1497 ss., spec. 1511.

<sup>67</sup> IACOVIELLO 1997, 57 ss.; CARLIZZI 2018, 25 ss.

<sup>68</sup> Cass., sez. I, 2 marzo 1992, Di Palma, in *Riv. pen.*, 1992, 955.

<sup>69</sup> CAPRIOLI 2009, 66 ss.

<sup>70</sup> «[...] la più diffusa lamentela sulle ipotesi di complotto infondate [nel testo citato abbreviate in UCTs, ossia *unwarranted conspiracy theories*, n.d.R.] [è] che esse sono semplicemente non falsificabili. Il problema è che data una situazione in cui tutte le prove potenzialmente falsificanti possono essere interpretate a supporto, o al più come prove neutre, le ipotesi di complotto sono per definizione infalsificabili» (KEELEY 2006, 55, traduzione mia).

<sup>71</sup> CAA2010, 1-78.

ti, non è credibile in ogni condizione, o in relazione a qualsiasi fatto); il quesito cui occorre rispondere, infatti, è se è verosimile che un soggetto in possesso di alcune caratteristiche che normalmente riteniamo comuni ad altri soggetti dediti al mendacio (come coloro che sono coinvolti in traffici illeciti, i quali difficilmente si risolvono nel confessarne le dinamiche) stia mentendo *qui e ora*<sup>72</sup>. Non occorre invece valutarne la condotta di vita da un punto di vista etico. Si tratterebbe infatti di una valutazione, oltretutto impropria per il diritto penale, altresì troppo esigente: in generale, «con l'incoraggiamento alla dissociazione, si tende ad acquisire notizie sull'attività illecita, inesorabilmente provenienti da coloro i quali le compiono, sicché non può partirsi da una svalutazione delle ammissioni, in quanto provenienti da persone non affidabili per mancanza di rigore morale»<sup>73</sup>; nel caso di specie, poi, «è del tutto indiscutibile che tale sistema di vita fosse condiviso da tutte le persone che hanno gravitato nell'orbita del grave delitto oggetto del presente processo»<sup>74</sup>. Entrambi gli argomenti, insomma, puntano a reimpostare la valutazione della prova evitando le secche di quello che, diversamente, costituirebbe un fallace *argumentum ad hominem*<sup>75</sup>.

Il giudice d'appello decide così di sposare una diversa strategia<sup>76</sup>:

- a) (valutazione della c.d. "attendibilità intrinseca") esistono elementi di prova, o semplici argomenti, che accreditano la dichiarazione di Grusovin?
- b) (valutazione della c.d. "personalità") se esistono elementi o argomenti che la screditano, hanno una spiegazione ragionevole oppure sono la conseguenza di un mendacio?
- c) (valutazione della c.d. "attendibilità estrinseca") se gli elementi o gli argomenti che accreditano la dichiarazione sono uguali o maggiori rispetto agli elementi o agli argomenti che la screditano, quali elementi o argomenti ulteriori collegano in via inferenziale tali dichiarazioni e gli imputati alla scena del crimine?

Oltre che fondata su un'interpretazione più elastica del c.d. "metodo a tre tempi" che caratterizza il funzionamento dell'art. 192, comma 3, c.p.p., la strategia è anche fondata, com'è ovvio, su una diversa sotto-ipotesi esplicativa ( $H_{GAP}$ ):

$H_{GAP}$ : la descrizione del luogo e delle circostanze del delitto offerta da Grusovin è coincidente con quella emersa nel seguito delle indagini e del processo perché il dichiarante non poteva ragionevolmente conoscere tali luoghi e circostanze «se non per percezione diretta»<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> In materia di valutazione della "credibilità" dovrebbe infatti valere l'imperativo ad assumere un atteggiamento massimamente particolarista (cfr. SCHAUER 1991, 77 ss.): sapere che un certo testimone rientra in una certa classe composta sulla base di una certa generalizzazione (più o meno spuria, come quella dei "mentitori di professione", o dei "buoni padri di famiglia"), infatti, non è tanto interessante; occorre piuttosto determinare la propensione a dire il vero di un testimone *malgrado* esso ci sembri appartenere ad una certa classe di riferimento, tenendo in considerazione tutte le circostanze del caso. Da questo punto di vista, è importante ricordare che al processo, più che capire se un certo individuo appartenga ad una classe di soggetti che solitamente riferiscono fatti veri (o falsi), interessa venire a conoscenza dei fatti a cui si suppone che quell'individuo sia il solo (o tra i pochi) ad aver assistito: il problema della verità di tali fatti si pone solo successivamente. L'atteggiamento è rispecchiato in modo molto eloquente dalle stesse basi filosofiche della nozione giuridica di "testimone" (nella quale, per semplicità, non includo anche il caso del c.d. "testimone indiretto" o *de relato*): essa infatti tradizionalmente identifica quel soggetto, diverso dalle parti, che è in possesso di una conoscenza per lo più *infungibile*, ossia attinente ad un fatto del passato rilevante per il giudizio (e quindi metafisicamente inaccessibile), di cui egli è il solo (o tra i pochi) ad aver avuto esperienza diretta, v. FRAMARINO DEI MALATESTA 1895, 259-262.

<sup>73</sup> CAA2010, 82.

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> COPI, COHEN, RODYCH 2019, 107-110. Ma v. anche Cass., sez. un., 18 febbraio 1988, n. 3592, Rabito, in *Cass. pen.*, 1988, III4 ss.

<sup>76</sup> Una terza strategia verrà poi sposata da CAA2016, 20: forte dell'accertamento della credibilità *tutto considerato* del chiamante prodotta dalle sentenze di merito precedenti, il giudice del secondo rinvio punterà ad accertare «quelle verità processuali che prescindono dalle dichiarazioni di Dino Grusovin, per apprezzarne l'autonoma portata probatoria e l'esclusiva tenuta logica. E solo in un secondo momento dar conto di queste ultime».

Illustrerò in sintesi gli elementi a supporto dell'ipotesi secondo una tabella gemella alla Tabella n. 1 già vista *supra* § 3<sup>78</sup>. Sotto a ciascun elemento inserirò tra parentesi quadre, laddove possibile, i riferimenti alle corrispondenti argomentazioni del giudice di primo grado. In casi come quello in commento, infatti, il compito del giudice d'appello è reso allo stesso tempo più semplice e più difficile dalla presenza di un primo proscioglimento: secondo la giurisprudenza, il ribaltamento di un proscioglimento in primo grado in una condanna in appello è possibile se e solo se il giudice è in grado di offrire una c.d. "motivazione rafforzata". Ossia, in sintesi, è possibile quando (e solo quando) la motivazione di secondo grado – nel giustificare i legami tra ipotesi e prove acquisite – non solo ritenga più ragionevole di ogni altra l'ipotesi accusatoria (*pars construens*), ma escluda altresì che l'ipotesi liberatoria adottata dal giudice di primo grado fosse fondata (*pars destruens*)<sup>79</sup>. È quindi evidente che, in appello, la scelta tra le ipotesi in competizione risulti facilitata dall'esistenza di un chiaro termine di paragone dialettico, ossia la decisione di primo grado; ma essa è resa anche più difficile dal fatto che quella decisione è anche argomentata, e dunque – per superarla giuridicamente – occorre smentirla logicamente.

Tabella n. 1			
META-ANALISI INTRINSECA DELLE DICHIARAZIONI (genesi remota della chiamata, genere delle risposte)			
	ELEMENTO DI PROVA	CRITERIO INFERENZIALE	RISULTATO DI PROVA
E <sub>HGAP1</sub> [-E <sub>HG12</sub> ]	Gli inquirenti hanno sentito Grusovin, in qualità di intestatario dell'utenza fittizia, in un momento in cui gran parte delle circostanze del fatto erano ancora ignote	È inverosimile che gli inquirenti abbiano strumentalizzato una fonte di cui non potevano comprendere il ruolo nel delitto	Grusovin non è stato condizionato dagli inquirenti
E <sub>HGAP2</sub> [-E <sub>HG7</sub> ] [-E <sub>DGS2</sub> ]	Le fonti giornalistiche da cui Grusovin avrebbe tratto le informazioni riscontrate riferiscono dati diversi da quelli concretamente accertati (ad esempio, sulla collocazione della cassaforte, che secondo le cronache era posta in uno studiolo anziché in una lavanderia interna alla tavernetta, com'era nella realtà). Le stesse fonti, inoltre, hanno pubblicato una piantina della tavernetta che è speculare alla sua conformazione reale. Grusovin, però, ha sempre riferito i dati corretti	È inverosimile che chi riferisce circostanze relative al luogo del delitto diverse da quelle riferite dai giornali, ma corrispondenti alla realtà, stia strumentalizzando le notizie apprese dai giornali al fine di accreditare la propria versione dei fatti	Grusovin non ha strumentalizzato le notizie apprese dai giornali al fine di accreditare la propria versione dei fatti
E <sub>HGAP3</sub> [-E <sub>HG7</sub> ] [E <sub>DGS1</sub> ]	La descrizione del flacone del tranquillante e il particolare dello smontaggio dei pannelli di copertura della vasca idromassaggio non erano presenti in alcun resoconto giornalistico	È verosimile che chi riferisce circostanze relative al luogo del delitto che i giornali non hanno riferito sia stato presente sul luogo del delitto	Grusovin era presente sul luogo del delitto
E <sub>HGAP4</sub> [-E <sub>HG7</sub> ]	Le fonti giornalistiche riferiscono particolari (la presenza di vestiti a terra nella tavernetta, la televisione accesa) di cui Grusovin non fa menzione alcuna <sup>80</sup>	È inverosimile che, volendo accreditarsi fraudolentemente, un collaboratore scelga di non riferire circo-	Grusovin non ha voluto accreditarsi fraudolentemente

<sup>77</sup> CAA<sub>2010</sub>, 82.

<sup>78</sup> *Ibid.*, 86-87.

<sup>79</sup> CARLIZZI 2022, 53 ss.; DANIELE 2021, 2-3.

<sup>80</sup> CAA<sub>2010</sub>, 98.

		stanze che avrebbero facilmente potuto accreditarlo	
$E_{HGAp5}$ [ $-E_{HG7}$ ] [ $-E_{-DGs2}$ ]	Le fonti giornalistiche riferiscono l'avvistamento di tre individui la mattina del delitto, e non quattro, come invece sostiene Grusovin	È inverosimile che, volendo accreditarsi fraudolentemente, un collaboratore riferisca circostanze palesemente difformi da quelle acquisite nel corso delle indagini	Grusovin è credibile
$E_{HGAp6}$	Secondo Grusovin, tavolo e sedie della cucina erano stati puliti dagli imputati, che indossavano guanti da cucina. La circostanza – pure insolita, attesa la quotidiana frequentazione di tali oggetti da parte di una famiglia – era riscontrata nel dettaglio: secondo le analisi della scientifica, tavolo e sedie erano state in effetti sottoposte ad una accurata ripulitura; le fonti giornalistiche avevano inoltre parlato dell'uso di guanti in lattice da parte degli assalitori, mentre i rilievi della scientifica avevano rilevato la presenza di tracce compatibili tanto con guanti da giardinaggio quanto con guanti da cucina (data la presenza di zigrinature), ma non con guanti lisci	È verosimile che chi riferisce una circostanza insolita relativa al luogo del delitto, riscontrata dalle indagini, fosse presente sul luogo del delitto	Grusovin era presente sul luogo del delitto

Come ho tentato di mostrare, il primo *step* della valutazione della chiamata non prende posizione sulla personalità del dichiarante, né opera alcuna “meta-analisi estrinseca” delle sue dichiarazioni. Si tratta però di una mossa del tutto coerente con i presupposti metodologici adottati dal giudice, perché in sé è strumentale a produrre un’inferenza in grado di smentire la sotto-ipotesi ausiliaria dell’inquinamento (doloso, o involontario) da parte degli inquirenti (*supra*  $H_G$  e  $H_{Ga}$ ), adottata invece dal giudice di primo grado: se Grusovin riferisce circostanze che solo chi era presente sul luogo del fatto poteva ragionevolmente conoscere, allora non è stato condizionato (*pars costruens*). Naturalmente, accreditare una sotto-ipotesi non equivale a smentirne altre logicamente contrarie, per questo il giudice d’appello – dopo aver sottolineato la mancanza di prove che consentirebbero di dimostrare le sotto-ipotesi del giudice di primo grado in via indipendente – ne ha comunque offerto una smentita *ad absurdum* (*pars destruens*):

- a) se gli investigatori avessero inquinato le dichiarazioni di Grusovin, è inverosimile che abbiano taciuto su circostanze senza dubbio rilevanti (come la presenza di tre uomini, e non quattro), rischiando cioè di fabbricare una prova inattendibile;
- b) se anche le autorità avessero voluto mantenere un sapiente dosaggio tra vero e falso, al fine di rendere più verosimili le dichiarazioni di Grusovin, l’unica spiegazione razionale sarebbe quella della persecuzione ad ogni costo dei cugini Marino;
- c) Grusovin avrebbe potuto riferire circostanze apprese dai giornali, oppure dolosamente riferirgli, oppure abilmente sottratte alle (o negligenzemente rivelate dalle) autorità, solo al costo di incolparsi falsamente di un omicidio plurimo, giacché si era collocato sulla scena del crimine sin dal principio.

Com’è evidente, le smentite *sub a)* e *b)* sono vicendevolmente contraddittorie. Tutte e tre, poi, si distaccano così palesemente dall’*id quod plerumque accidit* da non poter essere nemmeno ventilate, in mancanza di prove indipendenti. Resta però il tema del mendacio interessato, in base al quale Grusovin avrebbe sapientemente mescolato vero e falso nelle sue dichiarazioni, incolpando del

delitto i cugini Marino al preciso scopo di ottenere una protezione da parte degli inquirenti o – in alternativa – di scagionarsi. Anche questa spiegazione è messa alla prova dal giudice d'appello, che si approfitta di un elemento non valorizzato dal giudice di primo grado:

	ELEMENTO DI PROVA	CRITERIO INFERENZIALE	RISULTATO DI PROVA
$E_{HGAp7}$	Secondo le intercettazioni, Vito Marino e Grusovin erano avvinti da legami economici molto intimi (Grusovin chiedeva a Vito persino le risorse minime per mangiare e ricaricare il telefono) <sup>81</sup>	Le persone inconsapevolmente intercettate tendono a dire la verità	È verosimile che Grusovin non avesse alcun interesse ad incolpare Vito Marino

Da questo punto di vista, entrambe le spiegazioni falliscono nel giustificare l'ipotesi del mendacio interessato:

d) incolpando falsamente i Marino, Grusovin avrebbe senz'altro ottenuto – nel breve periodo – la protezione delle autorità, ma – sul lungo periodo – ciò avrebbe condotto alla carcerazione delle sue principali fonti di sussistenza.

Nonostante una valutazione *tutto considerato* positiva della credibilità del dichiarante, anche il giudice d'appello ha ammesso che il racconto di Grusovin fosse costellato di menzogne e verità solo parziali. Ciò però gli ha consentito di ritenere innanzitutto provata la presenza di Grusovin sulla scena del crimine, e di procedere quindi ad una c.d. “valutazione frazionata” della sua dichiarazione, proteggendo cioè – salvo illogicità interne – le parti riscontrate da quelle non riscontrate (o riscontrate negativamente).

Esporrò gli elementi che secondo il giudice d'appello accreditano, oppure non mettono in dubbio, la verosimiglianza delle dichiarazioni di Grusovin ( $D_{Gs}$ ) in una tabella gemella alla Tabella n. 2 vista *supra* § 3, evidenziando sempre tra parentesi quadre, laddove possibile, i riferimenti alle corrispondenti argomentazioni del giudice di primo grado.

