

DICEMBRE 2024

& d
q

XXIV. 2024/2

diritto & questioni pubbliche

DIRITTO, POLITICA, GIUSTIZIA

PROSPETTIVE ATTUALI
DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

COMITATO EDITORIALE

Direzione

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

Redazione

Marco Brigaglia, Matija Žgur (coordinamento), Jorge Baquerizo Minuche, Maria Giulia Bernardini, Noemi Calidori, Gaetano Carlizzi, Miguel Fernández Núñez, Giulia Falletti, Maria Ferrara, Dario Ippolito, Alba Lojo Caride, Elena Marchese, Fabrizio Mastromartino, Paola Parolari, Giuseppe Rocché, Giulia Sajeva, 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

ISSN 1825-0173

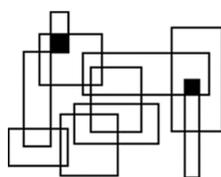
Double-Blind Peer Review

Banche dati: Scopus, Heinonline, Elsevier

Progetto grafico e impaginazione rospeinfrantumi

Tutti i diritti riservati

DIRITTO, POLITICA, GIUSTIZIA: prospettive attuali di filosofia del diritto



Diritto & Questioni Pubbliche
XXIV 2024 /2 (dicembre)

indice

STUDI

ALBERTO ARTOSI

Nota sull'epistemologia della testimonianza 3-7

CAMILLA CASELLI

Quali vittime? Quale comunità? La giustizia riparativa (nella sua accezione trasformativa) come risposta al paradigma securitario 9-29

GIORGIO MANIACI

Argomenti razionalmente ingiustificati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e nella dottrina in tema di gestazione per altri 31-59

LETIZIA PALUMBO

Intersectionality and Vulnerability: Insights from the Fireworks Factory Decision of the Inter-American Court of Human Rights and the Mahlangu Decision of the Constitutional Court of South Africa 61-84

FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA

Diritto e politica nelle sentenze della Corte Suprema brasiliana sul diritto alla salute 87-110

GIORGIO PINO

Interpretazione giuridica. Due o tre cose che so di lei 113-131

NICOLA RIVA

Individual Freedom: A Pluralist Account 133-151

GIUSEPPE ROCCHÈ

La disintegrazione della morale di senso comune. Alcuni problemi per l'incorporazione della morale nel diritto 153-174

RECENSIONI

GIULIA FALLETI

Autonomia riproduttiva e test genetici prenatali nell'era del neoliberismo (a proposito di Amber Knight e Joshua Miller, Prenatal Genetic Testing, Abortion and Disability Justice) 177-181

MATTEO MIGLIORI

Per un orientamento artifattuale del diritto (a proposito di Corrado Roversi, Artefatti giuridici. Il diritto tra intenzione, storia, funzione) 183-186

RATIO DECIDENDI

a cura di Gaetano Carlizzi e Giorgio Pino

ROBERTO BARATTA

Sui limiti alla ermeneia della Corte di giustizia 189-198

[ALLEGATI]

— Corte di giustizia, 10 settembre 2024, cause riunite C-29/22 P e C-44/22 P, KS e KD

— Corte di giustizia, 10 settembre 2024, C-351/22, Neves 77 Solutions SRL

STUDI

Nota sull'epistemologia della testimonianza

A Note on the Epistemology of Testimony

ALBERTO **ARTOSI**

Professore Alma Mater, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Bologna.

E-mail: alberto.artosi@unibo.it

ABSTRACT

Il diritto si è occupato finora principalmente degli aspetti psicologici della testimonianza. Un'indagine sui suoi fondamenti epistemologici potrebbe tuttavia rivelare delle difficoltà inaspettate. Questa nota argomenta che vi sono ragioni per pensare che la concezione intuitiva della testimonianza come trasmissione di una credenza sincera e giustificata sia inadeguata. Di conseguenza, la testimonianza dev'essere epistemicamente fondata su qualcosa di diverso dalla credenza.

The law has so far dealt mainly with the psychological aspects of testimony. An investigation of its epistemological foundations could, however, reveal unexpected difficulties. This note argues that there are reasons to think that the intuitive view of testimony as transmission of sincere and justified belief is inadequate. Accordingly, testimony should be epistemically grounded in something other than belief.

KEYWORDS

testimonianza, epistemologia, credenza, sincerità, competenza

testimony, epistemology, belief, sincerity, competence

Nota sull'epistemologia della testimonianza

ALBERTO ARTOSI

1. *Introduzione* – 2. *La concezione epistemologica standard della testimonianza* – 3. *Il guaio con CST* – 4. *Conclusione*.

1. *Introduzione*

Il diritto si è occupato finora principalmente degli aspetti psicologici della testimonianza¹ – e non a torto dato che considera la testimonianza un mero mezzo di prova. Ma la testimonianza è molto più di questo: è un – in realtà il *solo* – modo per venire a conoscenza di cose (e sono, si noti, la stragrande maggioranza) che sono fuori della nostra diretta portata. Al tempo stesso, per un'amara ironia epistemica la testimonianza rappresenta una fonte alquanto critica di conoscenza. Il problema è che essa dipende dalle persone e, come la stessa psicologia della testimonianza ci ha mostrato in più di un secolo di ricerche, le persone sono soggette a ogni sorta di errori percettivi, bias cognitivi, *de-faillance* di memoria, fattori passionali, stereotipi ideologici e culturali, per non parlare dell'innata inclinazione a ingannare e mentire (come ebbe a confessarmi un giorno un collega, celebre penalista: soprattutto a se stesse) per interesse o per qualsivoglia altro motivo. Ne consegue che la probabilità che una fonte testimoniale possa condurre alla verità può risultare sensibilmente più bassa rispetto a quella di altre fonti epistemiche (come, ad esempio, l'induzione). I filosofi si sono posti da tempo il problema. Domande come: che genere di conoscenza è quella fornita da una testimonianza? Che cos'è che rende attendibile una testimonianza? sono entrate nel loro campo di riflessione producendo una variegata messe di risposte. Naturalmente, coloro che hanno un rapporto professionale con la testimonianza possono decidere che nulla di tutto ciò li interessa. Ma, come secoli di filosofia ci hanno insegnato, è sempre una buona regola indagare i fondamenti epistemologici di un modo di conoscenza sia per soddisfare il nostro intelletto sia per evitare che la loro incomprendimento possa in qualche modo ritorcersi sul modo di conoscenza stesso. E questo, come si scoprirà se si vorranno lasciare da parte eventuali pregiudizi antifilosofici per dedicare qualche momento di attenzione alle osservazioni che seguono, è esattamente il caso della testimonianza².

2. *La concezione epistemologica standard della testimonianza*

La concezione epistemologia standard della testimonianza (d'ora in poi CST) può essere riassunta in una semplice formula:

(CST) A crede che p perché B gli ha detto che p

dove p sta per ciò che A crede e B gli ha detto. Ad esempio, Aldo crede che siano le 19.30 perché Giovanni gli ha detto che sono le 19.30. A sua volta Giovanni avrà detto ad Aldo che sono le 19.30 perché egli stesso crede che siano le 19.30. Se non lo credesse, vorrebbe dire che non è sincere

¹ Eccezione notevole VÁSQUEZ ROJAS 2015. Ringrazio Michele Ubertone per il prezioso riferimento e, in generale, per le sue osservazioni su diversi punti di questo articolo.

² La letteratura sull'epistemologia della testimonianza è andata continuamente espandendosi. Tra i contributi apparsi in questo primo quarto di secolo si vedano almeno GOLDBERG 2010; MORAN 2018; la raccolta di saggi LACKEY, SOSA (eds) 2006 e l'articolo della *Stanford Encyclopedia of Philosophy* LEONARD 2023. Tra i contributi in italiano: VASSALLO 2011 e i saggi nella Parte quarta di MARSILI et al. (eds.) 2024.

ro, il che renderebbe falsa la testimonianza. Inoltre, dobbiamo supporre che Aldo abbia una buona ragione per credere che siano le 19.30. Se così non fosse, la sua credenza sarebbe ingiustificata e, di conseguenza, lo sarebbe anche quella di Aldo (una credenza ingiustificata rappresenta un notevole rischio epistemico). In effetti, Giovanni ha guardato l'ora sul suo precisissimo orologio e quindi anche Aldo ha una buona ragione per credere che siano le 19.30. Con ciò siamo già entrati nel meccanismo epistemologico della testimonianza. Il fatto decisivo è che una testimonianza funziona essenzialmente come un processo di trasmissione di una credenza: dicendo ad A che p , B “trasmette” ad A la sua credenza che p con tutte le relative proprietà epistemiche (LACKEY 2006a; 2008). Se B non crede che p , o la sua credenza che p non è giustificata, A acquisisce una credenza falsa o ingiustificata. Dunque, per una trasmissione testimoniale “riuscita” occorre che B creda che p e che abbia delle ragioni per credere che p . Per usare termini più correnti: la testimonianza di B dev'essere attendibile. Ciò ci porta alla seguente definizione:

(TA) La testimonianza di S che p (e per estensione S stesso) è *attendibile* solo se

- (1) S crede che p , e
- (2) S è giustificato a credere che p

dove S è un qualsiasi soggetto (testimone) e p è una proposizione che esprime il “contenuto” della credenza e della testimonianza di S. Il “solo se” in (TA) significa che (1) e (2) sono condizioni *necessarie* per l'attendibilità di una testimonianza. Chiameremo (1) condizione di *sincerità*. Ne deriva che testimoniare qualcosa in cui non si crede è un fatto epistemicamente, prima ancora che giuridicamente, inaccettabile. Chiameremo (2) condizione di *competenza*, intendendo con questo che S ha delle ragioni per credere che p , è consapevole di averle ed è in grado di esibirle se richiesto di giustificare la sua credenza che p (“ho guardato il mio orologio e il mio orologio non ha mai sbagliato”).

È di fondamentale importanza notare che (1) e (2) coincidono con le clausole (1) e (2) della familiare definizione della conoscenza come credenza vera e giustificata:

(CVG) S sa che p se e solo se

- (1) S crede che p ,
- (2) S è giustificato a credere che p , e
- (3) p è vera.

(1)-(3) specificano condizioni necessarie e sufficienti (“se e solo se”) affinché una credenza conti come conoscenza. Ciò implica che, per poter essere considerata una fonte di conoscenza, una testimonianza dev'essere non solo attendibile, ma anche vera. Tuttavia, dal momento che, almeno in ambito giudiziario, questo sembra un obiettivo alquanto critico, ci concentreremo sull'attendibilità di una testimonianza, lasciando da parte la questione della sua verità (chiaramente, l'attendibilità di una testimonianza può essere considerata un indizio – ma non più che un indizio – della sua verità).

Mettiamoci ora nei panni di chi – diciamo R – riceve la testimonianza di S che p e chiediamoci: a quali condizioni R è (epistemicamente o razionalmente) giustificato ad accettare la testimonianza di S che p ? La risposta del tutto ovvia è: R è (epistemicamente o razionalmente) giustificato ad accettare la testimonianza di S che p solo se la testimonianza di S che p è attendibile. Più dettagliatamente:

(AT) Per ogni S e R, R è (epistemicamente o razionalmente) giustificato a credere che p sulla base della testimonianza di S che p solo se la testimonianza di S che p è attendibile.

Dato (AT), diciamo anche che la testimonianza di S è (epistemicamente o razionalmente) *accettabile* per R.

CST rende conto in modo semplice e intuitivo degli aspetti epistemici cardine della testimonianza. Essa è inoltre più o meno tacitamente presupposta dal suo uso in ambito processuale. Ad esempio, l'obbligo di verità (art. 198 c.p.p.) e l'accertamento della credibilità del testimone (art. 194 c.p.p.) possono essere riferiti, rispettivamente, alla condizione di sincerità – il testimone deve dire ciò che *crede* vero – e alla condizione di competenza – il testimone deve dire ciò che ha *ragione* di credere vero. Non a caso, le figure critiche in ambito giudiziario sono quelle del testimone insincero (S testimonia che *p*, ma non crede che *p*) e del testimone incompetente (S testimonia che *p*, ma non ha ragioni che lo giustifichino a credere che *p*).

(Un esempio letterario. Nel romanzo di Gianrico Carofiglio *Testimone inconsapevole*, il testimone chiave crede e riferisce di avere *visto* l'ambulante di colore imputato dell'omicidio di un bambino passare davanti al suo bar diretto verso il luogo e nelle ore in cui sarebbe stato commesso il crimine. La testimonianza si rivela però epistemicamente infondata in quanto viziata dai pregiudizi razziali del testimone).

3. *Il guaio con CST*

CST ha apparentemente tutte le carte in regola per essere considerata la concezione epistemologica naturale del processo testimoniale. Ma, una volta di più, le apparenze ingannano. Consideriamo infatti i due esempi seguenti.

Il consulente scettico. Il Dott. A, esperto balistico, ha esaminato in profondità gli studi scientifici che dimostrano la possibilità che particelle simili a quelle rilevate sulla mano e sugli abiti di chi ha esploso un colpo d'arma da fuoco possano essere generate da altre fonti di inquinamento. Tuttavia, l'esame della letteratura unito alla sua esperienza professionale l'hanno reso decisamente scettico su tale possibilità. Contro B, imputato dell'omicidio di C, pesa il risultato del kit tampone che ha rilevato sulla sua mano la presenza di particelle residue di un colpo d'arma da fuoco. Nonostante il suo scetticismo, al processo il Dott. A, a una precisa domanda del PM, risponde che è scientificamente possibile che le particelle rilevate sulla mano di B siano state generate da altre fonti di inquinamento.

Commento. Il Dott. A ritiene fondatamente (in base a un esame critico approfondito della letteratura scientifica e alla sua esperienza professionale) di non avere ragioni per credere nella possibilità che particelle simili a quelle rilevate sulla mano e sugli abiti di chi ha esploso un colpo d'arma da fuoco possano essere state prodotte da altre fonti di inquinamento non per partito preso né per un qualsiasi motivo che non sia. Tuttavia, al momento di testimoniare al processo di B il suo senso di giustizia gli impone di sospendere il suo scetticismo e di testimoniare circa la possibilità di contaminazione da altre fonti di inquinamento che, allo stato dei fatti, potrebbe giocare a favore dell'imputato. In questo caso, la testimonianza fornita dal Dott. A è attendibile – PM, giudici e giuria sono cioè giustificati a formarsi la corrispondente credenza sulla base di essa – anche se il Dott. A non crede in ciò che ha testimoniato.

La testimone daltonica. Verso l'una del (data) la Sig.ra A, rientrando da un viaggio di lavoro nella sua abitazione sita in (indirizzo), scopriva il corpo del marito ucciso con un colpo alla testa inferto con un pesante corpo contundente (una statuetta di bronzo facente parte dell'arredamento dell'abitazione e trovata abbandonata accanto al cadavere). Successivamente, veniva accertato che la morte dell'uomo risaliva a poche ore prima. Nel corso delle prime indagini la Sig.ra B, abitante nella palazzina a fianco dell'abitazione dei Sig.ri A, riferiva di aver notato, verso le ventidue e trenta del giorno dell'omicidio, un'auto blu parcheggiata davanti alla residenza dei Sig.ri A. Emergeva ben presto che il socio di A, C, era proprietario di un'auto blu. In seguito, C, pur negando la responsabilità dell'omicidio, ammetteva che la macchina blu che la Sig.ra B riferiva di aver notato

parcheggiata davanti all'abitazione dei Sig.ri A era effettivamente quella in suo possesso. Alla fine le indagini avrebbero stabilito che era stato C a uccidere A nel corso di una discussione degenerata in litigio per divergenze su questioni di interesse. Ora, la testimone, Sig.ra B, soffre di tritanomalia, una rara forma di daltonismo che causa problemi nella percezione del colore blu. La Sig.ra B sa di soffrire di tale anomalia, ma non l'ha rivelato (né risulta da nessuna parte) né durante le indagini né quando è stata chiamata a testimoniare al processo di C. In realtà, la Sig.ra B ha sviluppato una reazione istintiva di adattamento alla sua anomalia per cui, quando ha difficoltà a distinguere se un colore è blu o giallo, è portata a credere che sia blu.

Commento. La Sig.ra B crede che la macchina fosse blu. Tuttavia, la reazione da essa sviluppata come adattamento alla sua tritanomania non può essere né considerata né, tantomeno adottata, come giustificazione della sua credenza. Quindi, la testimonianza fornita dalla Sig.ra B è attendibile (addirittura vera) anche se la Sig.ra B non è epistemicamente giustificata a credere in ciò che ha testimoniato.

La conclusione è che, al contrario di quanto presupposto da CST, le condizioni (1) e (2) di TA non sono necessarie: un testimone può non soddisfare una delle condizioni (1), (2) e tuttavia fornire una testimonianza attendibile. In sintesi, ciò che gli esempi mostrano è che entrambi questi casi sono possibili:

- (a) S non crede che p e nondimeno R è giustificato a credere che p sulla base della testimonianza di S che p .
- (b) S non è giustificato a credere che p e nondimeno R è giustificato a credere che p sulla base della testimonianza di S che p .

GRAHAM, BACHMAN 2019 oppongono ai controesempi del tipo di quelli appena discussi il caso in cui R è giustificato ad accettare la testimonianza di S che p sulla base del fatto che S ha delle ragioni per credere che p anche se non crede che p . In questo caso, la condizione (2) è soddisfatta. La differenza tra questo caso e il caso del *Consulente scettico* sta nel fatto che il Dott. A testimonia che è possibile che particelle simili, ecc., benché non abbia delle ragioni per credere – e pertanto non creda – in tale possibilità. Di conseguenza, la testimonianza del Dott. A non soddisfa né (1) né (2)).

4. Conclusione

Esempi come *Il consulente scettico* e *La testimone daltonica* possono apparire – e forse in parte anche sono – artificiosi. Ma non bisogna trascurare la possibilità che l'impressione di artificiosità sia dovuta alla difficoltà di familiarizzarsi con ciò che essi, chiaramente e innegabilmente, mostrano, e cioè che si può essere epistemicamente giustificati ad accettare una testimonianza che, secondo i criteri standard, dovrebbe risultare inattendibile. Ciò rivela la fondamentale inadeguatezza di CST³ e, al tempo stesso, ci ammonisce che né la sincerità né la competenza possono essere considerate come la pietra di paragone dell'attendibilità di una testimonianza. Di conseguenza, l'epistemologia della testimonianza dev'essere fondata su qualcosa di diverso dalla credenza⁴. Ma quale potrebbe essere l'alternativa è una questione che travalica i limiti della presente nota.

³ Un'ulteriore spia dell'inadeguatezza di CST è data dal caso in cui S ha una credenza giustificata che p , testimonia che p e tuttavia R può non essere giustificato a credere che p sulla base della testimonianza di S, ad esempio perché in altre occasioni S si è rivelato un testimone inattendibile.

⁴ Di fatto, la credenza non è nemmeno una condizione necessaria della conoscenza. Come ha dichiarato il Pontefice nel marzo del 2023: “nella storia ci sono stati teologi atei”.

Riferimenti bibliografici

- GOLDBERG S. 2010. *Relying on Other: An Essay in Epistemology*, Oxford University Press.
- GRAHAM P., BACHMAN Z. 2019. *Counterexamples to Testimonial Transmission*, in FRICKER M. et al. (eds.), *The Routledge Handbook of Social Epistemology*, Routledge, 61 ss.
- LACKEY J. 2006a. *Learning from Words*, in «Philosophy and Phenomenological Research», 73, 2006, 77 ss.
- LACKEY J. 2008. *Learning from Words: Testimony as a Source of Knowledge*, Oxford University Press, Oxford.
- LACKEY J., SOSA E. (eds.) 2006b. *The Epistemology of Testimony*, Clarendon.
- LEONARD N. 2023. *Epistemological Problems of Testimony*, in ZALTA E.N., NODELMAN, U. (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2023 Edition), <https://plato.stanford.edu/archives/spr2023/entries/testimony-episprob/>.
- MARSILI N. et al. (eds.) 2024. *Filosofia della conoscenza. Cosa sappiamo, come lo sappiamo*, archetipo-libro (Clueb).
- MORAN R. 2018. *The Exchange of Words: Speech, Testimony and Intersubjectivity*, Oxford University Press.
- VASSALLO N. (2011). *Per sentito dire. Conoscenza e testimonianza*, Feltrinelli.
- VÁSQUEZ ROJAS C. 2015. *De la prueba científica a la prueba pericial*, Marcial Pons, Madrid.

Quali vittime? Quale comunità?

La giustizia riparativa (nella sua accezione trasformativa) come risposta al paradigma securitario

Which victims? What community?

Restorative justice (in its transformative meaning) as a response to the security paradigm

CAMILLA CASELLI

Dottoranda in Studi sulla criminalità organizzata presso l'Università Statale di Milano.

E-mail: camilla.caselli@unimi.it

ABSTRACT

Dopo aver ricostruito una definizione di giustizia riparativa “a contrario” e le norme e le prassi rilevanti in materia, si problematizzeranno i concetti di vittima e comunità, che sono centrali, paradossalmente, sia nella *restorative justice* sia nel paradigma securitario.

After reconstructing a “backwards” definition of restorative justice and the relevant norms and practices in the field, the concepts of victim and community – which are central, paradoxically, to both restorative justice and the securitarian paradigm – are problematized.

KEYWORDS

giustizia riparativa, giustizia retributiva, diritto penale, mediazione, giustizia trasformativa.

restorative justice, retributive justice, criminal law, mediation, transformative justice.

Quali vittime? Quale comunità?

La giustizia riparativa (nella sua accezione trasformativa) come risposta al paradigma securitario

CAMILLA CASELLI

1. *La restorative justice come endoxa. Tentativi di definizione* – 2. *Le definizioni normative delle nozioni e delle pratiche della restorative justice* – 3. *Vittima e comunità nella restorative justice* – 4. *Il paradosso. Vittima e comunità nel paradigma securitario*.

1. *La restorative justice come endoxa. Tentativi di definizione*

L'espressione *restorative justice* rinvia a un concetto generale e a una filosofia della giustizia che vertono sulla restituzione della centralità all'individuo e, in particolare, ai protagonisti di un conflitto¹.

Originati dalla pratica, essi richiamano alla mente un processo *bottom-up*, attraverso il quale tale modello è stato sviluppato. Nella letteratura in materia², manca una definizione condivisa ed esaustiva³, tanto che la *restorative justice* può essere categorizzata come un "essentially contested concept": «è come le parole democrazia e giustizia; la gente generalmente capisce cosa significhino, ma può trovarsi nell'incapacità di concordare su una precisa definizione»⁴.

A partire da tale difficoltà definitoria⁵, qui di seguito si cercherà di individuare quali siano caratteri comuni alle diverse prospettive della giustizia riparativa, privilegiando dunque un approccio teorico e la ricostruzione sulle elaborazioni prodotte in merito. Si ritiene, infatti, che la prospettiva teorica, rispetto a quella pragmatica - prevalentemente concentrata su casi studio⁶ - sia più idonea a costruire un quadro coerente che possa fungere da base giustificativa alla *restorative justice*.

A tal proposito, si può tentare di proporre una definizione *a contrario*, facendo riferimento a cosa si intende per giustizia retributiva e, in seconda battuta, per giustizia risocializzativa. Possono essere di aiuto le norme europee e internazionali che hanno cercato di sintetizzare quali sono i fini e i metodi di questo approccio alla giustizia penale. Dopo aver ricostruito una defini-

¹ CHRISTIE 1977, 227.

² Sul concetto, l'evoluzione e l'impiego della giustizia riparativa, cfr., di recente tra i testi italiani, i contributi contenuti in MANNOZZI, LODIGIANI 2015, nonché quelli contenuti nel volume curato da EUSEBI nel 2015. Inoltre, si v. MANNOZZI 2004; MAZZUCATO 2005; BOUCHARD, MIEROLO 2005; REGGIO 2010; MASSARO 2012; LORENZETTI 2018; PATRIZI 2019; ZICCONI et al. 2021. In ambito internazionale si vedano, fra tutti, BAZEMORE, SCHIFF 2001; BIANCHI 1994; BRAITHWAITE 1989; 2002; CHRISTIE 1977; 1993; JOHNSTONE, VAN NESS 2007; MARSHAL 1999; MATHIESEN 1996; 2016; MORINEAU 2000; ZEHR 1990; 2002.

³ Per ripercorrere l'evoluzione definitoria del fenomeno si veda MANNOZZI 2017.

⁴ VAN NESS, STRONG 2006. «This analysis is influenced by an important essay published in the 1950s by the philosopher W.B. Gallie on "essentially contested concepts" and the work of the political theorist William Connolly, who has developed Gallie's ideas and applied them in the domain of political discourse (GALLIE 1962; CONNOLLY 1993). We believe that these classic works have very important lessons for the restorative justice movement, although in the space available here it is not possible to discuss these theoretical sources or to indicate how we have utilized them» JOHNSTONE, VAN NESS 2007, 20.

⁵ È possibile ridimensionare questa difficoltà attraverso una lettura di DESHAWN 2021 e del contributo di MATTEVI, *Definizioni e principi generali della giustizia riparativa tra indicazioni sovranazionali e previsioni nazionali* contenuto nel volume curato da BONINI nel 2023.

⁶ Riguardo ai testi che trattano di esperienze concrete si vedano fra tutti, nel panorama italiano: CAGOSSI 2012; CERETTI, DI CIÒ 2000; CERETTI et al. 2001.

zione della giustizia riparativa, verranno analizzati i significati che assumono i concetti di vittima e di comunità all'interno di tale paradigma e di quello retributivo.

Proponendo un parallelismo con la giustizia retributiva, è possibile affermare che quest'ultima e la giustizia riparativa offrono due approcci distinti alla giustizia penale. La giustizia retributiva si concentra sulla punizione del colpevole, cercando di restituire l'equilibrio morale intersoggettivo offeso, attraverso la retribuzione del reato commesso. Quest'ultimo consiste in una violazione di norme tassativamente previste dall'ordinamento che lede beni ritenuti meritevoli di tutela e codificati. L'obiettivo principale della giustizia retributiva è quello di comminare e irrogare una pena, adeguata e proporzionata alla gravità del reato commesso, che ha carattere di afflittività e coercitività. I soggetti principalmente coinvolti nella risposta al reato sono lo Stato e l'autore del reato; la vittima

«è spinta completamente fuori di scena, ridotta ad essere la persona che dà solo il via all'intera faccenda. Lei o lui è una specie di perdente doppio; in primo luogo, di fronte al reo, ma in secondo luogo e spesso in un modo più mutilante, perché privato dei diritti a una piena partecipazione in quello che avrebbe potuto essere uno degli incontri rituali più importanti della sua vita. Nel rapporto con lo Stato, la vittima ha perso il processo»⁷.

La riparazione dell'offesa, dunque, non rappresenta un fine primario per lo Stato. Il reo può procedere alla riparazione del danno, se lo desidera, ma tale aspetto rimane confinato a una sfera privata, laddove si tratti di risarcimento, o secondaria, qualora costituisca un'attenuante. La pena, infatti, è esclusivamente pubblica e viene subita passivamente, essendo "teoricamente" imposta sul corpo del reo, l'unica entità che può accettarla in modo passivo. Non sarebbe ammissibile, in questo contesto, un male morale subito al di fuori di una relazione interpersonale, poiché ciò sarebbe in contrasto con i diritti umani⁸.

Di converso,

«chiaramente finalizzata al consolidamento di rapporti cooperativi e alla coordinazione sociale è quella forma di giustizia definita riconciliativa o ricostitutiva (*restorative justice*). Essa è volta al ristabilimento di una comunanza incrinata o infranta dal torto commesso e subito, ponendo rimedio alla conseguenza delle lesioni inferte tramite soluzioni condivise tra le parti in conflitto»⁹.

La giustizia riparativa si concentra sulla riparazione dei danni causati dalla violazione del diritto e sul ripristino delle relazioni danneggiate: il danno, quindi, non ha una mera dimensione materiale. L'obiettivo principale è quello di aiutare le vittime, i responsabili dei reati e la comunità¹⁰ a ricostruire le relazioni interrotte dal reato privilegiando soluzioni concordate e procedure informali,

⁷ CHRISTIE 1977, 9 s.

⁸ DONINI 2015, 236.

⁹ PASTORE 2012, 266.

¹⁰ Il termine "comunità" non ha un significato univoco. Le due accezioni principali del termine sono legate tradizionalmente a un dato di tipo geografico, l'una, e a un dato di tipo funzionale l'altra.

Nel primo caso si intende un insieme di individui che vivono in una zona più o meno circoscritta. «Tale nozione "minima" può però identificare solo valori e interessi condivisi all'interno di una realtà socio-economica di tipo arcaico, caratterizzata dalla staticità degli interessi e dalla scarsa mobilità degli individui» (MANNOZZI 2003, 65). Tuttavia, questa definizione, se riferita alle società moderne, presenta una carenza di validità e di verificabilità empirica. Per questo è da preferire la seconda definizione, basata sul criterio funzionale, che è fondata sul tipo di interessi condivisi; per cui, «una "comunità", almeno in prima approssimazione, è tale se ricomprende individui che, indipendentemente dal luogo in cui vivono, avvertono fra di loro un insieme di "doveri, reciprocità e appartenenza"» (MANNOZZI 2003, 66).

anche se può essere accettata una certa dose di coercitività. La giustizia riparativa tenta di promuovere la responsabilità personale e la consapevolezza del danno causato, favorendo la riconciliazione e la ricostruzione della comunità mettendo al centro le vittime dirette e indirette; in tal modo l'elemento consensuale diventa uno dei capisaldi su cui si fonda «non solo l'esito finale di tali pratiche, bensì il suo stesso modo di procedere, strutturalmente “partecipativo” e inclusivo»¹¹.

Tuttavia,

«nonostante l'incompatibilità della logica retributiva con la riparazione, deve ammettersi che anche quest'ultima rispetta in via generale i requisiti della retribuzione, in quanto segue a un fatto previsto dalla legge come reato, risponde a una condotta criminosa e non a una semplice pericolosità sociale, viene determinata in relazione alla gravità del comportamento posto in essere, non però determinato sulla base del suo disvalore astratto, bensì dei danni prodotti sulla vittima»¹²,

ma sempre secondo proporzionalità della gravità del danno causato, perché, se così non fosse, si verificherebbe un'incongruenza con la logica inclusiva e pacificatrice tipica di questo modello di giustizia¹³.

In ragione delle modalità con le quali la giustizia riparativa si relaziona con la giustizia retributiva possono essere individuati due approcci, uno purista e uno massimalista. L'approccio purista, il cui esponente di spicco è notoriamente Paul McCold, è in linea con la definizione di Tony Marshall che descrive la *restorative justice* come «a process whereby all the parties with a stake in particular offence come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future»¹⁴. La giustizia riparativa, secondo questa visione, si concentra sulla riparazione del danno causato dal reato, attraverso la promozione della responsabilità personale e del dialogo tra le parti coinvolte. Tuttavia, manca il riferimento alla riparazione come fine della *restorative justice*, elemento che invece è centrale nel modello massimalista elaborato da Lode Walgrave, per il quale consenso, volontarietà e informalità si giustificano solo in relazione alla loro adeguatezza o meno a raggiungere il fine riparativo. L'approccio massimalista, infatti, si concentra sulla giustizia riparativa come un'alternativa alla giustizia retributiva tradizionale. Obiettivo è ampliare il campo di applicazione della *restorative justice*, cercando di sostituire quest'ultima alla giustizia retributiva in tutti i casi in cui sia possibile, al fine di promuovere una visione più ampia e inclusiva della giustizia, che sia basata sulla responsabilità personale e sul dialogo tra le parti coinvolte, piuttosto che sulla punizione del colpevole. Secondo Lode Walgrave

«[c]ompared with the punitive or treatment perspective, consequent thinking in restorative justice understands the problem of crime in a different - indeed revolutionary - way and asks different questions. Restorative justice does not primarily ask what should be done to the offender, but how the harm can be repaired. This is what fundamentally distinguishes it from a punitive justice approach, and also from the rehabilitative perspective»¹⁵.

Entrambi gli approcci hanno quindi come obiettivo principale la promozione della responsabilità personale e della riconciliazione tra le parti coinvolte, ma differiscono nella loro prospettiva e nella priorità che attribuiscono al raggiungimento del fine riparativo.

¹¹ REGGIO 2010, 27.

¹² VENTUROLI 2015, 309.

¹³ DUFF 2002, 57.

¹⁴ MARSHALL 1996, 21.

¹⁵ WALGRAVE 2008, 23.

In relazione alla giustizia risocializzativa¹⁶, possiamo affermare che si tratta di un approccio alla giustizia penale che si concentra sulla riabilitazione del reo attraverso l'educazione e la formazione, al fine di prevenire recidive e favorire il reinserimento sociale. Questa prevede un'attenzione particolare alle cause del comportamento criminale e mira a fornire alle persone condannate le competenze e le conoscenze necessarie per affrontare e superare tali cause. Ciò può includere la terapia psicologica, la formazione professionale, l'istruzione e l'accesso a servizi di sostegno sociale. Ci sono due ordini di elementi critici che la caratterizzano:

«è implicita, innanzitutto, una concezione organicistica dello Stato, inteso come manipolatore terapeutica, che si prende cura del reo. In secondo luogo, e più importante, alla base della concezione rieducativa della pena vi è anche, più o meno dichiarata, la presunzione da parte di chi commina la pena di possedere sistemi di valori ai quali è bene educare»¹⁷.

Entrambi questi ordini di elementi contrappongono tale approccio alla *restorative justice*, nella quale l'elemento della orizzontalità delle scelte - prese concordemente da autore, vittima e comunità - per raggiungere la riparazione del danno prodotto dalla commissione del reato è fondamentale¹⁸. Inoltre, il cambio di paradigma è ulteriore. In una prospettiva risocializzativa ciò che si produce è l'infantilizzazione¹⁹ della persona condannata: lo Stato si sostituisce a quest'ultima prevedendo programmi di reinserimento sociale, spesso con atteggiamento paternalistico. Nei programmi di *restorative justice* invece, è centrale la valorizzazione della capacità di

¹⁶ Dopo la Seconda guerra mondiale nella maggior parte dell'Europa occidentale, si affermò un modello punitivo, sempre retributivo, ma ispirato al principio secondo il quale la pena doveva avere una funzione rieducativa e mirare alla risocializzazione dei detenuti. Perfettamente in linea con questa tendenza, la Costituzione italiana al comma 3 dell'art. 27 sancisce che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». In questo modo, il carcere diventava una delle istituzioni disciplinari dello Stato sociale, il cui obiettivo era la correzione del reo affinché potesse ritornare, riformato e non deviante, nella società. Questo modello aveva una duplice ispirazione: «da una parte, si presentava come un sistema penitenziario "umanitario" che, seguendo un orientamento sia cristiano, sia socialdemocratico, affronta il problema della devianza come un problema di "mancata socializzazione". Dall'altra, il modello rieducativo aveva un'impronta paternalistica: considerava il deviante come l'oggetto di un "trattamento" finalizzato a correggerne le cattive inclinazioni e a trasformarlo in un individuo adulto, in grado di vivere secondo le regole di una società i cui valori non potevano essere messi in discussione» (RE 2006, 100). Il legame tra finalismo rieducativo della pena e *Welfare State* stabilito dalle costituzioni del secondo dopoguerra aveva prodotto una trasformazione culturale epocale: la risocializzazione era diventata una prestazione che lo Stato era obbligato a fornire ai cittadini e corrispondentemente un diritto che i cittadini in stato di detenzione potevano vantare. Le legislazioni penitenziarie degli anni Settanta del Novecento erano orientate alla tutela dei diritti dei detenuti, all'apertura del carcere verso l'esterno e all'applicazione della pena detentiva come *ultima ratio*, a cui ricorrere nel caso in cui non potessero essere applicate pene alternative alla detenzione.

¹⁷ MANNOZZI, LODIGIANI 2015, 37 s.

¹⁸ La giustizia retributiva tende a negare e a non riconoscere la natura interpersonale del conflitto, considerandola un aspetto da eliminare. Al contrario, il modello riabilitativo la interpreta come una deviazione dalla normalità, una patologia da curare. Il paradigma riparativo, invece, riconosce la natura interpersonale del conflitto come un elemento integrante di ogni aggregato sociale. Pertanto, va accolto e gestito, rilevandone le potenzialità e le valenze intrinseche (MANNOZZI 2001).

¹⁹ Il processo di infantilizzazione a cui le persone detenute possono essere sottoposte è un fenomeno che si verifica quando i detenuti sono trattati come bambini o come individui incapaci di prendersi cura di sé stessi. Questo processo può includere una serie di comportamenti e pratiche da parte del sistema carcerario, come ad esempio: la limitazione dell'autonomia personale, la riduzione del tempo di attività all'aria aperta, la privazione dei diritti di voto, l'uso di uniformi, il divieto di possedere oggetti personali, la limitazione dei contatti con l'esterno, la soppressione della sessualità, l'uso di punizioni umilianti o infantili e l'assenza di stimoli culturali e formativi. Inoltre, l'infantilizzazione può essere accompagnata da un atteggiamento paternalistico da parte del personale penitenziario, che assume il ruolo di genitore o tutori nei confronti dei detenuti, limitando la loro capacità di prendere decisioni e assumere responsabilità per la propria vita. Questo processo può essere particolarmente dannoso per la salute mentale dei detenuti e può aggravare le condizioni di isolamento e alienazione in cui spesso vivono. Per un approfondimento sul processo di infantilizzazione si veda MANCONI, TORRENTE 2015, 224.

autodeterminazione del reo al fine di fargli riconoscere la sua responsabilità per il danno provocato e porre in essere comportamenti idonei a ripararlo. L'*International Institute for Restorative Practices Mission Statement* del 2005, infatti, definisce le *Restorative Practices* come «the science of restoring and developing social capital, social discipline, emotional well-being and civic participation through participatory learning and decision making».

2. Le definizioni normative delle nozioni e delle pratiche della restorative justice

Queste considerazioni hanno guidato l'elaborazione dei principi relativamente all'uso dei programmi di giustizia riparativa in materia penale dell'ONU (ECOSOC Resolution 2012/12) che non danno una definizione di cosa si intenda per *restorative justice*, ma piuttosto stilano una lista di descrizioni delle nozioni e delle pratiche della giustizia riparativa quali: i programmi di giustizia riparativa (che usano processi riparativi e cercano di raggiungere risultati riparativi); il processo riparativo (col quale si intende ogni processo in cui la vittima, l'autore dell'illecito e, dove appropriato, ogni altra persona o componente della comunità che ha subito pregiudizio a seguito del reato partecipano insieme, attivamente, nella risoluzione delle conseguenze del crimine, generalmente con l'aiuto di un facilitatore). Sono definiti anche i processi riparativi che possono includere mediazione²⁰, *Community/family Group conferencing*²¹ e *Community sentencing circles*²²; l'esito riparativo (che consiste in un accordo raggiunto come risultato di un processo riparativo. Ossia riparazione, restituzione e servizi di comunità finalizzati a soddisfare le esigenze e le responsabilità individuali e collettive delle parti e il raggiungimento della reintegrazione della vittima e dell'autore di reato), e infine anche i concetti di parti e di facilitatore.

Lo scopo di questa risoluzione è fornire principi-base a guida dello sviluppo della giustizia riparativa in qualsiasi fase del processo penale e incoraggiare gli Stati membri a adottare e standardizzare misure di questo tipo nel contesto del loro ordinamento giuridico.

Su tale spinta, Parlamento Europeo e Consiglio hanno adottato la direttiva 2012/29/UE²³, che nel nostro ordinamento è stata implementata attraverso il d.lgs. 212/2015. All'art. 2 c. 1 lett. d) viene data una definizione di giustizia riparativa come «qualsiasi procedimento che per mette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi consentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale».

La visione delineata prende le mosse da altri due provvedimenti in ambito europeo: la Raccomandazione del Consiglio d'Europa R(99)19 e la Raccomandazione R(2010)1 in materia di probation del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole del Consiglio d'Europa. La di-

²⁰ Per mediazione si intende «un processo informale in cui l'autore e la vittima di un reato, sotto la guida di un mediatore, discutono del fatto criminoso e dei suoi effetti sulla vita e sulle relazioni sociali della vittima. La mediazione, che mira al riconoscimento reciproco e alla comprensione degli effetti della vittimizzazione e delle motivazioni che hanno condotto il reo a delinquere, si conclude, in caso di esito positivo, con la messa a punto di un programma di riparazione» (MANNOZZI 2003, 129).

²¹ La *Community/family Group Conferencing* è «una forma di mediazione "allargata" in cui tutti i soggetti che sono stati coinvolti dalla commissione di un reato [...] decidono *collettivamente* come gestire la soluzione del conflitto. L'ordine dei colloqui e la discussione sul fatto di reato e sulle modalità di riparazione del danno sono rispettivamente decisi e guidati da un mediatore ("*facilitator*"). La partecipazione a *community* o a *family group conferencing* presuppone l'ammissione di colpevolezza da parte del reo» (MANNOZZI 2003, 127).

²² I *Community Sentencing/Peacemaking Circles* si sostanziano in «una sorta di *partnership* della comunità nella gestione del "processo" – nella specie quello della commisurazione "in senso lato" – attraverso la quale si cerca di raggiungere un accordo su un programma sanzionatorio a contenuto riparativo che tenga conto dei bisogni di tutte le parti interessate da un conflitto» (MANNOZZI 2003, 128). Essi rappresentano il principale istituto della *restorative justice* a base realmente comunitaria.

²³ Per un commento a tale direttiva si vedano: ALLEGREZZA et al. 2012; ALLEGREZZA 2015; CATALANO 2014; LUPARIA 2015; ROSSI 2015.

rettiva del 2012 esplicita le caratteristiche fondamentali di tale pratica, che comprendono l'inclusività attraverso la partecipazione di tutte le parti coinvolte, l'orientamento all'equità tramite la considerazione dei bisogni e delle responsabilità di tutti (persone e gruppi) e l'obiettivo di riequilibrare la situazione attraverso la reintegrazione della vittima e dell'autore.

La stessa visione si può ritrovare nella raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec(2018)8 adottata il 3 ottobre 2018 in cui riassuntivamente si afferma che la giustizia riparativa è considerata un processo flessibile, partecipativo, responsivo e finalizzato alla soluzione dei problemi e può essere utilizzata ad integrazione o in alternativa ai procedimenti penali tradizionali. Questo modello, inoltre, potrebbe sensibilizzare gli individui e la collettività sul loro ruolo nella prevenzione e nella risposta alla devianza e ai conflitti associati, incoraggiando risposte della giustizia penale più costruttive.

Prendendo a riferimento le definizioni date fino ad ora, è possibile individuare tre concezioni diverse di giustizia riparativa che possono coesistere e che sono descritte puntualmente dall'*Handbook on Restorative Justice Programmes* dell'ONU (UNODC, 2006) e sono quella dell'incontro, quella propriamente riparativa e quella trasformativa.

La concezione dell'incontro si focalizza sulla relazione tra vittima e autore del reato e sulla discussione in merito a cosa sarebbe necessario fare per sanare le relazioni danneggiate. L'obiettivo principale è quello di facilitare la comunicazione tra le parti e creare un ambiente in cui le vittime possano esprimere le proprie esigenze e preoccupazioni, mentre gli autori del reato possano assumersi la responsabilità per i loro atti. Tale approccio può essere impiegato anche per individuare soluzioni a conflitti familiari che non implicano la commissione di un reato.

La concezione propriamente riparativa, invece, si concentra sul risarcimento del danno causato dal reato. L'obiettivo principale è quello di fornire strumenti come la restituzione, il lavoro socialmente utile. Le persone coinvolte in questo approccio sono d'accordo sul fatto che la riparazione del danno è preferibile attraverso un processo riparativo, ma sono disposte a cercare alternative per risarcire il danno anche in situazioni in cui il colpevole non viene identificato o la vittima non è in grado di partecipare.

Infine, la concezione trasformativa fa leva sulla modificazione delle relazioni e delle condizioni sociali che hanno portato al reato. L'obiettivo principale è quello di creare un ambiente in cui le parti interessate possano lavorare insieme per affrontare le cause profonde del comportamento criminale e cercare soluzioni a lungo termine per prevenire futuri reati. Questa concezione si basa sulla comprensione che la commissione di reati è influenzata anche da fattori come la povertà, la discriminazione, l'esclusione sociale e altre ingiustizie strutturali e individuali. In questo senso, la concezione trasformativa mira a creare cambiamenti sociali e istituzionali più ampi per garantire una trasformazione sociale esterna oltre che una trasformazione spirituale interiore da parte dei soggetti direttamente coinvolti nel processo riparativo.

«Le tre concezioni concordano sui valori dei processi riparativi e sui bisogni cui essi vengono indirizzati, ma ognuna include elementi non necessariamente considerati dalle altre: centralità dell'incontro e utilizzo dei processi riparativi anche in assenza di crimine, per esempio risolvere una disputa di vicinato (concezione dell'incontro); centralità della riparazione anche al di fuori di un processo riparativo, come nel caso in cui la vittima non intenda partecipare (concezione riparativa); lavorare per la giustizia sociale affrontando le ingiustizie strutturali e individuali come possibili precondizioni del crimine»²⁴.

Gli elementi che tutte e tre le concezioni hanno in comune si possono riassumere nel fatto che:

«la giustizia riparativa costituisce un paradigma di giustizia nuovo che, almeno in prima approssima-

²⁴ PATRIZI 2019, 27.

zione, può dirsi orientato ad obiettivi del tutto peculiari [...], nel cui “fuoco” si collocano interessi ed istanze collegabili non soltanto all’autore del reato bensì ad un *target* più ampio di soggetti»²⁵;

inoltre, la giustizia riparativa impiega principalmente tecniche proprie di intervento, come la mediazione ma si serve anche di tecniche utilizzate nel diritto penale retributivo come la restituzione, il risarcimento ecc. E infine, la giustizia riparativa promuove in primo luogo la riconciliazione tra le parti in conflitto, e può così diventare un momento centrale per un più ampio processo di pacificazione sociale.

Questo *excursus* sulle fonti sovranazionali permette di arrivare alla definizione di giustizia riparativa contenuta nell’art. 42 del d.lgs. 150/2022 che descrive questa pratica come

«ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell’offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l’aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore»²⁶.

Un primo elemento rilevante di tale definizione, che caratterizza anche la normativa sovranazionale, consiste nell’utilizzo del *person first language*²⁷ anche se solo in relazione a una delle due figure che vengono in rilievo: l’autore dell’offesa. In questo modo, il legislatore italiano compie la scelta di parlare di “offesa” e non di reato, sotto il profilo sostanziale, e sotto quello procedurale, consente l’accesso ai programmi di giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento penale²⁸. Viene invece conservato il termine vittima piuttosto che impiegare locuzioni come “survivor” o “persona che subisce un pregiudizio a seguito di un reato”.

Un secondo elemento di interesse riguarda l’assenza totale di coercitività di questo insieme di istituti e questo permette di notare una differenza che conferma la ricostruzione in negativo che si è tentato di dare sopra: «mentre il diritto penale si configura come sistema di diritto pubblico massimamente coercitivo, sanzionatorio, valutativo e stigmatizzante, la giustizia riparativa si caratterizza per l’assenza di coercitività, la mancanza di un apparato sanzionatorio, la non valutatività astratta dei comportamenti e la mancanza di effetti stigmatizzanti»²⁹.

3. Vittima e comunità nella restorative justice

Le pratiche di giustizia riparativa insegnano ad avere un determinato e specifico atteggiamento nel momento in cui si analizzano le diverse versioni di una vicenda penale. Questo atteggiamento, da un lato, comprende l’accoglienza di tutte le persone coinvolte, incluse quelle che hanno commesso gravi reati, in uno spazio sicuro e confortevole. Dall’altro lato, prevede un profondo rispetto per la dignità di ogni persona coinvolta, sia autore che vittima.

²⁵ MANNOZZI 2003, 94.

²⁶ Per un commento a questa definizione e alle successive di vittima, autore dell’offesa e comunità si vedano i recenti contributi di CERETTI et al. 2024; BOUCHARD, FIORENTIN 2024; BONINI 2024.

²⁷ Il *person first language* (PFL) nella giustizia riparativa si riferisce a un approccio linguistico che pone l’accento sull’individualità delle persone coinvolte, piuttosto che sulla loro condizione o sul loro ruolo nell’evento. L’autore del reato o reo viene preferibilmente chiamato “persona indicata come autore dell’offesa” e la vittima come “persona sopravvissuta o persona danneggiata”. Questo approccio è spesso utilizzato per sottolineare il rispetto e la dignità degli individui, evitando di ridurli alla loro condizione o azione passata. In contesti di giustizia riparativa, l’uso del PFL può aiutare a mantenere un’atmosfera di rispetto reciproco e umanizzazione, fondamentali per il processo di riparazione stesso.

²⁸ BONINI 2022, 732.

²⁹ MANNOZZI 2024, 71.

Per fare chiarezza su chi sono questi soggetti possiamo fare riferimento all'art. 42 del d.lgs. 150/2022 nel quale è definita vittima «la persona fisica che ha subito direttamente dal reato qualunque danno patrimoniale o non patrimoniale, nonché il familiare della persona fisica la cui morte è stata causata dal reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona»³⁰ e autore dell'offesa

«1) la persona indicata come tale dalla vittima, anche prima della proposizione della querela; 2) la persona sottoposta alle indagini; 3) l'imputato; 4) la persona sottoposta a misura di sicurezza personale; 5) la persona condannata con pronuncia irrevocabile; 6) la persona nei cui confronti è stata emessa una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere, per difetto della condizione di procedibilità, anche ai sensi dell'articolo 344-bis del codice di procedura penale, o per intervenuta causa estintiva del reato».

Gli autori e le vittime vengono trattati con una certa gentilezza e anche con compassione, senza tuttavia giustificare le azioni commesse. Il rispetto, il riconoscimento e la protezione della dignità, della vita e della sicurezza delle persone offese sono criteri orientativi raccomandati dalle fonti internazionali per gli interventi di sostegno alle vittime. Queste disposizioni sottolineano che la vittima è prima di tutto una persona che ha subito un grave dolore e che ha bisogno di solidarietà³¹.

Se si impiegasse su larga scala la giustizia riparativa per la risoluzione di conflitti si otterrebbe come beneficio primario quello di rimettere al centro la vittima, che si troverà nella condizione di poter «esprimere i propri punti di vista e stati d'animo, nonché di poter beneficiare, nel caso in cui si giunga a una conciliazione con il reo, di una riparazione, vuoi anche solo simbolica per il torto subito»³². La mediazione penale può essere considerata una scelta ideale per proteggere la vittima, in quanto essa è vista come parte attiva e non solo difensore dei propri interessi civili, come accade nel processo penale ordinario. Ciò comporta un ridotto rischio di vittimizzazione secondaria durante il processo, specialmente se il personale coinvolto è adeguatamente formato.

«Orbene, in relazione alla vittima del reato, la mediazione può fungere sia da strumento di tutela ex post grazie al ruolo da protagonista assegnatole nella definizione dei conflitti sia da strumento di tutela ex ante in ragione delle importanti informazioni acquisibili durante lo svolgimento degli incontri di mediazione ed utilizzabili per finalità preventive»³³.

La *restorative justice* presenta anche vantaggi per il reo, che attraverso il dialogo con la vittima e il mediatore può rendersi conto del danno arrecato alla vittima e alla comunità nel suo complesso, e se possibile, tentare di riparare il danno causato. Tale processo di responsabilizzazione può portare a un riconoscimento reciproco tra le parti, che è un presupposto importante per la riconciliazione.

Tuttavia, è importante sottolineare che questi vantaggi dipendono dalla volontarietà delle parti nell'accedere alla giustizia riparativa. Senza la loro partecipazione libera da ogni condizionamento, si corre il rischio di riproporre pregiudizi e inconvenienti che questo modello cerca di evitare, come la vittimizzazione secondaria o effetti desocializzanti sul reo.

³⁰ «La scelta, anzitutto, di denominare vittima l'offeso dal reato di cui si fornisce una espressa definizione (art. 1 comma 18 lett. b): l'impiego senza esitazione di una terminologia estranea a quella in uso nel tradizionale lessico giuridico, insieme con la sua collocazione sistematica ne palesano la specifica funzionalità alle cadenze dialogiche della giustizia riparativa. Ma, soprattutto, svelano il peculiare e differente orizzonte ideologico in cui è maturata la nuova preoccupazione per la vittima di reato. Non più soggetto da strumentalizzare in vista di enfatizzate generali istanze securitarie, ma anzi persona meritevole di cura nel suo individuale diritto alla riparazione delle lacerazioni provocate dal reato mediante il superamento del conflitto con chi ne risulta autore: dalla vendetta/rivalsa alla conciliazione, in altre parole» PRESUTTI 2022.

³¹ MAZZUCCATO 2014.

³² VENTUROLI 2015, 307.

³³ REGGIO 2010.

Inoltre, la giustizia riparativa può estendere il concetto di vittima per includere l'intera comunità. In un certo senso, il concetto di comunità è aperto a definizioni e deve essere affrontato con cautela poiché può presentare profili di problematicità³⁴. La scelta presa nel d.lgs. 150/2022 è stata quella di definire la comunità

«familiari della vittima del reato e della persona indicata come autore dell'offesa, persone di supporto segnalate dalla vittima del reato e dalla persona indicata come autore dell'offesa, enti ed associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato, rappresentanti o delegati di Stato, Regioni, enti locali o di altri enti pubblici, autorità di pubblica sicurezza, servizi sociali»³⁵.

La mobilitazione della comunità inizia con l'identificazione degli individui e dei gruppi che sono coinvolti nei conflitti e che nella comunità sono in grado di partecipare alla loro risoluzione. È possibile quindi affermare che la comunità riveste un ruolo fondamentale, non solo in quanto potenziale vittima del reato e destinataria degli interventi riparatori, ma anche, e soprattutto, come attore sociale nel promuovere la riparazione del danno e la risocializzazione del reo³⁶. Una comprensione dei bisogni della comunità, nonché delle sue risorse e capacità, fornirà una componente fondamentale per questo processo. In alcuni casi, ciò può portare alla consapevolezza che le comunità più bisognose di guarigione sono anche quelle meno in grado di mobilitarsi con successo e di partecipare pienamente ai processi riparatori basati sulla comunità: «restorative justice requires successful communities»³⁷, ma spesso le collettività coinvolte sono quelle «which are themselves already challenged by poverty, unemployment, social exclusion, alienation and criminality»³⁸. Se vengono individuate correttamente le persone colpite dall'offesa o altrimenti interessate all'esito del processo riparativo e i mass-media effettuano un corretto lavoro informativo sui progressi positivi dell'attività riconciliativa, quello che si crea è l'opportunità di trasformare il rapporto tra governo, sistema di giustizia penale e comunità. La comunità assume un ruolo attivo nel rispondere alle questioni di criminalità e conflitto e, così facendo, le capacità di risoluzione dei problemi e di controllo sociale informale, così come la coesione sociale di quella comunità, vengono rafforzate. Tuttavia, non si può sempre presumere che le pratiche di giustizia riparativa avranno necessariamente un effetto di risanamento e trasformazione, indipendentemente dalla situazione in cui si trova una comunità. In alcuni casi, le tensioni sociali esistenti, le disuguaglianze e varie forme di esclusione e discriminazione possono essere esacerbate anziché alleviate dall'introduzione di un programma di giustizia partecipativa. Questa possibilità dovrebbe essere presa in considerazione durante la progettazione e l'attuazione di un nuovo programma. Il coinvolgimento della comunità può implicare il raggiungimento di quegli obiettivi che vengono definiti eso-sistematici, cioè quelli

³⁴ In primo luogo, la definizione di comunità può variare ampiamente a seconda del contesto e delle persone coinvolte. Una definizione base proposta da PAVLICH vede la comunità come «ambiti collettivi spontanei e volontari che costituiscono le fondamenta della società civile» (2005, 97). Ciò significa che le aspettative e le norme all'interno di una comunità possono essere molto diverse da quelle di un'altra comunità. In secondo luogo, secondo l'analisi postmodernista, il concetto di comunità può essere associato all'esclusione e al rafforzamento di confini identitari, potenzialmente generando conflitti e ineguaglianze. Questo mette in discussione l'idea di una comunità consensuale e inclusiva (PAVLICH 2001). In terzo luogo, le comunità sono profondamente influenzate dalla politica, dalla cultura e dalla storia del luogo in cui si trovano. Ciò può portare a divisioni etniche o di classe all'interno del gruppo, o a una maggiore polarizzazione tra comunità diverse. Infine, il concetto di comunità può essere problematico perché può portare a una mentalità di gruppo e ad un atteggiamento di rifiuto nei confronti di persone o idee che non sono considerate parte della comunità. Le critiche più radicali sottolineano che la giustizia riparativa potrebbe finire per ghettizzare, limitare ed escludere gli individui anziché reintegrarli, trasformando la comunità in un'entità che perpetua divisioni e discriminazioni.

³⁵ Art. 45 c. 1 lett c) d.lgs. 150/2022.

³⁶ MANNOZZI 2017, 93.

³⁷ DICKSON-GILMORE, LA PRAIRIE 2005, 10.

³⁸ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME VIENNA 2020, 98.

che «prendono in carico soprattutto interessi *esterni* al funzionamento del sistema penale nelle sue articolazioni strutturali, anche se comunque collegati alle “aspirazioni” [...] del sistema penale nel suo complesso, riconducibili essenzialmente al contenimento della devianza e degli effetti dannosi della criminalità»³⁹. Innanzitutto, i programmi di giustizia riparativa che coinvolgono le comunità possono essere utili a orientare le condotte attraverso il rafforzamento degli *standards* morali collettivi; la condizione perché questo accada è che sia il processo di riparazione che i suoi esiti vengano portati a conoscenza della comunità. In seconda battuta, i programmi di giustizia riparativa che coinvolgono la comunità possono essere utili a ridurre il senso di allarme sociale. Infatti,

«Si ritiene che la percezione collettiva di sicurezza [...] debba essere controbilanciata da un segnale dello Stato che induca i cittadini a ritenere che il comportamento violento è contrario all'ordinamento e che contro di esso si attiverà la risposta istituzionale. Ma [...] la risposta istituzionale spesso non riesce a soddisfare il bisogno collettivo di sicurezza sollecitato soprattutto dalla *reiterazione* dei comportamenti delittuosi, anche se questi ultimi non presentano una particolare gravità oggettiva. Assicurare alla comunità il potere di gestire almeno in parte i conflitti che si verificano al suo interno significa dunque restituire alla comunità la capacità di recuperare il controllo su determinati accadimenti che hanno un impatto significativo sulla percezione di sicurezza dei consociati o sulle loro abitudini di vita»⁴⁰.

In generale, l'uso della giustizia riparativa ha effetti positivi sulla funzione della pena e sulla concezione del diritto penale. Viene valorizzata la prevenzione a contenuto pedagogico consensuale, che orienta i comportamenti e aumenta la fiducia verso l'apparato statale. Inoltre, tale pratica promuove la prevenzione speciale positiva, poiché mira a far acquisire al reo i valori sociali condivisi e a incoraggiarlo a compiere condotte riparatorie. La risocializzazione non richiede necessariamente una pena che terapeutamente risocializzi, ma piuttosto un intervento punitivo che implichi il minor sacrificio possibile dei diritti essenziali all'inserimento sociale dell'individuo e che assuma modalità significative sotto il profilo dei valori di solidarietà sociale.

La giustizia riparativa - e in particolare la mediazione penale - può essere un utile strumento per prevenire la criminalità e la vittimizzazione. Grazie alla partecipazione della comunità nella risoluzione dei conflitti attraverso il mediatore e le attività che il reo deve svolgere, possono essere identificate le cause della criminalità e i fattori di rischio per la vittimizzazione. Ciò può consentire di adottare politiche preventive e sociali per agire sui fattori di rischio criminogeni e aumentare il senso di legalità. Inoltre, la mediazione penale può contribuire a controllare il senso di insicurezza percepito dai cittadini e rimuovere i pregiudizi che sono alla base dell'allarme sociale attraverso l'incontro tra reo e vittima.

In particolare, l'approccio *transformative* sottolinea il ruolo delle dinamiche socio-culturali nella manifestazione del crimine e l'importanza di considerare il tessuto sociale in cui il reato è stato commesso. Tuttavia, c'è il rischio di trascurare le responsabilità personali e la gravità delle lesioni subite dalle vittime se si dà troppa importanza alle cause strutturali del conflitto. La *restoration* dovrebbe essere considerata come la riparazione del danno subito dalla vittima e la ricostruzione di un tessuto di relazioni stabili e durature. Se la ricerca delle cause strutturali del conflitto porta a considerare l'organizzazione sociale come la fonte del conflitto, può essere pericoloso attribuire alla corretta configurazione dei rapporti interpersonali il compito di prevenire i conflitti sociali. L'approccio trasformativo può confondere i confini tra la reazione penale e l'azione sociale e attribuire alla risposta sanzionatoria scopi che vanno oltre l'ambito giuridico e morale. La *restorative justice* nella variante trasformativa cerca di contrastare l'eccessiva invasi-

³⁹ MANNOZZI 2003, 102.

⁴⁰ MANNOZZI 2003, 111.

vità della giustizia penale statale attraverso l'ipotesi di un sistema di controllo sociale diffuso ma incerto nei propri confini e nei rapporti con gli strumenti del diritto penale⁴¹.

Tuttavia, è da riconoscere che «le persone sono più felici, più cooperative e più produttive, e hanno più probabilità di fare cambiamenti positivi quando chi è in posizioni di autorità fa le cose *con* loro, piuttosto che *a* loro o *per* loro»⁴². È utile allora tentare di rendere meno incerti questi confini con gli strumenti di diritto penale al fine di impiegare davvero una giustizia capace di realizzare le potenzialità che si possono riscontrare nelle vittime, negli autori di reati e nelle comunità, per non perderle. Questa attenzione ha un legame con l'espressione “giustizia che cura”, che è adottata quale proposta definitoria della *restorative justice* da Daniel W. Van Ness e Karen Heetderks Strong⁴³. La giustizia che cura non solo pone attenzione ai diritti umani e alla persona, ma è anche sensibile ai bisogni delle vittime e consapevole delle potenzialità dell'autore del reato. Infatti, quest'ultimo non può essere ridotto a un singolo atto o alla molteplicità dei propri gesti, anche se violenti. Inoltre, la giustizia riparativa scommette sul futuro delle persone partendo dai conflitti traumatici che spesso portano a sentimenti di fragilità, vulnerabilità, paura, vergogna, solitudine e perdita di fiducia. Questa giustizia cerca di formulare risposte costruttive a eventi distruttivi o irreparabili, come i reati⁴⁴, «non rappresenta un mero insieme di strumenti “da aggiungere” alla macchina della giustizia penale, ma offre una prospettiva critica sullo stesso concetto di giustizia nei nostri stati costituzionali, mettendo in discussione le distinzioni tradizionali fra gli ambiti giuridici e aprendo a processi partecipativi», e questo è un valore da preservare⁴⁵.

È tuttavia da segnalare che già all'inizio degli anni Duemila, criminologi e sociologi hanno iniziato a esaminare criticamente alcuni aspetti delle applicazioni della giustizia riparativa, notando come spesso la vittima, pur teoricamente centrale, venga marginalizzata. Numerosi studi⁴⁶ hanno evidenziato come le vittime siano talvolta spinte a partecipare a programmi di mediazione o a *circles* più per favorire una rapida risoluzione per l'autore del reato che per rispondere a reali esigenze di riparazione. Inoltre, la giustizia riparativa sembra aver perso la sua carica critica⁴⁷ verso il sistema penale, tendendo invece a adattarsi alle sue esigenze. Secondo studiosi come Pali e Maglione⁴⁸, questa deriva si riflette in un crescente standard professionale che rende il mediatore una figura specializzata, selezionata in base a esperienze professionali e competenze formali. Questo processo di professionalizzazione, pur garantendo una maggiore qualità del servizio, lo lega più strettamente alle dinamiche penali, influenzandone anche la misurabilità. Infatti, le attività di giustizia riparativa vengono valutate soprattutto in funzione della concessione di benefici processuali all'autore del reato, non tanto sulla base della soddisfazione della vittima.

A livello normativo, esistono anche delle “salvaguardie” sia per la vittima sia per l'autore del reato, per evitare rispettivamente la vittimizzazione secondaria e l'uso delle dichiarazioni rilasciate durante la mediazione contro l'imputato. Tuttavia, la giustizia riparativa sembra oggi configurarsi come una pratica complementare alla giustizia penale, perdendo in parte la sua funzione di critica sociale. Secondo Pali e Maglione, si assiste a una idealizzazione della comunità come uno spazio neutrale e “performativo”, che però non considera l'agenzia e le limitazioni strutturali di individui e gruppi svantaggiati.

⁴¹ REGGIO 2010, 166 s.

⁴² WACHTEL 2013.

⁴³ VAN NESS, HEETDERKS STRONG 1997, 32.

⁴⁴ MANNOZZI 2019, 131.

⁴⁵ FODDAI et al. 2022, 132.

⁴⁶ LAW COMMISSION OF CANADA 2003.

⁴⁷ Sulla necessità di una riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale si vedano in particolare i contributi di EUSEBI 1983; 1990; 1997; 2002; 2006; 2012.

⁴⁸ PALI 2021.

4. Il paradosso. Vittima e comunità nel paradigma securitario

Secondo quanto illustrato nel Manuale sui programmi di giustizia riparativa delle Nazioni Unite del 2020, la *restorative justice* non è solo una pratica o un processo specifico, ma soprattutto consiste nell'adesione a un ampio insieme di valori che fornisce una base comune per la partecipazione delle parti nel rispondere a un reato e alle sue conseguenze. Questi principi includono: verità, correttezza, sicurezza fisica ed emotiva dei partecipanti, inclusione, responsabilizzazione delle parti, salvaguardia dei diritti delle vittime e degli autori del reato, solidarietà, rispetto e riconoscimento della dignità per tutti i partecipanti, volontarietà nella partecipazione e trasparenza del processo e dei suoi risultati⁴⁹. La *restorative Justice* «vuole mantenere stretto il legame fra la risposta al reato e il danno concreto che questo ha manifestato, non attraverso criteri formali, bensì facendo della sanzione il tentativo di porre rimedio all'insieme complesso di esiti lesivi cagionati dal reato»⁵⁰. Secondo Ilse Carolina Torres Ortega la giustizia riparativa, per come descritta fino ad ora, può essere una risposta efficace al diritto penale liberale contemporaneo che presenta una serie di caratteristiche problematiche quali:

«(1) se ha construido desde la única asunción del desbalance de poder entre el Estado y el sujeto activo del delito; (2) ha instaurado de facto un enfoque retribucionista de la pena; (3) ha privilegiado una desconexión entre el actor y sus actos, descontextualizado la noción de agencia; o que (4) ha facilitado que múltiples prejuicios y sesgos se encubran bajo la aparente neutralidad de la legalidad (la selectividad de la criminalidad)»⁵¹.

Il modello trasformativo, in particolare, è quello che potrebbe opporsi al modello esclusivo di politica criminale che è caratterizzato dal

«negare progressivamente alla criminalità la dimensione stessa di “questione”: nulla di problematico, quindi, che debba essere studiato, capito ed eventualmente risolto aggredendone le cause. Non esiste infatti alterità possibile alla normalità del presente disordine sociale. Accettato aprioristicamente quest'ultimo, la criminalità è solo un inevitabile costo sociale che va... combattuto “militarmente”»⁵².

Tale modello esclusivo ha preso le mosse da un processo di cambiamento

«sul piano politico generale, dal modello costituzionale – di derivazione europea continentale – dello stato sociale e democratico di diritto ad un modello globale che definirei di governance “multilivello” neoliberista, oligarchico-populistica e securitaria»⁵³

in cui l'insicurezza da cui il diritto penale cerca di proteggerci, nella realtà non è quella generata dalla commissione di reati (quelli che creano maggior allarme sociale dalle statistiche sull'Italia emerge che sono diminuiti) ma è quella che ha a che fare «con la disoccupazione, la precarizzazione del lavoro, la crescita delle disuguaglianze: insomma, con una globalizzazione diretta dal capitale finanziario e assai mal gestita»⁵⁴. Si tratta dell'insicurezza che Bauman chiama *Unsicherheit*:

⁴⁹ Per una definizione dei singoli valori è possibile consultare, tra le altre fonti, DEPARTMENT OF JUSTICE CANADA 2018.

⁵⁰ REGGIO 2010, 171.

⁵¹ TORRES ORTEGA 2022.

⁵² PAVARINI 2013, 12 s.

⁵³ CAVALIERE 2018, 125.

⁵⁴ PITCH 2019, 113 s.

«in gran parte un dato socialmente costruito, frutto di una rappresentazione diffusa della realtà che tende a oscurare la presenza dei legami di solidarietà sociale che uniscono gli individui»⁵⁵.

Come è noto, il rimaneggiamento delle politiche di matrice keynesiana e un consistente ridimensionamento della spesa sociale, anche quella destinata al sistema penitenziario, a partire dagli anni Settanta del Novecento a causa dell'aumento dei deficit statali ha determinato la cedevolezza del sistema di *Welfare State*. La crisi fiscale e la critica all'impostazione rieducativa e risocializzativa della pena detentiva hanno a partire dagli anni Ottanta del Novecento, dal lato del diritto penale, accentuato un orientamento repressivo e securitario⁵⁶ che si è tradotto in un progressivo abbandono della concezione di criminalità come questione sociale, in un corrispondente aumento dei tassi di incarcerazione e nel fiorire di filosofie penali fondate sull'idea non più di risocializzazione ma di neutralizzazione dei soggetti devianti. Conseguentemente, dal lato del diritto penitenziario, ha acquisito sempre più valore la funzione di difesa sociale della pena detentiva e il ridimensionamento degli investimenti nel *welfare* penitenziario ha determinato l'inasprimento delle condizioni detentive di una popolazione carceraria in forte aumento.

Il risultato di questi cambiamenti si sostanzia in un progressivo abbandono della concezione rieducativa in favore di una funzione incapacitante e retributiva della pena. Nonostante il carcere non sia riuscito ad assolvere alla funzione per cui era stato individuato come strumento di pena, non perde la sua posizione preminente nel novero delle pene, ma, anzi, acquisisce un primato tra esse⁵⁷. La pena detentiva, escludendo per un certo periodo il soggetto dallo spazio pubblico, diventa uno degli strumenti che ostacolano, come vere e proprie barriere fisiche, la commissione di nuovi reati⁵⁸.

«[S]icurezza richiama oggi protezione tutela esclusione di qualcosa o qualcuno, rimanda, nel contesto attuale, alla difesa dalla criminalità e dall'inciviltà»⁵⁹ e nel contesto europeo comprende non solo la concezione tipica degli Stati nazionali di "sicurezza" come «tutela dell'integrità fisica dei cittadini e come difesa delle loro proprietà nei confronti dell'attacco sferrato dalla criminalità comune»⁶⁰, ma anche sicurezza dei confini. Lo Stato, abdicando al suo ruolo di garante della sicurezza sociale, investe le proprie risorse in una politica di socializzazione dei rischi affinché questi siano accettabili;

«si assume che le variabili che incidono sulla ricorrenza di comportamenti criminali possono essere controllate non attraverso la gestione delle circostanze sociali o individuali della devianza, ma solo attraverso la delimitazione degli spazi di vita dei soggetti»⁶¹.

Questa politica criminale viene definita attuariale, poiché presuppone l'esistenza di «fattori di rischio distribuiti casualmente nell'ambito di una collettività, che non possono essere riferiti di-

⁵⁵ RE 2006, 157.

⁵⁶ Riguardo al paradigma securitario si vedano: BAUMAN 2000; 2008; BECK 2000; 2008(a); BECK U. 2008(b); CAMPESI 2009; CASTEL 2004; D'ANDREA et al. 2009; DAL LAGO 2003; DELUMEAU 1992; FOUCAULT 1977; 1994; 2005; GARLAND 2004; MANIERI 2013; MELOSSI 2001; PITCH 2006; RE 2004; 2010(a); 2010(b); ROBIN 2005; WACQUANT 2000; 2002; 2006; ZOLO 1999; 2002.

⁵⁷ Michel Foucault, intervistato da Foulek Ringelheim, afferma che «l'obiettivo del carcere-correzione, il carcere come strumento di riparazione all'errore commesso dall'individuo, non è stato raggiunto. L'effetto è stato invece contrario e la prigione ha piuttosto rinnovato i comportamenti di delinquenza. Quando l'effetto non coincide con il fine, si hanno parecchie possibilità: o si attua una riforma o si utilizzano questi effetti per un qualcosa che non era stato previsto all'inizio ma che può benissimo avere un senso e un'utilità. Questo qualcosa potremmo chiamarlo l'uso: così la prigione che non ha avuto effetti correttivi, è invece servita come meccanismo di eliminazione» (FOUCAULT 1990).

⁵⁸ Sul concetto di esclusione da un lato e, dall'altro, come faccia della stessa medaglia, di estrema visibilizzazione della violenza si vedano fra tutti GIRARD 1980 e COSTA 2009.

⁵⁹ PITCH 2001.

⁶⁰ RE 2006, 134.

⁶¹ SANTORO 2004, 121.

rettamente a singoli soggetti, se non in quanto questi ultimi rientrano in gruppi determinabili in base a un maggiore o minore tasso di rischiosità»⁶². Ai gruppi sociali caratterizzati da un alto rischio di criminalità difficilmente riducibile in tempi brevi, tuttavia non corrisponde un pericolo così grande per la società come viene narrato nel discorso pubblico. La paura diventa l'esperienza collettiva di una società divisa in due, della cui esistenza è colpevole l'*underclass*, «una sottoclasse sociale più o meno estesa, spesso connotata anche in termini etnici, cui è negato l'accesso legittimo alle risorse economiche e sociali disponibili e che viene rappresentata come pericolosa, percepita come una minaccia per la sicurezza sociale»⁶³, fisica e patrimoniale dei cittadini. L'*underclass* sarà oggetto di un controllo sociale pervasivo volto, non al disciplinamento, ma all'esclusione dalla partecipazione alla vita collettiva. Così la prigione torna a riempirsi di significato: uno strumento di controllo attraverso l'esclusione di chi, non essendo in grado di accedere al mercato, non può essere controllato attraverso i dispositivi di conformizzazione tipici del modello consumistico⁶⁴.

In tale contesto le parole “comunità”, “vittime”⁶⁵ e “autori del reato” acquisiscono nuovi significati, in quanto i soggetti che le incarnano cambiano. In un contesto di politiche attuariali, alta precarizzazione e forte senso di insicurezza, coloro che vivono nell'isolamento dovuto alla paura continueranno a cercare una comunità che sia immune da tale sentimento, mentre coloro che hanno il controllo dello spazio pubblico ostile continueranno a promettere loro questa forma di comunità. Tuttavia, le uniche comunità che le persone isolate possono sperare di costruire, e che gli amministratori dello spazio pubblico possono seriamente e responsabilmente offrire, sono quelle permeate di paura, sospetto e odio. Amicizia e solidarietà, un tempo considerati valori basilari della comunità, sono diventati troppo fragili, precari o inconsistenti per servire a tale scopo fondativo⁶⁶ e lasciano lo spazio a una frammentazione e a un'esclusione sempre più serrata di tutti quei soggetti che non sono in grado di conformarsi, secondo le regole del mercato. In relazione al concetto di “vittime”, invece: «Ci si definisce vittime o si viene definiti vittime sulla base di qualche torto o danno subito (e, in seguito, potenzialmente da subire) da parte di attori individuati o individuabili cui si imputa l'esclusiva responsabilità dei danni o torti»⁶⁷. La vittima come soggetto titolare del bene giuridico protetto dalla norma penale⁶⁸, la quale risente, *primariamente o secondariamente*, della commissione del reato con sofferenza o con dolore⁶⁹, a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso subisce un mutamento. Chi diventa vittima è in definitiva chi si trova nella *upper class*, messo in pericolo o danneggiato dai soggetti della *underclass*: lavora-

⁶² DE GIORGI 2000.

⁶³ SANTORO 2004, 132.

⁶⁴ Massimo Pavarini in proposito ha osservato come: «in una società diseguale, la pena realizza, all'estremo inferiore del *continuum* sociale, ciò che altre istituzioni realizzano nella zona media e superiore di esso, cioè differenziare lo *status* dei soggetti [...] le norme del diritto penale non solo si applicano selettivamente, rispecchiando i rapporti diseguali esistenti, ma il sistema delle pene esercita anche una funzione attiva di produzione riproduzione di disuguaglianza. L'applicazione selettiva delle pene legali, per la loro natura stigmatizzate nel processo di criminalizzazione, è un momento essenziale al mantenimento della scala verticale della società; incidendo infatti negativamente sugli *status* sociali degli individui, la sanzione penale agisce in modo da contrastare la mobilità sociale» (PAVARINI 1997).

⁶⁵ Per una contestualizzazione del concetto di vittima in tale prospettiva si vedano: BALDELLI, BOUCHARD 2003; CORNACCHIA 2012; 2013; GIGLIOLI 2014; GIOLO 2018; GULLOTTA 1976; VENTUROLI 2015; VIDA 2016; 2017.

⁶⁶ BAUMAN 2000, 33.

⁶⁷ PITCH 2022, 32.

⁶⁸ Si possono proporre sottodistinzioni basate sul grado di coinvolgimento della vittima nel reato o sul contributo criminogenico della vittima stessa, che hanno condotto alle note formalizzazioni di ruoli o di predisposizioni vittimologiche (vittime attive, passive, accidentali preferenziali, simboliche o favorevoli e, quelle più interessanti, vittime primarie e secondarie). Le vittime primarie «sono rappresentate dai soggetti, individuali o collettivi, contro i quali il reato viene commesso *direttamente* e che possono subire un danno fisico, psichico, o economico, danno che, a sua volta, può essere temporaneo (e perciò reversibile) oppure permanente», quelle secondarie «sono quelle che vengono solo indirettamente danneggiate dal reato», come ad esempio i familiari della vittima e anche i familiari del reo.

⁶⁹ VON HENTING 1962, 488.

tori precari, migranti, senza fissa dimora, tossicodipendenti e, in generale, tutte le persone che in quanto tali minacciano il decoro pubblico e/o si rendono responsabili principalmente di reati contro il patrimonio o di vendita di stupefacenti per fini di bisogno economico. Tuttavia, alcuni criminologi inglesi sostengono questo tipo di politica all'inizio degli anni Ottanta del Novecento, sulla base dell'idea che

«vittime di criminalità (di strada) e inciviltà sono i “poveri” piuttosto che i “ricchi”, ed essendo i poveri la loro *constituency*, la popolazione cui fanno riferimento, sono necessarie misure che li tutelino. Compare qui un elemento centrale dell'odierna questione della sicurezza: lo slittamento di attenzione dai “criminali” alle loro “vittime”. Non sono tanto i criminali a essere le figure dello sfruttamento e dell'oppressione (come, dicono i nuovi realisti, surrettiziamente indicato dalle criminologie critiche), quanto le loro vittime, altrettanto povere, sfruttate e oppresse due volte: dalle classi dominanti e dalla criminalità di strada»⁷⁰.

In questo periodo nascono movimenti organizzati primariamente in Germania, Olanda e Regno Unito a sostegno delle vittime di reato sia per offrire loro maggiore visibilità, sia per garantire una più efficace tutela nel processo penale. Tuttavia, non sempre le organizzazioni erano realmente a favore delle vittime. Anzi, in molti casi portavano avanti appelli assai poco garantisti promuovendo «più o meno velatamente, quelle istanze di mera difesa sociale proprie del conservatorismo più retrivo»⁷¹. Esistono infatti due tipi di approcci per il supporto alle vittime del crimine. Il primo è prevalente negli Stati Uniti⁷², ma presente anche in Europa, e si concentra sull'energico sostegno ai diritti delle vittime, spesso a scapito delle garanzie per l'imputato⁷³. Questo modello, chiamato “profilo anti-reo”, promuove principalmente interventi legislativi sulla sicurezza del territorio e richieste di inasprimento delle pene, compresa la pena di morte. Al contrario, il secondo approccio, implementato dalle “associazioni orientate al servizio”, si concentra soprattutto sul fornire supporto psicologico e assistenza alle vittime durante il processo di mediazione. L'intento è selezionare politiche che siano veramente orientate alla vittima, escludendo quelle strumentalizzabili per scopi politici di deterrenza e rafforzamento del sistema di vigilanza e repressione. Questo consentirà di capire come uno degli obiettivi principali di questi movimenti sia quello di modificare le regole sostanziali e processuali, al fine di creare una giustizia più vicina ai cittadini e per garantire alle vittime un ruolo più consapevole e partecipe nel processo⁷⁴.

Il secondo modello di associazioni, quelle orientate al servizio, è quello che più si avvicina all'idea che sottende la giustizia riparativa⁷⁵. In questa prospettiva, la vittima «ha un ruolo centrale nella ricerca di una risposta adeguata e non si riduce a mera occasione per l'attivarsi di una risposta punitiva organizzata e gestita dallo stato secondo finalità e modalità prestabilite e comunque estranee all'esigenza di rimediare al male che la vittima stessa ha subito»⁷⁶. Differentemente, il fatto che «la vittima non possa decidere sulla sua sorte e su quella del reo o sull'indennizzo e sulla pena e neppure sulle modalità con cui si conduce e si risolve il conflitto, è

⁷⁰ PITCH 2022, 12.

⁷¹ MANNOZZI 2003, 57.

⁷² Per una ricostruzione esaustiva dei movimenti a sostegno delle vittime negli Stati Uniti si veda BELOOF 2012.

⁷³ Sui modelli di supporto delle vittime caratterizzati da un'esasperata tutela astratta delle vittime e non dalla promozione di attività di sostegno positive si veda DAVIS et al. 1997.

⁷⁴ MANNOZZI 2003, 58 s.

⁷⁵ Esempi di queste associazioni, in ambito statunitense, possono essere Critical Resistance e INCITE! Women of Color Against Violence la cui genealogia e le cui pratiche di giustizia trasformativa sono descritte nel contributo di Re, *Violenza basata sul genere e “giustizia trasformativa”. Un'alternativa al sistema penale?*, pubblicato in *Legislazione Penale* nel 2024.

⁷⁶ REGGIO 2010, 171.

il punto cruciale del monopolio statale della violenza nella relazione tra il reo e la vittima»⁷⁷. Le diverse idee che sono state proposte per giustificare la punizione di un reato e il suo scopo finale sarebbero tutte accomunate dal fatto di risolvere il conflitto tra lo stato e l'individuo. Trattamento, riabilitazione e deterrenza sarebbero quindi obiettivi costruiti per riaffermare la potestà dello stato e l'ordine giuridico che essa rappresenta e protegge. «Se il processo penale rende esplicite la differenza e la separazione, la *restorative justice* vuole ad ogni passo mostrare la dimensione, anche fisica, della comunanza»⁷⁸.

La diversità nei modelli di giustizia riparativa, a cui si è fatto cenno all'inizio di questo contributo, riflette le diverse ragioni che ne hanno guidato lo sviluppo. Da un lato, la *restorative justice* si è sviluppata come risposta alla mancanza di coinvolgimento della vittima nel sistema giudiziario tradizionale, con l'obiettivo di garantire i suoi diritti e le sue libertà. D'altra parte, è stata stimolata dalla crisi del sistema penale e punitivo, con una riflessione sulla necessità di ripensare la punizione come mero atto di afflizione, senza affrontare il dolore della vittima. Nonostante queste diversità di basi giustificative, la giustizia riparativa minimizza il ricorso alla pena, cercando soluzioni che vanno oltre il punire attraverso meccanismi afflittivi e che ricostruiscano la relazione interrotta tra vittima, comunità e persona responsabile. Ciò avviene in una prospettiva inclusiva sotto due aspetti: in primo luogo, tutti i soggetti sono chiamati a partecipare, volontariamente, al processo partecipativo riparativo; in secondo luogo, autore del reato e vittima sono riaccolti nel tessuto sociale che, essendo parte attiva del percorso, contribuisce a scrivere una storia condivisa di quell'avvenimento.

⁷⁷ HASSEMER 2012, 235.

⁷⁸ MAZZUCCATO 2014.