Tabella n. 2			
ATTENDIBILITÀ INTRINSECA			
	ELEMENTO DI PROVA	CRITERIO INFERENZIALE	RISULTATO DI PROVA
$E_{DGs1}$ [ $E_{-DGs17}$ ]	Grusovin aveva raccontato di una sosta al bar di prima mattina con i cugini Marino anche nelle deposizioni relative a spostamenti antecedenti il giorno del delitto	Chi riferisce ricordi collegati ad eventi analoghi, tende a sovrapporli, o a non rammentarne correttamente tutti i particolari <sup>82</sup>	Il riscontro negativo è un riscontro neutro
$E_{DGs2}$ [ $E_{-DGs17}$ ]	La descrizione degli abiti di Cottarelli offerta da Grusovin – incluso il colore dell'intimo – è coincidente con lo stato in cui la vittima è stata soccorsa	È verosimile che chi descrive circostanze del delitto coincidenti con quelle accertate dalle indagini dica la verità	Grusovin è attendibile
$E_{DGs3}$ [ $E_{-DGs17}$ ]	Il giudice di primo grado, valorizzando il dato dell'apertura in intimo come implausibile nonché negativamente riscontrato da una delle testi-	Quanto alla testimonianza, è verosimile che dalla prospettiva della testimone (che osservava lo scambio tra gli av-	Le dichiarazioni di Grusovin sono <i>prima facie</i> verosimili

<sup>81</sup> *Ibid.*, 88-89.

<sup>82</sup> CAA2010, 95-96.

	<p>moni oculari, ha innanzitutto travisato la prova (la testimone, infatti, in realtà “non ricordava” l’abbigliamento della vittima), offrendo per di più una valutazione sul comportamento di Cottarelli «oltremodo astratt[a] e generic[a]»<sup>83</sup></p>	<p>ventori dal basso, rispetto ai gradini della porta d’ingresso) «ella possa aver percepito, al più, il busto di Cottarelli, non le gambe, sicché non può essere in grado di smentire il dato fornito da Grusovin»<sup>84</sup>. Quanto alla valutazione comportamentale, «è evidente che quel che può apparire singolare nel comportamento di una persona che attenda ospiti sconosciuti, non lo sia ove tali persone, da lui conosciute, si presentino improvvisamente a casa nella prima mattina di una giornata di agosto, mentre si è intenti a fare colazione»<sup>85</sup></p>	
<p>E<sub>DG<sub>s4</sub></sub> [E-DG<sub>s16</sub>]</p>	<p>La domestica della famiglia Cottarelli, a dibattimento, ha riferito che il cancelletto della villa in caso di pioggia non si apriva. Anche Grusovin aveva riferito che il cancello non si aprì immediatamente al momento dell’incontro, costringendo la vittima ad aprirlo manualmente. Al momento dell’ingresso degli investigatori, però, il cancelletto era perfettamente funzionante. In base ai dati di rilevazione meteorologica, il 27 agosto 2006 (la sera precedente al delitto) a Brescia era presente il 100% di umidità alle 19,55</p>	<p>È verosimile che se il funzionamento di un meccanismo risenta delle condizioni di umidità in cui opera</p>	<p>«[...] tali condizioni potrebbero aver inciso sul corretto funzionamento del cancello in un momento della giornata in cui ancora nessuno aveva varcato l’accesso di casa, non rivelandosi poi tale difettoso funzionamento alla prova della polizia scientifica, per il mutamento delle condizioni di fatto»<sup>86</sup></p>
<p>E<sub>DG<sub>s5</sub></sub> [E-DG<sub>s20</sub>]</p>	<p>Il quadro che copriva la cassaforte era incernierato sul verso di apertura della stessa, ed era poco più grande dello sportello. Il giudice aveva valorizzato il fatto che Grusovin avesse descritto una cassaforte “a vista” come riscontro negativo. Grusovin stesso – dalla sua prospettiva di osservazione dei fatti – «potrebbe [però] non aver distinto il pannello di protezione dallo sportello di accesso della cassetta»<sup>87</sup></p>	<p>È verosimile che chi riferisce particolari relativi al luogo del delitto sia condizionato dal suo punto di osservazione dei fatti</p>	<p>Il riscontro negativo è un riscontro neutro</p>
<p>E<sub>DG<sub>s6</sub></sub> [E-DG<sub>s18</sub>]</p>	<p>Sulla scena del crimine sono state rinvenute delle fascette stringi-cavo «comunemente presente nello svolgimento delle attività di viticoltore, di natura quantomeno affine a quella formalmente svolta dai prevenuti»<sup>88</sup></p>	<p>È verosimile che chi commette un delitto adoperi strumenti con cui ha maggiore familiarità</p>	<p>Le dichiarazioni di Grusovin sono <i>prima facie</i> verosimili</p>

<sup>83</sup> *Ibid.*, 96.

<sup>84</sup> *Ibid.*, 97.

<sup>85</sup> *Ibid.*, 96.

<sup>86</sup> *Ibid.*, 99.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> *Ibid.*, 124.

E <sub>DG<sub>s7</sub></sub>	Secondo Grusovin, Vito Marino si sarebbe sfilato i guanti appena fuori la villetta, ma il rischio di essere visti in condizioni inconsuete renderebbe il racconto – secondo il giudice di primo grado – del tutto inverosimile	È verosimile che chi non intenda lasciare impronte sul luogo del delitto, «ponendo le mani dietro la schiena, o in tasca, possa aver eluso l’osservazione di terzi, per contro garantendosi con mossa fulminea l’uso delle mani per aprire il cancello, al sicuro da possibili contaminazioni» <sup>89</sup>	Le dichiarazioni di Grusovin sono <i>prima facie</i> verosimili
------------------------------	--	--	---

Anche da questa tabella dovrebbero potersi evincere due generi di argomentazioni: quelle che, puntando a neutralizzare gli elementi considerati a discredito della verosimiglianza delle dichiarazioni di Grusovin dal giudice di primo grado (E<sub>DG<sub>si</sub>, 4-5</sub>), ne revocano in dubbio le valutazioni (*pars destruens*); e quelle che, pur rappresentando una smentita delle argomentazioni del giudice di primo grado (E<sub>DG<sub>s</sub> 2-3, 6-7</sub>), puntano altresì a valorizzare elementi che accreditano la verosimiglianza delle dichiarazioni (*pars costruens*).

Ciò nonostante, anche secondo il giudice d’appello il racconto di Grusovin contiene dati piuttosto “sorprensenti”: la presenza del quarto uomo, la legatura dei due scomodi testimoni al tavolo della cucina, il movente economico dietro la sua presenza sulla scena del crimine, le minacce ricevute successivamente. «Sul punto si rivela in maniera conclamata la natura istrionica del personaggio, il quale, in chiara difficoltà per i sospetti degli inquirenti nei suoi confronti, sempre più gravi per la sua emergente contiguità con la scena del crimine, decise di prospettarsi come vittima»<sup>90</sup>.

A questo punto, il giudice d’appello affronta il momento più difficile della ricostruzione: da un lato, egli è infatti tenuto a reperire, in osservanza della corrente interpretazione dell’art. 192, comma 3, c.p.p., elementi di prova che siano indipendenti dalle dichiarazioni di Grusovin, ma colleghino comunque il fatto imputato ai soggetti chiamati in causa (i c.d. “riscontri estrinseci individualizzanti”); dall’altro, però, egli è anche tenuto a smentire la plausibilità delle ipotesi alternative sposate dal primo giudice, le quali in sostanza puntavano ad attribuire il delitto a soggetti mai identificati dalle indagini, che erano state condotte in modo negligente.

La plausibilità delle ipotesi alternative è condotta, in opposizione alla valutazione un poco impressionistica del primo giudice<sup>91</sup>, interpretando testualmente le medesime fonti che le avevano generate (ossia, alcune intercettazioni): esse infatti restituirebbero conversazioni tra Grusovin e altri soggetti che, oltreché piuttosto generiche, sono senz’altro riferibili agli affari illeciti dello stesso, ma non sono in alcun modo collegate, né collegabili, alle vittime<sup>92</sup>. È insomma controintuitivo immaginare che, nel chiamare in causa i cugini Marino, collocandosi però sulla scena del crimine, Grusovin avesse voluto proteggersi da minacce provenienti da altri ambienti: il prezzo, infatti, sarebbe stato quello di risultare implicato in un triplice omicidio. Ed è altrettanto controintuitivo immaginare che, nel celare i veri responsabili, egli abbia invece voluto indicare persone che con lui intrattenevano strettissimi rapporti economici: il prezzo, infatti, sarebbe stato quello di estinguere – presto o tardi – le sue principali fonti di sostentamento, con l’irrazionale vantaggio di consentire ai veri responsabili, che a quel punto avrebbero potuto tranquillamente proseguire le proprie vessazioni, di sfuggire alle autorità<sup>93</sup>.

Quanto ai c.d. “riscontri estrinseci individualizzanti”, anche il loro censimento deve rispettare la consueta duplice condizione: da un lato, esso deve produrre una conferma della precisa ipo-

<sup>89</sup> *Ibid.*, 99.

<sup>90</sup> *Ibid.*, 99-100.

<sup>91</sup> Cfr. CA2008, 128-137.

<sup>92</sup> CAA2010, 103-105.

<sup>93</sup> *Ibid.*, 106-108.

tesi accusatoria implicata nella chiamata, non di una informazione qualsiasi contenuta in essa (questo è ciò che si intende, di solito, con “individualizzanti”)<sup>94</sup>; dall’altro, laddove vengano presi in considerazione elementi già esaminati in primo grado, esso deve altresì tenere conto degli argomenti in base ai quali il primo giudice li ha qualificati come riscontri negativi (o neutri). Tali argomenti, come già detto, vanno superati dialetticamente per poter produrre una “motivazione rafforzata”.

Elencherò anche i principali elementi di riscontro estrinseco con una tabella gemella alla Tabella n. 3 vista *supra* § 3, ripartendoli per i medesimi oggetti di prova, ed evidenziando fra parentesi quadre, laddove possibile, le corrispondenti argomentazioni del primo giudice<sup>95</sup>.

Tabella n. 3			
ATTENDIBILITÀ ESTRINSECA (c.d. “riscontri estrinseci individualizzanti”)			
ANTEFATTI E POSTFATTI			
	ELEMENTO DI PROVA	CRITERIO INFERENZIALE	RISULTATO DI PROVA
E <sub>DG88</sub> [E <sub>-DG88</sub> ]	<p>Il 27 agosto 2006, giorno precedente al delitto, era domenica.</p> <p>Il consulente che Vito sosteneva di dover incontrare impellentemente, però, non era in rapporti tali con costui «da rinunciare per i suoi interessi alla netta distinzione [...] tra giorno festivo e feriale, nel suo caso scandita dalla diversa organizzazione di mezzi, tanto che lo stesso ha dichiarato di possedere due cellulari»<sup>96</sup>, avendo inoltre confermato in dibattimento che lo stesso non godeva da parte sua di alcun particolare trattamento di favore.</p> <p>La Gazzetta della Regione Sicilia uscita pochi giorni prima del fatto, inoltre, risulta essere stata scaricata da <i>internet</i><sup>97</sup>. Le pratiche a cui faceva riferimento Vito Marino, infine, sono state compiute ben oltre il giorno del fatto</p>	<p>È inverosimile che un professionista privo di particolari legami con gli imputati decida di lavorare di domenica, per ricevere un documento che potrebbe scaricare autonomamente da <i>internet</i>, e per poi dare seguito alle pratiche asseritamente concordate molto tempo dopo l’incontro con costoro.</p>	<p>L’ipotesi alternativa dell’incontro tra i cugini Marino e il consulente è implausibile</p>
E <sub>DG89</sub> [E <sub>HG3</sub> ]	<p>Dall’analisi di tutti i contatti telefonici avuti da Cottarelli prima della morte, nessuno di questi – salvo l’utenza fittizia riferibile a Grusovin<sup>98</sup> – era in alcun modo collegabile a Grusovin</p>	<p>È inverosimile che soggetti diversi da Grusovin possano collegare le vittime agli imputati</p>	<p>Grusovin è l’unico anello di congiunzione tra le vittime e i cugini Marino</p>

<sup>94</sup> Da ultimo, Cass., sez. VI, 11 luglio 2018, n. 45733, 7-8 della motivazione.

<sup>95</sup> Anche qui, laddove manchino i riferimenti precisi, si può ricorrere direttamente a CAA2010, 109 ss.

<sup>96</sup> *Ibid.*, 121.

<sup>97</sup> «[...] effettivamente il documento in atti non è quello stampato in originale dall’organismo di Stato a ciò preposto, ma quello scaricato da Internet, come appare evidente dalle diciture finali, relative alla possibilità di tornare al menù o di scaricare il documento in formato pdf» (*ibid.*, 121).

<sup>98</sup> Il punto, che appartiene ad uno dei *facta probanda* indiretti dei quali non mi sono occupato, ha in realtà impegnato moltissimo l’accertamento, v. CA2008, 98-137 e CAA2010, 109-117.

<p>E<sub>DG510</sub> [E-DG59, 10]</p>	<p>Malgrado il viaggio dalla Sicilia a Milano con l'auto del cugino Salvatore, Vito Marino aveva noleggiato un'automobile a Linate</p>	<p>Se l'esigenza di noleggiare un'automobile fosse dipesa dalla volontà di sottrarsi alle intercettazioni, il noleggio sarebbe dovuto partire dalla Sicilia. È quindi più verosimile che Vito avesse voluto rendersi anonimo in vista di un incontro che doveva sorprendere il destinatario.</p> <p>Chi vuole rendersi anonimo, di solito, noleggia un'automobile di larga diffusione per passare inosservato.</p> <p>È senz'altro vero che i dati registrati durante la procedura di noleggio comportino il rischio di essere rintracciati, in caso di commissione di un delitto, ma il rischio di essere identificato a vista dai soggetti che intendeva incontrare doveva apparirgli – alla luce del programma criminoso originario – ben maggiore<sup>99</sup></p>	<p>L'ipotesi alternativa del viaggio irrelato al delitto è implausibile</p>
<p>E<sub>DG511</sub> [E-DG512]</p>	<p>L'automobile noleggiata presenta un chilometraggio compatibile con la dinamica dei fatti descritta da Grusovin</p>	<p>È inverosimile che i molti chilometri registrati dall'automobile siano stati percorsi in poche ore, poiché – a quel punto – sarebbe stato irrazionale decidere di scegliere un luogo tanto distante (qual era casa di Grusovin) come «base operativa»<sup>100</sup>. Chi deve percorrere molti chilometri sceglie di pernottare in località strategiche rispetto ai propri spostamenti</p>	<p>Il riscontro negativo è un riscontro neutro</p>
<p>E<sub>DG512</sub> [E-DG511]</p>	<p>La distanza tra la casa di Grusovin, in cui i cugini Marino hanno alloggiato la sera prima del delitto, e la villetta di Cottarelli, «secondo quanto ricostruito a seguito di consultazione del sito <a href="http://www.mappy.com">www.mappy.com</a>»<sup>101</sup> è compatibile con la dinamica descritta da Grusovin: il tempo di percorrenza medio tra i due alloggi, considerando il fatto che gli stessi si trovano a ridosso di strade a scorrimento veloce, il che esclude la necessità di tragitti particolarmente complessi per lo spostamento, il periodo feriale in cui si sono svolti i fatti, che esclude «la forte incidenza di vetture circolanti</p>	<p>È verosimile che, in presenza di certe condizioni, i tempi di percorrenza tra due località si attestino sul valore medio misurabile</p>	<p>Grusovin è attendibile</p>

<sup>99</sup> *Ibid.*, 122-123.

<sup>100</sup> *Ibid.*, 123.