Riferimenti bibliografici

- ALLEGREZZA S., BELLUTA H., GIALUZ M., LUPÁRIA L. 2012. *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli.
- ALLEGREZZA S. 2015. *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in LUPARIA L. (ed.), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'unione e buone pratiche nazionali*, Wolters Kluwer, 3 ss.
- BALDELLI A., BOUCHARD M. 2003. *Le vittime del reato nel processo penale*, Utet.
- BAUMAN Z. 2000. *La solitudine del cittadino globale*, Feltrinelli.
- BAUMAN Z. 2008. *Paura liquida*, Laterza.
- BAZEMORE G., SCHIFF M. 2001. *Restorative Community Justice: Repairing Harm and Transforming Communities*, Routledge.
- BECK U. 2008a. *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Laterza.
- BECK U. 2008b. *La società (mondiale) del rischio e le insicurezze fabbricate*, in «Iride, Filosofia e discussione pubblica», 3, 511 ss.
- BECK U. 2000. *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci.
- BELOOF D.E. 2012. *Victims' rights: a documentary and reference guide*, Bloomsbury Publishing Plc.
- BIANCHI H. 1994. *Justice as Sanctuary: Toward a New System of Crime Control*, Indiana University Press.
- BONINI V. 2022. *Una riforma organica della giustizia riparativa tra attese decennali e diffidenze contemporanee. Definizioni, principi e obiettivi*, SPANGHER G. (ed.), *La riforma Cartabia-2022*, Pacini Editore, 2022, 725 ss.
- BONINI V. 2024. *La giustizia riparativa: (D.lgs. n. 150/2022-D.lgs. n. 31/2024)*, Giappichelli.
- BOUCHARD M., MIEROLO G. 2005. *Offesa e riparazione, Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Mondadori.
- BOUCHARD M., FIORENTIN F. 2024. *La giustizia riparativa*, Giuffrè.
- BRAITHWAITE J. 1989. *Crime, Shame, and Reintegration*, Cambridge University Press.
- BRAITHWAITE J. 2002. *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford University Press.
- CAGOSSI M. 2012. *Esperimenti di giustizia riparativa nell'ordinamento italiano*, in ALLEGREZZA S., BELLUTA H., GIALUZ M., LUPÁRIA L. (eds.), *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli.
- CAMPESI G. 2009. *Rischio e sicurezza nella società globale. A proposito dell'ultimo libro di Ulrich Beck*, in «Studi sulla questione criminale», 2, 107 ss.
- CASTEL R. 2004. *L'insicurezza sociale. Che significa essere protetti?*, Einaudi.
- CATALANO E.M. 2014. *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29 Ue e nella giurisprudenza delle Corti Europee*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 4, 1789 ss.
- CAVALIERE A. 2018. *Neoliberalismo e politica criminale repressiva*, in «Costituzionalismo.it», 1.
- CERETTI A., DI CIÒ F. 2000. *Giustizia riparativa e mediazione penale a Milano. Un'indagine quantitativa e qualitativa*, in «Rassegna Penitenziaria e criminologica», 3, 99 ss.
- CERETTI A., DI CIÒ F., MANNOZZI G. 2001. *Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze pratiche a confronto*, in SCAPARRO F. (ed.) 2001. *Il coraggio di mediare*, Guerini e Associati, 307 ss.
- CERETTI A., MANNOZZI G., MAZZUCCATO C. 2024. *Vol. 4: La disciplina organica della giustizia riparativa*, Giappichelli.

- CHRISTIE N. 1977. *Conflicts as property*, in «The British Journal of Criminology», 17, 1, 1 ss. (trad. it. *I conflitti come proprietà*, Archivio Primo Moroni).
- CHRISTIE N. 1993. *Crime Control as Industry: Towards Gulags, Western Style*, Routledge.
- CORNACCHIA L. 2012. *La vittima nel diritto penale contemporaneo tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo*, Aracne.
- CORNACCHIA L. 2013, *Vittima e giustizia criminale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1788 ss.
- COSTA P. 2009. *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del “sacro”*, in CANESTRARI S., STORTONI L. (ed.), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bononia University Press.
- D’ANDREA D., LO RUSSO M., ZOLO D. 2009. *Conditio humana. Il rischio nell’età globale di Ulrich Beck*, in «Iride», 3, 691 ss.
- DAL LAGO A. 2003. *Polizia globale. Guerra e conflitti dopo l’11 settembre*, Ombre corte, Verona.
- DAVIS R., LURIGIO A., SKOGAN W. 1997. *Victims of Crime*, Sage.
- DE GIORGI A. 2000. *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, DeriveApprodi.
- DELUMEAU J. 1992. *Rassicurare e proteggere*, Rizzoli.
- DEPARTMENT OF JUSTICE CANADA 2018. *Principles and Guidelines for Restorative Justice Practice in Criminal Matters*, Justice Canada.
- DESHAWN R. 2021, *Restorative Justice: History, Defining and Practices*, Kindle edition.
- DICKSON-GILMORE J., LA PRAIRIE C. 2005. *Will the Circle be Unbroken? Aboriginal Communities, Restorative Justice, and the Challenge of Conflict and Change*, University of Toronto Press.
- DONINI M. 2015. M. *Il delitto riparato. Una disegualità che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 2, 236 ss.
- DUFF R.A. 2002. *Restoration and Retribution*, in *Restorative Justice and Law*, in WALGRAVE L. (ed.), *Restorative Justice and the Law*, Willan Publishing, 82 ss.
- EUSEBI L. 1983. *La “nuova” retribuzione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 914 ss.
- EUSEBI L. 1990. *La pena “in crisi”. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana.
- EUSEBI L. 1997. *Dibattiti sulle teorie della pena e mediazione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 813 ss.
- EUSEBI L. 2002. *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 76 ss.
- EUSEBI L. 2006. *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1157 ss.
- EUSEBI L. 2012. *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, in «Antigone: quadrimestrale di critica del sistema penale e penitenziario», 7, 2.
- EUSEBI L. 2015. *Una giustizia diversa. Il modello ripartivo e la questione criminale*, Vita e Pensiero.
- FODDAI M.A., MASIA M., POZZOLO S. 2022. *Introduzione*, in «Ragion Pratica», 1, 131 ss.
- FOUCAULT M. 1977. *La sécurité et l’Etat*, ora in ID., *Dits et Ecrits*, DEFERT D., EWALD F. (eds), Gallimard, 1994, vol. III, texte n. 213.
- FOUCAULT M. 1990. *Cosa vuol dire punire*, Rivista Volontà.
- FOUCAULT M. 1994. *Poteri e strategie. L’assoggettamento dei corpi e l’elemento sfuggente*, Mimesis.
- FOUCAULT M. 2005. *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France. 1977-1978*, Feltrinelli.

- MANNOZZI G., LODIGIANI G.A. (eds.) 2017. *Giustizia riparativa Formanti, parole e metodi*, Giappichelli.
- GARLAND D. 2004. *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, il Saggiatore.
- GIGLIOLI D. 2014. *Critica della vittima. Un esperimento con l'etica*, Nottetempo.
- GIOLO O. 2018. *La vulnerabilità neoliberale. Agency, vittime e tipi di giustizia*, in GIOLO O., PASTORE B. (eds.), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, 253 ss.
- GIRARD R. 1980. *La violenza e il sacro*, Adelphi.
- GULLOTTA G. 1976. *La vittima*, Giuffrè.
- HASSEMER W. 2012. *Perché punire è necessario*, il Mulino.
- JOHNSSTONE G., VAN NESS D.W. 2007. *The Meaning of Restorative Justice*, in *Handbook of Restorative Justice*, VAN NESS D.W., JOHNSTONE G. (eds.), Cullompton-Portland, 5-23.
- JOHNSSTONE G., VAN NESS D. (eds.) 2007. *The Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing.
- LAW COMMISSION OF CANADA 2003. *Transforming Relationships Through Participative Justice*, Department of Public Works and Government Services.
- LORENZETTI A. 2018. *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali: alla ricerca di una soluzione costituzionalmente preferibile*, Franco Angeli.
- LUPARIA L. (ed.) 2015. *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Wolters Kluwer, 100 ss.
- MANCONI L., TORRENTE G. 2015. *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, Carocci.
- MANIERI M. 2013. *Si fa presto a dire "sicurezza". Analisi di un oggetto culturale*, in «Etnografia e ricerca qualitativa», 2.
- MANNOZZI G. 2001. *Problemi e Prospettive della Giustizia Riparativa alla luce della Dichiarazione di Vienna*, in «Rassegna Penitenziaria e Criminologica», 28 ss.
- MANNOZZI G. 2003. *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè editore.
- MANNOZZI G. 2017. *Giustizia riparativa* (voce), in *Annali Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 465 ss.
- MANNOZZI G. 2019. *Le potenzialità della giustizia riparativa*, in PATRIZI P. (ed.), *La giustizia riparativa. Psicologia e diritto per il benessere di persone e comunità*, Carocci.
- MANNOZZI G. 2024. *Definizioni, principi generali, obiettivi e ambito di applicazione della giustizia riparativa*, CERETTI A., MANNOZZI G., MAZZUCCATO C. (eds.), *La disciplina organica della giustizia riparativa*, Giappichelli, 59 ss.
- MANNOZZI G., LODIGIANI G.A. 2015. *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, il Mulino.
- MARSHALL T. 1999. *Restorative Justice: An Overview*, Home Office.
- MARSHALL T.F. 1996. *The Evolution of Restorative Justice in Britain*, in «European Journal on Criminal Policy and Research», 21 ss.
- MARSHALL T.F. 1999. *Restorative Justice: An Overview*, Home Office.
- MASSARO P. 2012. *Dalla punizione alla riparazione. La promessa della restorative justice*, Franco Angeli.
- MATHIESEN T. 1996. *Perché il carcere?*, Gruppo Abele (or. ed. MATHIESEN T. 2016, *The politics of abolition revisited*, Routledge).

- MATHIESEN T. 2016. *The politics of Abolition Revisited*, Routledge.
- MAZZUCATO C. 2005, *Consenso alle norme e prevenzione dei reati. Studi sul sistema sanzionatorio penale*, Aracne.
- MAZZUCATO C. 2014. *Dove la giustizia torna a essere una virtù*, in http://www.antonioacasella.eu/archiva/Mazzucato_2014.htm.
- MCCOLD P. 1998. *Restorative Justice – Variations on a Theme*, conference paper.
- MELOSSI D. 2001. *Stati forti e definiti della coscienza collettiva e l'idea di una "responsabilità condivisa"*, in «Iride», xxxii, 14, 67 ss.
- MORINEAU J. 2000. *Lo spirito della mediazione*, Franco Angeli.
- PALI B., MAGLIONE G. 2021. *Discursive Representations of Restorative Justice in International Policies*, «European Journal of Criminology», 20, 2, 507 ss.
- PASTORE B. 2012. *Giustizia*, in POMARICI U. (ed.), *Atlante di filosofia del diritto vol.1*, Giappichelli, 259 ss.
- PATRIZI P. 2019. *La giustizia riparativa. Psicologia e diritto per il benessere di persone e comunità*, Carocci.
- PAVARINI M. 1997. *La criminalità punita. Processi di carcerizzazione nell'Italia del XX secolo*, in ROMANO R., VIVANTI C. (eds.), *Storia d'Italia. Annali 12. La criminalità*, Einaudi.
- PAVARINI M. 2014. *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bononia University Press.
- PAVLICH G. 2001. *The Force of Community*, in STRANG H., BRAITHWAITE J.(eds.), *Restorative Justice and Civil Society*, Cambridge University Press, 56 ss.
- PAVLICH G. 2005. *Governing Paradoxes of Restorative Justice*, Glasshouse Press.
- PITCH T. 2001. *Sono possibili politiche democratiche per la sicurezza?*, in «Rassegna Italiana di Sociologia», 1, 137 ss.
- PITCH T. 2006. *La società della prevenzione*, Carocci.
- PITCH T. 2022. *Il malinteso della vittima*, Gruppo Abele.
- PITCH T., PUGIOTTO A. 2019. *L'odierno protagonismo della vittima. Un dialogo tra Tamar Pitch e Andrea Pugiotto*, in «Studi sulla questione criminale», 3, III ss.
- PRESUTTI A. 2022. *Porte aperte al paradigma riparativo nella l. 27 settembre 2021, n. 134 di riforma della giustizia penale*, in «sistemapenale.it».
- RE L. 2004. *Panopticon e disciplina: possono ancora servire?*, in SANTORO E. (ed.), *Carcere e società liberale*, Giappichelli, 346 ss.
- RE L. 2006. *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Laterza.
- RE L. 2010a. *Politica moderna e insicurezza contemporanea: la domanda di protezione nelle società liberali*, in «Studi sulla questione criminale», 3, 25 ss.
- RE L. 2010b. *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Laterza.
- RE L. 2024. *Violenza basata sul genere e "giustizia trasformativa". Un'alternativa al sistema penale?*, in «Legislazione Penale», 3, 488 ss.
- REGGIO F. 2010. *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, Franco Angeli.
- ROBIN C. 2005. *Paura. La politica del dominio*, Università Bocconi Editore.
- ROSSI G. 2015, *La direttiva 2012/29/UE: vittima e giustizia riparativa nell'ordinamento penitenziario*, in «Archivio Penale», 2, 508 ss.
- SANTORO E. 2004. *Carcere e società liberale*, Giappichelli.

- TORRES ORTEGA I.C. 2022, *La justicia restaurativa y los fundamentos del Derecho penal*, in «Ragion pratica», 58, 133 ss.
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. 2020. *Handbook on Restorative Justice Programmes Second Edition*, Criminal Justice Handbook Series.
- VAN NESS D.W., STRONG K.H. 2006. *Restoring Justice. An introduction to restorative justice*, Routledge.
- VAN NESS D.W., STRONG K.H., 1997. *Restoring Justice*, Anderson Publishing.
- VENTUROLI M. 2015. *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, Jovene.
- VIDA S. 2016. *Identità precarie. Il soggetto neoliberale tra incertezza, governamentalità e violenza*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 479 ss.
- VIDA S. 2017. *Postcapitalismo e neoliberismo: il presente e il futuro della crisi*, in «Ragion pratica», 2, 299 ss.
- VON HENTING H., 1962. *Das Vebrechen*, II, Springer.
- WACHTEL T., 2013. *Dreaming of a New Reality: How Restorative Practices Reduce Crime and Violence, Improve Relationships and Strengthen Civil Society*, The Piper's Press.
- WACQUANT L. 2000. *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*, Feltrinelli.
- WACQUANT L. 2002. *Simbiosi mortale. Neoliberalismo e politica penale*, Ombre corte.
- WACQUANT L. 2006. *Punire I poveri. Il nuovo governo dell'insicurezza sociale*, DeriveApprodi.
- WALGRAVE L. (ed.) 2002. *Restorative Justice and the Law*, Willan Publishing.
- WALGRAVE L. 2008. *Restorative Justice, Self Interest and Responsible Citizenship*, Routledge.
- ZEHR H. 1990. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Herald Press.
- ZEHR H. 2002. *The Little Book of Restorative Justice*, Good Books.
- ZICCONI P., CERETTI A., ZUPPI M.M. 2021. *Verso Ninive. Conversazioni su pena, speranza, giustizia riparativa*, Rubbettino editore.
- ZOLO D. 1999. *La strategia della cittadinanza*, in ZOLO D. (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, 3 ss.
- ZOLO D. 2002. *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in COSTA P., ZOLO D. (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, 17 ss.

Argomenti razionalmente ingiustificati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e nella dottrina in tema di gestazione per altri

Rationally unjustified arguments from Italian case law of the Supreme Court, the Constitutional Court, and doctrine about commercial surrogacy

GIORGIO MANIACI

Professore associato, Università degli studi di Palermo

E-mail: giorgio.maniaci@unipa.it

ABSTRACT

In questo articolo, analizzerò alcuni argomenti razionalmente ingiustificati della giurisprudenza italiana della Corte di Cassazione, della Corte Costituzionale, e della dottrina che spiegano la *ratio* del reato della cosiddetta “surrogazione di maternità” e che disciplinano lo *status filiationis* dei nati da gestazione per altri all'estero.

In this article, I will analyse some rationally unjustified arguments from Italian case law of the Supreme Court, the Constitutional Court, and the doctrine that explain the rationale behind the offence of so-called “surrogacy of motherhood” and that regulate the *filiationis status* of children born by gestation for others not in Italy.

KEYWORDS

gestazione per altri, argomento della mercificazione, argomento della dignità umana, valore autonomia individuale

commercial surrogacy, value of individual autonomy, commodification argument, dignity argument

Argomenti razionalmente ingiustificati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e nella dottrina in tema di gestazione per altri

GIORGIO MANIACI

1. *Introduzione* – 2. *La giurisprudenza della Corte di Cassazione, della Corte Costituzionale e la dottrina in tema di nati all'estero da GPA commerciale o solidaristica* – 3. *Argomento della mercificazione contro la gestazione per altri* – 3.1. *Gli argomenti di Anderson* – 3.2. *L'argomento della mercificazione contro l'autonomia delle donne* – 3.3. *Altre obiezioni finali* – 4. *L'argomento della dignità umana*.

1. *Introduzione*

In questo articolo, analizzerò alcuni argomenti razionalmente ingiustificati della giurisprudenza italiana della Corte di Cassazione, della Corte Costituzionale, e della dottrina che spiegano la *ratio* del reato della cosiddetta “surrogazione di maternità” e che disciplinano lo *status filiationis* dei nati da gestazione per altri, questo il nome corretto, anche detta GPA, all'estero. I termini “utero in affitto” o “surrogazione di maternità” sono normalmente valutativi, emotivamente o moralmente negativi, oltre che fonte di errore perché, come argomenterò in seguito, la coppia committente non acquista alcun diritto di locazione sul corpo della donna o sul corpo del bambino. Il termine gestazione per altri è emotivamente neutro. In particolare, analizzerò la legge 40 del 2004 e la giustificazione data dalla giurisprudenza del reato della cosiddetta “surrogazione di maternità”. Nel secondo paragrafo analizzerò la giurisprudenza della Corte di Cassazione, della Corte Costituzionale, e di parte della dottrina, in tema di nati all'estero da GPA. Ne sottolineerò i vizi, gli argomenti che non soddisfano i requisiti di una procedura argomentativa razionale, cioè le contraddizioni, le premesse empiriche false, le premesse affette da grave indeterminatezza semantica che impediscono la discussione di un argomento giuridico/morale. Per ragioni di sintesi non mi occuperò del problema del riconoscimento dello *status filiationis* di un figlio di una coppia omosessuale che ha effettuato la GPA o la fecondazione assistita eterologa all'estero, anche se alcune sentenze parzialmente lo trattano. Nel terzo paragrafo, mi occuperò dell'argomento della mercificazione, citato dalla giurisprudenza, con molti riferimenti alla dottrina, contro la gestazione per altri, mentre nel quarto mi occuperò dell'argomento della dignità umana, ampiamente utilizzato dalla giurisprudenza e dalla dottrina per giustificare il reato della cosiddetta “surrogazione di maternità” e l'impossibilità di trascrivere gli atti di nascita conseguiti all'estero che riconoscono lo *status filiationis* tra il genitore intenzionale, non genetico, e i figli nati all'estero da GPA commerciale o solidaristica.

La prima regolamentazione completa della procreazione medicalmente assistita e della gestazione per altri è stata prevista dalla Legge del 19 febbraio 2004, numero 40. Si tratta di una legge assai restrittiva (AGOSTA 2012; MOROZZO DELLA ROCCA 2013). L'articolo 12, comma 6 della legge stabilisce: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. Il medico è punito, altresì, con

* Ringrazio Miriam Lo Galbo per la ricerca sulla giurisprudenza.

l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione». Il reato così delineato, con sanzioni anche molto severe, ha alimentato il turismo procreativo di quei soggetti che desiderando un figlio, e avendo gravi problemi di sterilità, si recano all'estero per mettere in atto la gestazione per altri. In breve, si ha un contratto di gestazione per altri quando una donna si impegna, in genere in cambio di una somma di denaro, nel qual caso si ha una gestazione commerciale, a portare avanti una gravidanza per conto di una coppia di genitori detta sociale o intenzionale. La gestazione per altri più diffusa è quella gestazionale, in cui vi è una coppia eterosessuale di genitori, di cui uno dei due fornisce il gamete maschile, padre che dunque ha un legame genetico col figlio, e vi è una terza donna, rispetto alla madre intenzionale e alla madre biologica che porta avanti la gravidanza, che dona l'ovulo. Gli altri casi, in cui vi è un secondo uomo che dona il gamete maschile o in cui la madre della coppia intenzionale dona anche l'ovulo, o in cui la madre che porta avanti la gravidanza dona anche l'ovulo sono oggi abbastanza rari. Secondo la dottrina e la giurisprudenza, che vedremo in seguito, il reato di "surrogazione di maternità" tutela la dignità della gestante. Come sarà analizzato in seguito, l'argomento della dignità è affetto da grave indeterminatezza semantica, significa uguale considerazione e rispetto, ma *chi* bisogna rispettare e *perché* non è stabilito dall'argomento della dignità, dunque si tratta di un argomento parassitario, che nasconde, dissimula, un altro argomento. La giurisprudenza, senza alcuna coerenza, oscilla tra un'interpretazione paternalista e una antipaternalista dell'argomento della dignità. In particolare, l'uso dell'argomento della dignità in chiave paternalista è razionalmente ingiustificato perché la giurisprudenza non spiega quale sarebbe l'argomento nascosto, dissimulato dietro l'argomento della dignità, e, dunque, non analizza e non risponde, senza spiegare perché, alle obiezioni contrarie all'argomento dissimulato, il vero argomento utilizzato.

Per quanto riguarda la trascrizione nei registri italiani degli atti di nascita conseguiti all'estero in seguito a gestazione per altri, nella quale uno o entrambi i genitori intenzionali non sono i genitori biologici o genetici dei minori, un problema importante è se ciò risulti contrario all'ordine pubblico. L'ordine pubblico: «In generale, si può definire come l'insieme dei principi dell'ordinamento giuridico, che costituiscono il fondamento etico dello stesso. I valori giuridici che compongono il concetto di ordine pubblico servono, tra l'altro ad "arginare" l'ingresso nel nostro ordinamento nazionale di principi stranieri incompatibili con i principi fondamentali a livello costituzionale» (FERRANDO 2017; D'AVACK 2017). Le norme cui si fa riferimento sono l'art. 16, comma 1, della Legge 31 maggio 1995, n. 18, che dispone: «La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico» e dell'art 18, Decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396: «Gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico». In conclusione dell'introduzione, va detto che un'analisi del reato di surrogazione di maternità di questo tipo non muove necessariamente dall'esame etico-giuridico della illegittimità della GPA in sé, intesa come pratica, ma dall'esame della giurisprudenza centrata sul tema del riconoscimento dei figli nati all'estero da GPA e dunque diviene inevitabile tenere conto dell'interesse del minore.

2. La giurisprudenza della Corte di Cassazione, della Corte Costituzionale e la dottrina in tema di nati all'estero da GPA commerciale o solidaristica

Viene in rilievo una prima sentenza della Corte di Cassazione n. 24001 del 2014. Il caso vedeva due coniugi che avevano fatto ricorso alla gestazione per altri in Ucraina. Il PM presso il Tribunale per i Minorenni di Brescia aveva chiesto lo stato di adottabilità del minore, dal momento in cui la donna era stata sottoposta a isterectomia e l'uomo era affetto da oligospermia. I coniugi, dunque, dichiararono che la madre non era la madre biologica del minore, che era stato generato secondo gestazione per altri, permessa in Ucraina. Dopo aver accertato l'assenza di legami biologici tra entrambi i genitori e il bambino, nel 2012 il Tribunale di Brescia aveva disposto di col-

locare lo stesso presso una coppia in lista per l'adozione nazionale, sospendendo i coniugi dalla potestà genitoriale. Il certificato per il Tribunale era nullo anche per la Legge Ucraina che ammette la GPA a patto che la metà del patrimonio genetico del bambino sia della coppia committente; inoltre sosteneva che il certificato di nascita ucraino era contrario all'ordine pubblico e quindi non si poteva riconoscere in Italia. In seguito all'appello i genitori avevano proposto ricorso per Cassazione. Secondo i ricorrenti, infatti, non era possibile riscontrare la contrarietà all'ordine pubblico dell'atto di nascita solo perché in Italia era vietata la GPA, dovendosi fare riferimento non all'ordine pubblico nazionale e quindi alle sole norme interne inderogabili, ma a quello internazionale, e quindi all'insieme dei principi della comunità internazionale, tra cui vi è il superiore interesse del minore.

La Corte di Cassazione confermò quanto stabilito dal Tribunale ordinario, assumendo che i coniugi non fossero i genitori del bambino, che avevano agito in frode alla legge italiana sulle norme di adozione e che la trascrizione dell'atto di nascita con indicati i coniugi fosse contraria all'ordine pubblico. Secondo la Cassazione il divieto di GPA è un principio di ordine pubblico; infatti, per quanto fosse vero che l'ordine pubblico non incorpora solo norme imperative interne, comprende anche i principi e i valori interni. Poiché la GPA viola, secondo la Cassazione, la dignità umana della gestante e le norme sull'adozione poste a tutela dei minori, questa sarebbe in contrasto con l'ordine pubblico. Respinge dunque il ricorso (MARTONE 2016, ROSANI 2017; DI MASI; VIRGILIO 2017; DI MARZIO 2017).

Un'altra sentenza importante è una decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 12193 del 2019 (SASSI, STEFANELLI 2019; CECCHINI 2019). Il caso è quello di due minori, figli genetici di uno degli uomini della coppia omosessuale, nati con gestazione per altri gestazionale, che in Canada è legale anche per le coppie omosessuali. Il giudice canadese riconosceva dunque lo *status* di figli anche nei confronti del genitore non biologico. I due chiedevano dunque la trascrizione nei registri italiani di tale provvedimento, che fu negato dall'Ufficiale di stato civile. La questione era prima stata posta con ricorso alla Cassazione e poi devoluta alle Sezioni Unite. Queste hanno ritenuto che il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento canadese fosse contrario all'ordine pubblico per la tutela della dignità della donna. La Corte considerava il divieto posto dall'art. 12 comma 6, della L. 40/2004 come principio di ordine pubblico, in quanto volto alla protezione dei valori della dignità umana della gestante e dell'istituto dell'adozione. Come dice POGGI (2021, 660),

«Da ciò segue l'intrascrivibilità degli atti e l'irricoscibilità dei provvedimenti giurisprudenziali esteri che accertino il rapporto di filiazione tra i minori e il genitore o i genitori d'intenzione. Nella stessa sentenza le SS.UU. indicano anche lo strumento alternativo cui ricorrere per garantire comunque ai minori un'adeguata tutela, salvaguardando la continuità della relazione affettiva ed educativa col genitore d'intenzione: l'adozione in casi particolari ex art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983».

«La decisione delle Sezioni Unite ha suscitato molte reazioni critiche in dottrina, sia rispetto alla nozione di ordine pubblico adottato (BARBA 2019; BIANCA 2019; DOGLIOTTI 2019; TONOLO 2019; VENUTI 2019), sia rispetto all'individuazione dell'adozione in casi particolari quale strumento idoneo a garantire un'adeguata tutela (FERRANDO 2019; VENUTI 2019; RINALDI 2020; SCALISI 2017), sia, e soprattutto, rispetto alla mancata tutela del superiore interesse del minore (BARBA 2019; BIANCA 2019; FERRANDO 2019; TONOLO 2019; ACCONCIAMESSA 2020; RINALDI 2020)».

Probabilmente la sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 2017 ha influito sulla sentenza assai restrittiva della Cassazione del 2019.

Nel 2017 si è pronunciata anche la Corte Costituzionale italiana (RIVERA 2017; PALMIERI 2017). Il caso in relazione al quale fu sollevata la questione di legittimità costituzionale era quello di gestazione per altri. Il certificato di nascita formatosi all'estero riconosceva il bambino come

figlio naturale della coppia di cittadini italiani in questione, quindi era stato trascritto in Italia. Successivamente la Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni aveva scoperto che il bambino era nato tramite GPA e aveva iniziato il procedimento per dichiarare lo stato di adottabilità dello stesso. Lo stato di adottabilità non fu dichiarato perché fu scoperto un legame genetico con il padre della coppia intenzionale.

Il Tribunale ordinario, dunque, dichiarava che la madre intenzionale non era la madre genetica o biologica (la partoriente) del bambino e negava lo *status filiationis* del minore nei confronti della donna. La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dalla Corte d'Appello di Milano, con ordinanza n. 273 del 25 luglio 2016, sull'art 263 c.c. nella parte in cui non prevede la possibilità di valutare caso per caso qual è il superiore interesse del minore, e quindi, che l'impugnazione del riconoscimento del figlio ancora minore per difetto di veridicità si possa accogliere solo se ciò sia in linea con il superiore interesse del minore stesso. La Corte Costituzionale non concordava con l'interpretazione del giudice rimettente e dichiarò infondata la questione, sostenendo che la verità biologica, il principio del *favor veritatis*, è una componente essenziale del superiore interesse del minore. La Corte ricorda, ancora, che la GPA nel nostro ordinamento è lesiva della dignità della donna ed è sanzionata come un reato. La Corte, tuttavia, afferma che il principio che tutela la verità biologica, sebbene importante, deve essere bilanciato con il superiore interesse del minore, per cui bisogna tenere conto della durata del rapporto che si è instaurato con il minore, dell'identità dello stesso se già acquisita, delle modalità di concepimento e gestazione, della possibilità di adozione in casi particolari, oltre che del disvalore che l'ordinamento riconnette alla GPA. La Corte Costituzionale condivide la necessità di effettuare un bilanciamento tra l'interesse del minore e il principio secondo cui *mater certa est*, cioè un bilanciamento tra il diritto del minore a essere allevato e mantenuto e istruito dai genitori intenzionali, e la necessità che ci sia un legame genetico o biologico alla base della genitorialità. Una possibile interpretazione sembra quella secondo cui il bilanciamento della Corte Costituzionale con i *best interests* del minore non è usato per garantire *positivamente* un rapporto di filiazione con la madre biologica, ma per impedire (*negativamente*) che il rapporto con la madre si affermi in contrasto con il principio di attribuzione della maternità sulla base del parto. In realtà, questa interpretazione sembra contraddittoria, perché letteralmente il *favor veritatis*, nel codice civile, implica l'esistenza di un legame genetico tra la madre biologica, che partorisce il bambino, cosa che capita normalmente con le gravidanze risultato dei rapporti sessuali, e il bambino stesso, mentre nella pratica standard della GPA commerciale vi è una terza donna, anonima, che dona l'ovulo, che dunque non è la donna che partorisce, donna che dona l'ovulo nei confronti della quale non si può applicare il principio del *favor veritatis*, dell'attribuzione della maternità sulla base del legame genetico, perché appunto anonima. Ed è il legame genetico con uno dei genitori della coppia ricevente, nella sentenza delle Sezioni Unite del 2019, e nella ordinanza n. 273 della Corte di Appello di Milano che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, che è considerato rilevante per determinare se questi rappresenta legalmente un genitore, in genere il padre, in base al codice civile.

La decisione della Corte è affetta da alcuni difetti di razionalità, non soddisfa i requisiti di una procedura argomentativa razionale. Ci sono alcune premesse palesemente false o che sarebbero considerate false usando risorse materiali, intellettuali, temporali necessarie in una sentenza *nuova*, visti i temi trattati, *importante*, dal punto di vista dei diritti fondamentali in gioco, dei temi eticamente sensibili trattati, e dal punto di vista dell'organo apicale che la emana, una sentenza che dal punto di vista argomentativo deve rispondere a obiezioni della dottrina e della filosofia del diritto *ragionevoli*, salvo spiegare perché non deve. La prima premessa empirica falsa è che sia normalmente possibile nel caso della GPA commerciale tutelare il *favor veritatis*, il principio *mater semper certa*, cioè il principio di attribuzione della maternità sulla base del parto o del legame genetico, che è chiaramente in contrasto col principio di attribuzione della maternità sociale (STEFANELLI 2017). In realtà, la madre biologica che ha portato avanti la gravidanza in uno Stato estero non ha, nel 99

per cento dei casi, alcuna intenzione di riprendersi il bambino, che ha ormai consegnato alla coppia intenzionale, perché, viceversa, dovrebbe restituire il denaro, cosa che non vuole fare, avendo, come vedremo in seguito, guadagnato molto denaro che le consente una svolta esistenziale ed economica. Anche perché la gestazione per altri più diffusa è quella gestazionale in cui ci sono tre “madri”, la madre genetica che offre l’ovulo, che è anonima, dunque non si può applicare in questo senso il principio di attribuzione della maternità sulla base del legame genetico, la madre intenzionale che riceve il bambino alla fine della gravidanza e la gestante vera e propria, che porta avanti la gravidanza. Dunque, la possibilità di tutelare il *favor veritatis*, il principio dell’attribuzione della maternità sulla base del parto in pratica non esiste. Da ciò ne consegue logicamente che il bilanciamento di cui parla la Corte Costituzionale è normalmente impossibile, infatti la gestante nel 99 per cento dei casi non vuole essere considerata la madre del bambino e ha rinunciato a qualsiasi diritto o obbligo su di lui dopo la GPA e la madre genetica è irrintracciabile. Un’altra conseguenza logica è che il *favor veritatis*, non in astratto, ma in concreto, nel caso della GPA commerciale non può rappresentare un elemento fondamentale del superiore interesse del minore, perché, non potendo normalmente tornare alla madre biologica, la madre gestante, o alla madre genetica, l’unico interesse del minore è quello di essere cresciuto, istruito e mantenuto dalla coppia intenzionale che lo ha accolto in un rapporto di affetti e cura.

Nel 2020, con l’ordinanza del 29 aprile, n. 8325, la prima sezione civile della Corte di Cassazione solleva la questione di legittimità costituzionale sull’impossibilità di trascrizione del provvedimento straniero che riconosce il legame di filiazione tra il genitore intenzionale e il minore nato da gestazione per altri (ARMONE 2020; POGGI 2020; CASELLA 2020; RIVERA 2020). Il caso è quello di due cittadini italiani sposati in Canada, il cui matrimonio è trascritto nel registro delle unioni civili. La coppia voleva la trascrizione dell’atto di nascita del figlio, nato in Canada in seguito a GPA con il gamete di uno dei due. In seguito all’opposizione dell’Ufficiale di Stato civile i due ricorrevano alla Corte di appello di Venezia per ottenere la trascrizione dell’atto di nascita conseguito all’estero. L’Avvocatura di Stato ricorreva dunque in Cassazione. La Corte di Cassazione richiamando la sentenza 12193/2019 delle Sezioni Unite, in cui si affermava che il divieto di gestazione per altri, in quanto contrario all’ordine pubblico, comportava l’impossibilità della trascrizione dell’atto di nascita straniero, che riconosceva il rapporto di filiazione tra il minore e il genitore intenzionale, sollevava una questione di legittimità costituzionale degli articoli 12 comma 6 della L. 40/2004 e 64, comma 1 della legge 218/1995, e infine dell’art. 18 del d.p.r. 396/2000 nella misura in cui tali disposizioni sono interpretate nel senso che impediscono *sempre* la trascrizione dell’atto di nascita estero nella parte in cui riconosca il rapporto di filiazione tra il minore e il genitore intenzionale. La Corte faceva riferimento a quanto affermato nel parere consultivo del 10 aprile 2019 dalla *Grand Chambre* della CEDU. La Corte EDU aveva qui dichiarato che il diritto del bambino alla vita privata, così come previsto dall’art. 8 della Convenzione, implica che le legislazioni nazionali adottino degli strumenti per riconoscere il rapporto tra il genitore intenzionale individuato nell’atto di nascita e il minore. Questo riconoscimento non deve assumere necessariamente la forma della trascrizione degli atti di nascita conseguiti all’estero ma possono essere utilizzati altri strumenti, sebbene la procedura debba essere celere ed efficace. Il bambino secondo la CEDU ha quindi il diritto al riconoscimento di entrambi i genitori indicati nell’atto di nascita e questo diritto deve prevalere sul divieto di GPA. Impedire giuridicamente il riconoscimento della relazione di cura e affetti con il genitore intenzionale sarebbe contrario al diritto all’identità del minore e alla continuità dello *status filiationis*.

La Corte di Cassazione, in seguito a questo parere consultivo della CEDU, sostiene che l’interpretazione delle Sezioni Unite della stessa Corte è in contrasto con gli articoli 2, 3, 30, 31 e 117 (per violazione dell’articolo 8 CEDU). Infatti, secondo i giudici della Corte, considerare il divieto di GPA come un principio di ordine pubblico internazionale, sempre prevalente sull’interesse del minore, è in contrasto con l’art. 8 della CEDU così come delineato dalla stessa Corte EDU, perché la misura inciderebbe negativamente sulla situazione soggettiva del minore

e negherebbe i suoi diritti inviolabili all'identità personale e all'appartenenza al nucleo familiare di origine. Il diniego del riconoscimento dello *status filiationis* potrebbe al più essere frutto di una valutazione in sede giurisdizionale in vista sempre del maggior interesse del minore.

Come sottolinea ancora POGGI (2021, 670):

«Inoltre, l'attuale indirizzo giurisprudenziale violerebbe anche il principio di ragionevolezza, di cui all'art. 3 Cost., per il fatto di ledere in una misura irrazionale, sproporzionata ed eccessiva l'interesse del minore, con l'effetto di ribaltare la gerarchia dei valori, sottesa alla Carta costituzionale, la quale è incentrata sul principio personalistico di tutela dei diritti fondamentali [...]. Il giudice rimettente suggerisce anche un possibile, più ragionevole, bilanciamento tra gli interessi coinvolti, laddove osserva come il principio della preminenza dell'interesse del minore impedisce al legislatore di imporre una sua compressione generale e astratta».

A ben vedere, sostiene la Corte di Cassazione nell'ordinanza, il contrasto ordine pubblico-superiore interesse del minore non esiste. Infatti, la nozione di ordine pubblico, anche secondo l'interpretazione data dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 12193/2019, non può prescindere dai diritti fondamentali dell'individuo, di cui il superiore interesse del minore fa parte: in sostanza, «il superiore interesse del minore concorre alla formazione dell'ordine pubblico».

La Corte costituzionale decide con la sentenza n. 33 del 19 marzo 2021, che dichiara l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale (APOSTOLI 2021; GATTUSO 2021). La Corte condivide l'idea secondo cui il divieto di gestazione per altri costituisce un principio di ordine pubblico che tutela la dignità della gestante. Secondo la Corte la GPA implica lo sfruttamento delle donne che si trovano in difficoltà economiche. Non viene meno, dunque, come invece aveva prospettato la I sez. civile della Cassazione, il conflitto tra il superiore interesse del minore e l'ordine pubblico.

Secondo la Corte il superiore interesse del minore va bilanciato con l'ordine pubblico, con l'obiettivo di disincentivare la pratica della gestazione per altri. Infatti, la CEDU non impone la trascrizione degli atti di nascita stranieri, ma che ci sia un mezzo giuridico efficace e celere di riconoscimento del legame tra il minore e il genitore intenzionale. Anche secondo la Corte Costituzionale l'adozione nei casi particolari è inadeguata a questo fine, ma la Corte afferma che il compito di individuare la soluzione più adeguata spetta al legislatore.

La motivazione della Corte però non appare soddisfacente. In primo luogo, non fa riferimento all'argomento in base al quale non c'è un contrasto tra il superiore interesse del minore e il principio di ordine pubblico, in quanto il superiore interesse del minore dovrebbe concorrere alla creazione dell'ordine pubblico. La trascrizione degli atti di nascita stranieri non viola il divieto, valido solo in Italia, di ricorrere alla GPA e il mancato riconoscimento subito dopo la nascita del minore e degli atti di nascita stranieri non tutela in nessun modo la dignità della gestante. La Corte afferma semplicemente che l'impossibilità di trascrivere automaticamente gli atti di nascita conseguiti all'estero disincentiva il ricorso alla GPA, così come l'adozione in casi particolari o altro strumento più efficace e veloce scelto dal legislatore, cosa che secondo l'argomentazione della Corte Costituzionale il legislatore dovrebbe predisporre, avrebbe questo effetto, cosa poco probabile o realistica, perché uno strumento di riconoscimento celere ed efficace dello *status filiationis* avrebbe l'effetto di incentivare, anziché disincentivare, la pratica all'estero. Come dice POGGI (2021, 670):

«A livello di senso comune, si può osservare che se una coppia è disposta a trasferirsi all'estero per una gpa gratuita o a spendere notevoli quantità di denaro per una GPA commerciale, non è verosimile che il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti di uno dei due possa rappresentare un forte disincentivo, tanto più che è aperta la possibilità di adozione in casi particolari».

Non si comprende perché la Corte, assunto che lo strumento dell'adozione in casi particolari non soddisfa i requisiti stabiliti dalla Corte EDU, non sia intervenuta con una declaratoria di illegittimità, lasciando la questione all'apprezzamento del legislatore. In conclusione, altra premessa empiricamente falsa, il mancato riconoscimento della relazione tra minore e genitore intenzionale, tramite la trascrizione degli atti di nascita conseguiti all'estero, non tutela in nessun modo la dignità della gestante, poiché i genitori possono ricorrere, nell'argomentazione della Corte, ad altro strumento efficace e celere di riconoscimento dello *status filiationis* predisposto dal legislatore o all'adozione in casi particolari. La disciplina vigente, come risulta dalla sentenza della Corte, risulta lesiva dei diritti del minore. La Corte stessa afferma che la dignità della gestante non è un valore così importante da implicare una compressione del superiore interesse del minore, e infine, pur condividendo l'inadeguatezza dello strumento utilizzato per garantire i diritti del minore – quale l'adozione per casi speciali – non dichiara incostituzionale la norma, non effettua un altro bilanciamento, ma pronuncia una sentenza di inammissibilità. Dunque, la formula della inammissibilità non appare consequenziale (INGENITO 2021).

In ultima analisi, dice POGGI (2021, 670):

«Se nel nostro ordinamento venisse introdotto un sistema di riconoscimento rispondente ai requisiti di effettività (pieno riconoscimento dello *status filiationis*) e celerità proposti dalla *Grande Chambre*, sicuramente verrebbe meno qualsiasi disincentivo a ricorrere alla GPA all'estero. In altri termini, da un lato, la Corte ritiene che il mancato riconoscimento sia necessario perché disincentiva una pratica condannabile, dall'altro, chiede l'introduzione di un sistema che farebbe venir meno qualsiasi disincentivo alla suddetta pratica. Delle due l'una: o il principio di dignità della donna, tutelato dal divieto di GPA, impone di disincentivare sempre e in ogni modo tale pratica (anche quando si svolge all'estero, anche quando è gratuita), e, allora, nessun sistema di riconoscimento è ammissibile; oppure il principio di dignità della donna, tutelato dal divieto di GPA, non impone di disincentivare sempre e in ogni modo tale pratica e allora diventa ammissibile non solo uno strumento alternativo di riconoscimento effettivo e celere, ma anche la soluzione suggerita dal giudice *a quo*, ossia un giudizio di valutazione in concreto».

Un'altra sentenza importante è quella delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, del 30 dicembre 2022, n. 38162.

La sentenza in questione pur ribadendo la precedente giurisprudenza della Cassazione in materia di trascrizione degli atti di nascita di bambini nati in seguito a GPA all'estero è particolarmente interessante. Quello che tentano di fare le Sezioni Unite è applicare la sentenza della Corte costituzionale n. 33/2021.

Infatti, sebbene la sentenza n. 33/2021 fosse una sentenza di inammissibilità, nella stessa la Corte Costituzionale conveniva con il giudice *a quo* che l'adozione per casi speciali non garantiva una tutela efficace e tempestiva nei confronti del minore, e che era necessario un intervento del legislatore. Le Sezioni Unite chiariscono che non c'è nessun vuoto normativo, dato che la Consulta non ha dichiarato l'illegittimità della normativa vigente. In particolare, il Collegio dà una interpretazione costituzionalmente conforme: per quanto riguarda l'adozione nei casi particolari, secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la possibilità di manifestare dissenso per l'adozione è data al genitore biologico, ma il dissenso del genitore biologico non può essere totalmente discrezionale o motivato con la separazione della coppia, poiché il genitore intenzionale si è assunto la co-responsabilità di un progetto creativo e ha instaurato un rapporto con il minore. Il mancato consenso del genitore biologico, dunque, anche nel caso di decesso ad esempio, può implicare il non riconoscimento del genitore intenzionale solo se questo tutela il superiore interesse del minore, cioè se questi non abbia intrattenuto rapporti con il minore o abbia abbandonato il bambino e il partner.

Le Sezioni Unite sostengono, in contrasto con la sentenza della Corte Costituzionale n. 33 del 2021, che l'adozione in casi particolari, prevista dalla legge del 1983, è la via migliore per riconoscere il genitore intenzionale, perché valuta in concreto, non in astratto, se esiste un rapporto continuativo di cura e affetti, un rapporto volto all'educazione e al mantenimento del bambino da parte del genitore intenzionale e accerta se il genitore intenzionale sia *idoneo* a essere genitore. Le Sezioni Unite riconoscono che con la sentenza della Corte Costituzionale 79/2022 è venuto meno un ostacolo al riconoscimento dell'adozione in casi particolari come mezzo per riconoscere lo *status filiationis* del figlio che ha instaurato un rapporto di cura e affetti col genitore intenzionale della coppia che ha fatto ricorso alla GPA all'estero. Perché la Corte Costituzionale nella sentenza 79/2022 ha stabilito che con l'adozione in casi particolari il figlio instaura rapporti parentali legali anche con i parenti, fratelli, sorelle, figli, genitori dell'adottante, cosa prima negata dalla legge del 1983.

La sentenza delle Sezioni Unite del 2022 contiene alcune contraddizioni e premesse empiriche palesemente false, o che sarebbero considerate false in base ai requisiti individuati sopra. Dunque, tale sentenza è razionalmente ingiustificata. Prima la Corte dice che vuole condividere l'orientamento della giurisprudenza CEDU e della Corte Costituzionale nel 2021, secondo cui la procedura di riconoscimento dello *status filiationis* deve essere celere e tempestiva, di modo da non lasciare il minore in uno stato di incertezza giuridica per parecchi mesi o anni. Poi afferma che l'adozione in casi particolari, per le ragioni dette sopra, rappresenta il modo migliore per riconoscere lo *status filiationis* del genitore intenzionale. La premessa empirica palesemente falsa è che la trascrizione degli atti di nascita emessi all'estero non tutela il superiore interesse del minore, ma solo gli interessi del/dei genitore/i intenzionale/i e genetico/i che vogliono riconoscere il figlio nato da GPA. Questo è falso perché la trascrizione dell'atto di nascita emesso da autorità straniera tutela tempestivamente ed efficacemente anche il minore, che ha diritto ad aver riconosciuto lo *status filiationis* il prima possibile, in particolare da quando si instaura, al momento della nascita, il rapporto affettivo e di cura tra i genitori anche intenzionali, non solo genetici, e il bambino. Mentre nel caso dell'adozione in casi particolari la procedura è lunga, lenta, complessa e burocratica, come sottolineava l'ordinanza della Cassazione che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, il genitore intenzionale diventa *legalmente* genitore solo al momento in cui la procedura si completa, in cui l'adozione viene riconosciuta, cioè mesi o anni dopo la nascita.

La seconda contraddizione è che non si capisce la differenza tra la trascrizione degli atti di nascita emessi all'estero di una coppia eterosessuale che ha effettuato la fecondazione assistita eterologa, in Spagna ad esempio, cosa ritenuta legalmente possibile in Italia secondo la giurisprudenza, e la trascrizione degli atti di nascita dei figli nati all'estero da GPA. I giudici del Supremo Collegio non la spiegano. In entrambi i casi vi è la necessità di riconoscere un genitore intenzionale, che si prende cura affettivamente del bambino dopo la nascita, poiché nel primo caso vi è un donatore esterno, in genere anonimo, che ha fornito il gamete maschile, nel secondo caso vi è la madre genetica, in genere anonima, che ha fornito l'ovulo e la madre biologica, in genere non anonima, che ha portato avanti la gravidanza. L'anonimità del donatore esterno nella fecondazione assistita eterologa, e la non anonimità della madre biologica nella GPA non sono rilevanti ai fini del riconoscimento del genitore intenzionale nelle due pratiche. In entrambi i casi, non è possibile riconoscere il principio di attribuzione della maternità in base alla filiazione genetica, perché in entrambi i casi il donatore del gamete maschile o femminile è anonimo. Né si può far valere il principio dell'attribuzione della maternità in base al parto perché normalmente la gestante in uno Stato estero non rivuole il bambino che ha consegnato. Le Sezioni Unite non spiegano perché è necessario valutare l'idoneità a essere in concreto genitore del genitore intenzionale nel caso della GPA e non nel caso della fecondazione assistita eterologa. Le Sezioni Unite equiparano la procedura di adozione, nella quale bisogna valutare in concreto l'idoneità dell'adottante, e la nascita, all'estero, di bambini nati da GPA, quando invece le due pratiche sono molto diverse. Nel caso dell'adozione normale, come anche nel caso dell'adozione in casi par-

ticolari, il bambino ha diritto ai migliori genitori adottanti, perchè normalmente vulnerabile e/o traumatizzato dall'essere stato abbandonato o maltrattato. Nel caso della GPA commerciale o solidaristica c'è un micro-abbandono da parte della madre biologica, che non lascia tracce importanti nel bambino, quest'ultimo si era semplicemente abituato alla voce e all'odore della mamma. Il bambino viene subito consegnato alla coppia intenzionale, nella quale in genere il padre, o uno dei padri, è il genitore genetico. Nasce così immediatamente un rapporto di affetti e cura tra i genitori e il bambino nato da GPA all'estero che andrebbe riconosciuto. Il bambino è nato in seguito a un accordo originario tra i genitori intenzionali e la madre biologica, accordo che precede la nascita di molti mesi, accordo originario che sta alla base della gravidanza, senza il quale la gravidanza non ci sarebbe stata, senza il quale la madre biologica non avrebbe iniziato la gravidanza. Dunque la GPA commerciale assomiglia alla fecondazione assistita eterologa o alla procreazione medicalmente assistita, è un progetto di gestazione o di gravidanza che nasce mesi prima della nascita. Non assomiglia all'adozione normale. In secondo luogo, queste coppie, soprattutto eterosessuali, che ricorrono alla GPA commerciale lo fanno perché hanno gravi problemi di sterilità, hanno già provato ad avere figli con l'adozione normale e la procreazione medicalmente assistita. Dunque, è molto probabile che questo bambino, questo figlio, che nasce con la GPA sia molto voluto e desiderato, e dunque sarà molto amato, non c'è bisogno di valutare l'idoneità in concreto del genitore intenzionale, come adottante in casi particolari, così come, del resto, non si valuta l'idoneità del genitore genetico della GPA commerciale di un figlio nato all'estero o l'idoneità del genitore intenzionale di una coppia che ha effettuato all'estero la fecondazione assistita eterologa. Si può presumere. Un'altra premessa empirica falsa è che l'adozione in casi particolari del genitore intenzionale dovrebbe dissuadere le persone dall'effettuare la GPA all'estero, tutelando la dignità della gestante, mentre la trascrizione degli atti di nascita dei figli nati da GPA all'estero agevolerebbe tale pratica. Questo è falso, perché anche con l'adozione in casi particolari non si può tutelare la dignità della gestante, che ha ormai consegnato il bambino, normalmente in cambio di denaro. Queste coppie eterosessuali che ricorrono alla GPA vogliono un figlio da tanto tempo, perciò ricorrono alla GPA all'estero e, dunque, sono disposte a ricorrere, se necessario, all'adozione in casi particolari. Nello stesso modo, non ha alcun senso, c'è una premessa empirica falsa, valutare in concreto, per tutelare il superiore interesse del minore, se esista un rapporto continuativo di cura e affetti tra il genitore non genetico, intenzionale, e il figlio nato da GPA all'estero. Tale rapporto è *in re ipsa*, è scontato: perché altrimenti il genitore intenzionale, come quello genetico, richiederebbe la trascrizione dell'atto di nascita conseguito all'estero in cui anche il genitore intenzionale è indicato come genitore legalmente riconosciuto? Perché mai lo farebbe se vuole abbandonare il bambino e separarsi dal partner? Non ha alcun senso.

Ancora una volta, come sarà chiaro in seguito, la Corte si contraddice. Prima le Sezioni Unite intendono la dignità della gestante, che sarebbe lesa dalla GPA, in termini soggettivi, relativisti, non trascendenti, formali, antipaternalisti, come violazione dell'autonomia e delle scelte libere e consapevoli, non soggette al vincolo di un contratto, della gestante, che dovrebbe avere, concordo, il diritto al ripensamento, il diritto di tenersi il bambino al momento della nascita, una volta che si sia instaurato un rapporto affettivo, un attaccamento affettivo, col bambino. Il consenso dovrebbe essere revocabile. Tale recesso *ad nutum* dal contratto non è normalmente previsto dagli ordinamenti stranieri in cui è ammessa la GPA commerciale, ma sappiamo che sono molto pochi i casi in cui questo problema giuridico è emerso negli Stati Uniti, casi in cui la giurisprudenza statunitense ha negato la revocabilità del consenso. Dunque, in sede di trascrizione degli atti di nascita dei figli nati all'estero da una madre gestante che ha firmato un contratto, si potrebbe valutare se la madre ha manifestato al momento della nascita, e manifesta ancora al momento della trascrizione degli atti di nascita conseguiti all'estero in seguito a GPA commerciale, un ripensamento, un rimpianto, una volontà di tenersi il bambino, e restituire il denaro, cosa che capita secondo le statistiche negli Stati Uniti molto raramente, soprattutto nel momento in cui si è diffusa la gestazione per altri gestazionale, in cui c'è

una terza donna, diversa dalla gestante che porta avanti la gravidanza, che dona l'ovulo, e dunque, non vi è legame genetico tra la gestante e il bambino.

In seguito, la Corte di Cassazione afferma che la dignità va intesa indipendentemente dalla autonomia della gestante, va intesa in modo "oggettivo", cioè assolutista, sostanziale o trascendente, che significa in concreto che usa l'argomento della dignità in modo paternalistico e illiberale, in contrasto con la definizione soggettiva, relativista, non trascendente, formale e antipaternalista data all'inizio. Argomento della dignità cui si aggiunge, nell'argomentazione della Corte, quello della mercificazione, la madre trattata come una incubatrice, e l'argomento dello sfruttamento di donne all'estero in difficoltà economiche. L'argomento della dignità usato dalla Corte è razionalmente ingiustificato, perché affetto, come dirò in seguito, da grande indeterminatezza semantica, cioè la dignità nasconde, dissimula, un altro argomento, che le Sezioni Unite non precisano, e contro il quale ci sono molte obiezioni ragionevoli cui la Corte non risponde. In conclusione, l'adozione in casi particolari, così come modificata dalla Corte Costituzionale nella sentenza 79/2022, e dalle Sezioni Unite nel 2022, è una pratica di riconoscimento del genitore intenzionale, e non genetico, dei figli nati da GPA all'estero punitiva del minore, che non vede riconosciuto il suo *status filiationis* in modo efficace e celere. Né le Sezioni Unite nel 2022 né la Corte cost. nel 2021 spiegano quale dovrebbe essere la procedura, alternativa all'adozione in casi speciali e alla trascrizione degli atti di nascita dei figli nati da GPA all'estero, che dovrebbe tutelare il minore.

Dell'argomento della dignità mi occuperò in seguito, è venuto il momento di occuparsi dell'argomento della mercificazione e dell'argomento dello sfruttamento di persone vulnerabili e in stato di bisogno economico.

Innanzitutto, è molto problematico qualificare la GPA commerciale all'estero come una forma di reale *exploitation*. Il concetto di sfruttamento economico o di *exploitation* ha due caratteristiche (ARNESON 1992a; WERTHEIMER 1996). La prima è approfittare dello stato di necessità, di bisogno, di coercizione di una persona, come un tossicodipendente, un consumatore di stupefacenti che è entrato a far parte della minoranza, in genere il 20-25%, di consumatori compulsivi, che ha bisogno disperatamente di una dose di eroina e che si prostituisce per questo. La seconda caratteristica dell'*exploitation* è che i diritti morali dello sfruttato sono lesi, egli viene mal ricompensato per eseguire una prestazione, come il prostituirsi per pochi dollari per accumulare il denaro necessario per pagare una dose di eroina. Per questa ragione, non è corretto parlare di *exploitation* nel caso di una escort che guadagna, ad esempio, 200-300 euro a prestazione. La prima caratteristica può verificarsi in Paesi in via di sviluppo o poveri, come Messico, Guatemala, Thailandia, Nepal, Grecia, Bielorussia, Cipro, Ucraina. La seconda caratteristica è, invece, assente anche nei Paesi in via di sviluppo o poveri.

Farò due esempi molto chiari. Negli Stati Uniti la GPA commerciale è legale in alcuni stati federali e le statistiche ci dicono che le madri biologiche povere in senso assoluto che effettuano la GPA sono molto poche. Il caso paradigmatico di gestante per altri è una donna che ha già altri figli e fa parte di una famiglia che guadagna tra i 25.000 e i 50.000 dollari. E questa sarebbe la situazione se fosse legalizzata in Europa. Come dicevo non c'è *exploitation* in ogni caso perché anche nei Paesi in via di sviluppo manca la seconda caratteristica. In Ucraina, ad esempio, le cliniche legali prevedono, o meglio prevedevano prima della guerra, un compenso molto elevato, tra i 40.000 e 60.000 euro, di cui 10.000 euro andava alle gestanti, il cui stipendio medio è di 150 euro, dunque una somma pari circa a settanta volte lo stipendio medio. Una somma molto elevata per una madre ucraina, che implica una svolta esistenziale, che è problematico descrivere come *exploitation*. In Thailandia, la "commercial surrogacy", con una società privata che effettua l'intermediazione tra la coppia committente e la gestante, costa tra 50.000 e 65.000 dollari, di cui 12.000-15.000 vanno alla gestante, come compenso e rimborso spese¹. In Thailandia il reddito

¹ <https://bangkokfertilitycenter.com/blog/surrogacy-cost-in-bangkok/>.

medio annuo pro-capite, secondo la World Bank, è di 7.171 dollari nel 2023, dunque il compenso per la gestante thailandese le consente di uscire dalla povertà. «Surrogacy for heterosexual couples is legal in Georgia. Surrogacy prices average €30.000 – €60.000 which include all legal and medical costs as well as compensation for the surrogate»².

Lo stesso negli Stati Uniti. Negli Stati Uniti ci sono due tipi di gestazione per altri commerciale, la *surrogacy firm* e la *independent surrogacy*. La prima costa molto e prevede l'intermediazione, tra i genitori intenzionali e la gestante per altri, di una società privata, che ricava un profitto. Il costo è circa 140.000 dollari, ma può arrivare anche a 200.000, e il compenso per la gestante varia da 30.000 a 70.000 dollari. Una somma considerevole che esclude lo sfruttamento di persone povere o vulnerabili. Il secondo tipo di GPA commerciale non prevede l'intermediazione di una società privata e costa circa 20.000-30.000 dollari che vanno tutti alla gestante. Dunque, non c'è *exploitation* nei casi concreti di GPA commerciale.

Veniamo all'argomento della mercificazione.

3. Argomento della mercificazione contro la gestazione per altri

Nei successivi paragrafi presenterò l'argomento della mercificazione, contro la GPA, e alcune obiezioni fondamentali ad esso irrelate contro la GPA, insieme alle possibili repliche.

3.1. Gli argomenti di Anderson

In questo paragrafo, effettuerò un'analisi degli argomenti soprattutto di Anderson e alcune repliche ad essi. Va detto fin dall'inizio che ritengo che la gestante per altri deve avere il diritto di rescindere il contratto, *ad libitum*, abortendo (entro i limiti previsti dalla legge) o non consegnando il bambino dopo il parto. L'argomento della mercificazione, contro la GPA, afferma che la pratica contrattuale della gestazione per altri tratta i bambini, il corpo delle donne e le loro capacità riproduttive come merci (*commodities*) (cfr. ANDERSON 1990; FABRE 2006; COREA 1985; HOLDER 1985; DUDEN 2003; KEANE 1983; LONGCOPE 1987; RADIN 1987; POSNER 1978; POSNER 1987).

Secondo l'Enciclopedia Treccani merce è «ogni bene economico, in genere prodotto del lavoro umano, in quanto oggetto di contrattazione e di scambio». Secondo il Dizionario di economia e finanza Treccani (2012) «una merce è un bene economico, naturale o tecnicamente prodotto, suscettibile di essere scambiato con altri beni (e si parla in questo caso di baratto), oppure contro denaro all'interno di un mercato». In questo senso generico di merce, diffuso nell'ambito dell'economia, del diritto e della morale, una merce può essere mobile o immobile, può essere viva (un animale) o artificiale, può essere prodotta dall'uomo o essere una materia prima, può essere un oggetto, una cosa, oppure un servizio. Nella letteratura sulla gestazione per altri si adottano definizioni generiche simili. Ad esempio, FABRE (2006) definisce una merce, «a commodity, something the production, exchange, and enjoyment of which can be regulated solely by market norms». Non molto dissimile la definizione di Anderson (1990, 75):

«The modern market can be characterized in terms of the legal and social norms by which it governs the production, exchange, and enjoyment of commodities. To say that something is properly regarded as a commodity is to claim that the norms of the market are appropriate for regulating its production, exchange, and enjoyment. To the extent that moral principles or ethical ideals preclude the application of market norms to a good, we may say that the good is not a (proper) commodity».

² *Surrogacy – costs and countries*. “Fertility Clinic Abroad”. <https://www.fertilityclinicsabroad.com/ivf-costs/surrogacy-costs-and-countries/>.

Dunque, «una merce è un bene la produzione, lo scambio, il godimento, il possesso, l'uso, l'abuso del quale è regolato dalle norme giuridiche e sociali del mercato» (Cfr. MANIACI 2022). Queste definizioni sono semanticamente indeterminate. In particolare,

«possiamo distinguere due sensi di merce, uno debole e uno forte. In base a quello debole, la merce è qualcosa il cui uso, godimento scambio, produzione, compravendita è *limitato* in modo significativo o forte dalle norme giuridiche e sociali, limitato rispetto alle leggi economiche di mercato che regolano la domanda e l'offerta nel mercato capitalista. In questo primo senso, la forza lavoro è una merce, in senso debole a differenza di un telefonino o un televisore, perché i lavoratori dipendenti hanno diritti inalienabili e irrinunciabili, come il diritto alle ferie, al riposo giornaliero o compensativo, alla retribuzione, a un ambiente di lavoro salubre. Allo stesso modo, gli animali domestici possono essere venduti e comprati, ma hanno il diritto di non essere seviziati o uccisi senza necessità, o abbandonati, sono una merce nel senso debole. In certi contesti anche una casa può essere una merce in questo senso debole, perché è soggetta a vincoli di tutela del paesaggio, tutela di beni culturali o archeologici. In un senso forte, la merce è qualcosa il cui uso, godimento scambio, produzione, compravendita *non è limitato* in modo significativo o forte dalle norme giuridiche e sociali del mercato. Ad esempio, io posso non solo vendere, scambiare, godere del mio telefonino o televisore, o dei mobili di casa mia, ma posso anche rovinarli o distruggerli, ho quello che molti autori civilisti contemporanei chiamano *ius utendi et abutendi*» (MANIACI 2022, 145-156).

Il portare avanti la gravidanza è una merce nel primo senso, quello debole, perché la gestante per altri deve avere il diritto di abortire, o di tenersi il bambino, come già detto, dopo il parto, mentre né il corpo del bambino né il corpo della donna sono una merce in nessuno dei due sensi. La coppia che stipula il contratto e che riceve il bambino alla fine della gravidanza non acquisisce il diritto di godere, usare, scambiare liberamente l'utero della gestante per altri, come potrebbe fare con una merce come un telefonino, o con una merce come un animale (Cfr. DAMELIO SORENSON 2008, 271). Anche in contratti in cui vi sono alcuni vincoli d'uso come l'usufrutto, il comodato, il mutuo, il contraente ha un ampio margine di uso e godimento del bene, ad esempio utilizzare come vuole i soldi dati in prestito, disporre liberamente del bene dato in usufrutto o in comodato, salvo l'obbligo di non deteriorarlo. Né il corpo della donna, né il bambino vengono trattati dalla coppia ricevente e intenzionale come merci in nessuno dei due sensi. Come non è una merce il corpo di un operaio o di un babysitter. La coppia intenzionale non acquista un diritto di *proprietà* sul corpo della donna o sul bambino, come accade per gli animali, non trae profitto economico dalla gestazione per altri, né ha il diritto di vendere o sfruttare economicamente il bambino, né ha permanentemente, per un tempo illimitato, il permesso di cedere a terzi il diritto di educarlo, istruirlo e mantenerlo, diritto che sarebbe a sua volta, come nella compravendita, permanentemente cedibile ad altri, come farebbe con un animale, né la gestante per altri, come nella compravendita, si obbliga in senso pienamente giuridico, alla conclusione del contratto, a cedere il diritto di educare, mantenere e istruire il bambino, obbligo che nella compravendita è coercibile mediante esecuzione specifica dell'obbligo o risarcimento del danno, mentre nella GPA non lo è. Non ci sono gli effetti obbligatori né gli effetti reali differiti, cioè l'effetto traslativo del diritto di educare, mantenere e istruire il bambino al momento in cui questi viene ad esistenza, effetti tipici della compravendita di cosa futura. Piuttosto si tratterebbe di un obbligo morale o sociale, come nei debiti di gioco e nelle obbligazioni naturali. Il Codice Civile regola questa fattispecie giuridica con una disposizione di carattere generale, l'art. 2034 c.c., secondo il quale non è ammessa la ripetizione di quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali o sociali, salvo che la prestazione sia stata eseguita da un incapace. Né la coppia intenzionale ha il diritto di godere come vuole del bambino o del corpo o dell'utero della donna. (Sulla problematicità dell'argomento secondo cui la compravendita di bambini è analoga alla gestazione per altri cfr. ARNESON 1992b, 148).

Sarebbe strano interpretare il contratto di gestazione per altri, non come un contratto di lavoro autonomo avente ad oggetto il portare avanti una gravidanza, ma come un contratto di *locazione* di una parte del corpo, l'utero (*a womb for rent*) (BER 2000, 162; O'BRIEN 1986). Nelle altre locazioni, di un immobile, di un'automobile, di uno scooter, il locatario può godere *ad libitum* del bene, tranne distruggerlo o rovinarlo, mentre la coppia ricevente e contraente non acquista il diritto di godere come vuole del bene "utero", anzi è vincolata a un unico fine, la gravidanza.

Se la gestazione per altri fosse un contratto di locazione dell'utero dovremmo considerare tali anche molti contratti di lavoro, dove il datore di lavoro Amazon "loca" le mani e le braccia del lavoratore dipendente che impacchetta i pacchi per otto ore al giorno. Anche nei contratti di locazione in cui c'è un vincolo di uso, immobile destinato a uso abitativo e non commerciale, i diritti di uso e godimento del locatario sono molto più ampi di quelli della coppia committente con l'utero della gestante per altri. La prova definitiva è che colui che acquista il diritto di uso o godimento o abitazione lo acquista per un tempo sempre limitato, e il cedente rimane proprietario o nudo proprietario, cosa che non accade con la gestante per altri. Inoltre, posso locare un'automobile per una notte intera, mentre non ha senso dire che "affitto" una prostituta per tutta la notte. Gli autori normalmente non parlano di *locatio cunni* (*cunnus* in latino è la vulva), mentre vorrebbero parlare di *locatio ventris*.

Uno dei problemi che si pongono è che la gestante per altri è trattata come un mezzo e non come un fine (KRIMMEL 1983). Questo argomento kantiano, così rigidamente interpretato, è notoriamente insostenibile. Primo, perché la gestante per altri è consenziente e se c'è il consenso l'argomento è inapplicabile. Due amanti che trattano l'altro come un mezzo per raggiungere il massimo piacere possibile, cosa fanno di male? Nulla. Secondo, perché lo Stato tratta molte persone come mezzi, e non come fini, ad esempio lo Stato tratta il presunto ladro, il suo non rubare, attraverso la minaccia di una sanzione, come un mezzo per tutelare la proprietà altrui, o tratta come un mezzo una persona ricca quando, cosa che infatti Nozick non condivide, ridistribuisce la sua ricchezza ai più poveri. Anderson sostiene che «Most importantly, it requires us to understand parental rights no longer as trusts but as things more like property rights that is, rights of use and disposal over the things owned» (ANDERSON 1990). Nello stesso senso, Sylviane Agacinski, ne *L'uomo disincarnato* (Cfr. AGACINSKI 2020) afferma che è il ventre delle donne a essere, con la "maternità surrogata", oggetto di compravendita, ed è il diritto al bambino a essere fondamentale, e non più il diritto del bambino a non essere trattato come una proprietà alienabile. In realtà, questo non è vero perché come sostiene Cécile Fabre, la madre biologica o gestante per altri non ha alcun diritto di proprietà sul bambino, e dunque non può trasferirlo a terzi, compresa la coppia intenzionale.

«Applicando una teoria ideale degli interessi, che attribuisce interessi in modo oggettivo, contro le preferenze razionali e libere da pressioni coercitive del titolare degli interessi, teoria dunque che non tiene conto delle reali preferenze autonome delle gestanti per altri, Anderson sostiene che la gestazione per altri comporta una forma di auto-annullamento, di alienazione, di un'ingiusta subordinazione del proprio corpo, della propria salute, della propria vita emozionale (sul concetto di lavoro emozionale HOCHSCHILD 1983; JACKSON 2016) agli altri, alla coppia committente, che secondo Anderson fa parte di una classe più privilegiata» (Cfr. MANIACI 2022, 145-156).

Anderson afferma, inoltre, che l'altruismo delle gestanti per altri implica una mancanza di autostima, di valore di sé. Statisticamente molte gestanti per altri hanno anche motivazioni non economiche, cioè altruiste, partorire un bambino sano per una coppia che non può avere figli. (Cfr. ANDERSON 1990; WHITE 2018).

Replicare è semplice. Se le risorse psichiche, psicofisiche, fisiche, utilizzate da un soggetto sono importanti l'altruismo non è mai fasullo. In questo consiste l'altruismo, anteporre gli interessi altrui ai propri. Farò tre esempi. Pensiamo a due pugili che partecipano a un incontro di

boxe, l'intero incasso del quale sarà devoluto ai bambini di un quartiere povero. «In questo caso, questi pugili subordinano il proprio corpo, la propria salute, la loro vita emozionale agli interessi dei bambini poveri» (MANIACI 2022). Un caso analogo è quello di una sorella che dona un rene al fratello, che è in dialisi e aspetta un trapianto per il quale vi sono lunghe liste di attesa, asportazione di un rene che porta con sé una serie di rischi per la salute del donatore. In questo caso, l'altruismo è più forte, non fasullo. Un altro caso concerne una sorella che accetta la fecondazione assistita eterologa, col seme del marito della sorella che non può avere figli, e accetta di portare avanti la gravidanza per ragioni altruiste nei confronti della sorella, cui consegnerà il bambino per amarlo, educarlo e istruirlo. In tutti questi casi le persone mettono a disposizione il proprio corpo, la propria salute, la propria vita emozionale, per altruismo, che quindi è più forte rispetto al caso di una persona che ottiene un prestito di 1000 euro da un amico, antepo- nendo gli interessi altrui, gli interessi dei bambini poveri, del fratello malato, della sorella infertile ai propri. Anderson afferma che l'altruismo della gestante per altri è fasullo perché manca di autostima. Ma la mancanza di autostima si verifica in centinaia di gesti di altruismo. Una persona che ha una bassa autostima può dedicare parte del proprio tempo al volontariato con bambini disabili. Questo atto accresce la sua autostima, e la sua decisione non è, per ciò solo, una forma di autoannullamento del sé o un altruismo fasullo. Ma si possono fare decine di esempi. Una persona sola, innamorata di qualcuno che non la ama, potrebbe ritrovare la sua autostima partecipando alle attività di un gruppo parrocchiale, oppure occupandosi di un cane abbandonato al canile. Una donna maltrattata dal marito potrebbe ritrovare la propria autostima nel lasciarlo definitivamente. Una fidanzata tradita dal fidanzato potrebbe ritrovare la propria autostima nel tradirlo lei stessa. Una madre con due figli potrebbe subordinare i propri interessi a quelli dei figli, prendendo un cucciolo per i bambini, anche se ciò comporta alcuni sacrifici. «Sono centinaia i casi in cui una persona compie un'azione per sentirsi meglio, o per accrescere la propria autostima, il proprio valore di sé, e non c'è nulla di fasullo, alienante in questo, anche se si antepongono, per accrescere la propria autostima, gli interessi altrui a quelli propri» (MANIACI 2022).

In base alle statistiche negli Stati Uniti il caso paradigmatico di gestante per altri a titolo oneroso è una donna della media borghesia, che vive in una famiglia che guadagna tra 25.000 e 50.000 dollari e che ha sia motivazioni pecuniarie sia motivazioni non pecuniarie (per la frequenza statistica di queste motivazioni, cfr. RAGONNÉ 1994, cap. 2; BATTAGLIA 1995). Prendo in considerazione il caso statunitense perché più facilmente esportabile in Europa, a parte alcune eccezioni, alcuni diritti mancanti nei contratti di GPA negli *Stati Uniti*, come il diritto di tenersi il bambino. Mentre nelle nazioni in via di sviluppo come la Thailandia o l'Ucraina il fattore povertà, come motivazione delle gestanti per altri, è più determinante. Per quanto riguarda il costo del contratto, questo dipende, come già anticipato, se viene stipulato tramite un'agenzia privata (*surrogacy firm*) e allora può costare fino a 140.000-200.000 dollari, di cui 30.000-70.000 dollari è la parte che va alla gestante, mentre un contratto indipendente, senza agenzia (*Independent Surrogacy*) può costare tra 10.000 e 30.000 dollari (<https://www.sensible-surrogacy.com/surrogacy-in-the-united-states>) (sui costi di un contratto di gestazione per altri cfr. BROPHY 1981-82; KEANE 1983; POSNER 1989). Le motivazioni non economiche fondamentali sono tre: la prima, la più importante, rendere felice una coppia che non può avere un bambino. Come dice DURÀAN AYAGO (2020, 50) «La solidaridad está tras muchos de estos embarazos». La seconda, espiare il senso di colpa di un aborto compiuto in giovane età, la terza, svolgere di nuovo il ruolo sociale di madre (per degli affascinanti *insights* in relazione alle motivazioni delle gestanti per altri cfr. RAGONNÉ 1994, cap. 2). Anderson insiste nell'affermare che i contratti di gestazione per altri negli Stati Uniti violano il rispetto della persona. «To respect a person is to treat her in accordance with principles she rationally accepts principles consistent with the protection of her autonomy and her rational interests» (ANDERSON 1990; PARKER 1982).

Condivido, la gestante per altri potrebbe sviluppare un forte attaccamento affettivo nei confronti del bambino durante la gestazione, dunque è importante attribuirle il diritto di non consegnare il bambino subito dopo il parto o di abortire.

«Come da più autori richiesto, Anderson analizza le proposte di modifica della pratica dei contratti di gestazione per altri negli Stati Uniti, cioè eliminare l'intermediazione di enti commerciali, sostituiti da un ufficio pubblico o un'associazione no profit, enti commerciali che potrebbero manipolare le preferenze e le credenze della gestante per altri, ad esempio la preferenza della gestante per altri di tenersi il bambino, di non rinunciare ai diritti sul bambino una volta nato, qualora sorga un attaccamento affettivo» (MANIACI 2022).

Valentina PAZÉ (2023a) relativamente a tali modifiche teoriche muove delle osservazioni interessanti.

Dapprima Pazé afferma che nelle pratiche contrattuali reali non esiste un vero e proprio diritto al ripensamento della gestante, neppure nel Regno Unito, dove è previsto un rimborso spese, e dove tale diritto al ripensamento è formalmente riconosciuto. Tale osservazione non esclude in alcun modo che si possa creare una nuova e giusta pratica contrattuale che preveda un vero diritto al ripensamento, cioè in cui il contratto di gestazione per altri è rescindibile *ad libitum* fino al momento del parto, senza che vi sia alcuna forma di risarcimento o restituzione da parte della gestante del rimborso delle spese mediche sostenute. Ovviamente per tutelare la coppia intenzionale o committente che ha stipulato il contratto, in caso di ripensamento, la gestante deve restituire il prezzo pagato dalla coppia intenzionale. Il fatto che il diritto al ripensamento non sia previsto da nessuna pratica contrattuale in nessun paese non esclude la possibilità di introdurlo, come giusta novità. Le coppie intenzionali avrebbero comunque l'interesse a stipulare tali contratti, perché si tratta dell'unico modo per poter avere un neonato con un legame genetico col padre da educare, mantenere, istruire, amare e perché statisticamente le donne che eserciterebbero il diritto al ripensamento sarebbero una piccola minoranza, perché viceversa perderebbero il compenso, come dimostrato dall'esperienza della pratica contrattuale della *commercial surrogacy* negli Stati Uniti, in Ucraina e in Thailandia. In realtà, tale diritto al ripensamento, tale diritto a rescindere il contratto *ad libitum*, fino al momento dell'esecuzione della prestazione, seguendo una concezione antipaternalista, basata sul valore dell'autonomia individuale, riguarda tutti i contratti stipulati soprattutto con cliniche private o tutte le procedure burocratiche con ospedali pubblici, aventi ad oggetto gli atti di disposizione del proprio corpo o della propria vita importanti e/o irreversibili, come un contratto di eutanasia, aborto, cambiamento di genere sessuale, sterilizzazione volontaria, trapianto di organi, oppure i contratti stipulati con soggetti privati di prostituzione o partecipazione a un film pornografico. Una donna ha ovviamente il diritto di rifiutare l'aborto fino al momento dell'esecuzione della prestazione, dell'interruzione volontaria di gravidanza, nonostante avesse iniziato la procedura burocratica e/o firmato un contratto. L'operatività delle cliniche private è inevitabile, perché negli ospedali pubblici ci sono lunghe liste di attesa per esami e visite della gestante gravida. Per quanto mi renda conto che sia difficile da applicare, la legge dovrebbe prevedere il divieto da parte delle cliniche private di manipolare le preferenze delle, e di indottrinare le, gestanti come accadeva in India, ad esempio con messaggi continui secondo cui il bambino non è della gestante ma dei genitori intenzionali, prima che una legge del 2019 proibisse la *International and commercial surrogacy*. Si potrebbe permettere il marketing e la pubblicità di queste pratiche contrattuali da parte di cliniche private, compresi annunci nei giornali e riviste delle coppie intenzionali che desiderano un figlio. La presenza di un legale e di una psicoterapeuta negli enti no profit è importante per dare alla futura gestante la possibilità di formarsi un consenso perfettamente informato. In base a questa nuova e giusta pratica contrattuale, non si potrebbe imporre alla gestante un dovere di abortire un feto malato, perché la gestante può decidere di tenerlo.

Nonostante queste modifiche Anderson insiste, applicando una teoria ideale degli interessi, secondo cui:

«Nevertheless, as long as the surrogate mother is paid money to bear a child and terminate her parental rights, the commercial norms leading to her degradation still apply. For these norms are constitutive of our understanding of what the surrogate contract is for» (ANDERSON 1990, 89).

L'autrice insiste nell'affermare che tale pratica contrattuale è "degradante", contro le preferenze autonome delle gestanti per altri che, se partecipano alla pratica attuale negli Stati Uniti, a maggior ragione parteciperanno alla pratica dei contratti di gestazione per altri che siano rescindibili *ad libitum*, al momento del parto, o prima tramite l'aborto (diritto di terminare la gravidanza attribuito dalla legge dello Stato di New York, del 2021, *The Child-Parent Security Act* (CPSA)). Questo giudizio di "degradazione", addirittura *costitutivo* della pratica, non corrisponde alle preferenze autonome delle gestanti per altri, che dimostra che Anderson è incoerente, perché dice che sia importate avere rispetto per le preferenze razionali e libere da pressioni coercitive delle donne che fanno da gestanti per altri, ma l'autrice è la prima a non rispettarle. Anderson continua affermando che la pratica commerciale anche modificata sarebbe manipolativa perché:

«A surrogate contract is inherently manipulative, since the very form of the contract invokes commercial norms which, whether upheld by the law or by social custom only, imply that the mother should feel guilty and irresponsible for loving her own child» (ANDERSON 1990, 89).

Anderson afferma che la gestante per altri che dopo il parto non consegnasse il bambino alla coppia intenzionale si sentirebbe in colpa verso i genitori committenti.

Primo, è possibile che la gestante per altri non si senta in colpa, perché ha un carattere forte e pensa che il suo amore per il bambino sia più importante dell'interesse dei genitori sociali. In secondo luogo, nessun adulto ha il diritto-pretesa di essere amato, ben voluto, nessuno tranne forse i bambini ha questo diritto. La madre gestante non ha il diritto di essere ben voluta dalla coppia committente. Il sentirsi in colpa non è un sentimento ostativo al compimento di un atto giuridicamente rilevante. Sono centinaia le situazioni in cui una persona, compiendo qualcosa di legale e moralmente corretto, può sentirsi in colpa, fa parte della vita. Se Tizio rescinde il contratto di lavoro che aveva per un altro molto più remunerato, anche se il datore di lavoro ne soffrirà perché lo trattava come un figlio, Tizio potrebbe sentirsi in colpa per questo. Un dirigente di un'azienda potrebbe sentirsi in colpa perché ha ottenuto una promozione, perché i suoi colleghi sono altrettanto bravi, ma hanno compiuto qualche scorrettezza, e potrebbe sentirsi in colpa per questo perché economicamente i suoi colleghi avevano maggiore bisogno di quella promozione. Una madre può sentirsi in colpa perché non ha regalato un cane al figlio che per il suo compleanno lo desiderava tanto, perché sarebbe stato un sacrificio per lei. Una persona può sentirsi in colpa perché ha abbandonato la moglie per una ragazza più giovane, sentendosi in colpa perché la moglie è molto depressa. Una persona può sentirsi in colpa perché ha abbandonato la famiglia di origine, espatriando all'estero. Una persona potrebbe sentirsi in colpa nei confronti dei genitori perché consuma molta cannabis. Un pugile potrebbe sentirsi in colpa per aver seriamente leso l'occhio sinistro dell'altro pugile, sebbene abbia adempiuto a tutti i doveri del pugilato. Una madre potrebbe sentirsi in colpa perché, ed è un sentimento che non riesce a controllare, preferisce un figlio all'altro. Tutte queste *pressioni affettive*, se non si traducono in molestie, sono perfettamente legali, non viciano il consenso. La sufficiente libertà da pressioni coercitive è uno dei requisiti per un grado sufficiente di autonomia (Sul punto cfr. MANIACI 2020). Tutte queste pressioni affettive non sono pressioni *coercitive*. Il marito ha diritto di lasciare la moglie, ma la moglie ha il diritto di farlo sentire in colpa. Tutti possono legalmente subire pressioni affettive, come un abbandono affettivo, un amore non corrisposto, o essere malvoluti da qualcuno.

In ultima analisi, come abbiamo visto negli Stati Uniti non c'è necessariamente, né frequentemente, una forte relazione di potere tra una gestante per altri povera e una coppia committente ricca. Primo, perché statisticamente in Occidente le gestanti per altri non sono povere in senso assoluto, secondo la definizione dell'Istat. In tal senso, una gestante per altri statunitense potrebbe utilizzare il prezzo della gestazione per altri per acquistare un'automobile nuova, pagare un acconto per una casa nuova, mantenere i figli in università prestigiose e molto costose o pagare un costosissimo intervento chirurgico. Secondo, soltanto il contratto firmato con la *surrogacy agency* costa molto, ma la *independent surrogacy* ha costi molto più contenuti cui può accedere anche la media borghesia, che comunque potrebbe fare un mutuo per pagare la *surrogacy firm*. In terzo luogo, anche se la coppia committente facesse parte spesso di una classe più privilegiata, come capita nei Paesi in via di sviluppo, e come sottolinea PAZÉ (2023a), dove anche alcune donne povere, in relazione al contesto socio-economico occidentale, effettuano la gestazione per altri, non ci sarebbe nulla di male, nessuna relazione di potere maggiore di quella che c'è tra imprenditore e operaio metalmeccanico, avvocato e segretaria, medico e infermiere in un mercato capitalista in Occidente o nei Paesi in via di sviluppo. L'importante è che non ci sia "exploitation", nel senso definito sopra. Relazione di potere del tutto non problematica, salvo che qualcuno abbia ancora nostalgia, dell'alienazione marxista e della dittatura del proletariato.