<sup>101</sup> *Ibid.*, 124, nt. 92.

	correlata alla fase di apertura delle scuole», la fascia oraria in cui il delitto sarebbe avvenuto, «che permette di annullare l'acme del traffico costituito dalle persone che raggiungono i posti di lavoro», e il giorno della settimana (ossia, il lunedì), che implica «l'assenza di traffico commerciale, dovuto alla chiusura dei negozi» <sup>102</sup> , poteva essere percorso senza sforamenti		
E <sub>DG<sub>s13</sub></sub> [E-DG <sub>s5</sub> ]	La Grande Punto noleggiata è stata restituita col serbatoio pieno	È impossibile che gli imputati non abbiano effettuato almeno una sosta per rifornire l'automobile, ed è dunque verosimile ritenere che le immagini dei passaggi autostradali (di scarsa qualità e variabile angolazione), e quelle delle telecamere dei distributori, pure esaminate, fossero semplicemente incomplete	Il riscontro negativo è un riscontro neutro
E <sub>DG<sub>s14</sub></sub> [E-DG <sub>s6</sub> ]	Le impronte di Vito Marino non sono state reperite, oltre che sui biglietti autostradali, nemmeno sui moduli dell'autonoleggio	È verosimile che «non tutte le volte in cui si maneggia un foglio ne rimane traccia» <sup>103</sup>	Il riscontro negativo è un riscontro neutro
CIRCOSTANZE DI LUOGO O DI TEMPO			
	ELEMENTO DI PROVA	CRITERIO INFERENZIALE	RISULTATO DI PROVA
E <sub>DG<sub>s15</sub></sub> [E-DG <sub>s14</sub> ]	I testimoni oculari «[...] si sono trovati a vivere una scena ordinaria, che ha assunto un peso di assoluto spessore solo dopo l'emersione del grave delitto», e hanno offerto descrizioni del terzetto confuse e generiche, solo talvolta coincidenti tra loro	È verosimile che rievocare il ricordo di una scena ordinaria non consenta di specificare particolari attendibili, salvo che quei particolari non siano confermati da più testimoni	È più opportuno limitarsi a tenere in considerazione «gli elementi descrittivi coincidenti, escludendo la piena affidabilità di quelli offerti da un solo teste [...], poiché i dati rilevati dal singolo sono sospetti [...], e non considerabili oggettivamente affidabili» <sup>104</sup>
E <sub>DG<sub>s16</sub></sub> [E-DG <sub>s13</sub> ]	Alcuni dei testimoni concordi hanno riferito di aver visto tre individui, due dei quali con una corporatura analoga a quella dei cugini Marino	È verosimile che se alcuni testimoni oculari riferiscono circostanze concordi, quelle circostanze siano vere	I cugini Marino sono gli individui avvistati la mattina del fatto
E <sub>DG<sub>s17</sub></sub> [E-DG <sub>s15</sub> ]	I testimoni hanno descritto il terzo individuo avvistato con una corporatura ogni volta diversa, e in ogni caso non coincidente con quella di Grusovin. Dall'esame del filmato dei sopralluoghi, Grusovin – seppure più alto	È verosimile che le sembianze concrete di Grusovin, nella visione approssimativa dei testimoni oculari, abbiano impedito la «registrazione dell'eclatante dato di altezza» <sup>106</sup>	Il riscontro negativo è un riscontro neutro

<sup>102</sup> *Ibid.*, 124.<sup>103</sup> *Ibid.*, 136.<sup>104</sup> *Ibid.*, 117-118.<sup>106</sup> *Ibid.*

	della media – risulta «meno incombente di quanto evocherebbero le sue misure, per il suo modo di incedere non eretto, ma piuttosto piegato su sé stesso, proprio di una persona non particolarmente in forma fisicamente [...] La deduzione risulta [...] condivisa anche dal Presidente della Corte di primo grado che ha avuto l'opportunità di vedere il dichiarante personalmente, posto che dal verbale di udienza dell'8/2/2008, a fg. 229 è riportato il suo commento nell'inciso “Neppure lei da vicino sembra così gigante”» <sup>105</sup>		
E <sub>DGst8</sub> [E-DGst6]	Una testimone ha affermato di aver visto Cottarelli andare incontro ai tre individui, nell'aprire manualmente il cancelletto	È inverosimile che «la vittima avrebbe mai consentito l'accesso a persone estranee, soprattutto di sorpresa, con la presenza dei suoi familiari in casa sicché deve accreditarsi la lettura della visita di persone ben conosciute che, nonostante avvenisse in ora insolita ed improvvisata, egli non era in grado di mettere alla porta» <sup>107</sup>	Vito Marino, che Cottarelli conosceva, è uno dei membri del terzetto
E <sub>DGst9</sub>	Una testimone ha affermato di aver visto la moglie di Cottarelli affacciarsi alla finestra poco dopo l'ingresso dei tre individui, senza dimostrare alcun segno di allarme. L'orario dell'avvistamento è di poco successivo a quello dell'ingresso del terzetto nella villetta	È verosimile che la vittima di un'estorsione violenta tenda a chiedere aiuto, se può farlo	L'incontro tra le vittime e gli estorsori si è svolto in un'atmosfera di iniziale tranquillità <sup>108</sup>
E <sub>DGst20</sub>	Sulla scena del crimine sono stati ritrovati orologi e gioielli di valore	È inverosimile che i responsabili del delitto, se avessero avuto intenti puramente predatori, abbiano tralasciato di sottrarre oggetti di valore dalla villetta	Il delitto non ha natura predatoria
E <sub>DGst21</sub>	Angelo Cottarelli presentava una ferita non letale di arma da fuoco alla testa	È inverosimile che, in un delitto caratterizzato da una dinamica efferata e letale, una delle vittime venga colpita solo di striscio e lasciata agonizzare	Il delitto è la conseguenza non programmata di un incontro degenerato oltre le intenzioni originarie dei partecipanti
E <sub>DGst22</sub>	La moglie e il figlio di Angelo Cottarelli sono stati uccisi con modalità identiche per angolazione, bersaglio, ed effetti	È verosimile ritenere che chi spara nello stesso modo a più persone stia celebrando «una fredda esecuzione, piuttosto che colpi dimostrativi volti a far recedere la vittima della richiesta di pagamento da un suo ostinato rifiuto».	La morte della moglie e del figlio di Cottarelli è successiva al ferimento quasi mortale di Angelo

<sup>105</sup> *Ibid.*, 119, e nt. 84.<sup>107</sup> *Ibid.*<sup>108</sup> *Ibid.*, 142

		È infatti inverosimile che l'azione sia stata perpetrata di fronte al padre della famiglia cosciente, che non avrebbe potuto resistere all'estorsione una volta che – colpito un parente – era perfettamente in grado di «cogliere l'ineluttabilità dell'altro omicidio» <sup>109</sup>	
E <sub>DGS23</sub>	Il coltello con cui le vittime sono state sgozzate è stato abbandonato nel bel mezzo della scena del crimine	È inverosimile che un omicida mosso da intenti ben precisi lasci l'arma del delitto nel bel mezzo della scena del crimine	Il delitto è la conseguenza non programmata di un incontro degenerato oltre le intenzioni originarie dei partecipanti
E <sub>DGS24</sub>	La Grande Punto dei tre avventori, secondo tutti i testimoni, è stata parcheggiata in zona rimozione	È inverosimile che chi si appresta a commettere un delitto rischi di vedersi sequestrare il mezzo con cui darsi alla fuga. È dunque più verosimile che gli autori del delitto non avessero «programmat[o] un'azione dallo sviluppo temporale così lungo e così rischiosa» <sup>110</sup>	Il delitto è la conseguenza non programmata di un incontro degenerato oltre le intenzioni originarie dei partecipanti
TRACCE			
	ELEMENTO DI PROVA	CRITERIO INFERENZIALE	RISULTATO DI PROVA
E <sub>DGS25</sub> [E <sub>DGS8</sub> ]	Sulla fascetta che stringeva le mani del figlio dell'imprenditore è stata rinvenuta una traccia biologica che non apparteneva a nessuna delle persone coinvolte nel fatto. Secondo una delle consulenti, non è implausibile che la traccia derivi dallo schizzo di sudore di un soccorritore. La traccia, tuttavia, non è databile	È inverosimile attribuire una traccia biologica, di origine incerta, e non databile, ad un preciso individuo o ad un preciso contesto	Il riscontro negativo è un riscontro neutro <sup>111</sup>
E <sub>DGS26</sub> [E <sub>DGS22</sub> ]	Sulla scena del crimine sono state rinvenute poche impronte digitali utili, nessuna delle quali riferibili ad alcuno dei soggetti coinvolti. Grusovin ha riferito che Vito indossava dei guanti di plastica. Alcune delle impronte, poi, sono state rinvenute sullo stesso bicchiere in cucina nel quale è stato rinvenuto il tranquillante, che tuttavia non era presente nel sangue delle vittime	È verosimile che chi commette un delitto indossando i guanti non lasci impronte digitali. È inverosimile che chi è così meticoloso da indossare dei guanti abbia poi lasciato un'impronta «proprio sull'oggetto che, secondo la percezione più comune, risulta essere quello più idoneo a ritenere le tracce digitali» <sup>112</sup>	È verosimile che le impronte digitali repertate appartenessero ad altri individui, e fossero state lasciate in momenti diversi rispetto al giorno del delitto

<sup>109</sup> *Ibid.*, 143-144, per entrambe le citazioni.

<sup>110</sup> *Ibid.*, 144.

<sup>111</sup> *Ibid.*, 133.

<sup>112</sup> *Ibid.*, 132-133.

E <sub>DGS27</sub> [E <sub>-DGS23, 24</sub> ]	I reperti balistici sono stati reperiti in luoghi «che astrattamente tra loro non dovrebbero avere alcun rapporto» <sup>113</sup>	Sebbene i reperti balistici siano di origine incerta «[...] appare singolare in ciascuno di [tali luoghi] rinvenire una particella così indicativa di luoghi specifici che non sembrano accomunare né i posti frequentati, né le occupazioni degli utilizzatori» <sup>114</sup>	Non è impossibile che i reperti balistici appartenessero a residui da sparare
--	---	---	---

Come ho tentato di mostrare, gli elementi di riscontro vengono organizzati su un triplice binario interpretativo: alcuni elementi confermano direttamente l'attendibilità del racconto di Grusovin (E<sub>DGS9, 12</sub>), o dell'ipotesi accusatoria (E<sub>DGS16, 18-24</sub>); altri elementi, computati a discredito dal primo giudice, vengono reinterpretati come dati neutri, di per sé né favorevoli né contrari all'ipotesi d'accusa (E<sub>DGS11, 13-15, 17, 25-27</sub>); altri, infine, servono a smentire la percorribilità delle macro-ipotesi alternative della difesa (E<sub>DGS8, 10</sub>). In base alla tecnica dell'induzione eliminativa, la presenza di tutti questi elementi consente infatti al giudice di formulare una macro-ipotesi esplicativa, germana a quella delle parti civili (H<sub>a</sub>), che può essere sintetizzata come segue:

H<sub>MGAp</sub>: *Vito Marino, caduto in difficoltà economiche, ha chiesto al cugino Salvatore di essere accompagnato a riscuotere delle somme che l'ex socio Cottarelli, a suo avviso, gli doveva (o che comunque possedeva). Recatosi a casa della vittima assieme all'amico Grusovin, avrebbe allora inscenato un'estorsione violenta, degenerata per via di un colpo accidentalmente partito dalla pistola che aveva portato con sé. A quel punto, aveva dovuto riconvertire il programma: si era dunque deciso ad eliminare i componenti della famiglia, scomodi testimoni del fatto, sicuro che nessuno degli altri partecipi avrebbe potuto parlare senza contemporaneamente implicarsi in un triplice omicidio*<sup>115</sup>.

Per certossina che sia la ri-tessitura della tela, restano comunque privi di una spiegazione ad essa coerente altri elementi che il primo giudice aveva invece computato a discredito: la mancanza di un preciso movente per il delitto, le ragioni della presenza di Grusovin sulla scena del crimine, il fatto che Grusovin sarebbe rimasto legato al tavolo della cucina per i polsi durante l'eccidio, la presenza di un quarto uomo, non riscontrata da alcuna risultanza processuale.

Secondo il giudice d'appello, il primo elemento non sarebbe decisivo: il movente, infatti, non è un elemento giuridicamente rilevante della fattispecie penale, e il suo mancato accertamento non impedisce di ritenere il fatto provato e ascrivibile ad un determinato autore, secondo un determinato elemento soggettivo<sup>116</sup>. Neanche il secondo elemento, però, sarebbe decisivo: allo stato degli atti, Grusovin è infatti l'unico anello che congiunge Vito Marino, con cui intratteneva da tempo rapporti molto stretti, e le vittime; indipendentemente dalle precise ragioni della sua presenza sulla scena, la verosimiglianza del racconto e i riscontri estrinseci lasciano in piedi – come unica alternativa ragionevole – l'ipotesi accusatoria.

Quanto agli altri due elementi, il giudice si risolve nel considerarli come semplici falsità<sup>117</sup>, introdotte da Grusovin al solo scopo di discolarsi da una partecipazione attiva al fatto, e il cui peso – nell'economia della valutazione di attendibilità – è sovrastato dalla presenza dei riscontri

<sup>113</sup> *Ibid.*, 135.

<sup>114</sup> *Ibid.*

<sup>115</sup> L'ipotesi è tratteggiata, sostanzialmente, *ibid.*, 143.

<sup>116</sup> Da ultimo, con insegnamento ricevuto, v. Cass., sez. V, 12 marzo 2021, n. 20851. Naturalmente, ciò non esclude che l'accertamento di una certa "causale" possa rappresentare un «elemento catalizzatore e rafforzativo della valenza probatoria degli elementi positivi di prova della responsabilità, dal quale poter inferire logicamente, sulla base di regole di esperienza consolidate e affidabili, l'esistenza del fatto incerto e l'attribuibilità del crimine all'imputato» (Cass., sez. un., 30 ottobre 2003, n. 45726, cit., 623), cfr. DEMURO 2010, 485 ss.

<sup>117</sup> CAA2010, spec. 91.

estrinseci: si tratta di una prassi in linea con la giurisprudenza tradizionale, che tende a compensare le inverosimiglianze del racconto con la gravità dei c.d. “riscontri estrinseci individualizzanti” (i quali, nei casi di c.d. “valutazione frazionata”, devono essere infatti “riscontri estrinseci individualizzanti rafforzati”)<sup>118</sup>.

#### 4.1. Analisi critica della condanna in appello

In questo paragrafo, prendendo spunto da alcuni degli aspetti critici che hanno portato all’annullamento con rinvio della condanna (il primo di una lunga serie), concluderò l’analisi descrittiva della vicenda evidenziando punti di forza e punti di debolezza del ragionamento probatorio del giudice d’appello.

Da questo punto di vista, non c’è dubbio che la decisione di secondo grado risulti già *prima facie* più ragionevole del primo proscioglimento: si tratta di un effetto indiretto – di carattere forse più retorico che strettamente razionale<sup>119</sup> – dell’eliminazione di un’ipotesi inverosimile, ossia quella del complotto degli investigatori (unita al condizionamento giornalistico della principale prova a carico, *supra*, E<sub>HGA<sub>PI-7</sub></sub>); ciò tuttavia dipende anche – in via diretta – dall’adozione di un quadro esplicativo che, proprio perché è più vicino al modo in cui le cose normalmente vanno, rende una certa successione di eventi maggiormente intelligibile (*supra*, E<sub>DG<sub>S19-24</sub></sub>)<sup>120</sup>.