3.2. *L'argomento della mercificazione contro l'autonomia delle donne*

Nel paragrafo precedente ho argomentato che il portare avanti la gravidanza è regolato da un contratto di lavoro autonomo, è una merce in senso debole, mentre né il corpo del bambino né il corpo della madre sono una merce, né la coppia committente acquista un diritto di proprietà o di locazione su entrambi. Ho inoltre argomentato *contra* Anderson. Vediamo un'altra obiezione contro la GPA. Se la fertilità e la fecondità della donna, il portare avanti una gravidanza, non può essere oggetto di contrattazione, si utilizza il concetto di mercificazione contro l'autonomia delle donne, cioè il diritto delle donne di vivere la propria vita secondo i propri principi e valori, secondo le proprie concezioni filosofiche, morali, religiose, purché non danneggino terzi. La donna non avrebbe il diritto di mercificare il portare avanti la gravidanza, proprio come una prostituta non avrebbe il diritto di fornire prestazioni sessuali a pagamento. Quale sarebbe la *ratio* di tale obbligo di non mercificazione contro l'autonomia delle donne? Non essendoci veri danni a terzi, una prima possibilità è che il concetto di mercificazione nasconda un argomento perfezionista, cioè le persone non possono trattare la propria forza/lavoro come una merce, anche se lo desiderano in modo autonomo, cioè in condizioni di razionalità, capacità di intendere e volere, conoscenza dei fatti rilevanti, sufficiente libertà da pressioni coercitive, stabilità nel tempo dei desideri.

Perché se il soggetto tratta il portare avanti una gravidanza (anche) come una merce significa che il soggetto non segue un modello di perfezione morale, un modello di virtù, perché sarebbe una persona (almeno parzialmente) avida o una persona (almeno parzialmente) materialista, principalmente attaccata al godimento di beni terreni e materiali (sembra utilizzare questo argomento, con un certo disprezzo per le donne che desiderano portare avanti una gravidanza dietro un corrispettivo in denaro, Lieber: «In the commercial surrogacy context, the surrogate usually creates a child not because she wants to be magnanimous, but because she wants to earn the fee» (LIEBER 1992-1993, 213).

In realtà, le statistiche ci dicono che la stragrande maggioranza di donne che si offre per la gestazione per altri ha anche motivazioni altruiste, cioè *donare* un bambino a una coppia che non può averne, o motivazioni non pecuniarie, come il senso di colpa di aver avuto un aborto o il desiderio di ottenere il riconoscimento sociale delle donne incinte (FABRE 2006, 199 s.).

Le interviste di alcune donne che hanno effettuato la gestazione per altri sono piuttosto chiare.

«Io non lo faccio per soldi [...], Lo faccio perché voglio rendere felici le famiglie», (Janie, Gran Bretagna). [...]

“Il mio corpo è una macchina perfetta per procreare, Perché non dovrei usarlo per aiutare la mia famiglia a vivere in condizioni migliori e allo stesso tempo rendere felice una coppia?” (Natasha, Ucraina alla quarta gravidanza). [...]

“Sembra strano per chi non lo prova, lo so, ma non li ho mai considerati miei figli, e non ho mai pensato di tenerli [...] Tutt’ora i genitori di Kennedy e Ben mi ringraziano, quando parliamo dei loro figli, ma sono io che ringrazio loro perché mi hanno permesso di farlo, mi hanno concesso di partecipare al loro sogno!” (Julia, Canada). [...]

“Lì ho deciso che avrei fatto anch’io, perché dentro di me c’è da sempre uno spirito di servizio [...] volevo fare qualcosa di grande, di unico per qualcun altro” (Victoria, Texas)» (MARCHI 2017, 62, 75, 87, 90, 198 s.).

PAZÉ (2023a), tuttavia, ritiene, senza argomentare bene perché, che tali dichiarazioni o motivazioni siano frutto di autoinganno, mistificazione, ipocrisia. Si tratta di una riedizione della falsa coscienza marxista, concetto notoriamente infalsificabile e inverificabile, a differenza di quello di violenza epistemica, che vedremo in seguito. In ogni caso, credo che spesso le persone si autoingannino perché non riescono ad accettare alcune semplici verità che riguardano il rapporto di amore/odio verso i genitori, fratelli, figli, partner. Più difficile secondo me, che si ingannino in modo così plateale sulle motivazioni per effettuare una gestazione per altri, perché quest’ultima non è una scelta molto dolorosa come quella di accettare le componenti di ostilità nei confronti del partner o dei genitori. La sofferenza di abbandonare il bambino è compensata, verosimilmente, da motivazioni economiche, altruistiche e dall’impossibilità della gestante, per ragioni psicologiche e socio-economiche, di educare e crescere un altro figlio.

Bisogna comunque ammettere che se vi fossero *solo* motivazioni altruiste, lo farebbero gratis. In conclusione, ecco la replica all’obiezione, non si può imporre una virtù con la forza, non si può imporre con la sanzione a una persona di non essere (anche) avida o materialista, né si può imporre con la forza l’adempimento *genuino* di un dovere morale di non essere avidi. Altra possibilità è che una persona non possa mercificare il portare avanti una gravidanza, anche se lo desidera, perché mercificare la gravidanza è indegno, offende la propria dignità, o è indecente, degradante. Ma “dignità”, come “degrado o indecenza”, è un concetto quasi vuoto, significa uguale considerazione e rispetto, la persona in questione mercificando la propria gravidanza non rispetterebbe sé stessa, comportandosi in modo indegno. Tale concetto di dignità o degrado nasconde, essendo affetto da grave indeterminatezza semantica, o, di nuovo, un argomento perfezionista, o un argomento teologico (Dio non vuole che le donne si prostituiscano o effettuino la gestazione per altri), argomento teologico basato su assunzioni metafisico-trasendenti, cioè assunzioni totalmente arbitrarie, inverificabili o infalsificabili, o un argomento utilitarista-organicista (i genitori e i parenti della persona in questione X soffrirebbero psicologicamente ovvero romperebbero ogni legame affettivo, sociale, ed economico con la gestante per altri X, se sapessero che X si prostituisce o stipula un contratto di gestazione per altri), argomento incoerente perché una persona può realizzare i medesimi risultati nuotando in acque pericolose in ci sono stati avvistati squali pericolosi, praticando sport estremi, consumando grandi quantità di alcol, fumando due pacchetti di sigarette al giorno, praticando la boxe o il wrestling, praticando molto spesso sesso non protetto, espatriando all’estero, facendo l’eremita in una grotta, abbandonando la famiglia di origine, dicendo ai genitori che li odia. Come abbiamo visto, molte donne che firmano questi contratti hanno non solo motivazioni pecuniarie, ma spesso motivazioni altruistiche o di altro genere (ARNESON 1992b, 154). Perché non tenere conto delle preferenze delle donne razionali e

libere da pressioni coercitive, preferenze realmente esistenti sulla gestazione per altri? Salvo ritenere che vi sia una forma di violenza epistemica (Cfr. MANIACI 2020, cap. II-IV), una forte disuguaglianza di genere, un senso profondo di inferiorità delle donne verso gli uomini, che viene interiorizzato fin da piccole, per cui una donna diventa una schiava sessuale per realizzare il sogno di sottomettersi alla supremazia del maschio e ai desideri maschili.

Violenza epistemica che poteva esserci nell'Ottocento o nei primi ottanta anni del Novecento, ma non oggi in Occidente. A differenza dell'Ottocento e dei primi ottanta anni del Novecento non ci sono in Europa occidentale discriminazioni giuridiche significative. Resta qualche norma poco significativa, ad esempio quella che consente alla moglie di prendere il cognome del marito, ma non viceversa. In secondo luogo, non ci sono forti disuguaglianze socio-economiche, perché il "gender gap", la differenza tra la retribuzione oraria lorda degli uomini e delle donne, è circa il 15% in favore degli uomini, ma il trend è quello della sua progressiva riduzione ed eliminazione. Siamo in un periodo di transizione, di crisi del patriarcato, ma in Europa oggi nella stragrande maggioranza dei casi le donne non vengono educate alla sottomissione ai desideri, al potere e alla violenza maschile. Ci sono ancora livelli troppo elevati di violenza fisica, sessuale e di femmicidi contro le donne, che sono circa centoventi l'anno in Italia. Ci sono, soprattutto in Sud Europa ancora leggi insufficienti che non rendono facile per le donne l'alternanza maternità-lavoro. Queste leggi che non garantiscono l'alternanza famiglia-lavoro, attraverso ad esempio un numero di asili nido pubblici sufficienti, rendono possibile il cosiddetto, in letteratura, tetto di cristallo, cioè la difficoltà delle donne di raggiungere livelli dirigenziali elevati nell'ambito del lavoro privato e pubblico. Secondo il documento *Women in Business* del 2024 di Grant Thornton le donne manager in Italia rappresentano nel 2023 il 36% e vi è un aumento costante delle donne manager, dell'1% all'anno, dunque si arriverà alla parità tra quattordici anni. Ma non ha senso parlare di una segregazione verticale e orizzontale delle donne nel lavoro dipendente da un paradigma ancora patriarcale, perché se ci fosse ancora un paradigma patriarcale sarebbe inconcepibile spiegare gli elevati rendimenti scolastici e soprattutto universitari delle donne, spesso migliori di quelli maschili. Per quanto riguarda i Paesi in via di sviluppo, la violenza epistemica non può essere considerata un vizio della volontà, una pressione coercitiva nei casi di gestazione per altri e di prostituzione. Per quanto concerne la prostituzione, alcune donne, nei Paesi in via di sviluppo, si prostituiscono per fuggire dalla povertà assoluta, dunque la prostituzione non si può vietare, anche se c'è sfruttamento economico. Inoltre l'educazione maschilista ricevuta induce le donne a sottomettersi, e essere fedeli e ubbidienti, al padre o al marito, non a diventare prostitute. A ciò bisogna aggiungere che se viene considerato "sesso forzato" quello della prostituta col cliente, a causa della violenza epistemica, allora lo sarebbero anche gli altri rapporti sessuali o i matrimoni.

Per quanto riguarda la gestazione per altri non c'è alcuna sottomissione a un maschio Alpha, perché normalmente la gestante per altri consegna il bambino, in genere per una somma di denaro consistente, alla coppia eterosessuale committente, di cui la madre intenzionale è parte integrante.

3.3. Altre obiezioni finali

SATZ (1992, 107) sostiene che «reproductive labor is more "integral" to [a woman's] identity than her other productive capacities». In realtà, vi sono attività molto importanti per la vita di una persona ed essenziali per la sua identità, che possono essere oggetto di mercificazione, dunque, perché non può esserlo anche il portare avanti una gravidanza da parte di una donna che lo desidera? Pensiamo alle attività delle figure di accudimento, come un badante, un infermiere o una babysitter, a cui molte persone affidano lo svolgimento di attività importanti come il prendersi cura dei figli o dei genitori anziani e ammalati. Lo stesso vale per una psicoterapia con tutti i rischi di transfert e controtransfert. Molte persone raccontano i loro sogni, i loro segreti, la

propria infanzia a terapeuti che sono pagati per farlo, con i quali spesso sorge una relazione di transfert, una relazione affettiva significativa. Ciò implica che il pagamento di un corrispettivo in denaro non esclude l'instaurarsi di una relazione affettiva o di una relazione essenziale per l'identità del soggetto. Lo stesso vale per gli officianti celebrazioni religiose o i missionari in Africa il cui credo religioso è parte essenziale della loro identità, il cui lavoro non è un "lavoro", ma una missione. Pazé insiste, con Anderson, che la logica del dono esclude la contrattualizzazione, ma non è così. Come dice Fabre, ci sono varie attività che sono svolte per denaro, ma anche per ragioni altruistiche, come l'amore per il prossimo, come accade a un importante chirurgo, che si identifica fortemente col suo lavoro, e che viene pagato per salvare vite umane. Il fatto che vi siano motivazioni pecuniarie non esclude le ragioni altruistiche o identitarie. Lo stesso vale per la gestazione per altri.

«È difficile sostenere che l'attività di accudimento di una babysitter sia meno importante del portare avanti una gravidanza. In entrambi i casi, soprattutto per bambini piccoli, il comportamento della figura di accudimento può cagionare gravi danni al bambino, come una donna che beve alcol o fuma sigarette di tabacco durante la gravidanza, o una babysitter che traumatizza il bambino con maltrattamenti di vario genere. Il portare avanti la gravidanza implica una contiguità chimico-fisica col bambino che sta nascendo, che all'inizio, e fino a un certo momento della gravidanza, è anche difficile separare come individuo dal corpo della madre. Ciò accade perché il feto e la madre si nutrono dello stesso cibo, respirano lo stesso ossigeno, condividono lo stesso sangue, maggiore contiguità che ha delle implicazioni fisiche, corporee, come una sensazione di nausea, o dolore, o di movimento del bambino, o una fame irresistibile di qualcosa» (MANIACI 2022, 155; Cfr. SATZ 1992, 114. FABRE 2006, 200. POZZOLO 2016a, 60).

«Women's wombs don't walk around separate from the woman. To be pregnant is a wholebody experience [...]. At birth, babies recognize their mother's voices [...]. In pregnancy, babies are living in the rhythms of the mother's day – new-born, for example, tend to wake up at what was the moment in which the mother wakes up» (ROTHMAN 2014, 36).

Al di là di queste sensazioni fisiche o corporee, la gestante è una figura di accudimento che ha obblighi simili, e gli stessi poteri di far del male al bambino, di una babysitter o di un badante. Allo stesso modo, soprattutto nel caso di babysitter o badanti a tempo pieno, mattina e pomeriggio, di bambini piccoli, sorge spesso tra la figura di accudimento e la figura accudita una relazione affettiva, molti bambini si affezionano fortemente alla figura di accudimento dei primi anni e la ricordano per tutta la vita. Dunque, il fatto che un'attività sia oggetto di mercificazione non impedisce il formarsi di una relazione affettiva o essenziale per l'identità della persona, anche molto forte, né esclude motivazioni altruistiche, e il ruolo della babysitter a tempo pieno, soprattutto nei primi anni, è altrettanto importante per un bambino del ruolo di chi lo ha portato in grembo e partorito.

Questa ossessione per la "sacralità" del corpo della donna, che non potrebbe prostituirsi, o portare avanti una gravidanza per conto di un'altra coppia che non può avere figli, è anomala rispetto a tutte le attività che possono essere mercificate. Non si comprende perché la sessualità o la fecondità, o la gravidanza, attività psicofisiche o psicobiologiche, siano diverse in modo rilevante da altre attività che possono essere oggetto di contrattazione. In questo senso, non si comprende perché un'attività intellettuale, parte dell'identità essenziale del soggetto come un filosofo di professione, o l'attività di accudimento di una babysitter dovrebbe essere meno sacra di un'attività sessuale, della prostituta, o di un'attività psicobiologica, come quella di condurre una gravidanza per conto di altri.

Infine, Valentina PAZÉ (2023a, 2023b) elabora una obiezione contro la GPA commerciale, una variante dell'argomento della mercificazione, secondo cui così come tuteliamo l'indisponibilità dei drit-

ti dei lavoratori, al riposo giornaliero o compensativo, alle ferie, a turni di lavoro non usuranti, alla retribuzione, a un ambiente di lavoro salubre, perché vulnerabili, sottraendo tali diritti dalla logica della contrattazione del mercato, allo stesso modo dobbiamo tutelare l'indisponibilità del diritto delle gestanti a non stipulare un contratto di gestazione per altri, perché vulnerabili. L'analogia di Pazé non funziona. La vulnerabilità non c'entra nulla. La ragione dell'indisponibilità dei diritti dei lavoratori sopra elencati dipende dal fatto che se tali diritti fossero disponibili, liberamente negoziabili nel mercato capitalistico, allora i datori di lavoro potrebbero esercitare, e probabilmente eserciterebbero, pressioni coercitive, minacce di licenziamento, di delocalizzazione, di riduzione della produzione, che li inducano a rinunciare, de iure o de facto, a tali diritti. E la sufficiente libertà da pressioni coercitive è uno dei requisiti per un grado sufficiente di autonomia. Nel caso della gestazione per altri, chi dovrebbe, di grazia, esercitare tali pressioni coercitive? Armate di possibili genitori intenzionali? Cliniche private? Come abbiamo visto le uniche pressioni coercitive, minacce di non stipulare il contratto di GPA, di non pagare il prezzo del contratto di GPA, che potrebbero indurre le gestanti per altri a stipulare contratti contro la loro volontà, contro le preferenze autonome della maggioranza delle gestanti per altri, sono le pressioni del mercato dirette a impedire l'inserimento di una clausola di rescindibilità, clausola che dovrebbe essere prevista per legge, nel contratto di GPA, abortendo o tenendosi il bambino alla fine della gravidanza, al momento del parto.

4. *L'argomento della dignità umana*

Affermazioni come «la legalizzazione della gestazione per altri è contraria alla dignità della gestante» sono, come abbiamo visto, molto diffuse in dottrina e soprattutto in giurisprudenza. Una volta specificato in cosa consista la «dignità» l'argomento utilizzato si rivela o affetto da *petitio principii*, oppure parassitario, perché presuppone verosimilmente, nella sua grave indeterminatezza, o il principio del danno a terzi o l'argomento dell'autonomia individuale, nel caso in cui la dignità sia intesa in modo liberale e antipaternalista, oppure presuppone, se inteso in chiave paternalista, l'argomento teologico o quello utilitarista/organicista, o quello perfezionista³.

Vediamo perché.

Innanzitutto, praticamente tutti gli autori concordano che si tratta di un concetto che ha un grado di indeterminatezza molto elevato, indeterminatezza declinata, a sua volta, nei modi più diversi e spesso privi di rigore analitico. “Dignità” è – si afferma – concetto vago, controverso, profondamente ambiguo, intrinsecamente incerto (Champeil-Desplats, Hassemer, Jorion, Maestri, Resta, Ruggeri-Spadaro, Pirozzoli), un concetto morale e giuridico che non avrebbe eguali per la variabilità dei suoi confini, un concetto impalpabile per la sua capacità di racchiudere in sé innumerevoli e indefiniti contenuti (Pirozzoli), dal carattere solenne, trascendente e a vocazione egemonica (Jorion, Pirozzoli), che trova applicazione nei casi più disparati, sufficientemente indeterminato per inglobare i diritti più vari, insuscettibile di qualunque *reificazione* giuridica seria (Moutouh), un concetto quasi impossibile da definire in astratto, a tal punto che potremmo soltanto enumerare i differenti diritti che esso giustifica (Pirozzoli, Jorion)⁴.

³ Molto più netto è Hassemer. «È scoraggiante studiare le discussioni sulla dignità umana [...]. Si impone l'impressione che esso venga piegato all'interesse strategico di chi argomenta, che la sua forza persuasiva venga irrigidita, messa a servizio e consumata all'interno di catene argomentative che senza il riferimento alla dignità umana sarebbero piuttosto deboli [...]. La diffusa strategia a rafforzare argomenti deboli con il soffio vitale di un principio come è quello della dignità umana potrebbe spiegare la tendenza altrettanto diffusa a non lavorare argomentativamente con tale principio un passo alla volta, quanto piuttosto a metterlo sul campo di battaglia, e poi lasciarlo là lavorare da solo. [...] Chi si limita a enunciare diligentemente il principio della dignità umana, e, poi, a derivare il suo risultato da essa, non ha fatto il suo dovere argomentativo» (HASSEMER 2007, 62. Nello stesso senso, JORION 1999, 220). Un uso dogmatico dell'argomento della dignità dell'uomo è effettuato da SGRECCIA 2012, 362, 379.

⁴ Cfr. CHAMPEIL-DESPLATS 2007, 14 ss.; HASSEMER 2007, 57 ss.; JORION 1999, 215 ss.; MAESTRI 2009, 516; RESTA

In secondo luogo,

«dignità è nozione che può avere una forte carica emancipatoria, anche e soprattutto nel senso del rafforzamento dei diritti sociali degli individui⁵, ma che nello stesso tempo può essere impiegata con argomentazioni apodittiche per determinare una pesante restrizione dei diritti di libertà altrui. [...] Dignità [...] è strumento che può essere utilizzato per ampliare la sfera di autonomia degli individui⁶ e per precostituire le condizioni minime per una libera costruzione dell'identità, ma che può anche tradursi nella surrettizia imposizione di modelli valoriali dominanti, a scapito del pluralismo e della diversità»⁷.

Un principio addirittura potenzialmente “liberticida”, lo definisce Jorion, nella sua vocazione egemonica⁸. Dove alberga il pericolo per la libertà altrui?

Innanzitutto, si tratta di un argomento che si presta facilmente a essere utilizzato per giustificare politiche paternaliste, se non peggio autoritarie, soprattutto nel dibattito bioetico. Basta affermare, infatti, che lo svolgimento di determinate attività (praticare il sesso orale, abortire, consumare pornografia, usare anticoncezionali) va proibito perché indegno. Come dice Jorion, «possiamo chiederci in quale misura avrebbe potuto essere rimproverato a Picasso, Schiele, Bacon di attentare, nella loro rappresentazione dell'essere umano, alla sua dignità». «Chaque époque a ses contempteurs d'un art dégénéré»⁹.

In secondo luogo, non soltanto si tratta di un valore spesso “costituzionalizzato” in Occidente, che la Costituzione tedesca considera *intangibile*, ma di un valore parte integrante della *koiné* argomentativa contemporanea, a livello costituzionalistico, legislativo, giurisprudenziale, filosofico-giuridico e politico. Si assiste, in altri termini, a una valanga, inarrestabile, di convenzioni internazionali, leggi e sentenze nei sistemi giuridici occidentali che sempre più spesso, nei contesti giuridici più diversi, fanno riferimento alla tutela della dignità umana¹⁰.

In terzo luogo, e ciò non è un aspetto di poco conto, la dignità funziona spesso come

«un argomento *knock-down* in grado di chiudere la discussione in partenza, sbarrando la strada a ogni ulteriore sforzo argomentativo (...). Un concetto cui si fa, cioè, frequente appello – nelle conversazioni morali ordinarie, nei documenti internazionali, nelle pratiche argomentative dei giudici (non solo nazionali), nel lessico dottrinale, nelle discussioni parlamentari e nella prassi legislativa corrente – nel ruolo di *conversation stopper*: cioè alla stregua di una “ragione escludente”, che risolve ogni questione e non tollera ulteriori discussioni»¹¹.

«Un argomento mitico, un argomento capace di chiudere una discussione, ma anche il progredi-

2002, 825 ss.; RUGGERI, SPADARO, 1991, 347; PIROZZOLI 2007, 324; MOUTOUH 1999, 160. Sul tema della dignità cfr. anche la parte monografica del n. 38, 2012, di «Ragion Pratica» a cura di P. Becchi, F. Belvisi, V. Pacillo.

⁵ Tra i tanti diritti fondamentali consacrati o giustificati dal rispetto del principio della dignità umana B. Jorion cita, con riferimento soprattutto alla legislazione e giurisprudenza francese, il diritto a non subire trattamenti degradanti e umilianti, a non subire torture, il diritto allo sviluppo della propria personalità, il diritto ad un'abitazione decente, il diritto ad una retribuzione equa, il diritto a condizioni di lavoro dignitose, ecc. (Jorion 1999, 218 ss., 222 ss).

⁶ Allo stesso modo, Moutouh cita numerose categorie di individui che hanno beneficiato, attraverso l'applicazione di leggi e di sentenze nel sistema giuridico francese, della protezione di determinati diritti in base al principio della dignità umana, ad esempio persone malate, soprattutto di AIDS, lavoratori subordinati, bambini, stranieri, ma in generale persone socialmente ed economicamente sfavorite (cfr. MOUTOUTH 1999, 174 ss). Nello stesso senso v. RESTA 2002, 825 ss.

⁷ RESTA 2002, 825-828.

⁸ JORION 1999, 224.

⁹ JORION 1999, 228.

¹⁰ Cfr. JORION 1999, 208 ss.; MOUTOUH 1999, 168 ss.; RESTA 2002, 819 ss.

¹¹ TESAURO 2011. Nello stesso senso SIMON 2000, 39 ss.

re della ricerca circa un fatto, una vicenda, un contesto»¹². Spesso, infatti, il principio della dignità umana è considerato intangibile, assoluto, inderogabile, non assoggettabile ad alcun bilanciamento, o meglio un principio che prevale sempre, in ogni caso di conflitto con altri principi anche di rango costituzionale¹³.

Data la diffusione e l'importanza assunta dall'argomento della dignità dell'uomo, nell'ambito del diritto e dell'ideologia dei giudici e dei giuristi occidentali, molti autori concordano sul fatto che non è opportuno, o non è *più possibile*, rinunciare, in ogni argomentazione morale o giuridica, a questo strumento, ma allo stesso tempo concordano sulla necessità di individuare alcuni correttivi importanti. Come dice Hassemer,

«l'attuale approccio argomentativo al principio della dignità umana (...) è molto pericoloso, non da ultimo per la buona salute del principio stesso. Questo però non significa che si debba rinunciare a questo approccio, significa che lo si deve mettere all'opera con più accuratezza»¹⁴.

Il correttivo più importante è darne un'interpretazione non assolutista, trascendente, ma antipaternalista¹⁵. Che significa interpretare questo principio in modo antipaternalista, come accade nella famosa sentenza della Corte di Cassazione italiana del 2007 detta "Englaro"¹⁶?

Bisogna, innanzitutto, distinguere due livelli di applicazione del principio della dignità umana. Per ciò che concerne le interferenze dello Stato nella libertà degli individui di compiere azioni che cagionano un danno a terzi, possiamo affermare che tutti gli esseri umani hanno la stessa dignità, hanno diritto a una uguale considerazione e rispetto. Ad esempio, hanno diritto a non essere torturati, a non subire trattamenti umilianti e degradanti, anche quando si trovino in condizioni di grave restrizione della libertà personale, essendo stati condannati a una pena detentiva per crimini atroci, come stupro o omicidio. O ancora diritto a non subire molestie sessuali, gravi discriminazioni (a causa del genere, delle preferenze sessuali, del colore della pelle), diritto a condizioni di lavoro salubri, a retribuzioni accettabili, alla privacy. In tutti questi casi, infatti, si tratta di tutelare la libertà di ciascuno dalle aggressioni di terzi, in pieno accordo con il *Principio del danno* di Mill e con una dottrina antipaternalista. Si tratta, cioè, di proteggere le persone dai danni (fisici, psicofisici, economici, ecc.) che gli altri possono cagionare loro. Quanto detto implica che la tesi secondo la quale ci sono "vite", ad esempio di persone in coma reversibile o affette da gravi disturbi di personalità, che non sono, in linea di principio, degne di essere vissute, è inaccettabile¹⁷.

¹² VINCENTI 2009, 107 s.

¹³ Cfr. CHAMPEIL-DESPLATS 2007, 17 ss. La letteratura sul bilanciamento è molto vasta. Cfr. ALEINIKOFF, 1987; ALEXU 2001; ATIENZA, RUIZ MANERO 1996; BARBERIS 2003; CHAMPEIL-DESPLATS 2002; DWORKIN, 1977; GIANFORMAGGIO 1985; GUASTINI 1998, 230; GUASTINI 2004; MANIACI 2005; PINO 2007; TROPER 2007.

¹⁴ HASSEMER 2007, 58. Nella medesima direzione JORION 1999, 232.

¹⁵ JORION 1999, 232. Anche se l'autore non parla esplicitamente di paternalismo o di antipaternalismo, Jorion conosce bene la differenza tra una concezione antipaternalista, individualista della dignità e una concezione paternalista, da lui denominata assolutista, trascendente, sostanziale: «Si la dignité est conçue comme un des attributs de la liberté, l'homme peut revendiquer le respect de sa dignité contre toute atteinte, mais sa dignité ne peut lui être opposée pour restreindre sa liberté. Parce qu'il est libre de définir ce qui est bon pour lui. (...) Si la liberté est un des attributs de la dignité, l'invocation de la dignité de l'homme peut servir à limiter sa liberté (218) [...] Il ne s'agit plus d'un droit reconnu à l'individu, mais ce pourrait être un *droit contre l'individu*» (JORION 1999, 218, 231).

¹⁶ «Certamente non ci si deve permettere, neppure ed anzi a maggior ragione per chi sia incapace o abbia minorazioni, di distinguere tra vite degne e non degne di essere vissute [...]. Il diritto del singolo alla salute [...] implica il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di *dignità umana* propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire» (Cassazione civile n. 21748 del 16/10/2007, corsivo mio).

¹⁷ Concorda in merito D'AGOSTINO 1998, 213.

Quando si tratta, dunque, di proteggere gli individui, soprattutto quelli più deboli e svantaggiati, dalle aggressioni e dalle interferenze degli altri, (1) nell'ipotesi in cui la volontà libera e razionale dell'individuo possa essere accertata e sia contraria all'interferenza medesima, oppure (2) nell'*impossibilità* che questa volontà (anche con dichiarazioni o comportamenti antecedenti) possa essere accertata, l'argomento della dignità umana può rivelarsi utile. Ma solo in presenza di due condizioni. La prima è che esso venga utilizzato per colmare una lacuna legislativa o regolamentare all'interno di un dato sistema giuridico. La seconda condizione è che venga, in ogni caso, specificato in che cosa consista la dignità lesa, quale *danno* in concreto una certa condotta provochi (ad esempio nel caso della tortura, si tratta di una *grave* interferenza nella sfera corporea, interferenza non voluta dalla vittima, grave in quanto cagioni un grave stress o una grave sofferenza psicologica, sebbene non necessariamente un danno fisico o psicofisico permanente). In particolare, con riguardo ai danni che gli altri possono cagionare a un individuo, contro la sua volontà (vera o presunta tale), è corretto, secondo me, affermare che la dignità umana contiene un nucleo *universale*, un grado minimo di rispetto che è dovuto a tutti gli uomini, in quanto esseri umani, anche ai peggiori assassini o stupratori.

Diverso è il caso delle interferenze dello Stato o della comunità nella libertà di un agente di compiere azioni che cagionano un danno (ad esempio fisico, psicofisico, economico) soltanto all'agente stesso (*e non a terzi*), o che non cagionano danni neppure all'agente stesso, come nel caso della prostituzione o della gestazione per altri. In quest'ultima ipotesi, in base ad un'interpretazione antipaternalista, si dovrebbe affermare che ciascuno stabilisce da sé, e per sé medesimo, non per gli altri, se e fino a che punto una determinata azione, come prostituirsi, richiedere il suicidio assistito, stipulare un contratto di gestazione per altri, sia *degn*a di essere compiuta. Viceversa il principio della dignità umana svelerebbe tutto il suo volto liberticida e autoritario, tipico dello Stato etico. Ad esempio, una persona potrebbe legittimamente affermare che qualora si trovasse in stato vegetativo permanente da 5 anni la *sua* vita non sarebbe più degna di essere vissuta, ma questo solo in base ai suoi valori o ideali¹⁸.

Le conseguenze logiche di quanto detto si applicano perfettamente al dibattito paternalismo/antipaternalismo, cioè quando si discute se sia giusto consentire a una persona adulta, libera da coazione e razionale di cagionare un danno fisico o psicofisico o economico a se stessa, e solo a se stessa, o di compiere un'azione che non cagiona alcun danno all'agente, ma è considerata immorale e degradante da altre persone, come prostituirsi o stipulare un contratto da gestante per altri. In queste ipotesi, l'argomento della dignità umana si rivela razionalmente insufficiente, oltre che pericoloso. Dato che dignità è un concetto molto controverso e affetto da grave indeterminatezza semantica, l'uso di questo argomento presuppone, verosimilmente, uno degli altri argomenti, ad esempio quello perfezionista o teologico, impedendo, tuttavia, che il *vero* argomento, qualunque esso sia, venga esplicitato, discusso. Infatti, se affermo che lo Stato può impedire, con la forza, all'agente di consumare eroina perché ciò lede la sua dignità di uomo, ciò significa che l'agente lede quella particolare forma di considerazione e rispetto che lui deve a sé stesso. Non rileva, infatti, nel dibattito paternalismo/antipaternalismo, il rispetto che deve agli *altri*, in quanto esseri umani, perché non sta cagionando (per ipotesi) danni fisici, psicofisici o economici a nessun altro (ovvero tali danni non sono direttamente rilevanti ai fini di un argomento paternalista). L'agente, consumando eroina, non avrebbe *rispetto di sé*, lederebbe il suo bene. Ma perché? Perché, appunto, farebbe parte del rispetto che ciascuno deve a sé stesso, del suo bene, rispettare la volontà divina (argomento teologico), non far soffrire i genitori o non spezzare i legami affettivi, sociali, economici con parenti e amici o con la maggioranza della comunità che considera la sua azione immorale (argomento utilitarista/organicista) oppure coltivare certe virtù (argomento perfezionista). Nel

¹⁸ Questa è, infatti, la concezione che alcuni giudici e giuristi chiamano *personalista* sia del diritto alla salute sia della dignità umana. Cfr. CHAMPEIL-DESPLATS 2007, 20.

caso della gestazione per altri, come abbiamo visto, le virtù in gioco sono il non essere avidi, materialisti e attaccati ai beni terreni. Se mi limito ad affermare, apoditticamente, che il consumare eroina lede il rispetto che ciascuno deve a sé stesso, senza aggiungere altro, la mia argomentazione non spiega nulla, rimane totalmente indeterminata.

Allo stesso modo, se affermo che ciascuno stabilisce da sé, e per sé medesimo, se il compimento di un'azione, che non cagiona danni a terzi, leda la sua dignità di essere umano, se e quando le sue azioni ledano il rispetto che lui deve a sé stesso, sto dicendo, con altre parole, che l'individuo è sovrano sulla sua mente e sul suo corpo, cioè sto utilizzando l'argomento del valore dell'autonomia individuale, soggiacente a quello della dignità umana.

Riferimenti bibliografici

- ACCONCIAMESSA L. 2020. *Best interest of the child, limitazione ed eterointegrazione dell'ordine pubblico*, in «Jus in itinere», 30 giugno 2020 disponibile in: <https://www.iusinitinere.it>.
- ACERNO M. 2021. *La Corte Costituzionale «minaccia» un cambio di passo sull'omogenitorialità?*, in «Questione giustizia», 7 aprile 2021: <https://www.questionegiustizia.it>.
- AGACINSKI S. 2020. *L'uomo disincarnato*, Neri Pozza
- AGOSTA S. 2012. *In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in «Quaderni costituzionali», 1, 79 ss.
- ALEINIKOFF T.A. 1987. *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in «Yale Law Journal», 96, 5, 943 ss
- ALEXY R. 2001. *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Centro de Estudios Constitucionales
- ANDERSON E. 1990. *It is Women's Labor a commodity?* in «Philosophy & Public Affairs», 19, 1, 71 ss.
- APOSTOLI C. 2021. *La gestazione per altri e il Giudice delle leggi*, in «Ragion Pratica», 56, 193 ss.
- ARMONE G. 2020. *La gestazione per altri: un nuovo appuntamento davanti alla Corte costituzionale*, in «Questione giustizia», <https://www.questionegiustizia.it>.
- ARNESON R.J. 1992a. *Exploitation*, in BECKER L. (ed.), *Encyclopedia of Ethics*, Garland.
- ARNESON R.J. 1992b. *Commodification and Commercial Surrogacy*, in «Philosophy & Public Affairs», 21, 2, 132 ss.
- ATIENZA M., MANERO RUIZ J. 1996, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel.
- BARBA V. 2019. *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione*, nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019, in «GenJus» 2, 19 ss.
- BARBERIS M. 2003. *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli.
- BATTAGLIA L. 1995. *Il punto di vista delle donne nelle pratiche di procreazione artificiale*, in ROMANO C., GRASSANI G. (eds.), *Bioetica*, Utet, 345 ss.
- BER R. 2000. *Ethical Issues in Gestational Surrogacy*, in «Theoretical Medicine and Bioethics», 21, 2, 153 ss.
- BIANCA M. 2019. *La tanto attesa decisione delle sezioni unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore*, in «Familia» 3, 369 ss.
- BRECHER B. 1988. *Surrogacy, Liberal Individualism, and the Moral Climate*, in EVANS J.D.G. (ed.), *Moral Philosophy and Contemporary Problems*, Cambridge University Press, 183 ss.
- BROPHY K.M., 1981-1982. *A Surrogate Mother Contract to Bear a Child*, in «Journal of Family Law», 20, 263 ss.
- CASELLA C. 2020. *'Gestazione per altri' e interessi in conflitto*, in «Biolaw journal», 1, 321 ss.
- CECCHINI F. 2019. *Il divieto di gestazione per altri osservato da una prospettiva costituzionale*, in «Biolaw journal», 2, 329 ss.
- CHAMPEIL-DESPLATS V. 2007. *Dignité de la personne*, in «Jurisclasseur Libertés», 540.
- CHAMPEIL-DESPLATS V. 2002. *Raisonnement juridique et pluralité des valeurs: les conflits axio-téléologiques de normes*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli.
- COREA G. 1985. *The Mother Machine*, Harper and Row.
- D'AVACK L. 2017. *La gestazione per altri: un divieto "inefficace"*, in «Diritto di famiglia e delle persone» 46, 1, 139 ss.

- DAMELIO J., SORENSEN K. 2008. *Enhancing Autonomy in Paid Surrogacy*, in «Bioethics», 22, 269 ss.
- DI MARZIO P. 2017. *Figlio di due madri*, in «Diritto di famiglia e delle persone» 2, 298 ss.
- DI MASI M. VIRGILIO M. 2017. *La gestazione per altri e il turismo riproduttivo. Tra proibizionismo e desiderio di responsabilità genitoriale*, in «Minori Giustizia», 1, 41 ss.
- DOGLIOTTI M. 2019. *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in «Famiglia e diritto», 7, 653 ss.
- DUDEN B. 2003. *Il corpo della donna come luogo pubblico. Sull'abuso del concetto di vita*, Bollati Boringhieri (ed. or. *Der Frauenleib als öffentlicher Ort. Vom Mißbrauch des Begriffs Leben*, Luchterhand Literaturverlag GmbH, 1991, trad. it. G. Maneri).
- DURÀN AYAGO A. 2017. *Premisas para el debate en una necesaria regulación de la gestación por sustitución*, in «Clinica Juridica», 31 gennaio, 100 ss.
- DURÀN AYAGO A. 2020. *A propósito de la gestación por sustitución*, in «The Conversation», 18 agosto.
- DWORKIN R. 1977. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press.
- FABRE C. 2006. *Whose Body is it Anyway?: Justice and the Integrity of the Person*, Oxford University Press.
- FERRANDO G. 2019. *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita*, in «Famiglia e diritto», 7, 677 ss.
- GATTUSO M. 2021. *Cagliari e Roma: le prime due decisioni dopo le sentenze della Corte costituzionale*, in «Articolo 29», 21 maggio: <http://www.articolo29.it/>.
- GIANFORMAGGIO L. 1985. *L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», IV serie, 62 ss.
- GUASTINI R. 2004. *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè.
- GUASTINI R. 1998. *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè.
- HASSEMER W. 2007. *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in «Ars Interpretandi», 1, 55 ss.
- HOCHSCHILD A. 1983. *The Managed Heart*, University of California Press.
- HOLDER A. 1985. *Surrogate Motherhood: Babies for Fun and Profit*, in «Law, Medicine and Healthcare», 12, 3, 115 ss.
- INGENITO C. 2021. *Il diritto all'identità dei figli in due recenti pronunce della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione*, «Biolaw journal» 2, 337 ss.
- JACKSON J. 2016. *California Egg Toss: the High Costs of Avoiding Unenforceable Surrogacy Contracts*, in «Journal of High Technology Law», 15, 2, 230 ss.
- JORION B. 1999. *La dignité de la personne humaine*, in «Revue de droit public», 1, 197 ss.
- KEANE N. 1983. *The Surrogate Parenting Contract*, in «Adelphia Law Journal», 2, 45 ss.
- KRIMMEL H. 1983. *The Case against Surrogate Parenting*, in «Hastings Center Report», 13, 5, 35 ss.
- LIEBER K.B. 1992. *Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?*, in «Indiana Law Journal», 68, 205 ss.
- LONGCOPE K. 1987. *Surrogacy: Two Professionals on Each Side of Issue Give Their Arguments for Prohibition and Regulation*, in «Boston Globe», 23 Marzo.
- MAESTRI E. 2009. *Genealogie della dignità umana*, «Diritto e Questioni Pubbliche», 9, 509 ss.
- MANIACI G. 2020. *Contra el paternalismo juridico*, Marcial Pons.

- MANIACI G. 2005, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, in «Ragion Pratica», 25, 335 ss.
- MANIACI G. 2022. *Argomenti pro e contro la legalizzazione della gestazione per altri*, in «Diritto e Questioni Pubbliche», XXII, 2, 135 ss.
- MARCHI S. 2017. *Mio, tuo, suo, loro. Donne che partoriscono per altri*, Fandango.
- MARTONE A. 2016. *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interest of the child*, in DI STASI A. (ed.), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*, Cedam.
- MILL J.S. 1997. *Saggio sulla libertà*, il Saggiatore (ed. or. 1859).
- MORROZZO DELLA ROCCA P. 2013. *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in «Famiglia e diritto», 8-9, 838 ss.
- MOUOUTH H. 1999. *La dignité de l'homme en droit*, «Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger», 1, 159 ss.
- O'BRIEN S. 1986. *Commercial Conception: A Breeding Ground for Surrogacy*, in «North Carolina Law Review», 65, 127 ss.
- PALMIERI G. 2017. *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», 3, 362 ss.
- PARKER P. 1982. *Surrogate Motherhood: The Interaction of Litigation, Legislation and Psychiatry*, in «International Journal of Law and Psychiatry», 5, 341 ss.
- PAZÉ V. 2023a. *Libertà in vendita. Il corpo tra scelta e mercato*, Bollati Boringhieri.
- PAZÉ V. 2023b. *Norma, mercato, libertà. Ancora sulla maternità surrogata*, Centro per la Riforma dello Stato.
- PINO G. 2007. *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in «Ragion Pratica», 28, 219 ss.
- PIRAZZOLI A. 2007. *Il valore costituzionale della dignità. Un profilo giurisprudenziale*, in «Rassegna parlamentare», 2.
- POGGI F. 2020. *Le colpe dei padri. Commento all'ordinanza della Corte di Cassazione n. 8325 del 29 aprile 2020*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 18, 119 ss.
- POGGI F. 2021. *La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di GPA*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 29, 3, 655 ss.
- POZZOLO S. 2016. *Nuove tecnologie riproduttive: fra liberazione e nuove forme di patriarcato*, in «Diritto e Questioni Pubbliche», 16, 2, 53 ss.
- POSNER R. 1987. *The Regulation of the Market in Adoptions*, in «Boston University Law Review», 67, 59 ss.
- POSNER R. 1989. *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*, in «Journal of Contemporary, Health, Law and Policy», 5, 1 ss.
- RADIN M.G. 1987. *Market Inalienability*, in «Harvard Law Review», 100, 8, 1849 ss.
- RAGONNÉ H. 1994. *Surrogate Motherhood: Conception in the Heart (Institutional Structures of Feeling)*, Westview Press.
- RESTA G. 2002. *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in «Rivista di diritto civile», XLVIII, 6, 801 ss.
- RUGGERI A., SPADARO A. 1991. *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni)*, «Politica del diritto», 3, 343 ss.
- RINALDI F. 2020. *Giustizia, famiglia ed eguaglianza: due madri, due padri ed il «figlio dell'uomo*, in

«Diritti fondamentali», 1, 1410 ss.

- RIVERA I. 2017. *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore*, in «GenJus» 1, 70 ss.
- RIVERA I. 2020. *La complessa questione della gestazione per altri tra rispetto dell'ordine pubblico e protezione del best interest of the child: un percorso ermeneutico non sempre coerente*, in «Sociologia del diritto» 1, 201 ss.
- ROSANI D. 2017. *The best interest of the parents. La gestazione per altri in Europa tra interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in «Biolaw journal», 1, 109 ss.
- ROTHMAN B.K. 2014. *The Legacy of Patriarchy as Context for Surrogacy. Or Why Are We Quibbling Over This?*, in «The American Journal of Bioethics», 14, 5, 36 ss.
- SASSI A., STEFANELLI S. 2019. *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in «Biolaw journal», 1, 377 ss.
- SATZ D. 1992. *Markets in Women's Reproductive Labor*, in «Philosophy and Public Affairs» 21, 107 ss.
- SCALISI V. 2017. *Gestazione per altri: come «far cose con regole»*, in «Rivista di diritto civile», 5, 1097 ss.
- STEFANELLI S. 2017. *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito. Nota a Cass. civ., sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878*, in «Articolo 29», 10 luglio, disponibile in: <http://www.articolo29.it/>.
- SIMON J. 2000. *Human dignity as a Regulative Instrument for Human Genome Research*, in MAZZONI C.M. (ed.), *Etica della ricerca biologica*, Olschki.
- SGRECCIA E. 2012. *Bioetica. Manuale per medici e biologi*, Vita e Pensiero.
- TESAURO A. 2011. *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene penalmente rilevante*, in «Diritto e Questioni Pubbliche», 11, 885 ss.
- TONOLO S. 2019. *Lo status filiationis da gestazione per altri tra ordine pubblico e adattamento delle norme in tema di adozione*, in «GenJus», 2, 61 ss.
- TROPER M. 2007. *Le réalisme et le juge constitutionnel*, in «Cahier du Conseil constitutionne», 22, Dossier: Le réalisme en droit constitutionnel.
- VENUTI M.C. 2019. *Le sezioni unite e l'omopaternalità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, in «GenJus» 2, 6 ss.
- VINCENTI U. 2009. *Diritti e dignità umana*, Laterza.
- WERTHEIMER A. 1996. *Exploitation*, Princeton University Press.
- WHITE P.M. 2018. *Commercialization, Altruism, Clinical Practice: Seeking Explanation for Similarities and Differences in Californian and Canadian Gestational Surrogacy Outcomes*, in «Women's Health Issues », 28, 3, 239 ss.

Intersectionality and Vulnerability: Insights from the *Fireworks Factory* Decision of the Inter-American Court of Human Rights and the *Mahlangu* Decision of the Constitutional Court of South Africa

LETIZIA **PALUMBO**

Università Ca' Foscari Venezia

E-mail: letizia.palumbo@unive.it

ABSTRACT

Drawing on the theoretical frameworks on intersectionality and the related notion of vulnerability, this article analyses the *Fireworks Factory* decision of the Inter-American Court of Human Rights and the *Mahlangu* decision of the Constitutional Court of South Africa, considering them as significant examples of putting into practice the intersectional approach in the legal context. Both these judgments recognise the relevance of this analytical perspective in understanding discrimination on multiple grounds, focusing on their structural dimensions, related vulnerabilities and social inequalities. The article shows how intersectionality is used in these decisions as a tool to analyse the negative impacts of the interplay of various forms of discrimination, but also to grasp the specific subordination and oppression that arise from their intersection, which are often inadequately addressed by the law and its judicial enforcement.

KEYWORDS

intersectionality, vulnerability, structural oppressions, discrimination, substantive equality

Intersectionality and Vulnerability: Insights from the *Fireworks Factory* Decision of the Inter-American Court of Human Rights and the *Mahlangu* Decision of the Constitutional Court of South Africa

LETIZIA PALUMBO

1. Introduction – 2. Unpacking Notions and Approaches – 2.1. Intersectional Oppressions and their Structural Dimension – 2.2. Situational Vulnerabilities – 3. The Application of Intersectionality in the Legal Context – 3.1. The *B.S. v. Spain* Judgment of the ECtHR – 3.2. The *Fireworks Factory* Judgment of the IACtHR – 3.3. The *Mahlangu* Judgment of the Constitutional Court of South Africa – 3.4. Structural Discrimination, Substantive Equality and Social Transformation – 4. Concluding Remarks.

1. Introduction

Introduced by Black feminism in the 1970s, and formally coined by African-American legal scholar Kimberlé Crenshaw in 1989¹, the concept of intersectionality sheds light on the experiences of oppression and discrimination arising from the interplay of different and dynamic power structures, including those related to gender, sex, nationality, class, age and migration status. Crenshaw has proposed intersectionality as a tool to address the inadequacies of U.S. anti-discrimination law and its judicial enforcement in understanding and capturing the experiences of discrimination endured by Black women on the intersecting grounds of sex, race and class². As an analytical perspective, intersectionality illuminates the complexity and fluidity of individuals' identity, unveiling and addressing the power structures and related substantive inequalities that affect them³.

Since Crenshaw's seminal work introducing this concept, intersectionality has gained increasing prominence as a "travel notion"⁴, moving across various legal domains, including anti-discrimination law, family law, criminal law and immigration and refugee law⁵. Intersectionality has also extended beyond legal studies to influence the social sciences⁶ and has become a key tenet of contemporary feminist, social justice and anti-oppression movements⁷. This has contributed to what Sandro Mezzadra has called a "re-politicisation" of intersectionality because «over the last years in the United States the notion had become a kind of standard academic reference and its original political imprint had been to some extent neutralised»⁸.

Despite this growing great interest in the intersectionality approach, its application in law and legal praxis is still limited⁹, especially in the European context¹⁰. Although there have been significant advancements at the European Union (EU) level – including the incorporation of

¹ CRENSHAW 1989.

² See also CRENSHAW 1991.

³ See, for instance, BELLO 2020.

⁴ See CHO et al. 2013; LA BARBERA 2016; MARINI 2021.

⁵ See, for instance, AJELE, MCGILL 2020.

⁶ See, for instance, BELLO et al. 2022.

⁷ See, *inter alia*, DAVIS 2016.

⁸ MEZZADRA 2021.

⁹ See, for instance, AJELE, MCGILL 2020.

¹⁰ See FREDMAN 2016; ATREY 2019; BELLO 2020.

intersectionality into legally binding documents such as EU Directive 2023/970 on equal pay for men and women¹¹ and EU Directive 2024/1385 on gender-based violence¹² – much progress is still needed at the national regulatory level. Indeed, many European countries still address discrimination on separate grounds and neglect to consider the intersections of various axes of inequality in their political and legislative agendas¹³. A similar trend can be observed at the case law level¹⁴. Apart from a few tentative and rare openings towards an intersectional approach, European and national case law still struggles to integrate this perspective.

As some scholars have argued, the challenges in implementing the intersectionality approach within the European legal context stem from the fact that this approach has entered the EU's political and legislative agenda through political science and sociology, rather than being first examined, discussed and adapted by legal scholarship, as was for instance the case in the U.S.¹⁵. Furthermore, as Isabel Fanlo Cortès has noted, there is also a deeper structural reason related to the very analytical framework of classical liberal anti-discrimination law, which remains tied to a single-category approach and to the similarity-difference logic dominant in traditional legal culture¹⁶.

With regard to the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR), it is worth underlining that the Court still lags behind with respect to embracing an intersectional approach. However, its judgment in the case *B.S. v. Spain*¹⁷ represents an important recognition of intersectional discrimination¹⁸. As further discussed in the following pages, the ECtHR has not fully addressed the structural dimension of intersectional discrimination¹⁹. Moreover, at the time of writing, this decision has not significantly influenced the ECtHR's interpretative approach to discrimination.

Against this background, this article focuses on the application of the intersectionality approach in two recent judicial decisions from different jurisdictions. One is the judgment of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) in the case of the *Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their Families v. Brazil* of July 2020²⁰ (hereafter the *Fireworks Factory* case). The other is the judgment of the Constitutional Court of South Africa in the case *Mahlangu and Another v Minister of Labour and Others* of November 2020²¹ (hereafter the *Mahlangu* case). The IACtHR has embraced intersectionality in various judgments, particularly since 2015²². In its decision in the *Fireworks Factory* case, the Court notably employed intersectionality to address the structural dimension of intersecting discrimination and oppression stemming from systemic socio-economic and gender inequalities. The Constitutional Court of South Africa is renowned for its progressive stance²³ and is frequently cited by Courts worldwide for its transformative contributions. Consistent with this approach, its decision in the *Mahlangu* case has explicitly recognised the prohibition of intersectional discrimination under the South African Constitution, marking an important interpretive stance in the application of intersectionality.

¹¹ Directive (EU) 2023/970 on strengthening the principle of equal pay for equal work or work of equal value between men and women through pay transparency and enforcement mechanisms. See BELLO, MANCINI 2023.

¹² Directive (EU) 2024/1385 on combating violence against women and domestic violence.

¹³ See, for instance, BELLO 2020.

¹⁴ FREDMAN 2016; MARINI 2021.

¹⁵ See LA BARBERA 2016.

¹⁶ FANLO CORTÈS 2023, 62.

¹⁷ ECtHR, *B.S. v. Spain*, App. No. 47159/08, 2012. Hereafter the *B.S. v. Spain* case.

¹⁸ YOSHIDA 2013.

¹⁹ LA BARBERA, CRUELLS LÓPEZ 2019.

²⁰ IACtHR, *Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and Their Families v. Brazil*, Merits, Reparations, and Costs, Ser. C No. 407 ¶ 61, 2020 (concurring, J. Pérez Manrique).

²¹ Constitutional Court of South Africa, *Mahlangu and Another v Minister of Labour and Others*, ZACC 24, 2020.

²² See, for instance, IACtHR, *Gonzales Lluy et al. v. Ecuador*, Merits, Reparations, and Costs, Ser. C No. 298, 2015; IACtHR, *Empleados de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, Ser. C No. 337, 2016.

²³ See ATREY 2019.

After outlining the theoretical framework concerning the notion of intersectionality and the related concept of vulnerability, this article aims to highlight how both the *Fireworks Factory* decision of the IACtHR and the *Mahlangu* judgment of the Constitutional Court of South Africa represent significant examples of putting intersectionality into practice. These decisions recognise the relevance of this analytical perspective in understanding the nature of discrimination based on a combination of grounds, paying attention to the structural dimension of discrimination, related situations of vulnerability and substantive social inequalities. Both these judgments use intersectionality as a tool not only to analyse the negative consequences resulting from various forms of discrimination, but also to shed light on the specific subordination and oppression that arise from their intersection and which are often inadequately addressed by the law and its judicial enforcement.

2. Unpacking Notions and Approaches

2.1 Intersectional Oppressions and their Structural Dimension

Although the development of the term “intersectionality” is commonly associated with the work of Kimberlé Crenshaw, the intersectional approach has a long history and a complex genealogy²⁴. Its gestation can be found in earlier feminist thought, especially within Black feminism²⁵. For instance, the attention to the interconnection between racism and sexism emerged in the writing and activism of such late 19th and early 20th century black feminists as Sojourner Truth and Maria W. Stewart. While they did not use the term “intersectionality”, these feminist thinkers identify

«racism and sexism – through activist organizing and campaigning – not only as separate categories impacting identity and oppression, but also as systems of oppression that work together and mutually reinforce one another, presenting unique problems for black women who experience both, simultaneously and differently than white women and/or black men»²⁶.

Another important antecedent of the intersectional perspective can be found in the 1977 statement of the Combahee River Collective, a Black radical feminist and lesbian organisation formed in 1974, which referred to interlocking systems of oppression²⁷, foreshadowing the concept of intersectionality. The Collective was «actively committed to struggling against racial, sexual, heterosexual, and class oppression»²⁸. «We also find it difficult», as they underlined in their statement, «to separate race from class from sex oppression because in our lives they are most often experienced simultaneously»²⁹. A similar perspective was followed in the reflections and activism of other non-white feminist movements of the 1970s, such as Chicana feminism, which, by highlighting the complex nature of Chicana subjectivities and experiences, encouraged reflection on the multiplicity of aspects related to their oppression. As the Chicana feminist writer and activist Elizabeth Martinez wrote in 1972, «[...] the Chicana suffers from a triple oppression. She is oppressed by the forces of racism, imperialism and sexism. This can be said of all non-white women in the

²⁴ See, for instance, COLLINS 2011; COOPER 2016; NASH 2019.

²⁵ MEZZADRA 2021.

²⁶ GINES 2014, 14.

²⁷ COMBAHEE RIVER COLLECTIVE, 1981, 210.

²⁸ COMBAHEE RIVER COLLECTIVE, 1981, 210.

²⁹ COMBAHEE RIVER COLLECTIVE, 1981, 213.

United States»³⁰. The focus was not on making a sterile “arithmetic” sum of the various categories (primarily “gender,” “race,” and “class”) that contributed to defining their condition as “oppressed”, but, rather, on considering how these different variables intersected and mutually defined each other.

Works from the 1980s by Black feminists such as bell hooks³¹, Angela Davis³² and Audre Lorde³³ and by Chicana feminists such as Gloria Anzaldúa³⁴ and Cherrie Moraga³⁵ constitute additional important antecedents to the contemporary conception of intersectionality. The Chicana feminist scholar Gloria Anzaldúa³⁶ focused on the figure of the *mestiza*, considered as the historical product of the encounter between different cultures, the intersection of various axes of power and their unpredictable combinations. Navigating through the complexities of dominant regimes, Anzaldúa calls for theorising and narrating the intricacies that constitute the Chicana women’s subjectivities and experiences, thus prompting reflection on the simultaneous forms of power and oppression that affect and shape them as well as their capacity to resist and react. In a similar vein, since the 1980s, postcolonial feminists have highlighted how dominant discourses have constructed an image of the “typical” Third World woman – referred to by Chandra Talpade Mohanty³⁷ as the “average Third World Woman”. This reduces the complexity of women’s agency and experiences, as well as the multiplicity of power discourses and social structures affecting them. At the core of all these reflections is a common critique of the essentialist tendencies in mainstream feminism, which overlook the additional axes of differentiation – such as “race”, class, ethnicity or legal status – that intersect to define and articulate the experiences of discrimination and oppression faced by non-white and non-Western women.

It is against this background that the feminist critical legal scholar Kimberlé Crenshaw, particularly in her seminal articles in 1989 and 1991³⁸, mobilised the notion of intersectionality to critique the use of a single-ground framework for recognising and understanding subordination and oppression in the context of legal discrimination. It is worth noting that the work of Crenshaw is situated within the realm of Critical Legal Studies and, more specifically, of the Critical Race Theory which has been developed since the mid-1970s to critically explore how racial inequalities and hierarchies are embedded in social structures and are enacted through the law³⁹. Thus, the focus is on how the law functions by producing and amplifying forms of subordination and oppression. However, for Critical Race Theory scholars, including Crenshaw, the law is also a means through which these dynamics of subordination and oppression can be challenged. As Giovanni Marini has underlined, «Crenshaw works within the law, taking advantage of its relative but not infinite flexibility»⁴⁰.

By examining some legal cases that dealt with the issues of both racial and sex discrimination, Crenshaw introduced the term “intersectionality” to highlight the limitations of U.S. anti-discrimination law in capturing the interconnections between various structural forms of oppression in the experiences of discrimination faced by Black women. Notably, she analysed the 1977 *DeGraffenreid v. General Motors* case⁴¹, in which the Court rejected the claim of five Black women that the company’s seniority system discriminated against them. According

³⁰ MARTÍNEZ 1997.

³¹ HOOKS 1981.

³² DAVIS 1983.

³³ LORDE 1984.

³⁴ ANZALDÚA 1987.

³⁵ MORAGA 1981.

³⁶ ANZALDÚA 1987.

³⁷ MOHANTY 1988.

³⁸ CRENSHAW 1989; 1991.

³⁹ See, for instance, CRENSHAW et al. 1996; KENNEDY 1992. See also HARRIS 1990.

⁴⁰ MARINI 2023, 29 (My translation in English).

⁴¹ *DeGraffenreid v. General Motors*, 413 F. Supp. 142 (E.D. Mo. 1976).

to Crenshaw, the Court failed to see and recognise the «combined race and sex discrimination», relying on the assumption that «the boundaries of sex and race discrimination are defined respectively by white women’s and black men’s experiences»⁴². This prevented the recognition of the specificities of the diverse lived experiences of discrimination among workers, particularly those of Black women situated at the intersection of multiple grounds. Crenshaw argued that the Court’s narrow view of discrimination was a clear example of the «conceptual limitations of [...] single-issue analyses»⁴³. In other words, the law appeared to overlook that Black women face discrimination not only based on gender and “race” individually but also through a combination of the two. Crenshaw made similar observations regarding the issue of violence against women of colour, emphasising how the use of a single-ground discrimination framework distorts the experiences of violence faced by Black women, who are simultaneously subjected to intersecting forms of oppression and subordination. As she wrote, «the intersection of racism and sexism factors into Black women’s lives in ways that cannot be captured wholly by looking at the race or gender dimensions of those experiences separately»⁴⁴.

Crenshaw used the famous metaphor of a road intersection to explain intersectionality:

«consider an analogy to traffic in an intersection, coming and going in all four directions. Discrimination, like traffic through an intersection, may flow in one direction, and it may flow in another. If an accident happens in an intersection, it can be caused by cars travelling from any number of directions and, sometimes, from all of them. Similarly, if a Black woman is harmed because she is in an intersection, her injury could result from sex discrimination or race discrimination»⁴⁵.

Far from viewing multiple discrimination as a simple sum of factors, intersectionality as an analytical perspective challenges the boundaries between axes of discrimination. It shifts the focus to their interaction, highlighting the simultaneous and dynamic operation of systems of racial, sexual, class, national and other forms of oppression and subordination affecting individual experiences and producing further forms of discrimination. In this sense, intersectionality reveals the limits of the law and its judicial enforcement in recognising and addressing the specific forms of discrimination produced by the interplay of multiple grounds. At the same time, it shows how the failure of the law to capture the specificities of these experiences further exacerbates disadvantages and inequalities. As Crenshaw argued, intersectional subordination is indeed «frequently the consequence of the imposition of one [normative] burden that interacts with preexisting vulnerabilities to create yet another dimension of disempowerment»⁴⁶.

Crenshaw’s work on intersectionality has significantly influenced research and scholarship across various disciplines, leading to different conceptualisation and applications of this notion. Of note is the work by sociologist Patricia Hill Collins. Focusing on “intersecting oppressions”, Collins underlined that intersectionality is a specific tool to understand social location in terms of crisscrossing systems of oppressions. Intersectionality, she argued, is an «analysis claiming that systems of race, social class, gender, sexuality, ethnicity, nation, and age form mutually constructing features of social organization, which shape Black women’s experiences and, in turn, are shaped by Black women»⁴⁷.

⁴² CRENSHAW 1989, 143.

⁴³ CRENSHAW 1989, 149.

⁴⁴ CRENSHAW 1991, 1244.

⁴⁵ CRENSHAW 1989, 149.

⁴⁶ CRENSHAW 1991, 1249.

⁴⁷ COLLINS 2000, 299.

Far from being free of ambiguities, the intersectional approach has faced several critiques, including the risk of being trapped within the logic of identity politics and being too easily appropriated by dominant theories, which may detach it from its foundational roots in Black and other feminist movements⁴⁸. Particular concern arises from the fact that while intersectionality theory challenges the established group demarcations used in anti-discrimination law, it can lead to the proliferation of sub-groups. It thus risks falling into the very trap that it aims to avoid, namely «the assumption that all members of the sub-group are the same and that identity is fixed and static»⁴⁹.

Trying to address some of these critiques, Crenshaw has stressed how far from being a “blanket term”, intersectionality is «a lens through which you can see where power comes and collides, where it interlocks and intersects»⁵⁰. The attention is on the structures of power and exclusion, therefore on the structural dimension of intersectionality. Far from being an identity-focused critique concerned with recognition, the intersectional perspective has its roots in a radical critique concerned with social inequalities and the distribution of power⁵¹. It looks, in particular, at the way law and legal systems contribute to the creation and marginalisation of identities. In this sense, as has been argued, intersectionality serves as a lens to observe «how things work rather than who people are»⁵². This does not imply that identities are insignificant. Rather, as Fredman has pointed out, they «should be seen both as a manifestation of the intersection of multiple hierarchies and a way of maintaining such hierarchies»⁵³.

The intersectional perspective should be seen as shifting the focus to the material conditions and social relations in which persons are situated, within contexts marked by power relations and structures, examining the way the law functions. It thus addresses the structural and systemic issues related to discrimination and substantial inequalities and, at the same time, explores ways to affect the distribution of power through the law⁵⁴, thereby fostering social transformation.

2.2 *Situational Vulnerabilities*

Before proceeding to the analysis of the judicial decisions discussed in this article, it is important to briefly address the concept of vulnerability, for this is closely related to intersectionality and frequently used in legal reasoning which pays attention to intersectional perspectives. The notion of vulnerability is also often employed by Crenshaw. For instance, as she argued «the intersectional problem is not simply that one discrete form of discrimination is not fully addressed, but that an entire range of human rights violations are obscured by the failure to address fully the intersectional vulnerabilities of marginalized women»⁵⁵ – or other marginalised people.

As is well known, the notion of vulnerability has historically been particularly ambiguous for women’s and feminist movements. Feminist scholars have critiqued the patriarchal origins of this conception that attributes vulnerability to certain groups (including women and minors) viewed as ontologically fragile and thus deemed as deserving of protection. This conception of vulnerability, which is often supported by legal and policy discourses and instruments,

⁴⁸ See, for instance, in this regard PUAR 2012 and CARASTATHIS 2014.

⁴⁹ FREDMAN 2016, 31.

⁵⁰ COLUMBIA LAW SCHOOL 2017.

⁵¹ See in this regard also MARINI 2021.

⁵² FREDMAN 2016.

⁵³ FREDMAN 2016, 31.

⁵⁴ CRENSHAW 2011.

⁵⁵ CRENSHAW 2014, 18.

reinforces marginalisation and dynamics of victimisation by portraying some individuals or groups as passive and lacking agency⁵⁶.

By contesting such understanding of vulnerability, feminist social and legal scholars have proposed more nuanced approaches. They have challenged the dichotomy between vulnerable/passive *v.* non-vulnerable/active, and highlighted the potentialities of this notion, particularly in relation to the protection of fundamental rights⁵⁷. More precisely, echoing the classic theories of modern political-legal thought – which based the origins of the institutions of modernity on the assumption of human vulnerability⁵⁸ – feminist scholars like Martha Fineman⁵⁹ have framed vulnerability as a universal and inevitable human trait, thereby implying exposure to forms of harm⁶⁰. At the same time, these feminist reflections have highlighted how vulnerability is a condition arising from power relations, domination and inequality. It therefore varies in its intensity and form, as it is connected to the power hierarchies that characterise the context in which a person is situated. Alongside the understanding of vulnerability as a fundamental aspect of human existence is the recognition of its context-specific dimension.

Drawing from various perspectives and disciplinary fields, feminist reflections have thus highlighted that vulnerability is a variable condition, both in its form and intensity, depending on individuals' positions within society and power relations. In this sense, in their taxonomy of different sources of vulnerability, Mackenzie, Rogers and Dodds have developed the concept of "situational vulnerability"⁶¹. Such a notion sheds light on the interplay of personal and structural factors (including legal, economic, political and social factors) that produce and/or foster situations of vulnerability, and that are differently articulated depending on the power relations and contexts in which the person is situated. The situational understanding of vulnerability is therefore closely related to the perspective of intersectionality as it involves paying attention to the simultaneous and dynamic functioning of gendered, racialised, classed and other systems of subordination and oppression contributing to the creation and reinforcement of situations of vulnerability.

This contextual/situational dimension of vulnerability, and its link with structural intersectional discrimination, is often overlooked in legal and policy discourse and praxis. Despite its increasing use in legal texts, vulnerability is a particularly contentious notion when it is translated at the legal level. It is frequently associated with individuals/groups deemed inherently vulnerable⁶². This categorical and group-based approach to vulnerability, which can be found for instance in the EU asylum legal framework⁶³, risks favouring essentialist and deterministic views and leading to a rigid distinction between those deserving and undeserving of protection.

The lack of a normative definition and the difficulty of encompassing heterogeneous aspects in a single concept make it difficult to translate vulnerability at the legal level. However, as Giammarino and I have pointed out⁶⁴, the understanding of vulnerability in its situational/contextual dimension, taking into account the intersection of different factors that shape and reinforce situations of vulnerability, is the premise for the application of the principle of substantive equality. Indeed, it is not about creating lists of individuals deemed worthy of protection at the expense of the universality of human rights. Instead, this understanding of vulnerability helps to identify the measures needed to ensure that all individuals, including those in positions of

⁵⁶ See, *inter alia*, MACKENZIE et al. 2014.

⁵⁷ MACKENZIE et al. 2014. See also PARIOTTI 2018.

⁵⁸ See, in this regard, VERZA 2018.

⁵⁹ See, *inter alia*, FINEMAN 2010 and FINEMAN 2019.

⁶⁰ See also in this regard BUTLER 2004.

⁶¹ MACKENZIE et al. 2014.

⁶² See, for instance, TIMMER 2013.

⁶³ MUSTANIEMI-LAAKSO et al. 2016; SANTORO 2020.

⁶⁴ GIAMMARINARO, PALUMBO 2021.

subordination or disadvantage, can fully enjoy their rights.

This perspective challenges the classical liberal notion of autonomy as a natural and predetermined state, and instead refers to a conception of “relational” autonomy, which results from the «relationships and contexts that place the individual in a position to make autonomous choices»⁶⁵. In this view, the vulnerable person is not without agency or incapable of making choices. Rather, these capacities require a relational and institutional context that ensures the necessary conditions for persons being able to act in conditions of autonomy and responsibility. As Fineman has noted, State institutions play a crucial role in affecting the grade of vulnerability but also «in lessening, ameliorating, and compensating for vulnerability»⁶⁶, addressing the structural disadvantages and fostering substantial equality.

The situational understanding of vulnerability entails therefore seeing autonomy in terms of empowerment, requiring – in line with an intersectional approach – not merely protection but legal and political responses aimed at fostering social justice and recognition of fundamental human rights.

3. *The Application of Intersectionality in the Legal Context*

3.1. *The B.S. v. Spain Judgment of the ECtHR*

Having outlined the relevant theoretical framework concerning intersectionality and the related notion of vulnerability, this section shifts to the “law in action” dimension, exploring the way this framework has been embraced by Courts. Before examining the IACtHR’s ruling in the *Fireworks Factory* case and the Constitutional Court of South Africa’s ruling in the *Malanghu* case, this section (3.1) will briefly discuss the ECtHR’s decision in the case of *B.S. v. Spain*. As mentioned above, this was the first and main case in which the ECtHR employed an intersectional approach. However, the *B.S. v. Spain* judgment has also some limitations which need to be considered in relation to the more developed approach adopted by the IACtHR and the Constitutional Court of South Africa in the decisions examined below.

The *B.S. v. Spain* case arose from a claim alleging a violation of Article 3 of the European Convention on Human Rights (ECHR), which prohibits torture and inhumane or degrading treatment or punishment, in conjunction with Article 14, which prohibits discrimination. The claim was brought by Ms. B.S., a sex worker of Nigerian origin who was regularly residing in Spain. Despite sex work being legal in Spain, police officers on several occasions stopped Ms. B.S. for alleged identification purposes and ordered her to leave the area. Moreover, she was subjected to verbal and physical abuse, causing injuries to her hand and knee. Ms. B.S. claimed that she had been discriminated against on the grounds of both sex and race because police officers directed racial slurs at her while not stopping other sex workers in the area who had a “European phenotype”. The allegation of intersectional discrimination was based on the assertion that «her position as a black woman working as a prostitute made her particularly vulnerable to discriminatory attacks»⁶⁷. She argued that the factors shaping her social position should not be considered in isolation but rather in their interconnected and constitutive interaction. Thus, she claimed that the ECtHR needed to consider those factors «not [...] separately but [...] in their entirety, their interaction being essential for an examination of the facts of the case»⁶⁸.

The ECtHR demonstrated responsiveness to this argumentation. The Court stated that

⁶⁵ PARIOTTI 2018, 149 (My translation in English). See also in this regard SANTORO 1999 and NEDELSKY 2012.

⁶⁶ FINEMAN 2010, 13.

⁶⁷ The *B.S. v. Spain* case, para. 52.

⁶⁸ *Ibid.* para. 52.

Spanish authorities had breached Article 3 of the ECHR by not conducting an effective investigation into the «possible causal link between the alleged racist attitudes and the violent acts allegedly perpetrated by the police against the applicant»⁶⁹. The Court thus underlined the State's positive obligation to prevent ill-treatment, as derived from the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment under Article 3 of the ECHR. After finding a violation of Article 3, the Court did not, however, dismiss the claim of discrimination as irrelevant. It instead held that authorities always have a duty to investigate the potential link between racist attitudes and incidents of violence. In this case the Court acknowledged that the applicant had promptly reported a derogatory remark made by the officers: «get out of here you black whore»⁷⁰. Additionally, she noted that other sex workers with a “European phenotype” had not been stopped or questioned by the police. The Court concluded that the Spanish Courts had failed to take into account the applicant's particular vulnerability arising from her status as a Black migrant woman and sex worker.

The *B.S.* judgment has been rightfully celebrated as a significant example of effective judicial recognition of intersectional discrimination, highlighting the Court's nuanced understanding of how multiple layers of discrimination can intersect and exacerbate the impact on individuals⁷¹. The ECtHR addressed the issue of intersectionality in a case involving both gender and racial discrimination, while also acknowledging how these forms of discrimination were compounded by the stigma surrounding sex work. It thus focused on the interplay of gender, race and sex work, an archetype of intersectional discrimination which illustrates how multiple layers of prejudice can converge to create a uniquely marginalised experience.

Nevertheless, the Court opted not to use the term “intersectional discrimination” but to use “particular vulnerability”. This choice underscores a preference for the more familiar concept of vulnerability which has progressively gained prominence in ECtHR jurisprudence in recent decades⁷². As previously noted, relevant literature has pointed out how the concept of vulnerability has tended to be understood by the Court as a fixed and static label related to individuals/groups perceived as inherently vulnerable⁷³. The use of this notion in the judgment of *B.S. v. Spain* represents a partial exception to this pattern⁷⁴. Indeed, by following intersectionality as an interpretative criterion, the Court considered vulnerability in a dynamic and multifaceted way in line with a situational understanding of this notion.

However, the ECtHR's allusion to the intersectional character of discrimination is, as noted by La Barbera and Cruells López, «laconic and minimal»⁷⁵. The Court did not delve into either an analysis of intersectional interpretation of discrimination or into the concept of vulnerability on the basis of its jurisprudence, leaving the line of reasoning around these notions insufficiently developed. Moreover, the ECtHR did not explore the structural dimensions underlying the factors contributing to the vulnerability of Black migrant women in Spain which expose them to intersectional discrimination. Although the Court addressed the specific circumstances affecting Ms. B.S., it did not investigate the wider systemic and structural issues that perpetuate the marginalisation and discrimination she faced. In other words, the Court did not fully frame, in line with an intersectional approach, individual experiences of discrimination with the broader systems of power and structural exclusion that sustain and perpetuate such discrimination⁷⁶. Consequently,

⁶⁹ *Ibid.* para. 60.

⁷⁰ *Ibid.* para. 61.

⁷¹ See, for instance, *YOSHIDA* 2013; *LA BARBERA, CRUELLES LÓPEZ* 2019.

⁷² See, for instance, *TIMMER* 2013.

⁷³ *TIMMER* 2013.

⁷⁴ *LA BARBERA, CRUELLES LÓPEZ* 2019.

⁷⁵ *LA BARBERA, CRUELLES LÓPEZ* 2019.

⁷⁶ See, in this regard, *ATREY* 2019.

the Court did not indicate to Spain any measure that should be adopted to address these forms of structural discrimination. As La Barbera and Cruells López argued, «by failing to incorporate any reference to the structural element of the discrimination against black migrant women in Spain, the ECtHR heavily restricted possible transformative effects of *B.S. v. Spain*»⁷⁷.

On the other hand, despite these limitations, the *B.S.* judgment is undeniably a notable example of judicial recognition of discrimination arising from the intersection of different axes of oppression. This judgment is indeed frequently cited as a pivotal reference for adopting an intersectional approach by various international and national courts, including by the IACtHR and the Constitutional Court of South Africa in the decisions examined in the following sections.

Nevertheless, the *B.S.* judgment cannot be viewed as the start of a new trajectory in ECtHR case law⁷⁸ as the Court currently lags behind in this respect. A clear instance where the judges in Strasbourg did not take the opportunity to address intersectional discrimination is the *Garib vs. Netherlands* judgment of November 2017⁷⁹. In this case, the Grand Chamber of the ECtHR stated that the refusal of a housing permit to a Dutch woman due to her failure to meet income requirements constituted a proportionate measure and, consequently, did not breach her freedom to choose her residence under Article 2 of the Protocol No. 4 of the ECHR. While the applicant requested the Grand Chamber to examine the case under Article 14 (prohibition of discrimination) in conjunction with Article 2 of Protocol 4 of the ECHR, the Grand Chamber opted not to do so. In his powerful dissenting opinion, Judge Pinto de Albuquerque referred to Crenshaw's theory of intersectionality and argued that the Court should have adopted an intersectional perspective to understand the situation of vulnerability faced by Mrs. Garic due to her status as a single mother and in a condition of poverty.

ECtHR's attention to the dimension of intersectionality can also be found in the case *J. I. vs. Croatia* of 2022⁸⁰ concerning a Romani woman in Croatia complaining about the failure of the police to protect her against gender-based domestic violence. The ECtHR stated that there was a procedural violation of Article 3 of the ECHR (Prohibition of torture and inhuman treatment) as the repeated victimisation through death threats by a rapist father was not investigated. By highlighting the particular situation of vulnerability of this plaintiff as a Roma woman and victim of serious sexual offences, the Court argued that leaving her to fear further abuse and assaults was inhumane treatment. However, even while suggesting an intersectional perspective to vulnerability, the ECtHR did not explicitly use the term intersectionality. Moreover, it confined vulnerability implications to investigation duties, failing to consider discrimination as an issue and thereby missing the opportunity to develop a substantial and contextualised analysis of intersectional discrimination in the framework of structural inequalities⁸¹.

3.2. *The Fireworks Factory Judgment of the IACtHR*

In the aforementioned dissenting opinion of Pinto de Albuquerque in the *Garib vs. Netherlands* decision of the ECtHR, the judge emphasised that the IACtHR has been particularly advanced in the area of intersectionality. Indeed, especially since 2015, the IACtHR has adopted intersectionality in a number of judgments⁸² as an analytical perspective to examine cases of human rights violations, understand the roots of multiple forms of discrimination and provide

⁷⁷ LA BARBERA, CRUELLES LÓPEZ 2019, 1193.

⁷⁸ See in this regard STAIANO 2017; DIAS OLIVEIRA 2023.

⁷⁹ ECtHR, *Garib vs. Netherlands*, Appl. No. 43494/09, 2017.

⁸⁰ ECtHR, *J. I. vs. Croatia*, Appl. No. 35898/16, 2022.

⁸¹ See, in this regard, DIAS OLIVEIRA 2023 and ILIEVA 2022.

⁸² For instance, IACtHR, *Gonzales Lluy et al. v. Ecuador, Merits, Reparations, and Costs*, Judgment, Ser. C No. 298 ¶ 2, 2015. See, in this regard, DIAS OLIVEIRA 2023 and YOSHIDA 2023.

recommendations to address structural issues contributing to intersectional discrimination⁸³. The IACtHR decision in the case of the *Workers in the Fireworks Factory in Santo Antonio de Jesus and their family members vs. Brazil* of July 2020 represents a further advancement in this regard. In this ruling, the Court incorporated an intersectional perspective to address structural discrimination, developing a detailed analysis and understanding of human rights violations and marginalisation practices based on the interplay of structural socio-economic and gender inequalities.

The case involved an explosion at a fireworks factory in the Brazilian city of Santo Antônio de Jesus, on 11 December 1998, which resulted in 60 deaths and left six people severely injured. All fatalities were either women or children and all injured survivors were women and girls. The factory operated irregularly and the conditions where the workers performed their tasks did not meet the minimum standards of quality and safety required. Additionally, they were not provided with personal protective equipment, training or qualifications to handle explosive materials. After the tragic event, survivors and family members were not offered due access to justice. This led them to report violations to the Inter-American Commission of Human Rights (IACHR). After failed negotiations, in 2018, the Commission presented the case to the IACtHR.

The IACtHR established that the State of Brazil was responsible for violating Article 24 of the American Convention on Human Rights, which regards the right to equal protection of the law, including substantial equality. Furthermore there was a violation of Article 26, which obliges States Parties to adopt measures to progressively achieve the «full realization of rights implicit in the economic, social, educational, scientific, and cultural standards set forth in the Charter of the Organization of American States as amended by the Protocol of Buenos Aires». According to the Court, both Articles 24 and 26 were violated in conjunction with Article 1.1, which refers to the duty to respect and guarantee Convention rights without discrimination. Additionally, the Court recognised further breaches concerning the rights to life, personal integrity, judicial guarantees and judicial protection, as well as the duty of special protection of children.

This section focuses on the Court's argument concerning Articles 24 and 26 of the Convention, as it was in relation to these articles that the IACtHR paid special attention to the intersectional perspective.

In particular, the IACtHR identified a connection between the poverty experienced by people in Santo Antônio de Jesus and the State's failure to fulfill its obligations to provide individuals with material equality. Drawing explicitly on the theoretical insights of Crenshaw's work on intersectionality, the Court significantly highlighted the structural and intersectional dimension of discrimination suffered by people in Santo Antônio de Jesus, especially by women firework workers. The Court underlined that the irregular production of fireworks provided employment and income in the municipality and that it was characterised by female labour and by intense precarity, subordination and exclusion from formal work and labour rights. Most of these women workers were "Afro-descendants" and had no viable alternative but to accept precarious and dangerous work, such as firework production, due to socially assigned gender roles and socioeconomic gender inequality⁸⁴. Moreover, these women often performed this hazardous work while also caring for their children due to the unequal distribution of unpaid care work within families and the lack of available childcare facilities. As the Court pointed out, «women initiate their children into the manufacture of fireworks not only because this allows them to increase their productivity, but also because they have no one with whom to leave their children who will take care of them»⁸⁵.

By taking an intersectional approach and paying attention to the interplay of factors creating women workers' vulnerabilities, the Court argued that the presumed victims were

⁸³ See DIAS OLIVEIRA 2023.

⁸⁴ The *Fireworks Factory* case, para 65.

⁸⁵ *Ibid.*

«immersed in patterns of structural and intersectional discrimination. [They] were in a situation of structural poverty, most of them were Afro-descendant women and girls, four of whom were pregnant, and they had no other economic option but to accept dangerous work under exploitative conditions»⁸⁶.

According to the Court, «the confluence of these factors made it possible for a factory like the one described in this process to have been able to set up and operate in the region and for the women and children who are the alleged victims to have been compelled to work there»⁸⁷.

Since the intersections of discrimination placed these workers in a particular situation of vulnerability, the State's obligations to ensure their rights increased⁸⁸. As the Court highlighted, Article 24 of the American Convention has two dimensions – one formal (equality before the law) and one material/substantial which requires «the adoption of positive measures to promote historically discriminated or marginalised groups». However, the State of Brazil had not addressed the poverty and the lack of opportunity faced by the firework workers. It failed to «take measures to ensure material equality in the right to work for a group of women who were marginalized and faced discrimination»⁸⁹.

Hence, according to the Court, Brazil was responsible for violating Articles 24 and 26 in relation to Article 1.1, as it failed to ensure respectively the right to equality and the right to just and favourable conditions of work without discrimination. It is worth noting that Article 26 has been interpreted by the IACtHR jurisprudence to include the protection of the right to equal and satisfactory working conditions without discrimination. However, in the *Fireworks Factory* case, the Court did not compare the working conditions in the fireworks factory with those in other factories or other occupations, instead focusing on the lack of opportunities for the town's population to access other types of employment.

In general, as Saliba and Ferolla Vallandro do Valle have pointed out⁹⁰, the IACtHR's rationale for finding discrimination in this case centered on Article 24 of the American Convention and, consequently – as discussed in section 4 of this paper – on a broad notion of equality, including material equality, encompassed by this provision.

In line with this approach, the IACtHR ordered Brazil to adopt specific measures to combat structural and intersectional discrimination. In particular, it ordered the State to develop and implement a socioeconomic development programme in consultation with survivors and the families of the victims, in order to facilitate the transition of firework production workers into other labour markets and support the creation of alternative economic opportunities.

3.3 *The Mahlangu Judgment of the Constitutional Court of South Africa*

As Shreya Atrey has emphasised in her influential work on intersectionality⁹¹, the Constitutional Court of South Africa, renowned for its progressive stance, stands out among national Courts for its awareness of the complexity of discrimination resulting from intersecting social patterns. However, it is in the case *Mahlangu and another v Ministry of Labour and others* (19 November 2020) that the Court identified intersectional discrimination «as the go-to category for analysing discrimination claims based on multiple grounds»⁹², marking a significant advancement in applying an intersectional perspective in the legal context.