Gli argomenti più convincenti della sentenza d’appello difatti sono quelli che, abbandonata l’irrealistica pretesa coltivata dal giudice di primo grado di provare con un grado di certezza pressoché assoluto le dichiarazioni di Grusovin, neutralizzano quelli che erano stati illogicamente computati come elementi di riscontro negativo (*supra*, E<sub>DG<sub>S11, 13-15, 17, 25-27</sub></sub>). L’andamento comune di queste inferenze è molto semplice, giacché consiste nel riconvertire in un sillogismo induttivo, aggiungendo una premessa supplementare (il più delle volte, un elemento probatorio non adeguatamente considerato in primo grado), quello che il giudice di primo grado aveva proposto in veste di sillogismo deduttivo: poiché è difficile memorizzare l’ingresso di un cliente nel proprio esercizio commerciale in una mattina di un giorno qualunque, per quanto abituale costui sia, il mancato avvistamento di Grusovin da parte del barista non implica che Grusovin non si sia recato al bar quella mattina (ma nemmeno il contrario); poiché le circostanze di avvistamento della vittima da parte della testimone oculare potrebbero averne limitato la visuale, il mancato ricordo sull’uscita in intimo da parte di Cottarelli non implica che Cottarelli non sia uscito in intimo (ma nemmeno il contrario); poiché le condizioni metereologiche del giorno del delitto sono analoghe a quelle in cui il cancelletto normalmente non si apriva, il fatto che il cancelletto si sia correttamente aperto al momento dell’ingresso degli investigatori non implica che esso funzionasse correttamente il giorno del fatto (ma nemmeno il contrario); e così via. Ciò che rende razionali questi argomenti non è la loro struttura interna, bensì l’uso che il giudice d’appello decide di farne: essi vengono infatti adoperati allo scopo di dimostrare che le pretese

<sup>118</sup> Cfr. ad esempio – nella vicenda in commento – Cass., sez. I, 5 ottobre 2017, n. 53608, 6 della motivazione, e Cass., sez. V, 24 novembre 2020, n. 3007, 25 della motivazione.

<sup>119</sup> PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA 1966, 216 ss., l’effetto finale consiste infatti nel presentare la tesi che si distacca palesemente dal normale come, per lo più, “ridicola”. L’obiezione non costituisce uno *straw man argument* fintanto che la posizione avversata viene “presa sul serio”, ossia presentata nella sua migliore versione possibile, in ossequio al principio di carità interpretativa, v. COPI, COHEN, RODYCH 2019, 106 ss.

<sup>120</sup> Cfr. MACCORMICK 2005, 226. Credo che – per dirla con CARLIZZI 2023, 182-183 – questa sia la componente “narratologica” più importante, in ogni inferenza alla miglior spiegazione in materia di prova dei fatti: presentare una “storia convincente” di come sono andate le cose non è certo un elemento sufficiente a ritenerli provati, ma costituisce un ingrediente fondamentale nella elaborazione di un dubbio “ragionevole” sull’ipotesi d’accusa, e persino un ingrediente necessario, nella prova di tale ipotesi – per l’appunto – “oltre ogni ragionevole dubbio”. In senso critico, TARUFFO 2009, 32 ss.

smentite al racconto di Grusovin sono in realtà elementi neutri, ossia elementi dai quali è tanto ragionevole inferire che il racconto sia vero quanto è ragionevole inferire che il racconto sia falso, non potendo quindi concorrere *da soli* alla valutazione di attendibilità estrinseca.

Altri argomenti altrettanto convincenti sono quelli con cui vengono direttamente smentite alcune ipotesi difensive alternative, rilevandone una contraddittorietà per così dire interna (*supra*, EDG<sub>s8, 10</sub>): è implausibile ritenere che l'urgenza di incontrare il consulente a Milano, che avrebbe giustificato il viaggio dalla Sicilia, fosse dipesa dalla necessità di consegnare un documento liberamente scaricabile da *internet*, di domenica, e per una pratica comunque portata a termine molto tempo dopo il delitto; è implausibile che il noleggio dell'auto allo scopo di sottrarsi alle intercettazioni fosse limitato ad una parte del tragitto; è implausibile che le distanze coperte dall'automobile a noleggio i giorni del delitto fossero state percorse in poche ore (e se anche lo fossero state, sarebbe stato ancor più implausibile fissare come base degli spostamenti un luogo così distante dalle ipotetiche destinazioni degli stessi).

Gli argomenti meno convincenti, invece, sono quelli che re-interpretano a carico le dichiarazioni dei testimoni oculari (*supra*, EDG<sub>s15-18</sub>). In essi, difatti, il giudice d'appello ripercorre – ancorché in senso opposto – i medesimi difetti argomentativi del giudice di primo grado: pur avendo chiarito che si tratta di testimonianze confuse sulle fattezze, ma convergenti sul numero dei soggetti avvistati, la sentenza attribuisce credibilità a quelle convergenti sulle fattezze, disattendendo il dato eclatante della divergenza tra il numero dei soggetti avvistati (tre) e quello dei protagonisti del racconto di Grusovin (quattro); il mancato avvistamento di Grusovin, inoltre, viene spiegato facendo nuovamente appello ad una considerazione idiosincratica (la rilevazione dell'“andatura” di Grusovin a partire dal filmato dei sopralluoghi, confortata da una chiosa a verbale del giudice di primo grado sulle sue “apparenze” fisiche)<sup>121</sup>. In Cassazione, sono proprio queste le illogicità che produrranno l'annullamento della sentenza: è contraddittorio valutare le testimonianze oculari – per così dire – su un “doppio binario”, ritenendo «credibili quelle dichiarazioni nella parte in cui descrivono con una coincidenza quasi perfetta le fattezze dei due Marino [...] e non [...] credibili, sia pure in buona fede, le medesime dichiarazioni nella parte in cui descrivevano una terza persona con fattezze del tutto prive di riferimento a Grusovin»<sup>122</sup>.

Un discorso a parte meritano invece le due più palesi discrepanze interne alla chiamata: la presenza del quarto uomo, e il fatto che costui e Grusovin sarebbero stati legati al tavolo della cucina durante l'eccidio. Alla luce della macro-ipotesi esplicativa prescelta dal giudice d'appello, si tratta di dati certamente recalcitranti. Si può ritenere che si tratti di falsità inoffensive solo dimenticando che la presenza di un quarto uomo sulla scena del crimine rappresenterebbe – di per sé – un formidabile dubbio ragionevole: il quarto uomo potrebbe infatti essere stato l'unico autore materiale del fatto (o uno di essi, diverso da almeno uno degli imputati)<sup>123</sup>. Diversamente da quanto abbiamo visto accadere in primo grado, però, da un punto di vista teorico questo ag-

<sup>121</sup> V. *supra* § 3.1. È importante specificare che il difetto di questa premessa non è di carattere logico, bensì giuridico, perché tratta come “testimonianze” le dichiarazioni del giudice di primo grado, e – *ultra allegata et probata* – argomenta a partire da un'impressione personale convergente del giudice d'appello.

<sup>122</sup> Cass., sez. I, 10 novembre 2011, n. 43716, 14 della motivazione. L'inferenza inespressa dalla Cassazione, in questo caso, si basa su una implicita approvazione della regola della concordanza del molteplice nella valutazione di certe testimonianze oculari, unita ad una disapprovazione circa la disomogeneità con cui tale regola viene disapplicata, in assenza di validi argomenti contrari, con riguardo ad altre testimonianze oculari (o con riguardo ad alcuni, ma non a tutti i sotto-temi probatori delle testimonianze convergenti).

<sup>123</sup> È infatti proprio questo l'argomento (del c.d. “cono di luce lecito”) che, pur sposato dalla – per altri versi eccellente – CAA2016, spec. 112-114, concorrerà, assieme al dato della traccia genetica ignota reperita sulle fascette del figlio dell'imprenditore, e ad altre discrepanze relative agli spostamenti di Salvatore Marino con la propria automobile (v. Cass., sez. I, 5 ottobre 2017, n. 53608, insuperate dalla per molti versi insoddisfacente CAA2018, 18-20), a costituire il principale dubbio ragionevole (v. Cass., sez. V, 24 novembre 2020, n. 3007, 28-30) in grado di ostacolare la condanna definitiva del secondo imputato (v. CAA2021, 36 ss.).

giustamento del giudice d'appello non è *ad hoc* perché – se anche si trattasse di circostanze false – la macro-ipotesi non perderebbe *del tutto* la propria forza esplicativa: un incontro tra creditori, nato come una specie di estorsione, e tuttavia degenerato in una mattanza.

## 5. La chiamata di correo: un enigma metodologico

Giunti a questo punto dell'analisi, possiamo abbandonare l'esame nel merito della vicenda per cercare di trarne qualche insegnamento metodologico più generale. L'aspetto sul quale vorrei concentrarmi attiene alla valutazione della c.d. "chiamata in correità" (o, com'è in questo caso, "in reità"). Cercherò di tratteggiarne il profilo dogmatico e quello teorico per illuminare alcuni degli aspetti meno chiari che vengono normalmente a rilievo quando si tratta di applicare il c.d. "metodo a tre tempi", nel prendere in considerazione il contenuto di questo particolare mezzo di prova<sup>124</sup>.

### 5.1. Profilo dogmatico

Come già accennato, la "chiamata in correità" o "in reità" non è altro che un sotto-tipo di prova dichiarativa, giacché essa consiste in un «atto comunicativo, volto a trasmettere intenzionalmente un'informazione attraverso segni linguistici»<sup>125</sup>. Il problema è che il contenuto di questo atto comunicativo coincide, formalmente, con l'imputazione di un reato: Tizio, implicato in una certa vicenda, afferma che di quel fatto accaduto così e così è responsabile *anche* Caio (chiamata "in correità", o chiamata propria) o *solo* Caio (chiamata "in reità", o chiamata impropria)<sup>126</sup>. Per questo, la dottrina processuale si è a lungo interrogata sulla sua collocazione dogmatica:

- a) da un punto di vista empirico, è assai frequente – ma non è affatto necessario – che la chiamata (in correità) sia il sotto-prodotto di una confessione<sup>127</sup>;
- b) da un punto di vista dogmatico, la chiamata (tanto in reità quanto in correità) ha le stesse caratteristiche di una testimonianza, giacché contiene un racconto che verte sulla responsabilità di *almeno un* soggetto diverso dal chiamante. Poiché però tale racconto non è reso da un terzo, rispetto alla *res in iudicio deducta*, la chiamata non può essere ricondotta irriflessivamente alla medesima categoria probatoria<sup>128</sup>;
- c) da un punto di vista pragmatico, la chiamata (tanto in reità quanto in correità) funziona come una denuncia, poiché contiene gli estremi di un reato di cui è essa stessa ad affermare l'esistenza, e induce quantomeno a dirigere l'accertamento in un senso o in un altro<sup>129</sup>.

<sup>124</sup> Ossia, il prodotto della «attività attraverso cui viene introdotto nel procedimento almeno un elemento di prova» (UBERTIS 2015, 81-82).

<sup>125</sup> FERRUA 2017, 68.

<sup>126</sup> Per le due denominazioni, v. PISANI 1959, 123.

<sup>127</sup> Questa è la dimensione in cui la chiamata è stata tradizionalmente concepita dalla letteratura più risalente, cfr. PAGANO 1998 [1806], cap. XIV, 58; MITTERMAIER 1858 [1809], 404-405; PALAZZO 1928, 140 ss. Tanto forte è il legame storico tra chiamata di correo e confessione che gli indici ritenuti caratteristici di una chiamata in correità (oggi diremmo "intrinsecamente") attendibile sono gli stessi indici tradizionalmente ritenuti caratteristici di una confessione genuina (cfr. FIORELLI 1954, 90 ss., spec. 99-101; MELCHIONDA 1967, 161 ss.; DI CHIARA 1987, 235; MENNA 1991, 165; MARCHETTI 1994, 38 ss.; DEGANELLO 2005, 156 ss.; LUPÀRIA 2006, 114 ss.; RUGGIERO 2012, 9-II; GAROFALO 2017, 44 ss.). Per rendersene conto, basta rileggere CARMIGNANI 1854, § 549, 155; FOSCHINI 1956, 83 ss. (in cui il parallelismo con l'attuale giurisprudenza sulla chiamata in correità è di palmare evidenza); BELLAVISTA 1961, 921-922; CORDERO 1988, 62-64. Ciò naturalmente non toglie che si tratti di indici (come ad esempio il disinteresse, la costanza delle affermazioni, o la loro univocità) affetti da un irrimediabile tasso di ambiguità e genericità, cfr. BEVERE 2001, 200; DEGANELLO 2005, 165 ss.

<sup>128</sup> Cfr. FRAMARINO DEI MALATESTA 1895, 193; FLORIAN 1924, 117-118; CORDERO 1987, 490-492. Ma v. CAPPELLETTI 1959, 221 ss.

<sup>129</sup> Cfr. MELCHIONDA 1967, 200; FASSONE 1985, 1896-1897.

Non si tratta di osservazioni puramente nominalistiche, poiché dalle diverse prospettive ricostruttive discendono diverse conseguenze pratiche:

- a) se – in buona sostanza – è assimilabile ad una confessione, allora è senz'altro una prova ammissibile, ma da valutare con cautela<sup>130</sup>;
- b) se – in buona sostanza – è assimilabile ad una testimonianza, essendo tuttavia la testimonianza di una parte, allora essa non può essere acquisita (e valutata) alle medesime condizioni<sup>131</sup>;
- c) se – in buona sostanza – è assimilabile ad una *notitia criminis*, allora è un atto senz'altro ammissibile, ma privo di efficacia probatoria<sup>132</sup>.

Tutti e tre i punti di vista riflettono incertezze molto radicate, che derivano da due caratteristiche di fondo della “chiamata di correo”.

In primo luogo, essa ha un contenuto ambiguo: si tratta della prova più autorevole che sia possibile desiderare, poiché veicola nel processo le *inner knowledges* del complice di un delitto<sup>133</sup>; allo stesso tempo, però, è anche la prova più sospetta sulla quale sia possibile fare affidamento, poiché gli interessi che animano la decisione di rivelare gli estremi di un fatto nei quali si è implicati, e che potrebbero perciò condizionare la schiettezza del racconto, sono i più disparati (dai vantaggi che l'autorità offre ai collaboratori, come avviene con i c.d. “pentiti”<sup>134</sup>, alla pura sete di vendetta personale)<sup>135</sup>.

In secondo luogo, essa nasce altresì in modo ambiguo: il complice che rivela le circostanze di un delitto, nel nostro ordinamento, non può essere sentito in veste di testimone, il che significa che non ha l'obbligo processuale di dire la verità ma ha la facoltà di mentire (ancorché, in casi estremi, questo possa comportare conseguenze penali), è assistito da un difensore, e può avvalersi (anche se in limiti ormai piuttosto ristretti) del diritto al silenzio<sup>136</sup>. L'imputato chiamato in causa dal complice è dunque talvolta costretto a difendersi “alla cieca” dalle accuse a suo carico, poiché non ha dalla sua la possibilità di sottoporre il chiamante – in ogni singolo caso – ad un controesame effettivo, in grado cioè di mostrarne tutti gli interessi reali, tutte le reali carenze mnemoniche o percettive, o tutte le possibili contraddizioni narrative<sup>137</sup>.

Per questo, il codice di procedura penale – ereditando una millenaria tradizione di sospetto verso le parole dei complici<sup>138</sup> – tratta la chiamata di correo come una prova, ma dal peso infe-

<sup>130</sup> Da questo punto di vista, non va infatti dimenticato che il codice di procedura penale del 1930 – fino all'introduzione del c.d. “interrogatorio libero” (art. 348-bis c.p.p. 1930) – vietava a pena di nullità la testimonianza del complice, salvo che lo stesso non fosse già stato prosciolto con formula piena (art. 348, comma 3, c.p.p. 1930). Cfr. comunque ALOISI 1946, 644 ss.; SABATINI 1948, 282 ss.; PICCININO 1950, 472 ss.; LEONE 1956, 607 ss.; LEONE 1961, 187-188.

<sup>131</sup> Cfr. MASSARI 1933, 850 ss.; DOSI 1963, 429 ss.; GUARNIERI 1965, 103, 127; CARNELUTTI 1960, 191-192; CORDERO 1963, 76-77; DOMINIONI 1974, 107 ss.; GHIARA 1984, 439-440; FASSONE 1986, 1896-1897.

<sup>132</sup> Cfr. MELCHIONDA 1967, 168 ss.; NOBILI 1974, 367-369; AVANZINI 1978, 1446 ss.; FALCONE-TURONE 1983, 1041; DI CHIARA 1987, 233. Nel processo relativo all'omicidio del giudice Rocco Chinnici, che ha poi portato all'emissione di Cass., sez. un., 18 febbraio 1988, n. 3592, Rabito, cit., la difesa ha argomentato proprio a favore della riconduzione della chiamata principale del caso tra le *notitia criminis* prive di valore probatorio, cfr. GROSSO 1989, 158-159;

<sup>133</sup> Cfr. HEYDON 1973, 266 ss.; DOMINIONI 1985 [1983], 304; NOBILI 1989, 173; BARTOLINI 1990, 272; SAVERDA 1990, 786-787; NANNUCCI 1991, 1316.

<sup>134</sup> Cfr. BEVERE 2001, 67 ss.; RUGGIERO 2012, 16 ss.

<sup>135</sup> Cfr. WIGMORE 1904, § 2056, 2748; HEYDON 1973, 265-266; DOMINIONI 1985 [1983], 304-306; FIANDACA 1986, 531.

<sup>136</sup> Cfr. BARGIS 1980, 10-14; DEL SIGNORE 1976, 1525-1526; CALAMANDREI 1985, 430-432; DI CHIARA 1987, 218-220; CAPRIOLI 1993, 798.

<sup>137</sup> Cfr. FASSONE 1985, 516; NEPPI MODONA 1985, 766 ss.; DOMINIONI 1986, 756 ss.; CAPRIOLI 1993, 799-800; ARRIGO 1997, 599 ss.

<sup>138</sup> La regola della corroborazione della fonte sospetta è tra le più antiche del diritto processuale probatorio, e rappresenta una specificazione della regola – di origini bibliche (Deut. 17, 6) – dell'*unus testis*, cfr. WIGMORE 1901, 83 ss.; GUERRA THOMPSON 2008, 1528 ss.; BEN-DAVID 2019, 282 ss. Spesso peraltro si tratta di una specificazione giustificata

renziale presuntivamente molto basso: in assenza di altri elementi che ne confermino in qualche misura l'attendibilità, le accuse del correo non possono essere poste a fondamento di alcuna inferenza *processualmente* valida (art. 192, comma 3, c.p.p.)<sup>139</sup>. La conferma dell'attendibilità serve insomma a compensare, sul piano cognitivo, il *gap* inferenziale tra le parole del complice e la realtà dei fatti. Sul piano valoriale, però, richiedere altri elementi di prova a sostegno della chiamata costringe anche l'accusa a strutturare da subito le indagini in modo meticoloso, restituendo di conseguenza alla difesa l'occasione di sottolineare incongruenze, lacune, e contraddittorietà tra la chiamata e il resto delle prove acquisite<sup>140</sup>.

In questa materia, insomma, le scelte del diritto sono sia più sia meno stringenti delle regole della logica induttiva. Da un lato, esse sono più stringenti perché la logica induttiva consentirebbe senz'altro di ritenere dimostrata l'esistenza di un fatto del passato sulla sola base delle dichiarazioni di chi a quel fatto ha assistito (o persino partecipato), se si tratta di un individuo sufficientemente attendibile. Quando quelle dichiarazioni provengono da un complice, però, il diritto – che il complice sia già di per sé attendibile oppure no – impone comunque che a tali dichiarazioni siano accostati altri elementi di prova, a conferma della sua attendibilità. Dall'altro lato, esse sono meno stringenti perché richiedere che l'esistenza dei fatti contenuti nelle dichiarazioni presuntivamente sospette di un complice sia dimostrata anche in virtù di prove diverse da esse è certo una buona pratica inferenziale, ma tale pratica dovrebbe a maggior ragione valere per ogni dichiarazione altrettanto sospetta (ad esempio, le dichiarazioni della persona offesa, che solitamente possiede un chiaro interesse in causa), e non per un sotto-tipo soltanto di esse<sup>141</sup>.

*ratione materiae*, essendo tradizionalmente imposta con riferimento a particolari tipi di delitti, come l'alto tradimento (compare persino all'art. III, sec. 3, Cost. U.S.A. in relazione alle accuse di *treason*, cfr. WITTLIN 2023, 913-915), o i reati sessuali (ROBERTS, ZUCKERMAN 2022, 760 ss.), ossia delitti in cui il rischio è quello di trovarsi a dover semplicemente confrontare la parola dell'imputato con quella dell'accusatore. La stessa cautela è osservata anche in sede internazionale, dove la corroborazione compare tra i fattori di bilanciamento in grado di compensare un esercizio incompleto del diritto al confronto con la fonte a carico, v. da ultimo Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, 17 ottobre 2019, *Oddone and Pecci v. San Marino*, ricc. nn. 26581-31024/17, § 102 ss.

<sup>139</sup> Questa è la struttura della regola, che contiene – in veste negativa – un divieto di valutazione (DANIELE 2009, 120-125). In letteratura, però, l'art. 192, comma 3, c.p.p. è stato talvolta interpretato come un divieto d'uso (quantomeno implicito): in assenza di altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità, la chiamata sarebbe inutilizzabile (NOBILI 1989, 174; BOSCHI 1989, 531; BARGI 1991, 678; GREVI 1991, 1175-1176; TRIGGIANI 1994, 1019-1020). Il punto, però, è che i divieti d'uso funzionano come divieti di ammissione della prova, mentre nel caso della chiamata di correo gli altri elementi sono ricavabili anche dopo che la chiamata è stata acquisita. Se intendiamo l'art. 192, comma 3, c.p.p. come una regola di valutazione, la sentenza che motivi sulla base di una chiamata non riscontrata risulterebbe viziata perché è la legge a ritenere che sia illogico ricavare l'esistenza di un fatto sulla sola base di essa (art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p.). Se intendiamo l'art. 192, comma 3, c.p.p. come una regola d'uso, invece, la sentenza che motivi sulla base di una chiamata non riscontrata risulterebbe viziata per errata composizione delle premesse istruttorie (art. 606, comma 1, lett. c), c.p.p.).

<sup>140</sup> Cfr. AMODIO 1973, 320 (nel quadro di un discorso programmatico e più generale); CAPRIOLI 1993, 799; DANIELE 2009, 130-131. L'effetto "retroagente" delle regole di corroborazione sulle strategie istruttorie delle parti, in specie della parte pubblica, è ben percepito in ambiente anglosassone, v. GUERRA THOMPSON 2008, 1527; WITTLIN 2023, 980-981. Nella letteratura italiana, v. MENNA 1991, 176.

<sup>141</sup> La sotto e sovra-inclusività della regola, rispetto alla logica induttiva, è la critica più frequente, specialmente negli ambienti giuridici in cui il giudice del fatto non è di estrazione professionale: deferire la decisione alla giuria implica difatti rinunciare a disciplinarne legalmente la formazione del convincimento (WIGMORE 1904, § 2056, 2744-2745; ORFIELD 1963, 17; LANGBEIN 1983, 101-102; BIRCH 1995, 527 ss.; FISHER 1997, 701; BARZUN 2008, 1981 ss.). D'altro canto la stessa giuria, nella sua conformazione originaria, sarebbe teoricamente composta da dodici "testimoni", rendendo pertanto inutile qualsiasi regola probatoria a base quantitativa (WIGMORE 1901, 94; LANGBEIN 1983, 103). Nella letteratura continentale, la stessa critica si basa invece su una interpretazione razionale del principio del libero convincimento (PADOA SCHIOPPA 1967, 334 ss.): se l'obbligo di motivazione è sempre giustiziabile in base alle regole della logica, della scienza, e della comune esperienza, ogni regola ulteriore che vincola il giudice ad una soluzione preconstituita svolge un compito inutile (perché ripetitivo) oppure dannoso (perché impedisce di raggiungere la soluzione che sarebbe induttivamente più corretta, cfr. FERRUA 1998, 587 ss.; DANIELE 2009, 127). In senso favorevole, v. invece – storicamente – AMODIO 1970, spec. 92 ss.; AMODIO 1973, 317 ss.

Perciò la giurisprudenza più risalente, sfruttando quella diffusa inclinazione ad intendere per “indizio” una forma di *probatio minor*, ha spesso trattato la chiamata come un indizio capace di «“assurgere a dignità di prova”, purché accompagnato da taluni requisiti»<sup>142</sup>. E per lo stesso motivo la dottrina più smaliziata, rilevando l’ovvietà della regola alla luce del buon senso, ha spesso trattato la scelta di codificare la regola dei c.d. riscontri come una specie di riedizione delle regole di prova legale positiva: *unus testis nullus testis*<sup>143</sup>.

La giurisprudenza più recente ha invece tentato un’esegesi maggiormente analitica. Gli «altri elementi di prova che [...] confermano l’attendibilità» della chiamata:

- a) sono di genere *atipico* (c.d. “principio di libertà dei riscontri”), potendo provenire da qualsiasi mezzo di prova, purché diverso dalla chiamata stessa (testimonianze dirette o *de relato*, altre chiamate, tracce materiali, documenti, persino argomenti logici)<sup>144</sup>;
- b) hanno uno statuto logico *atipico*, dato che tale conferma può essere il prodotto di un’inferenza tanto diretta, quanto indiretta<sup>145</sup>;
- c) hanno un oggetto *tipico*, poiché il loro contenuto proposizionale deve avere come *thema probandum* (diretto o indiretto) lo stesso contenuto proposizionale della chiamata, consentendo cioè di collegare inferenzialmente i soggetti chiamati in causa al fatto loro ascritto (c.d. “riscontri estrinseci individualizzanti”)<sup>146</sup>.

Facciamo un esempio tratto dal caso in commento: il noleggio della Grande Punto da parte di Vito Marino è un riscontro estrinseco individualizzante perché il documento del noleggio dimostra, in via indiretta, che il soggetto alla guida della Grande Punto vista dai testimoni nei pressi dell’abitazione di Cottarelli il giorno del delitto è proprio lui; tali circostanze, riferite anche da Grusovin, sono a loro volta una prova indiretta del fatto che sia stato proprio Vito Marino a fare ingresso nella villetta la mattina del delitto. La spiegazione che riunisce i tre elementi di prova per affermare la colpevolezza dell’imputato (documento del noleggio, avvistamenti dei testimoni, e dichiarazioni di Grusovin), però, non è ancora oltre ogni ragionevole dubbio: Vito avrebbe potuto noleggiare l’auto in favore di terzi; la Grande Punto vista sul luogo del delitto potrebbe non essere la stessa oggetto del noleggio; Vito avrebbe potuto presenziare al delitto, senza tuttavia commetterlo.

Malgrado le precisazioni della giurisprudenza, resta infatti controverso quando è lecito ritenere che altri elementi di prova “confermino l’attendibilità” delle dichiarazioni del chiamante.

In primo luogo è controverso cosa significhi, in questo contesto, “attendibilità”. Come abbiamo visto, le dichiarazioni del complice soggiacciono già alla consueta valutazione cui devono essere sottoposte tutte le altre prove dichiarative, prima di poter concorrere alla decisione. Da un

<sup>142</sup> MELCHIONDA 1967, 160; FASSONE 1986, 1830.

<sup>143</sup> CORDERO 2012, 621-622.

<sup>144</sup> Cass., sez. I, 1 aprile 1992, n. 6784, in *Giur. it.*, 1993, II, 198 ss. e Cass., sez. un., 29 novembre 2012, n. 20804, cit., 36 ss. della motivazione.

<sup>145</sup> Intendo qui per “diretta” l’inferenza in cui il contenuto proposizionale di una prova è coincidente al contenuto proposizionale del *thema probandum*, e per “indiretta” l’inferenza in cui il contenuto proposizionale di una prova è coincidente al contenuto proposizionale di un fatto diverso dal *thema probandum* dal quale tuttavia è possibile inferire un contenuto proposizionale coincidente a quello del *thema probandum*, cfr. TARUFFO 1992, 241 ss.; Cass., sez. I, 10 maggio 2023, n. 31004, in *C.E.D. Cass.*, n. 284840.

<sup>146</sup> Naturalmente resta controverso il grado di “individualizzazione” che il riscontro deve fornire al racconto del complice, per renderlo suscettibile di valutazione a carico: in particolare, se basta che sia riscontrato il “nucleo essenziale” delle dichiarazioni, o se invece è necessario riscontrare fino al particolare più minuto. In una decisione recente, la Cassazione propone un saggio criterio contestuale: «il criterio selettivo tra quanto è *trascurabile* o *ininfluente* e quanto, invece, è *essenziale* e *rilevante* (*scilicet*: tale che la confutazione del dato compromette la affidabilità della intera rappresentazione) deve essere modulato e calibrato in funzione del rilievo che l’evento, la condotta, o la circostanza assumono intrinsecamente nell’ambito della narrazione alla stregua del valore che il narratore loro assegna nella economia del racconto» (Cass., sez. I, 14 luglio 2015, n. 34102, in *C.E.D. Cass.*, n. 264368, 14-15 della motivazione).

lato, occorre tenere in considerazione le caratteristiche soggettive del dichiarante, ossia quell'insieme di ragioni che, a partire dall'osservazione del suo passato epistemico, ci portano ad includerlo *prima facie* in una categoria di dichiaranti più o meno *credibili*. Dall'altro, occorre tenere in considerazione le caratteristiche oggettive della dichiarazione, confrontando quanto costui ci riferisce con le conoscenze di senso comune di cui siamo in possesso per valutare *prima facie* se si tratta di eventi che il dichiarante poteva ragionevolmente percepire, quanto tali eventi sono vicini al corso normale delle cose, se la loro narrazione presenta una certa coerenza interna, oppure è afflitta da lacune, ossia occorre valutarne l'*attendibilità*.

Parte della dottrina ha tuttavia sottolineato che, diversamente dalle più comuni prove dichiarative, in cui dovrebbe vigere il *principio di credulità*, le dichiarazioni del complice sarebbero al contrario governate dal *principio di diffidenza*<sup>147</sup>: nelle prove dichiarative comuni, crediamo alle parole degli altri *finché* la credibilità del dichiarante o l'*attendibilità* del dichiarato non ce ne fanno dubitare; nelle dichiarazioni del complice, invece, non crediamo alle parole degli altri *malgrado* la credibilità del dichiarante o l'*attendibilità* del dichiarato lo consentirebbero, *a meno che* non vi siano anche altri elementi di prova che le accreditino. La legge, difatti, richiede che la conferma prodotta dagli altri elementi di prova abbia ad oggetto proprio le dichiarazioni, e non il dichiarante: ossia, il contenuto proposizionale delle informazioni, non il profilo psicologico di chi la proferisce<sup>148</sup>. In questa materia, dunque, "attendibilità" non significa altro che "corrispondenza al vero" delle informazioni trasmesse dal chiamante.

In secondo luogo, è controverso cosa significhi "conferma", perché è certo che la chiamata, contenendo un'accusa, implichi un riferimento alla soglia della condanna (art. 533 c.p.p., o della misura cautelare, art. 273, comma 1, c.p.p.), ma è incerto se il grado di conferma che *uno o più* elementi di prova devono fornire all'*attendibilità* di una chiamata, per consentire che su di essa si fondi una decisione penale, sia equivalente al grado di conferma che *tutti* gli elementi di prova devono fornire all'ipotesi d'accusa per renderla vera oltre ogni ragionevole dubbio (o per ritenere che sussistano gravi indizi di colpevolezza, nel caso di una misura cautelare).

È infatti frequente, in letteratura, una curiosa precisazione: gli altri elementi di prova non devono dimostrare in via autonoma le accuse, altrimenti sarebbero da soli sufficienti a fondare la decisione, e la chiamata risulterebbe – a rigore – *superflua*<sup>149</sup>.

Naturalmente, che certi elementi siano "da soli sufficienti" a dimostrare le accuse è una considerazione che si può fare solo dopo averli valutati (e – fatalmente – assieme alla chiamata), sicché il requisito non è in grado di valere come strumento di selezione preliminare dei riscontri.