⁸⁶ *Ibid.* para. 197.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.* para. 198.

⁸⁹ *Ibid.* para. 199.

⁹⁰ SALIBA, FEROLLA VALLANDRO DO VALLE 2021.

⁹¹ ATREY 2019.

⁹² ATREY 2021, 174.

The *Mahlangu* case concerned the tragic death of a domestic worker, Ms. Mahlangu, who drowned in her employer's pool while performing her cleaning duties. The woman could not swim and was partially blind. The employer – who was present in the house at the time of the incident – reported not having heard any screams or suspicious noises. After Ms. Mahlangu's death, her daughter, who was financially dependent on her at the time, sought compensation from the Department of Employment and Labour. However, her claim was denied due to the exclusion of domestic workers from the protections provided by the South African Compensation for Occupational Injuries and Diseases Act 1993 (COIDA). In particular, the COIDA (specifically, section 1 (xix)(v)) explicitly excluded domestic workers from the definition of “employee” for the purposes of accessing social security benefits in the event of injury, disablement or death in the workplace. The High Court in Pretoria upheld the challenge brought by Ms. Mahlangu's daughter, and the case was subsequently appealed to the Constitutional Court of South Africa.

In a striking and detailed judgment, the Court declared the provision constitutionally invalid as it violated the rights of domestic workers, who are predominantly Black women. This included breaches of the right to equality and non-discrimination under Section 9, the right to dignity under Section 10, and the right to have access to social security under Section 27 of the South African Constitution. Although the Court especially articulated an intersectional perspective in its analysis of the right to equality and non-discrimination under Section 9 of Constitution, it also applied this approach to the two other rights under examination, namely Sections 10 and 27. In this sense, Atrey has argued that in *Mahlangu* judgment «intersectionality is considered not just at the point of the discrimination inquiry to address intersectional discrimination based on multiple grounds under section 9(3) of the Constitution, but as a theory which guides the interpretation of all rights per se»⁹³.

More specifically, the Constitutional Court of South Africa first focused on the right to access social security, arguing that it is a fundamental human right protected both by international instruments – such as the Universal Declaration of Human Rights (Article 22) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Article 9) – and also by regional ones like the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa (the so-called “Maputo Protocol”), which stipulates that Member States establish «a system of protection and social security for women working in the informal sector» (Article 13(para f)). Since South Africa has ratified these international instruments, the Court deemed the exclusion of domestic workers from compensation for occupational injuries and diseases as “inexplicable”⁹⁴.

The Court then argued that the COIDA constitutes a «subset of the right of access to social security under section 27(1) of the Constitution»⁹⁵, and that social security assistance is intended to also support individuals in circumstances «where a breadwinner has died or cannot work due to injury or illness, her dependents may be left destitute and unable to support themselves»⁹⁶. In such cases, these benefits aim to improve the conditions of those «who would otherwise be condemned to living in abject poverty»⁹⁷. By referring to its earlier rulings on access to social security, including its decisions in the *Grootboom* and *Khosa* cases, the Court reiterated that, in determining the scope of socio-economic rights, it is crucial to consider the transformative purpose of the South African Constitution «which seeks to heal the injustices of the past and address the contemporary effects of apartheid and colonialism»⁹⁸. Social security provisions,

⁹³ ATREY 2021, 172.

⁹⁴ The *Mahlangu* case para. 52.

⁹⁵ *Ibid.* para. 52.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*

therefore, serve a “remedial purpose” addressing the «gendered and racialised system of poverty inherited from South Africa’s colonial and apartheid past»⁹⁹. According to the Court, domestic workers are in a disadvantaged position due to intersecting forms of oppression based on “race”, sex and gender, which are rooted in the apartheid and colonial past, making them particularly vulnerable¹⁰⁰. Consequently, excluding this category of workers from COIDA is “manifestly unreasonable” and contrary to the constitutional values of human dignity, equality and *ubuntu*¹⁰¹.

From this perspective, which considers the historical and structural factors underlying intersecting oppression and producing vulnerabilities, the South African judge then ruled that the exclusion of domestic workers from national compensation legislation constitutes a violation of Articles 9(1) (equality before the law) and 9(3) (prohibition of unfair discrimination by the State) of the South African Constitution. With regard to the equality before the law, the Court argued that without any justification provided for differentiating between all employees and domestic workers under COIDA, the contested provision violated Section 9(1). It went on to focus on the violation of the prohibition of unfair discrimination by the State (Article 9(3)). Similar to the IACtHR, the South African judge explicitly referred to the concept of intersectionality and the theoretical insights of Kimberlé Crenshaw. The innovative and powerful aspect of the intersectional approach, the Court stated, «lies in its ability to highlight the experiences and vulnerabilities of certain groups that have been erased or rendered invisible»¹⁰². Adopting this approach, according to the Court, allows for an understanding of «the structural and dynamic consequences of the interaction between multiple forms of discrimination»¹⁰³.

Consequently, the Court argued, judicial authorities must consider the contextual factors that produce vulnerability, including the history of an individual or group and the «social and legal history of society’s treatment of that group»¹⁰⁴. In the concerned case, the Court stressed the need to consider the specific history of social security in South Africa as it relates to domestic workers and the historical disadvantages that Black women have experienced due to the «gendered implications of the apartheid’s racist system»¹⁰⁵. This system relegated Black women to the bottom of the social hierarchy and the labour market, confining them to the least skilled, lowest paid and most precarious sectors, such as domestic work. This sector was, and continues to be, excluded from major labour protection laws, including those related to occupational safety. According to the Court, the exclusion of domestic workers from the protection under COIDA must be considered within a context where these workers have, for decades, «had to bear work-related injuries or death without compensation»¹⁰⁶ and they have been rendered invisible.

Given the intersectional disadvantages and discrimination historically experienced by domestic workers in South Africa, their exclusion from social security assistance under COIDA constitutes, according to the Court, indirect discrimination by the State, violating the Constitution’s goal of achieving substantive equality and transformation for everyone.

The Court also established that this exclusion violates the dignity of domestic workers, protected by Section 10 of the South African Constitution, which provides that «everyone has inherent dignity and the right to have their dignity respected and protected». This exclusion, for the Court, reveals not only the persistent undervaluation of domestic work but also that this

⁹⁹ *Ibid.* para. 63.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.* In Zulu, *ubuntu* means “I am because you are”, a concept frequently invoked by the Court to offer a relational perspective in constitutional interpretation. It is a term to describe African-origin value systems that emphasise the interconnectedness of individuals with their surrounding societal and physical worlds.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.* para. 95.

¹⁰⁵ *Ibid.* para. 98.

¹⁰⁶ *Ibid.* para. 103.

activity is not considered real work¹⁰⁷. As the South African judge stressed, «one can only imagine the pain of these women who work graciously, hard and with pride only for their work and by consequence them, to go unrecognised»¹⁰⁸. The discriminatory and humiliating treatment experienced by these workers is due to the gendered and racialised nature of domestic work, which in South Africa has traditionally been performed by Black and poor women, whose dignity continues to be inadequately protected¹⁰⁹. In this sense, by highlighting the importance of intersectional lens, the Court argued that «when this case is measured along an intersectional framework, it is plainly evident that there are still disadvantaged groups who have not benefitted from democracy, or from the transformative constitutional project and whose dignity remains impaired and unprotected»¹¹⁰.

Lastly, the Constitutional Court of South Africa also adopted an intersectional perspective in addressing the issue of remedy. The judge argued that the intersectional nature of the discrimination by domestic workers compelled a retrospective remedy to «contribute towards the amelioration of systemic disadvantage suffered by these women and help break the cycle of poverty they endure»¹¹¹. Therefore, the Court not only declared that section 1(xix)(v) of COIDA was constitutionally invalid for excluding domestic workers, but also applied this ruling with immediate and retrospective effect.

3.4 Structural Discrimination, Substantive Equality and Social Transformation

Both the *Fireworks Factory* decision of the IACtHR and the *Mahlangu* decision of the Constitutional Court of South Africa are groundbreaking in that they put into practice intersectionality as a “point of view” – to use Giovanni Marini’s words¹¹² – to shed light on compounded forms of oppression and examine how the law addresses or amplifies these. The following pages will focus on some key aspects that I argue make these judgments important examples of adopting an intersectional perspective, representing a significant advance from the approach taken by the ECtHR, especially in the *B.S. v. Spain* decision.

The first aspect concerns the attention to the structural dimension of intersectional oppressions and discrimination. While explicitly citing the *B.S. v. Spain* decision as an example of intersectionality applied in other jurisdictions, both the IACtHR and the Constitutional Court of South Africa, unlike the ECtHR, employed terms such as “intersectional and structural discrimination” and “structural elements of discrimination”. Furthermore, unlike the judges in Strasbourg, both Courts offered an articulated analysis of the interplay of historical and social factors that contribute to the subordination and vulnerability of the affected groups – namely, Black women firework workers in the IACtHR decision and domestic workers in the decision of the Constitutional Court of South Africa. They examined how these factors intertwined, placing these groups at the crossroads of multiple oppressions and leading to specific forms of intersectional discrimination. Therefore, in line with an intersectional approach¹¹³, both the Courts evaluated the infringement of rights claims by considering not only the negative consequences of various forms of discrimination on disadvantaged groups/persons, but also the specific types of discrimination that emerge when these forms intersect within a context characterised by structural systems of power and exclusion.

¹⁰⁷ *Ibid.* para. 108.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.* para. 110.

¹¹⁰ *Ibid.* para. 104.

¹¹¹ *Ibid.* para. 128.

¹¹² MARINI 2023 and MARINI 2021.

¹¹³ See in this regard, for instance, ATREY 2019; MARINI 2021.

In particular, in the *Fireworks Factory* judgment, the IACtHR highlighted the «patterns of structural and intersectional discrimination»¹¹⁴, based on economic, gender and “race” grounds of oppression, that have left Black women firework workers with no choice but to accept dangerous work under exploitative conditions. As the IACtHR argued, these women shared

«specific factors of discrimination suffered by those living in poverty, women, and Afro-descendants, but they also suffered a specific form of discrimination owing to the confluence of all these factors and, in some cases, because they were pregnant, because they were girls, or because they were girls and pregnant»¹¹⁵.

In the *Mahlangu* decision, the Constitutional Court of South Africa focused on the legacies of apartheid’s racist system and its gendered implications, which have led to the marginalisation of domestic workers, most of whom are Black women. The systemic disadvantages and discrimination that these workers continue to face are, according to the Court, evidence of the “brutality of apartheid”¹¹⁶ and reflect, as Mhlantla J described in the concurring opinion, «a complex history entrenching racism, sexism and social class»¹¹⁷. In addition, the Constitutional Court of South Africa recognised the undervaluation of domestic work as another structural element contributing to the intersectional discrimination faced by domestic workers. The judge powerfully explained that domestic work has traditionally been undervalued due both to its gendered character – as inherently women’s work and with no economic value – and also due to its racialised dimension¹¹⁸, as it is often performed by minority groups facing systemic discrimination and marginalisation. By echoing feminist theories on social reproduction¹¹⁹, the Court has thus underscored how patriarchal, gendered and racialised logics, which lead to the devaluation of domestic work, have resulted in a sector that is poorly regulated. This, consequently, renders «domestic workers amongst the most indigent and vulnerable members of our society»¹²⁰.

The gendered and devalued character of reproduction work, in particular unpaid care work, as another structural factor fostering situations of vulnerability and, consequently, leading to socioeconomic gender inequalities and discrimination, is also underlined in the *Fireworks Factory* judgment. Indeed, the IACtHR highlighted how assigned gender roles related to unpaid care work represent one of the reasons why Afro Brazilian women workers of Santo Antônio de Jesus turned to fireworks manufacturing. Due to the burden of unequal distribution of unpaid care work and the lack of public childcare facilities and services, these women opted for this industry because it allowed them to either bring their children to the factories or perform the production within their own homes, with both options involving inherent risks and dangerous conditions¹²¹.

Therefore, by paying attention to the structural dimension of intersectional oppressions, both the IACtHR and the Constitutional Court of South Africa use intersectionality as an analytical perspective to examine the social structures that shape and affect individual/group experiences. As the Constitutional Court of South Africa argued, intersectionality also «reveals how individual experiences vary according to multiple combinations of privilege, power, and vulnerability as structural elements of discrimination»¹²². In this sense, intersectionality is «a useful analytical tool to understand the convergence of sexism, racism and class stratification

¹¹⁴ The *Fireworks Factory* case para. 197.

¹¹⁵ The *Mahlangu* case para. 191.

¹¹⁶ *Ibid.* para. 102.

¹¹⁷ *Ibid.* para. 185.

¹¹⁸ See also in this regard, among the others, GUTIÉRREZ-RODRÍGUEZ 2010.

¹¹⁹ See, for instance, PICCHIO 1992.

¹²⁰ The *Mahlangu* case, para. 93.

¹²¹ The *Fireworks Factory* case, para. 65.

¹²² The *Mahlangu* case, para. 79.

and the discriminatory logic embedded in these systems»¹²³. This approach entails a profound shift in perspective, moving away from the view of intersectional discrimination as isolated or contingent events. Instead, it frames these instances as reflections of deeper, systemic disadvantages that are intricately woven into the fabric of social, gendered and racial hierarchies and related legal regimes. As Virginia Mantouvalou and Natalie Sedacca have rightly noted with regard to the decision of the Constitutional Court of South Africa:

«despite the specifically tragic nature of Ms Mahlangu’s case, the judgment does not seek to treat her poor treatment as a domestic worker as exceptional. Instead, it contextualises Ms Mahlangu’s situation as one manifestation of a broader, ongoing structural disadvantage that dates back to apartheid and has not been adequately addressed to date»¹²⁴.

Similar considerations apply to the *Fireworks Factory* judgment of the IACtHR as the tragic event at the firework factory of Santo Antônio de Jesus is understood not as an isolated incident but within the broader framework of inequalities and oppression marking that specific context, thereby perpetuating and amplifying intersectional discriminations.

This focus on the underlying social structures and related systems of power that breed oppression and discrimination shapes the understanding of grounds of discrimination as markers of systems of power¹²⁵. Indeed, rather than being treated in a formalistic manner as a mere checkbox at the outset of an anti-discrimination case, grounds of discrimination are viewed expansively by both the Courts as describing «different power relationships, rather than as delineating a group»¹²⁶ with fixed boundaries.

This approach is closely related to the conception of vulnerability that emerges in these decisions of the IACtHR and the Constitutional Court of South Africa, and which is the second key aspect to highlight in these judgments. As underlined above, the ECtHR in its relevant case law, particularly in the *B.S.* decision, mentions the concept of “particular vulnerability” without, however, developing a detailed analysis. In the examined judgments of the IACtHR and the Constitutional Court of South Africa, although there is no specific analysis of the notion of vulnerability, the thorough examination of social structures that create intersectional discrimination provides important insights into how this concept is interpreted. In particular, far from relying on an essentialist view of vulnerability as a fixed attribute associated with specific groups or individuals, vulnerability is considered in these judicial decisions in its situational dimension¹²⁷. Both Courts focused on the embodied dimensions of vulnerability and how experiences of vulnerability are rooted in social and intersubjective dynamics. They considered the implied power dimensions and the impact of broader structural factors that contribute to generating unequal positions in specific contexts, exposing some individuals to subordination and discrimination. The focus is thus on the different factors producing and amplifying vulnerability and the ways they «interact in an intersectional manner with the others»¹²⁸. As the Constitutional Court of South Africa argues, it looked at the «intersection of compounded vulnerabilities due to intersecting oppression» based on different grounds¹²⁹.

It is interesting to note that in the *Fireworks Factory* case the IACtHR conveys a conception of vulnerability – as a lack of alternatives – that resonates with the situational definition of

¹²³ *Ibid.* para. 102.

¹²⁴ MANTOUVALOU, SEDACCA 2020.

¹²⁵ ATREY 2019.

¹²⁶ FREDMAN 2016, 35.

¹²⁷ GIAMMARINARO, PALUMBO 2021.

¹²⁸ The *Fireworks Factory* case, para. 31.

¹²⁹ The *Mahlangu* case, para. 65.

vulnerability provided by international soft law instruments and the EU Directive 2011/36 on trafficking in human beings¹³⁰. According to this definition, the position of vulnerability is «any situation in which the person involved has no real and acceptable alternative but to submit to the abuse involved»¹³¹. Rather than limiting vulnerability to the person's inherent characteristics, this definition significantly stresses the importance of considering the circumstantial and structural social factors that leave a person without any concrete and real alternative but to “accept” abusive and exploitative relations and conditions. In the *Fireworks Factory* judgment, the IACtHR echoes this conception of vulnerability by arguing how the confluence of elements (i.e. structural poverty and being Afro-Brazilian women, some of whom were mothers or pregnant) and the existence of this pattern of intersectional discrimination meant that these women (and child victims) «had no other economic option but to accept dangerous work under exploitative conditions»¹³². In other words, the interplay of these factors resulted in a situation in which these women had no a real alternative and, consequently, no real possibility of choice.

More generally, in both the *Fireworks Factory* judgment and the *Mahlangu* judgment, the intersectional lens sheds light on the social relationships and material conditions in which individuals are situated, as well as the constraints that may hinder their enjoyment of rights, leading them to accept undesired situations, thereby perpetuating social inequalities.

This brings us to the third and final point to highlight, which concerns substantive equality. Far from considering equality in a formal way, intersectionality involves understanding it in its substantive dimension¹³³. As Margot Young has pointed out¹³⁴, addressing the substantive dimension of inequality requires reconsidering power differentials, analysing the lived effects of the law, contextualising individual and group-based circumstances within social structures and, lastly, recognising positive and broad duties of the State.

In line with this view, by shifting from an abstract subject to a “situated” person – to recall the work of Stefano Rodotà¹³⁵ – the intersectional perspective, combined with a situational conception of vulnerability, not only permits us to contextualise the claim to equality¹³⁶ but also to advocate for a redefinition of power relations. As underlined by La Barbera and Cruells López, by emphasising how the causes of subordination are intermeshed and mutually constituted, «intersectionality calls for addressing inequality vis-à-vis the multiple social structures that articulate power relations»¹³⁷, thereby fostering social changes.

Such a substantive understanding of equality through adoption of an intersectional perspective is evident in both the *Fireworks Factory* and *Mahlangu* judgments. In the *Fireworks Factory* case, focusing on the substantial dimension of equality under article 24 of the American Convention on Human Rights, the IACtHR found that the State of Brazil failed to provide Afro-Brazilian women of Santo Antonio de Jesus with the real opportunity to achieve “material equality”. The Court criticised the State for not actively reversing the situations of structural poverty and marginalisation faced by these women¹³⁸, thereby preventing them from attaining a “life of dignity”¹³⁹. Notably, as Saliba and Ferolla Vallandro do Valle have noted¹⁴⁰, in this

¹³⁰ See in this regard GIAMMARINARO, PALUMBO 2021; SANTORO 2020.

¹³¹ See, in particular, the *travaux préparatoires* of the UN Protocol on trafficking and the Anti-Trafficking Directive 2011/36/EU.

¹³² The *Fireworks Factory* case, para. 38.

¹³³ See, for instance, in this regard, BARRÈRE, MORONDO TARAMUNDI 2011, LA BARBERA, CRUELLES LÓPEZ 2019.

¹³⁴ YOUNG 2010, 196.

¹³⁵ RODOTÀ 2007.

¹³⁶ RODOTÀ 2007.

¹³⁷ YOUNG 2010, 1169.

¹³⁸ The *Fireworks Factory* case, para. 199.

¹³⁹ *Ibid.* para. 31.

¹⁴⁰ SALIBA, FEROLLA VALLANDRO DO VALLE 2021.

judgment, the IACtHR framed Article 24 as a general right to material equality «regardless of the law»¹⁴¹, without specifying any Brazilian law that was being applied unequally, as it did in its previous case law. In this sense, as they argued, «the IACtHR’s interpretation takes the scope of the right to equal protection further than any other human rights body has done»¹⁴².

According to the IACtHR, by failing to adopt adequate measures to address Afro-Brazilian women’s right to material equality, the State «not only failed to ensure the right to just and favourable conditions of work of the presumed victims, but also contributed to increasing their situation of structural discrimination»¹⁴³. Consequently, the State’s inadequacies served to amplify existing intersectional discrimination. The IACtHR underlined that once a pattern of intersectional and structural discrimination is verified, the State has a positive obligation to implement systematic policies that address its causes and origins¹⁴⁴. It thus ordered the State of Brazil to adopt measures to tackle the root causes of poverty and marginalisation, and to ensure a substantial improvement in the lives of the community of Santo Antônio de Jesus. These include addressing the lack of employment options, especially for young people and Afro-Brazilian women living in poverty. Therefore, the IACtHR required the State to ensure these women’s right to material equality and, consequently, to provide them with dignified living and working conditions, thereby contributing to social structural changes.

Similarly, the use of intersectionality in the *Mahlangu* judgment of the Constitutional Court of South Africa also entails a substantive conception of equality. As this Court explicitly stated, «the intersectionality framework as a legal tool, leads to more substantive protection of equality»¹⁴⁵. The intersectional perspective, according to the Court, enables judicial authorities to understand the social structures that systematically produce vulnerabilities and forms of oppression, and how individual experiences vary on the basis of combination of structural elements of discrimination. In this sense, while upholding substantive equality, the «intersectional approach is the kind of interpretative approach which will achieve the progressive realisation of [South Africa’s] transformative constitutionalism»¹⁴⁶. In this regard, the Court underlined the South Africa’s constitutional commitment «to establishing a non-racist and non-sexist society based on human dignity, equality and freedom»¹⁴⁷. At the heart of the constitutional project is «an aspiration to achieve substantive equality and undo the burdens of our past»¹⁴⁸. According to the Court, the exclusion of domestic workers from the COIDA did not «advance the material well-being»¹⁴⁹ of these workers, undermining their substantive rights to equality. Furthermore, this exclusion undervalued the contribution of domestic workers to the social and economic life of the country and ultimately violated their dignity, preventing them benefiting from the transformative constitutional project. Consequently, declaring this exclusion invalid fulfils the transformative mandate set by the South Africa’s Constitution, «at both an individual and a group-based level»¹⁵⁰.

In line with this approach, the Constitutional Court of South Africa’s decision to grant immediate and retrospective effect to its ruling should also be seen as an effort to effectively address the systemic disadvantages and “cycle of poverty” experienced by domestic workers, thereby contributing to promoting substantial social transformation.

¹⁴¹ SALIBA, FEROLLA VALLANDRO DO VALLE 2021.

¹⁴² SALIBA, FEROLLA VALLANDRO DO VALLE 2021.

¹⁴³ The *Fireworks Factory* case, para. 201.

¹⁴⁴ *Ibid.* Concurring Opinion of Judge Ricardo C. Pérez Manrique, para. 43.

¹⁴⁵ The *Mahlangu* case, para. 79.

¹⁴⁶ *Ibid.* para. 79.

¹⁴⁷ *Ibid.* para. 97.

¹⁴⁸ *Ibid.* para. 97.

¹⁴⁹ *Ibid.* para. 106.

¹⁵⁰ *Ibid.*

4. Concluding Remarks

The *Fireworks Factory* judgment of the IACtHR and the *Mahlangu* judgment of the Constitutional Court of South Africa represent key examples of applying intersectionality in legal arguments and decisions. By marking a significant advancement over the intersectional approach taken by the ECtHR, particularly in the *B.S. v. Spain* decision, these judgments offer a nuanced analysis of the structural dimension of intersectional discrimination. By explicitly referring to Crenshaw's theory of intersectionality, these Courts have developed a detailed examination of the systems of power and exclusion that breed intersectional discrimination in the cases considered, and the role of the law in mitigating or exacerbating them. Through this lens, the intersectional discrimination faced by Afro-Brazilian women firework workers in the *Fireworks Factory* case or by domestic workers, in particular Black women, in the *Mahlangu* case is not seen as an isolated or exceptional event. Instead, it is understood as a manifestation of broader, systemic disadvantages that are deeply embedded in historical, social and legal contexts.

In line with this perspective attentive to the structural nature of intersectionality, both the IACtHR and the Constitutional Court of South Africa view the vulnerability of the individuals involved in the two cases not as a static or fixed attribute, but as closely related to their positions within societal and power dynamics. Vulnerability is understood in its situational dimension, paying attention to the interplay of various intersecting factors that expose individuals/groups to the risk of human rights violations and contribute to specific forms of discrimination.

Both the IACtHR and the Constitutional Court of South Africa use intersectionality as an analytical framework to examine the social structures affecting marginalised people. They seek to understand how these experiences vary according to the interplay of the various factors producing vulnerability, and evaluate fundamental rights violations based on their impact on specific intersectional and marginalised groups and individuals. Intersectionality is in this way employed not only to analyse the negative effects of various forms of discrimination but also to explore the specific subordination and oppression that arise from their intersections which are often inadequately addressed by the law.

Both Courts have thus concentrated on the material conditions and relationships in which persons are situated and the discrimination they face, addressing inequalities in a substantive manner. Intersectionality has been used as a lens to identify entrenched power relations, structures and related legal regimes that perpetuate discrimination, with the aim of challenging and dismantling them. In this sense, both the Courts aimed to ensure that marginalised people involved in the cases could achieve a "life of dignity"¹⁵¹. In other words, echoing Stefano Rodotà's reflections on social human dignity, it can be said that both the Courts focused on creating the material conditions necessary, respectively, for Afro-Brazilian women firework workers and South African women domestic workers to live and work in conditions of equality and responsibility¹⁵².

Far from viewing intersectionality merely in identity terms – as a theory aimed at identifying intersecting groups – the IACtHR and the Constitutional Court of South Africa have addressed the power systems where various axes of oppression and discrimination intersect. From this perspective, they have integrated intersectionality into their legal decisions by preserving its capacity to act as a concept that supports radical criticism against systemic inequalities and power imbalances. The hope is that this path will be followed by other international and national Courts.

¹⁵¹ The *Fireworks Factory* case, para. 173.

¹⁵² RODOTÀ 2012.

References

- AJELE G., MCGILL J. 2020. *Intersectionality in Law and Legal Contexts*, Women's Legal Education and Action Fund (LEAF).
- ANZALDÚA G. 1987. *Borderlands/La Frontera: The New Mestiza*, Aunt Lute Books.
- ATREY S. 2019. *Intersectional Discrimination*, Oxford University Press.
- ATREY S. 2021. *Beyond discrimination: Mahlangu and the use of intersectionality as a general theory of constitutional interpretation*, in «International Journal of Discrimination and the Law», 21(2), 2021, 168 ff.
- BARRÈRE M.A., MORONDO TARAMUNDI D. 2011. *Subdiscriminació y Discriminació Interseccional*, in «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 45, 2011, 15 ff.
- BELLO B.G. 2020. *Intersezionalità. Teorie e pratiche tra diritto e società*, Franco Angeli.
- BELLO B.G., LYKKE N. MORENO CRUZ P., SCUDIERI L. 2022 (eds.). *Doing Intersectionality in Explored and Unexplored Places*, in «AG. About Gender», 11(22), 2022, I ff.
- BELLO B.G., MANCINI L. 2023. *La discriminazione intersezionale nella Direttiva 2023/970/UE sulla parità retributiva uomo/donna*. in «Italian Equality Network», 23 May, 2023, available at: <https://www.italianequalitynetwork.it/la-discriminazione-intersezionale-nella-direttiva-2023-970-ue-sulla-parita-retributiva-uomo-donna?action=genpdf&id=2376>, (accessed 30 June 2024).
- BUTLER J. 2004. *Vite precarie. Contro l'uso della violenza in risposta al lutto collettivo*. Meltemi.
- CARASTATHIS A. 2014. *Reinvigorating Intersectionality as a Provisional Concept*, in O'DONOVAN M., GOSWAMI N., YOUNT L. (eds.), *Why Race and Gender Still Matter: An Intersectional Approach*, Routledge, 59 ff.
- CHO S., CRENSHAW K.W., MCCALL L. 2013. *Toward a Field of Intersectionality Studies: Theory, Applications, and Praxis*, in «Signs: Journal of Women in Culture and Society», 38, 2013, 4 ff.
- COLLINS P.H. 2000. *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*, 2nd ed. Routledge.
- COLLINS P.H. 2011. *Piecing Together a Genealogical Puzzle: Intersectionality and American Pragmatism*, in «European Journal of Pragmatism and American Philosophy», 3(2), 2011, 88 ff.
- COLUMBIA LAW SCHOOL 2017. *Kimberlé Crenshaw on Intersectionality, More than Two Decades Later*, 8 June 2017, <https://www.law.columbia.edu/news/archive/kimberle-crenshaw-intersectionality-more-two-decades-later>, (accessed 30 June 2024).
- COMBAHEE RIVER COLLECTIVE 1981. *A Black Feminist Statement*, in MORAGA C., ANZALDUA G. (eds.), *This Bridge Called My Back: Writings by Radical Women of Color*, Kitchen Table/Women of Color Press, 234 ff. (or. ed. 1977).
- COOPER B. 2016. *Intersectionality*, in DISCH L., HAWKESWORTH M. (eds.), *The Oxford Handbook of Feminist Theory*, Oxford University Press, 385 ff.
- CRENSHAW K. 1989. *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in «The University of Chicago Legal Forum», 140, 1989, 139 ff.
- CRENSHAW K. 1991. *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, in «Stanford Law Review», 43, 1241, 1991, 1249 ff.
- CRENSHAW K. 2011. *Twenty years of Critical Race Theory: looking back to move forward*, in «Connecticut Law Review», 117, 2011, 1255 ff.
- CRENSHAW K. 2014. *The Structural and Political Dimensions of Intersectional Oppression*, in GRZANKA P. (ed.), *Intersectionality: A Foundations and Frontiers Reader*. Routledge, 18 ff.

- CRENSHAW K., GOTANDA N., PELLER G., KENDALL T. (eds) 1996. *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement*, The New Press.
- DAVIS A. 1983. *Women, Race and Class*, Vintage.
- DAVIS A. 2016. *Freedom is a Constant Struggle. Ferguson, Palestine, and its Foundations of a Movement*, Haymarket Books.
- DIAS OLIVEIRA S.L. 2023. *Interseccionalidad y el caso de los Empleados de la fábrica de fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil: un análisis jurisprudencial*, in «Revista De Derecho», 28, 2023 , available at: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2393-61932023000201201&lng=es&nrm=iso (accessed 30 June 2024).
- YOSHIDA K. 2013. *Towards Intersectionality in the European Court of Human Rights: The Case of B.S. v Spain*, in «Feminist Legal Studies», 21(2), 2013, 195 ff.
- YOSHIDA K. 2023. *Strategic Human Rights Litigation: A Feminist Reflection*, in «Yale J.L. & Feminism», 34(2), 2023, 105 ff.
- YOUNG M. 2010. *Unequal to the Task: “Kapp”Ing the Substantive Potential of Section 15*, in «Supreme Court Law Review», 50, 2010, 183 ff.
- FANLO CORTÈS I. 2023. *Interventi*, in CAGGIA F., CORSO L. (eds.), *Intersezionalità: Genealogia di un metodo giuridico*, Edizione Scientifica, 51 ff.
- FINEMAN M.A. 2010. *The Vulnerable Subject and the Responsive State*, in «Emory Law Journal», 60 (2), 2008, 251 ff.
- FINEMAN M.A. 2019. *Vulnerability and Social Justice*, in «Valparaiso University Law Review», 53 (2), 341ff.
- FREDMAN S. 2016. *Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-Discrimination Law*, European Commission.
- GIAMMARINARO M.G., PALUMBO L. 2021. *Vulnerabilità situazionale, genere e diritti umani. Analisi della normativa e della giurisprudenza italiana e sovranazionale sullo sfruttamento lavorativo*, in GIOFFREDI G., LORUBBIO V, PISANÒ A. (eds.), *Diritti umani in crisi? Emergenze, disuguaglianze, esclusioni*, Pacini Giuridica, 45 ff.
- GINES K.T. 2014. *Race Women, Race Men and Early Expressions of Proto-Intersectionality, 1930s-1930s*, in O'DONOVAN M., GOSWAMI N., YOUNT L. (eds.), *Why Race and Gender Still Matter: An Intersectional Approach*, Routledge, 13 ff.
- GUTIÉRREZ-RODRÍGUEZ E. 2010. *Migration, Domestic Work and Affect. A Decolonial Approach on Value and the Feminization of Labour*, Routledge.
- HARRIS A. 1990. *Race and Essentialism in Feminist Legal Studies*, in «Stanford Law Review», 42(3), 1990, 581 ff.
- HOOKS B. 1981. *Ain't I a Woman? Black Women and Feminism*, South End Press.
- ILIEVA M.S. 2022. *J.I. v. Croatia: Violence against Roma women – discrimination not an issue?*, in «EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law», 6 December, 2022, available at: <https://www.ejiltalk.org/j-i-v-croatia-violence-against-roma-women-discrimination-not-an-issue/>, (accessed 30 June 2024).
- KENNEDY D. 1992. *Breve storia dei critical legal studies negli Stati Uniti*, in «Rivista Critica del Diritto Privato», 10, 1992, 639 ff.
- LA BARBERA M. 2016. *Interseccionalidad, un “concepto viajero”: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea*, on «Interdisciplina», 4 (8), 2016, 105 ff.
- LA BARBERA M., LÓPEZ CRUELLS M. 2019. *Toward the Implementation of Intersectionality in the European Multilevel Legal Praxis: B. S. v. Spain*, in «Law & society review», 53(4), 2019, 1 ss.

- LORDE A. 1984. *Sister/Outsider: Essays and Speeches by Audre Lorde*, Crossing Press.
- MACKENZIE C., ROGERS W., DODDS S., (eds.) 2014. *Vulnerability. New essays in ethics and feminist philosophy*, Oxford University Press.
- MANTOUVALOU V., SEDACCA, N. 2020. *The Human Rights of Domestic Workers: Mahlangu v Ministry of Labour and the Transformative Nature of the South African Constitution*, in «UK Labour Law», 11 December, 2020, available at: <https://uklabourlawblog.com/2020/12/11/the-human-rights-of-domestic-workers-mahlangu-v-ministry-of-labour-and-the-transformative-nature-of-the-south-african-constitution-by-virginia-mantouvalou-and-natalie-sedacca/> (accessed 30 June 2024).
- MARINI G. 2021. *Intersezionalità: genealogia di un metodo giuridico*, in «Rivista critica del diritto privato», 4, 2021, 473 ff.
- MARINI G. 2023. *Relazione*, in CAGGIA F., CORSO L. (eds.), *Intersezionalità: Genealogia di un metodo giuridico*, Edizione Scientifica, 51 ff.
- MARTÍNEZ E. 1997. *La Chicana*, in GARCÍA A.M. (ed.), *Chicana Feminist Thought. The Basic Historical Writing*, Routledge, 32 ff. (or. ed. 1972).
- MEZZADRA S. 2021. *Intersectionality, Identity, and the Riddle of Class*, available at: <https://www.euronomade.info/intersectionality-identity-and-the-riddle-of-class/> (accessed 30 June 2024).
- MOHANTY C.T. 1988. *Under western eyes: Feminist scholarship and colonial discourse*, in «Feminist Review», 30, 1988, 61 ff.
- MORAGA, C. 1981. *La Güera*, in MORAGA C., ANZALDUA G. (eds.), *This Bridge Called My Back: Writings by Radical Women of Color*, Kitchen Table/Women of Color Press, 27 ff. (or. ed. 1977).
- MUSTANIEMI-LAAKSO M., HEIKKILÄ M., DEL GAUDIO E., KONSTANTIS S., NAGORE CASAS M., MORONDO D., HEGDE V.G., FINLAY G. 2016. *The Protection of vulnerable individuals in the context of EU policies on border Checks, Asylum and Immigration*. European Commission, Brussels.
- NASH J. 2019. *Black Feminism Reimagined: After Intersectionality*, Duke University Press.
- NEDELSKY J. 2012. *Law's relations*, Oxford University Press.
- PARIOTTI E. 2018. *Vulnerabilità qualificazione del soggetto: implicazioni per il paradigma dei diritti umani*, in GIOLO O., PASTORE B. (eds.), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, 147 ff.
- PICCHIO A. 1992. *Social Reproduction: The Political Economy of the Labour Market*. Cambridge University Press.
- PUAR J. 2012. *I would rather be a cyborg than a goddess': Becoming-Intersectional in Assemblage Theory*, in «PhiloSOPHIA», 2(1), 2012, 49 ff.
- RODOTÀ S. 2007. *Da soggetto a persone*, Editoriale scientifica.
- RODOTÀ S. 2012. *Il Diritto di avere diritti*, Laterza.
- SALIBA A. T., FEROLLA VALLANDRO DO VALLE M. 2021. *The Inter-American Court of Human Rights and the Quest for Equality: The Fireworks Factory case*, in «EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law», 20 January, 2021, available at: <https://www.ejiltalk.org/the-inter-american-court-of-human-rights-and-the-quest-for-equality-the-fireworks-factory-case/> (accessed 30 June 2024).
- SANTORO E. 1999. *Autonomia individuale, libertà e diritti. Una critica dell'antropologia liberale*, ETS.
- SANTORO E. 2020. *Vulnerabilità fra teoria politica e testi normativi: un linguaggio per dire cose vecchie o un nuovo strumento teorico?*, in FURIA A., ZULLO, S. (eds), *La vulnerabilità come metodo. Percorsi di ricerca tra pensiero politico, diritto e etica*, Carocci, 131 ff.

- STAIANO F. 2017. *The Human Rights of Migrant Women in International and European Law*, Giappichelli.
- TIMMER A. 2013. *A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights*, in FINEMAN M.A., GREAR A. (eds.), *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Ashgate, 147 ff.
- VERZA A. 2018. *Il concetto di vulnerabilità e la sua tensione tra colonizzazioni neoliberali e nuovi paradigmi di giustizia*, in GIOLO O., PASTORE B. (eds.), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, 229 ff.

Diritto e politica nelle sentenze della Corte Suprema brasiliana sul diritto alla salute

The Law and Politics in the Supreme Court Judgments about on right to health

FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA

Università Presbiteriana Mackenzie & Università Cattolica di San Paolo, Brasile.

E-mail: fernando.lima@mackenzie.br e frslima@pucsp.br

ABSTRACT

Con questo contributo si intende analizzare le decisioni del STF (Suprema Corte brasiliana) in materia di diritto alla salute, con l'obiettivo di individuare se tali decisioni della Corte rispettino l'autonomia del diritto e della politica in termini operativi pur mantenendosi allo stesso tempo in un rapporto di reciproco apprendimento. La premessa epistemologica adottata è la teoria dei sistemi sociali di Niklas Luhmann, a cui si fa riferimento attraverso il rimando a fonti bibliografie primarie e secondarie. Come fonti documentarie, sono state prese in considerazione le decisioni del Tribunale federale (STF) in materia di diritto alla salute. Nelle conclusioni si sostiene che il codice giuridico "prevale" su quello politico riducendo la capacità del diritto di apprendere dal proprio ambiente esterno.

The research analyzes some decisions of the Brazilian Supreme Court on the right to health in order to identify if the structural coupling between political and legal systems, which the Court realises, respects the mutual autonomy of Politics and Law in terms of operational functioning, while remaining at the same time open from the perspective of cognition. Theoretical analysis was carried out through the Social System Theory by Niklas Luhmann. The conclusions argue that the legal code "overrides" the politics code reducing the Law's ability to learn from its external environment.

KEYWORDS

diritto alla salute, Supremo Tribunal Federal, Niklas Luhmann, teoria dei sistemi sociali

right to health, Brazilian Supreme Court, Niklas Luhmann, social system theory

Diritto e politica nelle sentenze della Corte Suprema brasiliana sul diritto alla salute

FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA

1. Introduzione – 2. Ipotesi di ricerca – 3. Comunicazioni giuridiche e politiche nelle decisioni del STF sul diritto alla salute – 3.1. Argomentazioni giuridiche – 3.2. Distinguere gli argomenti per conoscerli – 3.3. Argomentazioni giuridiche e politiche del STF – 3.4. La forma e il significato del diritto nelle decisioni analizzate – 4. Analisi delle decisioni del Supremo Tribunale Federale – 4.1. Le decisioni esaminate – 4.2. Ripercussioni generali sugli Appelli straordinari (RES) 566471 e 657718 – 5. Risultati della ricerca – 5.1. La Suprema Corte Brasiliana: un osservatore che non osserva – 6. Cosa c'è dietro l'autoreferenzialità della Corte Suprema? – 6. Il diritto alla salute come diritto umano inalienabile – 6.2. Il diritto moderno come sistema differenziato di funzione – 6.2.1. Concetti dogmatici assunti nelle decisioni della Corte costituzionale – 6.3. La (Parte) Corte Suprema che realizza l'accoppiamento strutturale.

1. Introduzione

Il testo illustra alcuni degli aspetti analizzati più ampiamente in un progetto di ricerca portato avanti nell'ambito del corso di Dottorato in Scienze giuridiche presso l'Università Presbiteriana Mackenzie. Partendo dal quadro teorico sviluppato dal sociologo tedesco Niklas Luhmann, l'obiettivo che l'analisi si prefigge è quello di identificare se le decisioni p del Supremo Tribunale Federale (STF) brasiliano, selezionate ai fini di questa ricerca, in materia di diritto alla salute, rispettino l'autonomia operativa dei sistemi del diritto e della politica mantenendo allo stesso tempo il loro rapporto di reciproco apprendimento. L'ipotesi è che la suddetta Corte concretizzi un accoppiamento strutturale tra questi sistemi quando giudica i contenziosi nell'ambito del diritto alla salute.

Il dialogo tra il sistema giuridico e quello politico sarà osservato empiricamente facendo riferimento alle argomentazioni delle sentenze prese in esame. Ogni sistema differenziato (come, appunto, quello del diritto e quello della politica) opera in base ad uno specifico codice: nel caso del diritto, lecito/illecito; nel caso della politica, governo/opposizione. Nel decidere in materia di diritto alla salute, il Tribunale Supremo finisce per diventare lo spazio in cui si concretizza l'accoppiamento strutturale rappresentato dalla Costituzione federale. Questo perché, giudicando su una questione di costituzionalità, la Corte materializza lo scambio comunicativo tra politica e diritto.