Dal punto di vista logico, inoltre, l'affermazione secondo cui gli altri elementi di prova "non debbano dimostrare le accuse in via autonoma" può essere intesa in due sensi differenti: in senso debole, come "non è necessario che dimostrino le accuse in via autonoma (ma è possibile)"; o in senso forte, come "è necessario che non dimostrino le accuse in via autonoma". In entrambi i sensi, però, la somma tra la chiamata e gli altri elementi riproporrebbe nient'altro che la consueta logica della prova per indizi (art. 192, comma 2, c.p.p.)<sup>150</sup>: una chiamata, più altri elementi di prova gravi e precisi, dimostra l'esistenza del fatto in essa rappresentato se è con essi concordante, ossia se il suo oggetto di prova diretto o indiretto è il medesimo oggetto di prova (diretto o indiretto) degli altri elementi. La sola differenza potrebbe riguardare le conclusioni probatorie che è

<sup>147</sup> Sui due principi, v. TUZET 2023, 164 ss. Per una applicazione al tema della chiamata di correo, v. FASSONE 1985, 516-517; IACOVIELLO 2004, 3463.

<sup>148</sup> Cfr. GREVI 1991, 1182; CAPRIOLI 1992, 798; RAFARACI 1994, 675; BEVERE 2001, 146; IACOVIELLO 2004, 3457 ss.

<sup>149</sup> Da ultimo, v. Cass., sez. II, 11 luglio 2019, n. 35923, in C.E.D. Cass., n. 276744.

<sup>150</sup> Cfr. FASSONE 1985, 515; SQUARCIA 1993, 137; CAPRIOLI 1993, 795; TRIGGIANI 1994, 1018 (il quale comunque ritiene che la chiamata non sia una prova autonoma, in assenza di riscontri); SANNA 2000, 265 e nt. 21. In senso contrario, RUGGIERO 2012, 62. L'interpretazione maggioritaria sembra seguire il senso debole (v. PALLA 1997, 1455), per un'interpretazione in senso forte, v. invece ARRIGO 1997, 600.

lecito trarre dalla combinazione delle diverse alternative:

- a) se gli altri elementi dimostrano già l'accusa in via autonoma, e la chiamata non concorda con essi (perché, ad esempio, riguarda un individuo diverso), allora è verosimile che la chiamata sia semplicemente falsa;
- b) se gli altri elementi dimostrano già l'accusa in via autonoma, e la chiamata concorda con essi, allora l'accusa sarà provata *a maggior ragione*;
- c) se gli altri elementi non dimostrano l'accusa in via autonoma, e la chiamata non concorda con essi, allora la chiamata non è sufficientemente confermata da poter comparire tra le premesse di una eventuale condanna (o di un'eventuale misura cautelare);
- d) se gli altri elementi non dimostrano l'accusa in via autonoma, ma la chiamata concorda con essi, allora la chiamata è sufficientemente confermata da poter comparire tra le premesse di una eventuale condanna (o di un'eventuale misura cautelare).

Per questo, la giurisprudenza preferisce operare “in negativo”, raccogliendo – in veste di massime giuridiche più o meno esplicite – nient'altro che le fallacie logiche in cui talvolta incorrono i c.d. riscontri mancati<sup>151</sup>. Ad esempio:

- a) la chiamata in correità (o in reità) di più soggetti, se è riscontrata in relazione ad alcuni di essi, non è *per ciò solo* riscontrata in relazione a tutti gli altri (*generalizzazione indebita*)<sup>152</sup>;
- b) la chiamata in correità (o in reità) non smentita da altri elementi di prova non è *per ciò solo* riscontrata (*argumentum ad ignorantiam*)<sup>153</sup>;
- c) la chiamata in correità (o in reità) non è riscontrata da un'altra chiamata in correità (o in reità) *per il solo fatto* che le due concordano nei contenuti (*cum hoc ergo propter hoc*), essendo almeno necessario che i due chiamanti siano tra loro indipendenti<sup>154</sup>;
- d) la chiamata in correità (o in reità) confermata o smentita solo parzialmente, non è *per ciò solo* confermata o smentita anche totalmente (*fallacia di composizione*)<sup>155</sup>;
- e) la chiamata in correità (o in reità) non può essere confermata da un altro elemento di prova la cui valutazione presuppone già la verità della chiamata (*petitio principii*)<sup>156</sup>.

È dunque evidente che, anche in materia di valutazione della chiamata in correità (o in reità), le massime d'esperienza giochino un ruolo di primo piano. Come avviene per tutte le altre prove dichiarative, esse – da un lato – costituiscono i quadri concettuali che ci consentono di prendere in considerazione certe ragioni in base alle quali dovremmo credere o no alle parole di un particolare individuo (valutazione della credibilità), e – dall'altro – è in base ad esse che proiettiamo il racconto di qualcuno sullo sfondo delle nostre conoscenze ulteriori, per valutarne la verosimiglianza *tutto considerato* (valutazione dell'attendibilità)<sup>157</sup>. Più precisamente di quanto già non avvenga (o meglio, di quanto già non *dovrebbe* avvenire) per tutte le altre prove dichiarative, in materia di chiamata di correità esse ci costringono anche a formulare ipotesi esplicative più ampie, in grado cioè di catturare i legami tra la chiamata e gli elementi di prova acquisiti (se ce ne sono); oppure – in spe-

<sup>151</sup> Cfr. FIANDACA 1986, 533; DI CHIARA 1987, 224 ss. ROBERTS, ZUCKERMAN 2022, 772-773. Per un possibile elenco “in positivo”, v. invece RUSSO 1998, 255 ss. Su alcune di queste massime, v. già JOY 1844, 6-15.

<sup>152</sup> DI CHIARA 1987, 244.

<sup>153</sup> Questo è l'argomento più frequentemente invocato soprattutto in passato, in contesti “emergenziali” come i primi grandi processi di mafia, v. FASSONE 1986, 1894-1895.

<sup>154</sup> BEVERE 2001, 157-158, ma già JOY 1844, 47 ss.

<sup>155</sup> IACOVIELLO 2004, 3454.

<sup>156</sup> Cfr. Cass., sez. un., 29 novembre 2012, n. 20804, cit., 38 della motivazione.

<sup>157</sup> Cfr. UBERTIS 2015, 84 ss.

cie quando celano nient'altro che comuni leggi logiche – è in base ad esse che riusciamo a produrre i *test* di conferma di quelle ipotesi, sottoponendole a uno scrutinio razionale<sup>158</sup>.

## 5.2. Profilo teorico

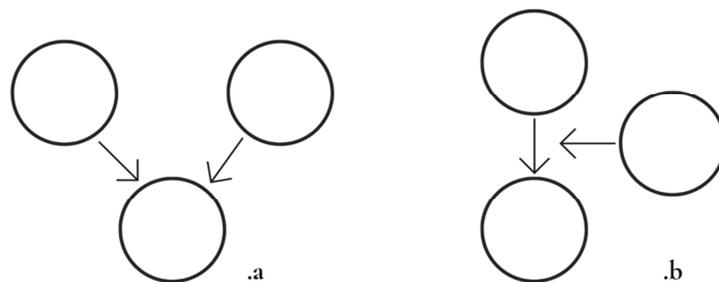
In letteratura si tende ad associare al meccanismo della conferma tramite altri elementi di prova il nome forense di “corroborazione”: è un uso che deriva dalla principale fonte d'ispirazione dell'art. 192, comma 3, c.p.p., ossia l'analogia regola anglosassone (un tempo legale, ormai sempre più riservata alla prassi giudiziaria) della c.d. *corroboration of accomplices*<sup>159</sup>.

Malgrado l'omonimia, la corroborazione richiesta dall'art. 192, comma 3, c.p.p. non ha invece molto in comune con la *corroboration* di cui parlava Popper con riferimento a quelle teorie scientifiche che, superando i nostri audaci tentativi di confutazione, possono essere “tenute per vere” mentre elaboriamo nuovi *test* falsificanti<sup>160</sup>: nel caso dell'art. 192, comma 3, c.p.p., infatti, la corroborazione non è il prodotto eventuale del fallimento delle critiche della difesa all'attendibilità della chiamata, ma è il preciso presupposto che consente di annoverare la chiamata tra le premesse della decisione (qualsiasi essa sia).

In sede processuale, per corroborazione si possono infatti intendere almeno due fenomeni in qualche misura diversi<sup>161</sup>:

- a) due distinti elementi di prova possono convergere verso una medesima conclusione, la quale sarà dunque confermata in misura maggiore dalla compresenza di tali due elementi rispetto a quanto non lo sarebbe stata se l'elemento fosse stato soltanto uno (modello della convergenza);
- b) un elemento di prova può rafforzare l'inferenza che conduce da un diverso elemento di prova ad una certa conclusione, la quale sarà dunque confermata in misura proporzionale al valore probatorio dell'elemento corroborato, incrementato però dalla presenza dell'elemento corroborante (modello della corroborazione in senso stretto).

In termini diagrammatici:



Nel primo caso, si può dire che la corroborazione sia il predicato di una conclusione probatoria. Nel secondo caso, invece, si può dire che la corroborazione sia il predicato di una delle premesse.

Ad esempio, se due testimonianze indipendenti dimostrano la colpevolezza dell'imputato, allora la colpevolezza è corroborata dall'esistenza di due testimonianze anziché di una sola (mo-

<sup>158</sup> Cfr. TUZET 2016, 184 ss.

<sup>159</sup> Cfr. BOSCHI 1989, 526-527; FANCHIOTTI 1991, 5-6.

<sup>160</sup> Cfr. POPPER 1984, 82 ss.

<sup>161</sup> Per ragioni di semplificazione, riduco a due varianti un fenomeno che, in realtà, è spesso articolato in almeno tre varianti diverse, cfr. JACKSON 1988, 435 ss.; SCHUM 1994, 125 ss.; REDMAYNE 2000, 151 ss.; ANDERSON, SCHUM, TWI-NING 2005, 107 ss.; WALTON, REED 2008, 531 ss.; GODDEN 2010, 202 ss.; WITTLIN 2023, spec. 928 ss.

dello della convergenza, *sub a*). Se invece ad una testimonianza a carico si congiunge una perizia che accerta le ottime capacità visive del testimone, allora è la testimonianza ad essere corroborata nel suo fornire un certo grado di conferma all'ipotesi d'accusa (modello della corroborazione in senso stretto, *sub b*). Da questo punto di vista, come acutamente notava Wigmore, la forza della corroborazione sta nella sua capacità di restringere il novero delle spiegazioni alternative. Le vie inferenziali che potrebbero condurci ad esse vengono infatti "chiuse" dalla presenza di una prova corroborante, avvicinandoci così sempre di più all'unica spiegazione disponibile<sup>162</sup>. Per riprendere l'esempio appena fatto: in presenza delle versioni di due diversi testimoni concordi, ci sono meno versioni alternative possibili che potrebbero rappresentare una valida spiegazione dei fatti; in presenza di una perizia sulle capacità visive di un testimone, abbiamo meno ragioni possibili per dubitare dell'attendibilità della sua testimonianza oculare, e così via.

La differenza tra i due fenomeni tende però a sfumare, soprattutto nella pratica, perché la compresenza di più elementi di prova ci porta in ogni caso a ragionare – come si dice in gergo epistemologico – olisticamente: quando una costellazione di prove è catturata da un'ipotesi che ne spiega meglio di qualsiasi altra la compresenza, il peso dei singoli elementi aumenta proporzionalmente alla bontà della spiegazione prescelta<sup>163</sup>.

Tale effetto – a tratti più psicologico che strettamente razionale – non è affatto trascurabile: come sottolinea Iacoviello, la tecnica argomentativa che più premia l'attendibilità della chiamata, indipendentemente dalla conferma che ciascuno degli altri elementi di prova singolarmente inteso le fornirebbe, è quella che conduce a ritenere irrilevanti (perché minime, o spiegabili in altri modi) le discrepanze tra i fatti narrati dal chiamante e le altre fonti acquisite; la tecnica argomentativa che invece più riesce ad evidenziarne l'inattendibilità è quella che, sommando una serie di discrepanze anche marginali, ne erode il grado di conferma complessivo – per così dire – pezzo per pezzo<sup>164</sup>. I problemi poi sono destinati ad aumentare se consideriamo che la chiamata, essendo costituita da una dichiarazione, è scindibile nelle singole circostanze di cui si compone, ed è quindi suscettibile di conferma anche solo parziale<sup>165</sup>; almeno fino al momento in cui la conferma di alcune circostanze soltanto non consente di ritenere utilizzabile la dichiarazione nemmeno in parte, per via di un contrasto logico con le parti non riscontrate, o per eccesso di genericità dei residui riscontrati.

Dal punto di vista teorico, un primo quesito interessante è dunque quello di capire che tipo di corroborazione associamo alla chiamata di correo, nel valutarla – come vuole l'art. 192, comma 3, c.p.p. – «unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità».

A prima vista, la giurisprudenza sembra fare riferimento al modello della convergenza (*supra, sub a*), non a quello della corroborazione in senso stretto (*supra, sub b*): la dichiarazione deve essere resa da un soggetto credibile, deve contenere affermazioni verosimili, e – accanto ad essa – altri elementi di prova indipendenti devono puntare verso la medesima conclusione (ossia, la verità dell'accusa); la miglior spiegazione della convergenza tra i diversi elementi è che le accuse del chiamante sono vere.

Il nitore dell'impostazione tuttavia svanisce non appena consideriamo che – come ad esempio è avvenuto anche nel caso esaminato – la verosimiglianza delle affermazioni viene valutata anche in base alla presenza di altri elementi che, pur dimostrando in via indipendente l'esistenza di alcune delle circostanze narrate, servono soltanto a corroborare la premessa, non la conclusione del ragionamento: la presenza del flaconcino di tranquillante non è affatto un elemento a carico degli imputati, ma attribuisce verosimiglianza al racconto che collocava proprio quel flaconcino sulla scena del crimine.

<sup>162</sup> Cfr. WIGMORE 1913, 751.

<sup>163</sup> Cfr. GODDEN 2010, 203.

<sup>164</sup> IACOVIELLO 2004, 3454-3455, ma v. prima, nello stesso senso, l'attenta analisi di COSTANZO 1993, spec. 289-300.

<sup>165</sup> Cfr. Cass., sez. I, 1 dicembre 2022, n. 26966, in C.E.D. Cass., n. 284836.

In entrambi i casi, dire che stiamo “confermando l’attendibilità delle dichiarazioni”, come desidera l’art. 192, comma 3, c.p.p., è perfettamente lecito.

Una chiarificazione potrebbe provenire da una considerazione apparentemente banale: l’art. 192, comma 3, c.p.p. impone infatti che ogni dichiarazione del complice sia valutata unitamente ad altri elementi che ne confermano l’attendibilità; i c.d. riscontri estrinseci individualizzanti, invece, sono richiesti dalla giurisprudenza solo per quelle dichiarazioni in cui vengono rappresentate delle vere e proprie accuse (ossia, l’autentica chiamata di correo). Non tutto ciò che il complice dice, infatti, ha un valore direttamente indiziante per il chiamato, ma può essere comunque utile a ricostruire diverse circostanze di contesto, o può contribuire a provare l’esistenza di fatti rilevanti con riferimento ad individui diversi da quelli chiamati in causa (ad esempio, il chiamante stesso, che magari si dichiara innocente).

Da questo punto di vista, il modello della corroborazione in senso stretto (*supra, sub b*) sembra quello sufficiente a ritenere che le dichiarazioni del complice – diverse dalla chiamata – siano abbastanza attendibili da poter comparire tra le premesse di una *decisione*<sup>166</sup>. Quando però quelle dichiarazioni contengono anche un’accusa, allora la giurisprudenza abbandona il modello della corroborazione in senso stretto richiedendo proprio quello della convergenza (*supra, sub a*): solo la compresenza di altri elementi di prova indipendenti, che puntano a dimostrare (direttamente o indirettamente) l’esistenza del fatto attribuito al chiamato, consente di porre la chiamata anche alla base di una *condanna* (o di una *misura cautelare*)<sup>167</sup>.

In sintesi, insomma, l’utilizzabilità delle dichiarazioni del complice dipende dal loro essere confermate secondo il modello della corroborazione in senso stretto, ma l’utilizzabilità *a carico* dipende dal loro essere confermate secondo il modello della convergenza. In totale assenza dell’una o l’altra forma di corroborazione (a seconda della decisione che in concreto verrà adottata), la motivazione sarà viziata da una forma di illogicità *tipica* (corrispondente all’inservanza dell’art. 192, comma 3, c.p.p., e giustiziabile per vizio di motivazione). In presenza di

<sup>166</sup> La lettura proposta nel testo sembra quella più capace di conciliare due tesi che confliggono, in letteratura, con l’interpretazione *standard* della norma: nessuno dubita che la chiamata possa costituire un elemento *a carico* solo in presenza di altri elementi indipendenti che la confermino; è tuttavia controverso quando la chiamata possa costituire un elemento *a discarico*, e – il che in certi casi è lo stesso – cosa avvenga quando la chiamata sia priva di elementi di riscontro. Quanto al primo punto, secondo parte della letteratura una chiamata priva di elementi di riscontro può essere valutata a discarico giacché «il semplice dubbio è sufficiente a determinare l’assoluzione dell’imputato» (SANNA 2000, 271). Così facendo, però, il senso della regola verrebbe tradito: in assenza di riscontri con cui operare la valutazione unitaria, l’uso della chiamata sarebbe comunque precluso, il che potrebbe certo comportare il proscioglimento (o il rigetto della richiesta di misura cautelare) perché le prove a carico sono insufficienti (o assenti), ma non perché la chiamata viene utilizzata in senso favorevole. Quanto al secondo punto, una tesi rimasta isolata in dottrina, ritenendo che la norma imponga una valutazione unitaria *solo se* gli altri elementi sono presenti, sostiene invece che in assenza di altri elementi di prova «non può essere impedito al giudice di fondare il suo convincimento sulla chiamata di correo c.d. nuda, in assenza di elementi di riscontro» (MARTINELLI 1990, 697). L’opinione è corretta, ma incompleta: la chiamata può comparire tra le premesse di una decisione (ad esempio, di proscioglimento) solo se corroborata (ossia solo se assoggettata a quella valutazione unitaria rappresentata dalla corroborazione in senso stretto); la presenza di altri elementi indipendenti di conferma è invece necessaria solo ai fini della condanna (o dell’emissione della misura cautelare).

<sup>167</sup> Sull’applicabilità dell’art. 192, comma 3, c.p.p. (nel senso della necessità di riscontri estrinseci individualizzanti) in sede cautelare si è consumata, in passato, un’accesa diatriba, chiusa in senso positivo con l’introduzione dell’art. 273, comma 1-bis, c.p.p. (cfr. ZACCHÉ 2004, 3700 ss.). Resta inteso, però, che l’interpretazione del *metodo* di valutazione imposto dall’art. 192, comma 3, c.p.p. (se solo corroborazione in senso stretto, o anche convergenza) non può variare in considerazione della *soglia* probatoria necessaria all’emissione di un certo provvedimento (qualsiasi esso sia): tale soglia può al più condizionare l’interpretazione del concetto di “conferma” (e ciò ancorché in giurisprudenza, talvolta, si faticò a chiarire questo profilo, cfr. BRONZO 2002, 150-151). A meno che non si concordi con l’opinione secondo cui l’unico concetto processualmente ammissibile di “provato” – o, il che in questo caso è lo stesso, “confermato” – sia “provato oltre ogni ragionevole dubbio”, e che nell’emissione di provvedimenti diversi dalla condanna muti al più l’oggetto della proposizione (finale) provata oltre ogni ragionevole dubbio (la “probabile colpevolezza”, nel caso delle misure cautelari, e non la “colpevolezza”, v. FERRUA 2017, 87 ss.) anziché il grado di conferma che deve essere offerto dalle prove disponibili (in senso critico, v. CAPRIOLI 2009, 77-78).

una forma di corroborazione insufficiente (a seconda della decisione che in concreto verrà adottata), la motivazione sarà viziata da una forma di illogicità *atipica* (corrispondente, ad esempio, ad uno dei vizi logici che stanno alla base dei c.d. riscontri mancati, e parimenti giustiziabile per vizio di motivazione).

Se poi dal tema della “corroborazione” ci allarghiamo verso l’interpretazione dell’intero “metodo a tre tempi”, una seconda questione interessante è vedere come nelle argomentazioni degli interpreti possano influire scelte di carattere teorico ancor più profonde, e relative alle preferenze riservate ad un canone atomistico, anziché olistico, in materia di ragionamento probatorio.

Com’è noto, con “canone atomistico” si indica quello stile di ragionamento in base al quale il grado di conferma offerto dalle prove alle ipotesi andrebbe considerato elemento per elemento, in virtù della somma dei singoli fattori inferenziali. Con “canone olistico” si indica quello stile di ragionamento in base al quale il grado di conferma offerto dalle prove alle ipotesi sarebbe piuttosto il frutto di una pesatura complessiva, il che rende il risultato finale maggiore della somma dei singoli fattori<sup>168</sup>. In un’ottica puramente atomistica, l’attendibilità di una chiamata risulterebbe confermata quando tutte le singole circostanze di fatto in essa narrata sono riscontrate da altri elementi indipendenti. In un’ottica puramente olistica, l’attendibilità di una chiamata risulterebbe invece confermata quando ad essere confermato è il suo contenuto *tutto considerato*.

Naturalmente, nessun canone vanta una priorità epistemica sull’altro: una visione eccessivamente atomistica può risultare macchinosa, lasciando spazio ad alternative esplicative meno precise ma più convenienti (o più ragionevoli); una visione eccessivamente olistica può invece risultare superficiale, prestando il fianco a discrepanze apparentemente marginali e che tuttavia non consentono all’ipotesi prescelta di spiegare proprio tutti gli elementi acquisiti, o quelli più significativi (e magari produttivi di dubbi ragionevoli).

Nella scelta tra i canoni, potrebbe inoltre influire la concezione di verità che latentemente osserviamo. Un ideale coerentista incoraggia l’adozione di un canone olistico, attribuendo al fatto che certi elementi siano coerenti con una certa ipotesi la capacità di “indicare la verità” dei fatti spiegati dall’ipotesi, ma rischia di risultare circolare: quando gli elementi sono coerenti con l’ipotesi perché l’ipotesi è coerente con gli elementi, le nostre conoscenze sembrano fluttuare in un vuoto teorico privo di autentici contatti con la realtà<sup>169</sup>. Da questo punto di vista, un giudice ostinatamente coerentista potrebbe essere propenso a sorvolare su discrepanze anche molto rilevanti, tra gli altri elementi e la chiamata, attribuendole così un grado di attendibilità a tutti gli effetti improprio. Un ideale corrispondentista incoraggia invece l’adozione di un canone atomistico, attribuendo a ciascun fattore singolarmente inteso il compito di collegare l’ipotesi alla realtà, ma rischia di incorrere in un regresso all’infinito: per collegare un’ipotesi alla realtà ogni fattore inferenziale deve infatti essere a sua volta collegato con la realtà, o con un altro fattore parimenti collegato alla realtà, rendendo così la “ricerca dei fondamenti” potenzialmente senza fine<sup>170</sup>. Da questo punto di vista, un giudice ostinatamente corrispondentista potrebbe essere propenso a valorizzare discrepanze anche molto marginali, tra gli altri elementi e la chiamata, non attribuendole così il grado di attendibilità che invece essa meriterebbe.

Come ha giustamente osservato Giovanni Tuzet, difatti, i due canoni non dovrebbero essere contrapposti artificialmente, bensì armonizzati<sup>171</sup>: ad una prima valutazione atomistica dovrebbe seguire una valutazione *tutto considerato* che, avvantaggiandosi della forza narrativa dell’ipotesi esplicativa, non perda il contatto con la realtà che le forniscono i singoli fattori inferenziali isolatamente considerati, e riesca a rendere pertanto trascurabili le eventuali discrepanze.

<sup>168</sup> Cfr. DAMAŠKA 1990, 93 ss.

<sup>169</sup> Cfr. AMAYA 2015, 125 ss.

<sup>170</sup> Cfr. HASAN 2022, § 1.

<sup>171</sup> Secondo quella che Tuzet chiama «una forma di olismo “ben temperato”» (TUZET 2016, 271). V. anche ELGIN 2005, 156 ss.; AMAYA 2021, spec. 237 ss.

Sembra proprio questo il modello prescelto dalla giurisprudenza con riferimento alle dichiarazioni del complice<sup>172</sup>:

- a) esse sono *prima facie* attendibili se consentono di costruire una sotto-ipotesi a partire dalla quale reperire altri elementi indipendenti che confermino almeno qualche contenuto, o le capacità percettive del dichiarante;
- b) se la ricerca ha esito positivo, le dichiarazioni sono *tutto considerato* attendibili e possono essere utilizzate (corroborazione in senso stretto, atomistica);
- c) se poi esistono altri elementi indipendenti che dimostrano almeno alcune delle circostanze cruciali riferite dalle dichiarazioni (o meglio, delle accuse *erga alios*), allora esse saranno anche confermate (convergenza, olistica), e potranno essere poste a fondamento di una condanna (o di una misura cautelare).

Ne discende così che lo storico dissidio relativo all'ordine dei passaggi richiesti dal c.d. “metodo a tre tempi”, se cronologico oppure combinatorio, si risolve in una domanda mal posta: la forza del metodo sta infatti proprio nella sua capacità di contraddire la massima in base alla quale gli individui poco credibili dicono probabilmente cose false, dimostrando attraverso prove indipendenti che anche i mentitori seriali possono dire cose vere; così come sta nella sua capacità di contraddire la massima in base alla quale i racconti inverosimili sono probabilmente falsi, dimostrando attraverso prove indipendenti che – per quanto inverosimili – si tratta di racconti veri. La sensazione di *bootstrapping* che maturiamo quando prendiamo provvisoriamente per vere le dichiarazioni del complice al fine di valutare gli elementi che la confermano è del tutto comprensibile, ma si tratta di una fase ineludibile di ogni abduzione giudiziaria<sup>173</sup>: la dichiarazione in sé è un elemento di prova, ma per confermarla occorre trasformarla in una sotto-ipotesi; se quella sotto-ipotesi fosse attendibile, esisterebbero altri elementi fatti così e così che la confermano; se tali elementi esistono, la miglior spiegazione della convergenza tra sotto-ipotesi ed altri elementi è che si tratta di una sotto-ipotesi attendibile, e perciò l'elemento che contiene tale sotto-ipotesi può legittimamente concorrere alla decisione finale.

<sup>172</sup> Cfr. da ultimo Cass., sez. I, 18 novembre 2020, n. 8863, in C.E.D. Cass., n. 280605.

<sup>173</sup> Cfr. TUZET 2023, 80-82. Come segnalato in letteratura, l'importante è che quando rileviamo una convergenza tra prove, il grado di conferma della conclusione rappresenti la somma del grado di conferma ad essa conferito dalle singole premesse, e che dalla convergenza di più elementi non deriviamo invece un aumento del valore di attendibilità di ogni singolo elemento che concorre alla somma (il che rappresenterebbe, in un quadro bayesiano, una *double counting fallacy*): la convergenza dovrebbe insomma costituire la miglior spiegazione della conclusione, dati certi elementi, e non una ragione per incrementare il valore dei singoli elementi, e poi da essi trarre il grado di conferma totale dell'ipotesi (REDMAYNE 2000, 151; GODDEN 2008, 209-212; WITTLIN 2023, 939 ss.).

### Riferimenti bibliografici

- AGASSI J. 1975. *Towards a Theory of Ad Hoc Hypotheses*, in ID., *Science in Flux*, Springer, 189 ss.
- ALOISI U. 1946. *Sentenze di proscioglimento. Prova, indizio, e sospetto di reato*, in «Rivista penale», 1946, II, 617 ss.
- AMAYA A. 2015. *The Tapestry of Reason. An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*, Hart.
- AMAYA A. 2021. *Coherence in Legal Evidence*, in DAHLMAN, C., STEIN, A., TUZET, G. (eds.), *Philosophical Foundations of Evidence Law*, Oxford University Press, 231 ss.
- AMODIO E. 1970. *Modalità di prelevamento di campioni e diritto di difesa nel processo per frodi alimentari*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1970, I, 76 ss.
- AMODIO E. 1973. *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1973, I, 310 ss.
- ANDERSON, T., SCHUM, D., TWINING, W. 2005. *Analysis of Evidence. Second Edition*, Cambridge University Press.
- ARRIGO D. 1997. *Sulla valutazione della chiamata in correità*, in «Giurisprudenza italiana», 1997, II, II, 599 ss.
- AVANZINI A. 1978. *Le dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui. Fra interrogatorio e testimonianza*, in «Cassazione penale», 1978, 11-12, 1445 ss.
- BARGI A. 1991. *Osservazioni sul valore probatorio della chiamata in correità*, in «Cassazione penale», 1991, 4, 678 ss.
- BARGIS M. 1980. *Incompatibilità a testimoniare e connessione di reati*, Giuffrè.
- BARTOLINI F. 1990. *La valutazione probatoria della chiamata in correità e dell'accusa di reità: considerazioni generali*, in «Archivio della nuova procedura penale», 1990, 3, 272 ss.
- BARZUN C.L. 2008. *Rules of Weight*, in «Notre Dame Law Review», 2008, 83, 1957 ss.
- BELLAVISTA G. 1961. *Confessione (dir. proc. pen.)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. VIII, Giuffrè, 917 ss.
- BEN-DAVID G. 2019. *The "Corroborative Rule" from a comparative and critical perspective*, in «The International Journal of Evidence and Proof», 2019, 23, 282 ss.
- BEVERE A. 2001. *La chiamata di correo. Itinerario del sapere dell'imputato nel processo penale*, Giuffrè.
- BIRCH D. 1995. *Corroboration: Goodbye To All That?*, in «Criminal Law Review», 1995, 524 ss.
- BONETTI M. 1986. *La "chiamata di correo": rassegna critica*, in «Indice penale», 1986, I, 56 ss.
- BONIOLO G., VIDALI P. 1999. *Filosofia della scienza*, Bruno Mondadori.
- BONIOLO G., VIDALI P. 2011. *Strumenti per ragionare. Logica e teoria dell'argomentazione*, Bruno Mondadori.
- BOSCHI M. 1989. *La chiamata di correo nel nuovo processo penale*, in «Foro italiano», 1989, II, 525 ss.
- BRONZO P. 2002. *Tutela cautelare e "giusto processo" [artt. 11 e 12 l. 63/2001]*, in LATTANZI G. (ed.), *Guida alla riforma del giusto processo. Lo stato della giurisprudenza e della dottrina*, Giuffrè, 143 ss.
- CALAMANDREI I. 1985. *Le dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui*, in «Giustizia penale», III, 427 ss.
- CALAMANDREI P. 2019 [1925]. *Per la definizione del fatto notorio*, ora in ID., *Opere giuridiche*, Vol. V – *La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove*, Roma Tre Press, 425 ss. (saggio originariamente apparso in «Rivista di diritto processuale civile», 1925, I, 273 ss. e poi nella raccolta riedita *Opere giuridiche*, vol. V – *La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove*, a cura di M. Cappelletti, Morano, 1972)

- NANNUCCI, U. 1991. *I nuovi criteri di valutazione della prova previsti dall'art. 192 c.p.p. con particolare riferimento alla chiamata di correo. Prime puntualizzazioni alla luce della recente giurisprudenza della Cassazione*, in «Cassazione penale», 1991, 7, 1314 ss.
- CAPPELLETTI M. 1959. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, vol. I, Giuffrè.
- CAPRIOLI F. 1993. *Le sezioni unite e il caso Calabresi: ancora segnali confusi sul tema dei riscontri alla chiamata in correità*, in «Giurisprudenza italiana», 1993, II, 785 ss.
- CAPRIOLI F. 2009. *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2009, 1, 51 ss.
- CARLIZZI G. 2018. *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale*, Bonomo.
- CARLIZZI G. 2019. *La valutazione della prova scientifica*, Giuffrè.
- CARLIZZI G. 2021. *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*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 2021, 2, 219 ss.
- CARLIZZI G. 2022. *L'obbligo di motivazione rafforzata nel processo penale. Un contributo teorico-generale*, in «Sistema penale», 2022, 11, 39 ss.
- CARLIZZI G. 2023. *Il giudizio probatorio come formazione complessa, disciplinata e probabilistica. Riflessioni a partire da Giovanni Tuzet, La prova ragionata*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 2023, 2, 177 ss.
- CARMIGNANI G. 1854, *Elementi del diritto criminale*, Dallo Stabilimento Tipografico di P. Androsio.
- CARNELUTTI F. 1960. *Principi del processo penale*, Morano.
- CAVALLONE B. 1991. *Crisi delle «maximen» e disciplina dell'istruzione probatoria*, ora in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Giuffrè, 290 ss. (saggio originariamente apparso in «Rivista di diritto processuale», 1976, 3, 678 ss.).
- COPI I.M., COHEN C., RODYCH V. 2019. *Introduction to Logic*, Routledge.
- CORDERO F. 1963. *Il procedimento probatorio*, ora in ID., *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, 1 ss. (saggio originariamente apparso col titolo «Note sul procedimento probatorio», in *Jus*, 1963, 1, 1 ss.)
- CORDERO F. 1987. *Procedura penale*, Giuffrè.
- CORDERO F. 1988. *La confessione nel quadro decisorio*, in DE CATALDO NEUBURGER L. (ed.), *La giustizia penale e la fluidità del sapere. Ragionamento sul metodo*, Cedam, 53 ss.
- CORDERO F. 2012. *Procedura penale*, Giuffrè.
- COSTANZO A. 1993. *Coerenza e incompatibilità "locali" nelle argomentazioni giudiziali. Un itinerario diaprocedurale fra le sentenze del "caso Chinnici"*, in «Foro italiano», 1993, V, 274 ss.
- DAMAŠKA M. 1990. *Atomistic and Holistic Evaluation of Evidence: A Comparative View*, in CLARK, D.S. (ed.), *Comparative and Private International Law. Essays in Honor of J.H. Merryman on his Seventieth Birthday*, Duncker & Humboldt, 91 ss.
- DANIELE M. 2009. *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli.
- DANIELE M. 2021. *Rinnovazione orale delle prove dichiarative e motivazione rafforzata: un binomio epistemico*, in «disCrimen», 3 febbraio 2021, 1 ss. Disponibile in: <https://discrimen.it/rinnovazione-orale-delle-prove-dichiarative-e-motivazione-rafforzata-un-binomio-epistemico/> (consultato il 12 marzo 2024).
- DEGANELLO M. 2005. *I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, Giappichelli.

- DEL SIGNORE M.C. 1976. *Problemi di qualificazione e di responsabilità per la condotta di chi partecipi ad un reato per collaborare con la polizia*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1976, 4, 1517 ss.
- DEMURO G.P. 2010. *Il dolo*, vol. II – *L'accertamento*, Giuffrè.
- DI CHIARA G. 1987. *Chiamata di correo, garantismo collettivo e diritto di difesa*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1987, I, 233 ss.
- DOMINIONI O. 1974. *La testimonianza della parte civile*, Giuffrè.
- DOMINIONI O. 1985. *Verso l'obbligo di collaborare*, ora in ID., *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Giuffrè.
- DOMINIONI O. 1986. *La valutazione delle dichiarazioni dei pentiti*, in «Rivista di diritto processuale», 1986, 4, 740 ss.
- DOSI E. 1963. *La c.d. "testimonianza della parte" e l'obbligo di verità*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1963, 2, 429 ss.
- EGGLESTON R. 2004. *Prova, conclusione probatoria e probabilità*, Giuffrè.
- ELGIN C.Z. 2005. *Non-foundationalist Epistemology: Holism, Coherence, and Tenability*, in STEUP-SOSA, M. (ed.), *Contemporary Debates in Epistemology*, Wiley Blackwell, 156 ss.
- FALCONE G., TURONE G. 1983. *Tecniche di indagine in materia di mafia*, in «Cassazione penale», 1983, 4, 1041 ss.
- FANCHIOTTI V. 1991. *Corroboration*, in «Enciclopedia Giuridica», vol. IX, Treccani, 1 ss.
- FASSONE E. 1985. *Riflessioni sul tema della prova*, in «Questione giustizia», 1985, 3, 510 ss.
- FASSONE E. 1986. *La valutazione delle dichiarazioni del coimputato*, in «Cassazione penale», 1986, 11, 1894 ss.
- FERRUA P. 1998. *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in «Questione giustizia», 1998, 3, 587 ss.
- FERRUA P. 2017. *La prova nel processo penale. Vol. I – Struttura e procedimento*, Giappichelli.
- FIANDACA G. 1986. *La "chiamata di correo" fra tradizione, emergenza e nuovo garantismo*, in «Foro italiano», 1986, II, 530 ss.
- FIGLIARELLI P. 1954. *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, vol. II, Giuffrè.
- FISHER G. 1997. *The Jury's Rise as Lie Detector*, in «Yale Law Journal», 1997, 107, 575 ss.
- FLORIAN E. 1924. *Delle prove penali*, vol. II, Dott. Francesco Vallardi.
- FOSCHINI G. 1956. *Confessione giudiziale e confessione stragiudiziale*, ora in ID., *L'imputato. Studi*, Giuffrè, 75 ss.
- FRAMARINO DEI MALATESTA N. 1895. *La logica delle prove in criminale*, vol. II, Unione Tipografico-Editrice.
- GALLINARI G. 2021. *Strage Cottarelli, 15 anni di indagini e sentenze: tutte le tappe*. Disponibile in: <https://www.giornaledibrescia.it/brescia-e-hinterland/strage-cottarelli-15-anni-di-indagini-e-sentenze-tutte-le-tappe-prfp7wt4> (consultato il 12 marzo 2024).
- GAROFALO G. 2017. *La caduta del mito della "prova regina": confessione e testimonianza*, in LUPÀRIA L., MARAFIOTI L., PAOLOZZI G. (eds.), *Errori giudiziari e background processuale. Seminari per gli studenti*, Giappichelli, 39 ss.
- GHIARA A. 1984. *Rimedi probatori alla separazione dei procedimenti connessi: acquisizione di atti e segreto istruttorio, interrogatorio "libero"*, in «Giustizia penale», 1984, III, 435 ss.

- GODDEN D. 2010. *Corroborative Evidence*, in REED, C.-TINDALE, C.W. (eds.), *Dialectics, Dialogue and Argumentation: An Examination of Douglas Walton's Theories of Reasoning and Argument*, College Publications, 201 ss.
- GREVI V. 1991. *Le "dichiarazioni rese dal coimputato" nel nuovo codice di procedura penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1991, 1, 165 ss.
- GROSSO D. 1989. *Chiamata in correità, motivazione della sentenza e controllo in cassazione*, in «Giustizia penale», 1989, III, 158 ss.
- GUARNIERI G. 1965. *La testimonianza dell'imputato*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. II, Giuffrè, 413 ss.
- GUERRA THOMPSON B. 2008. *Beyond a Reasonable Doubt? Reconsidering Uncorroborated Eyewitness Identification Testimony*, in «University of California Davis Law Review», 2008, 41, 1487 ss.
- HASAN A. 2022. *Foundationalist Theories of Epistemic Justification*, in ZALTA, E.N., NODELMAN U. (eds.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2022 Edition). Disponibile in: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2022/entries/justep-foundational> (consultato il 12 marzo 2024).
- HEYDON J.D. 1973. *The Corroboration of Accomplices*, in «Criminal Law Review», 1973, 264 ss.
- IACOVIELLO F.M. 2004. *La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di cassazione*, in «Cassazione penale», 2004, 10, 3452 ss.
- JACKSON J.D. 1988. *Credibility, Morality and the Corroboration Warning*, in «Cambridge Law Journal», 1988, 47, 428 ss.
- JOY H. 1844. *On the Evidence of Accomplices*, in «Law Library», 1844, 45, 1 ss.
- KEELEY B.L. 2006. *Of Conspiracy Theories*, in COADY D. (ed.), *Conspiracy Theories. The Philosophical Debate*, Ashgate, 45 ss.
- LANGBEIN J.H. 1983. *Shaping the Eighteenth-Century Criminal Trial: A View from the Ryder Sources*, in «University of Chicago Law Review», 1983, 50, 1 ss.
- LEONE F. 1956. *La chiamata di correo*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1956, 2, 607 ss.
- LEONE G. 1961. *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II, Morano.
- LUCCHINI L., MANFREDINI G. 1876. *Dizionario di giurisprudenza pratica penale*, vol. I, F. Sacchetto.
- LUPÀRIA L. 2006. *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Giuffrè.
- MACCORMICK N. 2005. *Rethoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press.
- MARCHESE E. 2023. *Il caso Gabriele: un'analisi logico-argomentativa della motivazione probatoria d'Appello e del suo controllo di legittimità*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 2023, 1, 229 ss.
- MARCHETTI P. 1994. *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Giuffrè.
- MARTINELLI C. 1990. *Sull'interpretazione dell'art. 192, comma 3, C.p.p.*, in «Giustizia penale», 1990, III, 694 ss.
- MASSARI E. 1933. *Conviene considerare l'imputato come testimone in causa propria?*, in «Annali di diritto e procedura penale», 1933, 3, 852 ss.
- MELCHIONDA A. 1967. *La chiamata di correo*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1967, 1, 148 ss.
- MENNA M. 1991. *Chiamata in correità e canoni di valutazione probatoria tra sindacato di merito e giudizio di legittimità*, in «Cassazione penale», 1991, 1, 165 ss.

- MITTERMAIER C.G.A. 1858. *Teoria della prova nel processo penale*, Libreria di Francesco Sanvito.
- NEPPI MODONA G. 1985. *Dichiarazioni dei “pentiti” e problema della prova*, in «*Questione giustizia*», 1985, 766 ss.
- NOBILI M. 1974. *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè.
- NOBILI M. 1989. *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Clueb.
- ORFIELD L.B. 1963. *Corroboration of Accomplice Testimony in Federal Criminal Cases*, in «*Villanova Law Review*», 1963, 9, 16 ss.
- PAGANO F.M. 1998. *Logica de’ probabili applicata a’ giudizj criminali*, ora in ID., *Considerazioni sul processo criminale. Principii del codice penale. Teoria delle prove (Logica de’ probabili)*, Ipsoa (rist. an. dell’edizione milanese del 1806. Dell’opera sono citate le pagine della ristampa, non quelle del volume).
- PADOA SCHIOPPA A. 1967. «*Unus testis nullus testis*». *Note sulla scomparsa di una regola processuale*, in *Studia Ghisleriana. Serie speciale per il IV centenario del Collegio Ghisleri in Pavia 1567-1967*, 1967, 334 ss.
- PALAZZO G.A. 1928. *Chiamata di correo e discolpa del compartecipe*, in «*Rivista penale*», 1928, I, 140 ss.
- PALLA S. 1997. *Chiamata di correo e riscontri esterni*, in «*Cassazione penale*», 1997, 5, 1453 ss.
- PERELMAN C., OLBRECHTS-TYTECA L. 1966. *Trattato dell’argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi.
- PICCININO R. 1950. *Chiamata di correo e libero convincimento del giudice in relazione al concetto di prova*, in «*Rivista penale*», 1950, II, 472 ss.
- PICÓ JUNOY J. 2007. *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana*, in «*Rivista di diritto processuale*», 2007, 6, 1497 ss.
- PIERCE C.S. 2003. *Guessing: inferenza e azione*, ora in ID., *Opere*, Bompiani (a cura di M.A. Bonfantini), 995 ss.
- POPPER K.R. 1970. *Logica della scoperta scientifica*, Einaudi.
- POPPER K.R. 1984. *Poscritto alla Logica della scoperta scientifica – I) Il realismo e lo scopo della scienza* (a cura di W.W. Bartley, III), Il Saggiatore.
- RAFARACI T. 1994. *Chiamata in correità, riscontri e controllo della Suprema Corte nel caso Sofri*, in «*Rivista italiana di diritto e procedura penale*», 1994, 2, 670 ss.
- REDMAYNE M. 2000. *A Corroboration Approach to Recovered Memories of Sexual Abuse: A Note of Caution*, in «*Law Quarterly Review*», 2000, 116, 150 ss.
- ROBERTS P., ZUCKERMAN A. 2022. *Criminal Evidence*, Oxford University Press.
- RUGGIERO R.A. 2012. *L’attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*, Giappichelli.
- RUSSO I. 1998. *Valutazioni delle dichiarazioni dei collaboratori: criteri generali e aspetti pratici. Verso il “capitolato dei riscontri”*, in «*Quaderni del CSM*», 1998, 99, 247 ss.
- SABATINI Gius. 1948. *Interrogatorio e confessione dell’imputato*, in «*Giustizia penale*», 1948, III, 282 ss.
- SANNA A. 2000. *L’interrogatorio e l’esame dell’imputato nei procedimenti connessi*, Giuffrè.
- SAVERDA C.J. 1990. *Accomplices in Federal Court: A Case for Increased Evidentiary*, in «*Yale Law Journal*», 1990, 100, 785 ss.
- SCHAUER F. 1991. *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press.

- SCHUM D. 1994. *The Evidential Foundation of Probabilistic Reasoning*, Northwestern University Press.
- SQUARCIA E. 1993. *Brevi note in tema di chiamata di correo riscontrata*, in «Cassazione penale», 1993, 1, 135 ss.
- STELLA F. 2004. *Sul divieto per il pubblico ministero di proporre appello contro le sentenze di assoluzione*, in «Cassazione penale», 2004, 3, 756 ss.
- TARUFFO M. 1992. *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè.
- TARUFFO M. 2009. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza.
- TARUFFO M. 2023. *Studi sulla rilevanza della prova*, Roma Tre Press (ried. dell'originale *Studi sulla rilevanza della prova*, Cedam, 1970).
- TRANCHINA G. 1995. *I canoni della valutazione probatoria della chiamata in correità*, in «Diritto penale e processo», 1995, 5, 644 ss.
- TRIBE L. 1974. *Triangulating Hearsay*, in «Harvard Law Review», 1974, 87, 957 ss.
- TRIGGIANI N. 1994. *Brevi note sulla chiamata in correità*, in «Cassazione penale», 1994, 4, 1018 ss.
- TUZET G. 2007. *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Pierce fra scienza e diritto*, Giappichelli.
- TUZET G. 2015. *On the Absence of Evidence*, in BUSTAMANTE T., DAHLMAN C. (eds.), *Argumentation Types and Fallacies in Legal Argumentation*, Springer, 37 ss.
- TUZET G. 2016. *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli.
- TUZET G. 2023. *La prova ragionata*, Giuffrè.
- UBERTIS 2015. *Profili di epistemologia giudiziaria*, Giuffrè.
- WALTON D., REED C. 2008. *Evaluating corroborative evidence*, in «Argumentation», 2008, 22, 531 ss.
- WIGMORE J.H. 1901. *Required Numbers of Witnesses: a Brief History of the Numerical System in England*, in «Harvard Law Review», 1901, 15, 83 ss.
- WIGMORE J.H. 1904. *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. III, Little, Brown, and Company.
- WIGMORE J.H. 1913. *The Principles of Judicial Proof as Given by Logic, Psychology and General Experience, and Illustrated in Judicial Trials*, Little, Brown, and Company.
- WITTLIN M. 2023. *Theorizing Corroboration*, in «Cornell Law Review», 2023, 108, 911 ss.
- ZACCHÉ F. 2004. *Riscontri "individualizzanti" nel procedimento cautelare dopo la l. n. 63 del 2001*, in «Cassazione penale», 2004, 11, 3700 ss.

Realizzato da rospeinfrantumi  
per conto di Diritto & Questioni pubbliche (PA)  
nel giugno 2024