Sul piano metodologico, la ricerca, realizzata attraverso lo studio di materiale bibliografico e documentario, adotta quale premessa epistemologica la teoria dei sistemi sociali di Luhmann, infatti l'oggetto di studio è stato analizzato attraverso i presupposti descrittivi della sua teoria della società e, soprattutto, della sua teoria del diritto. Come fonti documentarie, sono state prese in considerazione le decisioni della Suprema Corte brasiliana sul diritto alla salute¹. L'analisi delle decisioni giudiziarie ha lo scopo di individuare se l'operazione comunicativa realizzata dalla Corte (la decisione) ha mantenuto la chiusura operativa e l'apertura cognitiva dei sistemi politici e giuridici o se invece si è verificata una sovrapposizione dei codici di questi due sistemi.

Attraverso l'analisi dei precedenti giudiziari del STF, disponibili sul suo sito web (www.stf.gov.br), è stata condotta un'indagine documentale. La ricerca delle sentenze sul suddetto sito web si è basata principalmente utilizzando come chiave di ricerca l'espressione "diritto alla salute". Il risultato è stato un primo campione di 845 sentenze, che sono state gradualmente

¹ SEVERINO 2007, 123; RABELO QUEIROZ 2015, 98-104.

analizzate nel corso del post-dottorato, al fine di individuare quelle rilevanti per la ricerca².

Sulle decisioni della Corte è stata realizzata un'analisi di tipo qualitativo. Inoltre, è stato esaminato l'intero contenuto delle sentenze selezionate, consentendo di identificare il rapporto che esse instaurano tra l'ordinamento politico e quello giuridico. Infatti, le sentenze analizzate sono state selezionate proprio sulla base della loro rappresentatività rispetto all'accoppiamento strutturale fra sistema politico e sistema giuridico che si materializza per mezzo della Costituzione federale – e dunque della Corte Suprema in qualità di tribunale di rango costituzionale. In questo senso, le sentenze, infatti, rappresentano il punto di incontro tra due sistemi caratterizzati da codici differenti e irriducibili, e dunque operativamente autonomi e con funzioni distinte.

Per quanto riguarda il fenomeno dell'evoluzione sociale, esso è descritto dalla teoria dei sistemi come il risultato di scambi comunicativi interni ed esterni ai sottosistemi parziali differenziati. Le comunicazioni che provengono dall'esterno finiscono per irritare il sottosistema in questione, che rielaborerà la comunicazione esterna, trasformandola in comunicazione interna e, allo stesso tempo, codificandola secondo il suo proprio codice. Questo scambio implica una *selezione* e una successiva *stabilizzazione* che provoca, così, l'*evoluzione* sociale³.

Per Luhmann, la Costituzione rappresenta l'accoppiamento strutturale tra il sistema politico e il sistema giuridico, poiché mette in relazione fra loro tali sistemi, irritandoli reciprocamente, nonostante essi continuino ad operare secondo il rispettivo codice e, dunque, secondo la propria autonomia funzionale, come espone con chiarezza Campilongo⁴. Tuttavia, quando la situazione diventa conflittuale al punto da essere portata in tribunale, è la Suprema Corte, quando si tratta di questioni costituzionali, ad essere chiamata a risolvere il conflitto tra politica e diritto. Il STF rappresenta la sede della risoluzione deliberativa dei contenziosi riguardanti la Costituzione federale, caratterizzandosi in questo modo come il centro del sistema giuridico⁵.

La Corte costituzionale, infatti, in qualità di garante della costituzione, ne garantisce la continuità, in quanto accoppiamento strutturale tra il sistema del diritto e il sistema politico. Le controversie generate da manifestazioni di aspettative a livello giuridico, quando arrivano alla corte di massimo grado, possono innescare processi di evoluzione sociale: il contenzioso rappresenta infatti un elemento di variazione che irrita il sistema giuridico, chiamato a selezionare (decidere) e ristabilizzare le aspettative deluse attraverso il suo intervento. La Corte, dunque, non opera in base ad una rigida razionalità, ma si trova di fronte situazioni sempre nuove.

Luhmann ha descritto l'evoluzione come un processo che passa per le fasi di variazione, selezione e stabilizzazione; a cui seguirà una nuova variazione, una nuova selezione e una nuova stabilizzazione. Ciò avviene nell'ambito di ciascun sistema (diritto, politica, economia, etc.)⁶ operativamente chiuso e allo stesso tempo cognitivamente aperto. Ciascun sistema opera soltanto in base al proprio specifico codice, pur restando, aperto sia alle comunicazioni esterne e dunque alle "irritazioni" che ne conseguono, sia alla possibilità che si verifichino accoppiamenti strutturali, ovvero un momentaneo coordinamento fra due sistemi differenti a livello delle proprie strutture⁷.

2. Ipotesi di ricerca

L'ipotesi proposta in riferimento al problema della ricerca è che la Suprema Corte brasiliana nelle sue decisioni adotti una postura prevalentemente autoreferenziale a detrimento dell'etero-

² RABELO QUEIROZ 2015, 98-104.

³ LUHMANN 1996, 83-128; RODRÍGUEZ MANSILLA 2002, 24.

⁴ CAMPILONGO 2000, 77.

⁵ GUERRA, WILLIS 2011, 339.

⁶ RISTER DE SOUSA LIMA 2012, 41-47.

⁷ RISTER DE SOUSA LIMA 2010, 20- 21.

referenza del sistema giuridico nei confronti di quello politico. La comunicazione (stimoli, irritazioni, input, etc.) proveniente dal sistema politico finisce così per essere esclusa dagli elementi che il STF prende in considerazione nelle sue decisioni. Di conseguenza, l'accoppiamento strutturale fra diritto e politica, che la Suprema Corte materializzerebbe, non risulta pieno.

Ci sono, tuttavia, altri possibili esiti come, ad esempio, il caso contrario rispetto a quello appena visto, cioè che la politica ignori il diritto (le sentenze della Suprema Corte). Ancora, si potrebbe ottenere un equilibrio finale tra i due sistemi (accoppiamento strutturale), senza che nessuno dei due codici prevalga.

Infine, si deve tenere conto che i giudizi della stessa Corte non sono uniformi tra loro; infatti viene privilegiato, a volte, il codice della politica, altre quello del diritto, senza un criterio apparentemente definito.

3. Comunicazioni giuridiche e politiche nelle decisioni del STF sul diritto alla salute.

Storicamente, il diritto è sempre stato chiamato ad evolversi in ragione dei conflitti che era chiamato a giudicare. L'emergere stesso del diritto e soprattutto la sua contingenza sono anche il risultato delle pressioni provenienti da un ambiente sociale ricco di conflitti. Analizzare le decisioni giudiziarie significa osservare l'istituzionalizzazione del conflitto. I processi giudiziari rappresentano in definitiva la canalizzazione dei conflitti sociali nelle procedure prestabilite dallo Stato, che si arroga il compito di decidere sulle controversie in questione⁸. Il significato della decisione tuttavia, a sua volta, prende forma nell'argomentazione dei magistrati. L'argomentazione serve così al giudice per spiegare le ragioni della *decisione* presa, per costruire un ragionamento di merito o ancora per tentare di legittimarsi socialmente⁹.

3.1. Argomentazioni giuridiche

L'argomentazione giuridica è costruita a partire dalle distinzioni fatte dal sistema. Fondamentalmente, si tratta di tre distinzioni: (i) operazione/osservazione, (ii) auto/etero-osservazione e (iii) controversia/non controversia, che, nel caso del sistema giuridico, si distinguono per partecipare all'attribuzione dei valori del codice lecito/illecito. La scelta del lato da attribuire al caso concreto avviene all'interno del gioco argomentativo, cosicché ridondanza e varietà sono condizioni di possibilità dell'argomentazione giuridica. La ridondanza, infatti, ha la funzione di evidenziare l'eccesso di informazioni al fine di produrre e selezionare le informazioni caratterizzate da novità. La varietà rappresenta la diversità delle operazioni che un sistema riconosce come proprie.

Nella costruzione dell'argomentazione si distinguono anche informazioni e ridondanza: l'informazione è il valore "sorprendente" di ciò che avviene, mentre la ridondanza deriva dal fatto che le informazioni precedenti sono considerate parte del funzionamento del sistema. La ridondanza è dunque l'informazione già disponibile, utilizzabile per elaborare le informazioni successive, la varietà, invece, è l'informazione ancoramancante.

La ridondanza rappresenta una condizione utilizzabile nella costruzione dell'argomentazione giuridica. Se la giustizia è il prodotto della coerenza delle decisioni, possiamo dire che la giustizia è ridondanza. Gli errori sono indicatori operativi della possibile ingiustizia del sistema. Attraverso il rapporto tra varietà e ridondanza, il sistema riproduce il proprio adattamento all'ambiente. Un sistema giuridico differenziato deve garantire la chiusura operativa e allo stesso tempo un'elevata "irritabilità" (sensibilità nei confronti dell'ambiente), nonché ridondanza e varietà.

⁸ GROSSI 2003, 8-12; LOPES 2014, 18, 25; CARNELUTTI 2010, 9-32.

⁹ LUHMANN 2013, 338-402; LUHMANN 2016, 451-537.

L'argomentazione giuridica deve essere in grado di proporre una decisione a partire dal codice lecito/illecito e, allo stesso tempo, di motivarla. Le argomentazioni vengono costruite a partire da una distinzione fra i due lati del codice, e così facendo costituiscono un'auto-osservazione del sistema giuridico: argomentando, il sistema osserva sé stesso e contribuisce alla propria auto-poiesi. Nelle decisioni giudiziarie, la sentenza è il risultato dell'argomento a cui si è fatto ricorso. Allo stesso tempo, la scelta di un determinato argomento dovrebbe tener conto che si sarebbe potuto anche scegliere diversamente, pena il rischio di incorrere in un "dialogo tra sordi".

La teoria dei sistemi non etichetta gli argomenti giuridici come buoni o cattivi (positivi o negativi), perché il codice del diritto non è quello della morale. Inoltre, gli argomenti da soli non hanno alcuna capacità di conferire validità o invalidità ai diritti. Il filtro della validità giuridica prescinde dai (pre)giudizi morali.

La differenziazione funzionale determina, appunto, la differenza fra i vari sistemi. Inoltre, nel descrivere il processo argomentativo, la teoria dei sistemi distingue tra argomentazioni formali e sostanziali. Le prime fanno riferimento all'autoreferenza del sistema, dovendo mantenere la coerenza dello stesso. Le seconde riguardano le informazioni esterne all'ambiente del sistema (eteroreferenza), cioè l'apprendimento. In entrambi i casi, si tratta di processi interni al sistema giuridico, indipendenti dagli altri sottosistemi societari¹⁰.

L'argomentazione svolta dalle parti non è soltanto in grado di "irritare" il sistema giuridico con aspetti nuovi, che portano il sistema a produrre decisioni (comunicazioni giuridiche). Così facendo, il sistema infatti aumenta la propria complessità: gli argomenti (irritazione) rappresentano variazioni che obbligano a decidere, quindi a compiere selezioni e successive stabilizzazioni. In questo senso è essenziale il mantenimento di una coerenza argomentativa – cioè coerenza e adeguatezza della decisione, e dunque, il linguaggio si rivela essenziale per l'autopoiesi del sistema. D'altronde, senza esperienza linguistica non c'è comunicazione.

3.2. Distinguere gli argomenti per conoscerli

La comunicazione è anche un'operazione di selezioni collegate: da un lato, Alter seleziona le informazioni e la forma della loro condivisione; dall'altro, Ego realizza una determinata comprensione, osservando l'atto del comunicare di Alter¹¹.

La comunicazione consiste, infatti, di informazione, atto del comunicare e comprensione. Comprendere (*verstehen*) significa percepire, irritare, perché implica un cambiamento rispetto allo stato precedente. La conversazione inizia solo con la scelta del contenuto. Dunque, senza una distinzione che mette in evidenza uno specifico tema la comunicazione non può iniziare. Esistono diverse scelte possibili.

La comunicazione non avviene all'improvviso a partire da nuove informazioni, ma attraverso la ridondanza, che ne costituisce lo sfondo. La ridondanza significa autoreferenza, a partire dalla quale è possibile distinguere nuove informazioni (eteroreferenza). Quando alla ridondanza si aggiungono nuove informazioni, c'è evoluzione e pertanto viene garantita l'autopoiesi sistemica¹².

Il nostro approccio si concentra sulla forma che assumono le operazioni del sistema del diritto più che sulla sua struttura. Lo sguardo descrittivo è, per l'appunto, rivolto ad ogni operazione dell'ordinamento giuridico che si concretizza nella comunicazione (cioè le sentenze) del STF.

Pertanto, la consistenza o l'incoerenza del sistema risultano nel corso di ogni operazione e non dipendono da una struttura fissata in precedenza, di cui sarebbe possibile accertare la validità o l'invalidità a livello del sistema. Da questo punto di vista, la ricerca analizza le decisioni del STF per identificare gli elementi utilizzati dalla Corte per produrle, a partire dalle irritazioni

¹⁰ LUHMANN 2016, 457-458.

¹¹ MASCARENO 2016; STAMFORD DA SILVA 2016, 48.

¹² STAMFORD DA SILVA 2016, 43, 46-48.

provenienti dall'ambiente del sistema, che il diritto seleziona in base al suo proprio codice e limitatamente al proprio punto di vista. L'ipercomplessità delle relazioni che si danno nell'ambiente infatti viene ridotta dal sistema che le osserva, in questo caso il diritto. L'applicazione della distinzione fra diritto e non diritto (lecito/illecito) è dunque la dimostrazione del fatto che la comunicazione esterna è stata "ricevuta" dal sistema giuridico¹³.

3.3. Argomentazioni giuridiche e politiche del STF

L'inclusione di argomentazioni di natura giuridica e politica dipende dal processo di selettività che il STF realizza nelle sue decisioni: l'interpretazione del caso, in altre parole, si muove fra questi due poli.

L'accoppiamento strutturale rivela in questo senso il suo potenziale, permettendo di "combinare" due modalità di distinte di operare: diritto e politica. La Costituzione rappresenta appunto l'accoppiamento strutturale tra il sistema politico e quello giuridico, giuridificando la forma dello stato e le scelte politiche che la determinano insieme ai valori considerati fondamentali. Le reciproche irritazioni tra i due sistemi possono essere così elaborate in un processo continuo che, rispetto alla Costituzione, si compie nelle decisioni della corte.

I sistemi del diritto e della politica producono internamente i propri argomenti (giuridici e politici), diventando testi che il STF utilizzerà come fonte di giustificazione quando deciderà caso per caso. Si tratta di testi, perché da essi l'argomentazione della Corte prende forma come risultato di un'interpretazione inerente al processo di differenziazione del diritto, nel corso di un operare interno (comunicativamente chiuso) ma comunque aperto a comunicazioni (irritazioni) provenienti da altri sistemi¹⁴.

L'argomento usato come giustificazione (*ratio decidendi*) diventa la distinzione indicata dall'osservatore: in questo caso, i giudici del STF. All'interno del sistema giuridico – come in tutti i sottosistemi, vale la pena ricordare – la comunicazione finisce per generare altre distinzioni, che è un risultato naturale dell'operazione di selettività interna al sistema.

Tuttavia, nel sistema giuridico, il giudice, in qualità di osservatore, dovrebbe considerare nel processo di interpretazione gli argomenti di entrambe le parti, non potendosi limitare ad assecondare i propri interessi e/o preferenze. Questo è un obbligo che il sistema giuridico pone a carico del giudice. D'altronde, un sistema che non preveda una variabilità nelle scelte non sarebbe neanche in grado di reagire alle irritazioni dell'ambiente¹⁵.

Con l'applicazione della distinzione qui adottata (varietà/ridondanza) viene così differenziato l'operare del diritto dalle irritazioni dell'ambiente sociale. In questo modo i sistemi organizzano la loro complessità. Tuttavia, gli accoppiamenti strutturali sono in grado di potenziare la comunicazione tra i sistemi: nel nostro caso il diritto (autoreferenza) e gli interessi degli attori (eteroreferenza).

L'interpretazione all'interno del sistema giuridico è influenzata dall'ambiente esterno, di cui il sistema si costruisce un'immagine propria. Tuttavia, una eccessiva riduzione della complessità può bloccare l'eteroreferenza¹⁶.

In alcuni contenziosi si tenta chiaramente di supplire ai deficit della pubblica amministrazione nel garantire il diritto alla salute –, ossia di rimediare a una chiara incapacità della politica. L'elevata percentuale di azioni e la loro estensione nell'ambito della salute avrebbero già dovuto rafforzare la riflessività del sistema giuridico. Nonostante ciò, si constata esattamente l'opposto, ovvero una drastica riduzione della complessità – evidente dalla scarsa varietà argomentativa –

¹³ CORREIA 2014, 203.

¹⁴ LUHMANN 2007, 426-434.

¹⁵ LUHMANN 2007, 435-436.

¹⁶ CAMPILONGO 2012, 92.

attraverso il rigetto degli argomenti di natura politica, di fatto esclusi dal gioco comunicativo. Questi argomenti non entrano nel processo interpretativo-evolutivo perché l'osservatore giuridico non è in grado di riconoscerli come elementi di variazione, non consentendo, pertanto, l'accoppiamento strutturale che dovrebbe caratterizzare i giudizi in analisi.

3.4. La forma e il significato del diritto nelle decisioni analizzate

Nell'ottica della teoria dei sistemi di Niklas Luhmann, la funzione del diritto nella società moderna riguarda il mantenimento delle aspettative normative nel tempo. Inteso in questo modo, il diritto contribuisce a garantire che i valori sanciti dalle leggi mantengano una credibilità sociale – facendo sì che i cittadini possano continuare a confidarvi¹⁷.

Il diritto opera sulla base del codice lecito/illecito (*Recht/Unrecht*), in maniera ripetuta e continua¹⁸. Le sue operazioni, perciò, sono dirette a imporre determinati comportamenti agli altri sottosistemi della società. Proprio per questo, il diritto può essere definito come la scienza del "dover essere". Il sistema del diritto si organizza in base alla distinzione tra membri e non membri, e al suo centro stanno i tribunali, mentre le leggi si collocano nella sua periferia¹⁹.

La forma del diritto è caratterizzata dalla combinazione di distinzioni: aspettative normative/cognitive e diritto/non diritto. In questo modo la società recepisce le decisioni giudiziarie, variando di conseguenza il significato delle norme giuridiche e dei programmi normativi. Il processo decisionale riflette la riflessività sistemica, tipica dei sistemi autopoietici (produttori dei propri elementi e delle proprie strutture), influenzando il processo decisionale successivo.

L'elevato numero di situazioni quotidiane distinte e contraddittorie rende il paradosso una questione centrale nella società. I paradossi sono una struttura costante nei processi di differenziazione funzionale e la loro risoluzione finisce per essere il grande motore di questo processo evolutivo, perché, di fronte a contenziosi sempre più complessi, dalle origini più diverse e che si sviluppano in maniera talvolta raffinata, il sistema deve aumentare la propria capacità di astrazione, risultato di un processo di riflessione interna, in cui la gerarchizzazione lascia il passo ad un costante dialogo tra centro e periferia. Per questo motivo, Luhmann afferma che un tale cambiamento di paradigma rappresenta un'autoconservazione del sistema giuridico, che diviene in tal modo più funzionale a decidere una volta provocato e in situazioni sempre più complesse²⁰.

L'ipercomplessità sociale forgia la formazione di paradossi sociali, che vengono portati in sede giuridica per poter essere risolti. La necessità di dover sempre decidere – il *non liquet* – impone una grande sfida al sistema giuridico, che deve riflettere su sé stesso, allontanandosi gradualmente dall'idea di gerarchia delle norme, per rivolgersi invece ai poli del centro e della periferia. L'elevata complessità sociale rende infatti il sistema specializzato in una funzione specifica, come si è visto, e dunque ad una elevata selettività per giungere a una *decisione* e potersi orientare a programmi che diventano una sorta di regole decisionali. Così si giunge ad una decisione che materializza una distinzione (lecito/illecito) che, a sua volta, finisce per nascondere il paradosso fondativo del diritto (ovvero se sia lecito distinguere tra lecito e illecito)²¹.

Il codice del diritto è caratterizzato da una forma paradossale, che si costituisce come unità in quanto, allo stesso tempo, include ed esclude. La comunicazione è a sua volta la forma della società; quindi, non è un dato ontologico; piuttosto, diventa un'astrazione formale e simbolica tra gli uomini²². In virtù del suo codice binario, il diritto è anche capace di riflessione interna: la ri-

¹⁷ LUHMANN 1995, 129, 131, 136, 151.

¹⁸ LUHMANN 1995, 167-181, in particolare 168-170. Sul codice del diritto, si veda RISTER DE SOUSA LIMA 2012, 62.

¹⁹ LUHMANN 2016, 273-311.

²⁰ LUHMANN 2016, 428.

²¹ LUHMANN 2016, 413-414, 426-429.

²² LUHMANN 2016, 10.

flessività è una capacità tipica dei sistemi autopoietici (ovvero produttori dei propri elementi e delle proprie strutture). In questo modo, il processo decisionale sostiene la riflessione al fine di influenzare il processo decisionale successivo²³.

L'alto numero di situazioni paradossali nella realtà sociale rende il paradosso uno dei problemi caratteristici della società moderna. I paradossi rappresentano infatti una struttura costante nei processi di differenziazione funzionale. La loro risoluzione è dunque uno dei grandi motori del processo evolutivo sociale. Nell'ambito del diritto è possibile individuare contenziosi sempre più complessi e raffinati e dall'origine più diversa. Il sistema, quindi, per affrontarli deve aumentare la propria capacità di astrazione.

La necessità che il sistema giuridico debba sempre decidere (il *non liquet*) pone una grande sfida. La soluzione a questo problema è rappresentata dall'abbandono del paradigma gerarchico in ambito giuridico. Attraverso un processo interno di riflessione, il sistema giuridico si è infatti allontanato dall'idea di gerarchia (relativa sia alle fonti del diritto sia alla legislazione) per volgersi alla distinzione centro/periferia.

Emerge di conseguenza la possibilità di combinare l'autoconservazione del sistema giuridico con il bisogno di prendere decisioni in situazioni sempre più complesse²⁴. Il diritto si struttura sulla base di un codice specifico (lecito/illecito) – e non più su altri punti di vista (morale, politico, ecc.) – e attraverso programmi speciali (cioè regole decisionali) che consentono la corretta imputazione dei valori del codice. In questo modo le decisioni, a partire dal codice, permettono di “nascondere” il paradosso fondativo del sistema²⁵.

4. *Analisi delle decisioni del Supremo Tribunale Federale*

4.1. *Le decisioni esaminate*

Come accennato, la selezione delle decisioni giudiziarie è stata svolta direttamente sul sito web del STF (in particolare al seguente link: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>).

Per la ricerca è stata inizialmente utilizzata l'espressione “diritto alla salute”, che ha portato a selezionare 845 sentenze. Due sono stati i criteri applicati a questo punto: uno di ordine temporale e l'altro di ordine materiale (contenutistico). Per quanto riguarda il primo, è stata data preferenza alle sentenze emesse dal 2014 in poi, con particolare attenzione a quelle più recenti all'epoca della ricerca, ovvero quelle degli anni 2016 e 2017. Dal punto di vista contenutistico, sono stati presi in considerazione i casi in cui veniva reclamata da parte dello Stato la fornitura di medicinali o di cure mediche non disponibili o negati dal sistema sanitario pubblico.

Una precedente analisi della giudizializzazione della salute ha dimostrato la rilevanza di questo tema: tanto dal punto di vista della sua attualità, quanto della necessità di una risposta che la ricerca deve offrire alla società circa il ruolo che la magistratura ha svolto in questo tipo di contenziosi giudiziari.

Nonostante l'approccio qualitativo della ricerca, si nota come, quantitativamente, la giurispru-

²³ FEBBRAJO 1975, 95, 97, 99-100. Come scrive NEVES 1992, 277-278: «La riflessività come meccanismo all'interno di un sistema autopoietico implica che il processo referente e il processo riferito siano strutturati dallo stesso codice binario e che, in connessione con questo, i criteri e i programmi del primo riappaiano in parte nel secondo. Pertanto, non è sufficiente, ad esempio, indicare la normalizzazione della normazione, poiché la normalizzazione religiosa o morale della normazione legale, nonché il riferimento normativo di una norma di “legge naturale” all'emanazione di una norma giuridico-positiva, non rappresentano, in questo senso stretto, alcuna riflessività della produzione normativa».

²⁴ LUHMANN 2016, 428.

²⁵ LUHMANN 2016, 413-414 e 426-429.

denza del STF è completamente favorevole alla fornitura di medicinali o a qualsiasi intervento medico richiesto dall'attore. Nessuna decisione recente, infatti, è stata giudicata sfavorevole ai ricorrenti. Si può dunque affermare, sulla base dei casi analizzati, che la possibilità di successo nelle richieste relative alla tutela giudiziaria che riguardano il diritto alla salute è del 100%. Questo era lo scenario disegnato dai ricorsi straordinari n. 56.6471 e n. 65.8818, a cui la stampa ha peraltro dedicato molta attenzione, in considerazione dell'aspettativa che molti nutrivano rispetto al fatto che la Corte definisse i criteri e i limiti della tutela giuridica del diritto alla salute²⁶.

Tuttavia, l'oggetto della ricerca in questione non riguarda la concessione o la negazione dell'accesso a terapie e trattamenti. Si vuole, invece, verificare se gli argomenti di natura politica vengono trattati sul piano cognitivo allo stesso modo degli argomenti di natura giuridica, utilizzando la teoria dei sistemi sociali, e se l'accoppiamento strutturale fra politica e diritto nelle decisioni del STF è funzionale a garantire un equilibrio nel conflitto tra le parti.

In questo senso, la ricerca attesta una posizione della Suprema Corte definibile quale prossima alla cecità, poiché dotata di un solo occhio. Infatti, l'occhio che dovrebbe distinguere gli argomenti provenienti dal sistema politico sembra essere diventato cieco, o quasi. In diverse sentenze, in effetti, è stata osservata una completa indifferenza agli argomenti della pubblica amministrazione, i quali non vengono presi in considerazione nel processo. Talvolta vengono appena citati, ma di fatto, senza mai essere presi seriamente in considerazione nell'ambito del processo decisionale, neanche per essere meramente respinti. Gran parte delle decisioni escludono le ragioni dell'ente pubblico ricorrente dal processo argomentativo che va a influenzare il processo decisionale e ciò accade frequentemente in alcune decisioni della giudice Carmen Lúcia. Ad esempio, in un caso (*Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 950.503 - PR*)²⁷ la sentenza si riduce alla trascrizione di una decisione precedente della Corte e di altre decisioni più recenti. Non viene affrontato né menzionato alcun argomento presentato nell'impugnazione. In tale modo, viene squalificata la presentazione del nuovo ricorso, senza che venga detto nulla sulla sua argomentazione, neanche per criticarlo. Leggendo la decisione, si nota che il ricorrente presenta ad esempio alcuni aspetti specifici per giustificare la richiesta di un nuovo processo: tuttavia la sentenza non ne fa alcuna menzione.

Nello stesso senso va il ricorso (*Agravo Regimental no Agravo de Instrumento interposto em face da Denegação do Recebimento ao Recurso Extraordinário*) n. 894.085/SP, esaminato dal giudice Roberto Barroso. Qui il comune di San Paolo aveva chiesto la riforma della decisione della Corte *a quo*, che aveva stabilito a suo carico l'erogazione di una terapia a un paziente. Il ricorso non è stato accolto sulla base della responsabilità solidale degli enti pubblici, della mancanza di una violazione della separazione dei poteri nell'attuazione delle politiche pubbliche attraverso una decisione giudiziaria, e per mantenersi in linea con la giurisprudenza del STF. Nella sua decisione, il giudice non fa alcun riferimento agli argomenti utilizzati dalla pubblica amministrazione nel ricorso.

Al contrario, la decisione adotta espressioni generiche come: "non porta argomenti" e "motivi propri" per cercare di giustificare il suo rifiuto. È bene notare che fra gli argomenti presentati nella sentenza, alcuni hanno una origine politica. Tuttavia, tornando alla lettura della decisione, in un passaggio si afferma che la decisione *a quo* merita di essere riformata soprattutto perché deve essere dato rilievo agli argomenti presentati a sostegno delle garanzie procedurali e della natura distributiva del SUS, che impedisce la fornitura di medicinali a coloro che hanno le risorse per acquistarli²⁸. Ne

²⁶ BUSCATO 2017, 82-83; COLLUCI 2016.

²⁷ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 950.503 - PR*. Segunda Turma. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 9 de agosto de 2016 Url: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11878926>.

²⁸ BRASIL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ag.R no Agravo de Instrumento ao Recurso Extraordinário n. 894.085/SP*. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 15.12.15.Url: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10275124>.

risulta, quindi, una decisione del tutto autoreferenziale del sistema giuridico, senza che vengano presi in considerazione argomenti di natura politica, come il carattere distributivo del SUS.

A dimostrazione del completo disinteresse nei confronti degli argomenti avanzati dall'ambito politico, si segnala anche il ricorso (*Agravo Regimental em Recurso Extraordinário*) n. 936.301/ES²⁹ (relatore il giudice Edson Fachin). Il comune di Cariacica aveva in quel caso presentato ricorso contro la decisione che aveva negato la richiesta di appello straordinario di una sentenza riguardante un caso in cui la fornitura gratuita di pannolini e guanti era stata approvata richiamandosi al diritto alla salute. Il ricorso è stato respinto.

Non si registra l'inclusione, nel processo decisionale, degli argomenti portati dall'amministrazione pubblica. La decisione non ha affrontato la tesi relativa alla preclusione alla discussione di fatti e prove, proposta sulla base di un precedente (*Súmula* n. 279) del STF. Il relatore si focalizza sulla tesi giuridica dell'estensione del diritto alla salute alla fornitura di pannolini e guanti ai malati, senza alcuna menzione della necessità di prove o di eventuali necessità speciali del ricorrente. Si tratta di una tesi più volte sostenuta dalla Corte.

La presente analisi ha individuato una serie di concetti espressi dal STF che finiscono per fondare le decisioni successive in modo dogmatico, limitando, in tal modo, le possibilità di dibattito argomentativo con la politica. All'interno di questa tendenza, troviamo l'idea che il diritto alla salute è un bene indisponibile. Questa indisponibilità, non lascia spazio ad alcun argomento che limiti il diritto alla salute.

Seguendo un'analisi qualitativa, sono stati studiati i casi - meno recenti esaminati dal giudice Celso de Mello, al quale si deve l'inclusione nella giurisprudenza dell'argomento dell'indisponibilità del diritto alla salute. In questo modo si è costituita una giurisprudenza favorevole alla concessione di farmaci e trattamenti, indipendentemente dal loro costo. Le decisioni pronunciate questo giudice hanno come loro premessa intoccabile l'indisponibilità del diritto alla salute e, così facendo, ignorano gli argomenti contrari. Ha così preso vita una razionalità dogmatizzata, come evidenziato dalle sentenze RE 393.175-AgR/RS e AI 662.822/RS.

Ci sono anche sentenze che non dimostrano alcun tentativo di combinare le ragioni delle parti. Si rimane così in una contrapposizione tra le ragioni della politica e dell'amministrazione - sempre dalla parte del male - e quelle della rivendicazione - sempre dalla parte del bene. In questi casi, più che un processo, si ha la semplice applicazione preventiva della sanzione con la condanna alla fornitura gratuita di qualsiasi farmaco o trattamento richiesto, indipendentemente dal contesto e dai costi. Il giudizio, in questi casi, è puramente ideologico e non giuridico: non vi è interpretazione di alcuna ragione giuridica. La comunicazione tra i sistemi si blocca, tale è la chiusura operativa. Peggio ancora, nemmeno gli argomenti sostenuti dal ricorrente vengono presi in considerazione nella sentenza, poiché questa viene decisa in precedenza in maniera automatica, indipendentemente da un processo argomentativo. Basta che si parli di diritto alla salute, e l'approvazione è immediata, senza alcuna preoccupazione sulla pertinenza della richiesta.

Questa razionalità ideologica - che, come è già stato sottolineato, non ha una giustificazione giuridica - è favorita dalla mancanza di interesse per le condizioni delle casse pubbliche. Ciò rende possibile, fra l'altro, persino l'uso di espressioni volgari che portano il dibattito al livello di un comizio elettorale o a quello di una conversazione informale tra amici al bar.

Un curioso esempio di questo modo di giudicare può essere ricavato dall'Appello Straordinario n. 368.564/DF³⁰, in cui l'Unione federale aveva presentato un ricorso straordinario contro una decisione del Tribunale Regionale Federale della I Regione, con cui era stata condannata a

²⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário* n. 936.301/ES. Primeira Turna. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília, 15 de março de 2016. Url: stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309151141&tipoApp=.pdf.

³⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 368.564/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 13.04.11. Url: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625531>.

pagare le cure per una malattia rara, chiamata retinite pigmentosa, da somministrare a un gruppo di pazienti (i ricorrenti) a Cuba.

La richiesta è stata negata in primo grado, ma accolta nel secondo. Inizialmente, il processo è stato affidato al giudice Menezes Direito, che si è espresso per il rigetto del ricorso sulla base di un rapporto di un'entità medica terza, secondo la quale la malattia in questione non era stata ritenuta curabile. Il relatore, tuttavia, è andato in pensione e il giudice Marco Aurélio ha assunto la guida del processo. Ponendosi nella posizione di cittadino, ha usato l'ironia per squalificare gli argomenti economici offerti dal ricorrente, con espressioni dal forte carico emotivo come: «La vedova non sarà più povera!» e «Mi porta all'indignazione come contribuente, come cittadino, come giudice...». Il rigore dell'argomentazione giuridica è stato indebolito da argomenti di natura politica. In altre parole, nell'atto di giudicare, il cittadino ha prevalso sul magistrato.

Un altro esempio che rivela l'incapacità di considerare gli argomenti provenienti da politica e amministrazione è il ricorso (Agravamento Regimental em Recurso Extraordinário n. 926.469/DF³¹, relatore il giudice Roberto Barroso), presentato dal Distretto Federale (Brasilia) per riformare una decisione che ordinava la fornitura di medicinali ad alto costo non inclusi nella lista del SUS. La lettura della decisione non consente di individuare chiaramente il fondamento del ricorso proposto.

Pur essendo la sentenza lunga sette pagine, il relatore ha dedicato solo due righe e mezzo alle disposizioni giuridiche che sarebbero state violate. Non vi è alcuna preoccupazione di distinguere gli argomenti di natura politica da quelli di natura giuridica. Le argomentazioni proposte dal relatore risultano del tutto autoreferenziali rispetto alle argomentazioni proposte. Per questo motivo, è molto difficile capire quali siano gli argomenti sollevati dall'attore pubblico e presi in considerazione nel giudizio. È tuttavia possibile fare delle deduzioni sulla base del contenuto delle tesi presentate dal relatore.

D'altra parte, la ricerca ha preso in considerazione decisioni che distinguono chiaramente gli argomenti portati dalle parti nel processo decisionale e, in una certa misura, realizzano – ognuna a modo suo – l'accoppiamento strutturale fra diritto e politica, determinando però, in questo modo, una mancanza di uniformità nel processo decisionale del STF.

È possibile quindi elencare alcune caratteristiche paradigmatiche di questo tipo di decisioni che, oltre a considerare gli argomenti delle parti, ne aggiunge altri ancora, come nel caso dell'Appello Regimentale in Appello Straordinario n. 831.915/RR³², del relatore del giudice Luiz Fux. Si tratta di un ricorso presentato per contestare una sentenza che aveva determinato la fornitura di medicinali non inclusi nell'elenco del SUS. Nella relazione sono state riportate in parte le ragioni del ricorrente, ma il ricorso è stato respinto.

Inizialmente il giudice sostiene il principio di solidarietà fra enti pubblici nella fornitura di medicinali. Stranamente, questo motivo fino a quel momento non compariva come fondamento del ricorso depositato, almeno non nel passaggio trascritto nella relazione dell'impugnazione. L'inclusione di un argomento estraneo al dibattito indica uno scollamento rispetto agli argomenti avanzati dalle parti e segnala una tendenza all'autoreferenzialità della Corte. Inoltre, la decisione si concentra sugli argomenti sostenuti dalla pubblica amministrazione coinvolta, al fine di contrastarli citando le decisioni del STF.

Alcune decisioni risultano scarsamente comprensibili a livello redazionale. In essi, il problema è più legato alla mancanza di chiarezza nella scrittura che alla non distinzione degli argomenti. Tuttavia, con un certo sforzo interpretativo, è possibile identificare gli argomenti portati da entrambe le parti del contenzioso. Un esempio di ciò è il ricorso (Agravamento Regimental em Re-

³¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AgR no RE 926.469/DF. Primeira Turma Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 7 de junho de 2016. Url: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309759747&tipoApp=.pdf.

³² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AgR no RE 831.915/RR. Primeira Turma Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 5 de abril de 2016. Url: www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=10879141.

curso Extraordinário) n. 943.547/RN³³, relatore il giudice Gilmar Mendes. Si tratta di un ricorso contro il rigetto di un precedente appello. L'argomentazione della sentenza è confusa. Il merito della questione riguarda la richiesta al SUS di fornire un intervento chirurgico. Sulla base di un precedente (Súmula n. 279 del STF) il ricorso è stato respinto.

Nonostante la mancanza di chiarezza della sentenza, attraverso un'attenta lettura è possibile rilevare la presa in considerazione degli argomenti sollevati da entrambe le parti. La decisione del relatore ha così preso vita a partire da un processo dialettico fra gli argomenti delle parti, realizzando, in questo modo un accoppiamento strutturale tra i sistemi coinvolti.

La distinzione degli argomenti, come si vede in questa decisione, non richiede molta erudizione, tanto meno un'elevata quantità di citazioni.

In questa direzione va anche il ricorso (Embargos de Declaração no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário) n. 744.223/RJ³⁴, con relatore la giudice Rosa Weber. L'Unione federale aveva presentato questo ricorso dopo il mancato accoglimento della richiesta di sospensione del procedimento in cui veniva fatta valere l'inesistenza dell'obbligo di fornire i medicinali richiesti dal cittadino. La richiesta si fondava sulla norma costituzionale che garantisce la ripartizione delle competenze costituzionali. Il ricorso è stato respinto.

Il relatore ha sottolineato gli argomenti adottati a sostegno dell'impugnazione ma li ha poi ignorati sulla base della giurisprudenza del STF. Gli argomenti portati dalla politica, pertanto, erano noti nella sentenza, ma il loro peso non è qui rilevante.

È dunque possibile rilevare l'esistenza di processi in cui gli argomenti provenienti dal sistema politico, in particolare dalle amministrazioni locali, e gli argomenti di natura giuridica, vengono tenuti in debito conto nel processo decisionale. Tutto questo avviene nel segno di un accoppiamento strutturale tra politica e diritto che migliora la comunicazione fra entrambe le parti.

A questo proposito, menzioniamo l'appello (Recurso Extraordinário) n. 581.488 / RS³⁵, con giudice relatore Dias Toffoli. Questo ricorso è stato presentato dal Consiglio Regionale di Medicina dello Stato di Rio Grande do Sul al fine di contestare la decisione del Tribunale che aveva respinto la richiesta per cui, qualora i pazienti stessi si fossero accollati gli eventuali costi aggiuntivi, il Sistema sanitario pubblico (SUS) dovesse fornire ai pazienti sistemazioni migliori nonché la possibilità di sceglierei medici di loro fiducia, - integrando in tale modo una modalità conosciuta con l'espressione "differenza di classe". Il ricorso è stato respinto sulla base del fatto che l'accoglimento avrebbe violato la logica di fondo del sistema sanitario, in particolare il principio dell'accesso equo e universale alle sue prestazioni.

In seguito a questa sentenza, l'Assemblea plenaria del STF ha preso in considerazione una questione di interesse generale (Tema 579), stabilendo all'unanimità che:

«è costituzionalmente conforme la norma che vieta, nell'ambito del SUS, il ricovero in strutture di rango superiori, nonché l'assistenza differenziata da parte di un medico del sistema sanitario stesso, o di un medico convenzionato, mediante il pagamento della differenza degli importi corrispondenti».

Il giudizio del relatore distingue chiaramente le argomentazioni di entrambe le parti coinvolte. Le ragioni originali della politica e del diritto sono chiaramente espone nel dibattito. Il Consiglio Regionale di Medicina dello Stato del Rio Grande do Sul, per difendere la sua posizione, ha

³³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AgR no 943.547/RN. Primeira Turma Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 de maio de 2016. Url: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309622477&tipoApp.

³⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Embargos de Declaração no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 744.223/RJ. Primeira Turma Relator Ministra Rosa Weber. Brasília, 15 de março de 2016. Url: [file:///C:/Users/sueli_000/Downloads/texto_309229395%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/sueli_000/Downloads/texto_309229395%20(1).pdf).

³⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 581.488/RS. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 3 de dezembro de 2015. Url: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>.

affermato: (i) che la salute è un diritto di tutti e un dovere dello Stato, e dovrebbe essere esercitata senza imbarazzo; (ii) l'autonomia dei pazienti nella scelta dei loro medici di fiducia; (iii) la necessità di migliorare l'esercizio del diritto alla salute. Il procuratore generale dell'Unione (AGU) ha invece sostenuto i seguenti argomenti: (i) in caso di accoglimento della richiesta, il SUS sarebbe parificato di fatto a un servizio privato; (ii) in assenza di posti letto disponibili, gli ospedali sarebbero incoraggiati a dare la precedenza ai pazienti che hanno pagato per una buona sistemazione; (iii) verrebbe violato il principio dell'isonomia di trattamento (del SUS nei confronti dei suoi utenti). Si vede, dunque, che in questo caso le comunicazioni provenienti da entrambi i sistemi coinvolti sono state prese in considerazione nella decisione.

Un caso analogo è quello del ricorso (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário) n. 855.178/SE, presentato dall'Unione federale a fronte di una sentenza del Tribunale Regionale Federale della V Regione, che l'aveva condannata a condividere le spese di un farmaco con lo Stato del Sergipe, sulla base del fatto che la ripartizione delle attribuzioni tra gli enti federativi non esclude la responsabilità solidale imposta costituzionalmente. Fra i motivi dell'impugnazione, si evidenzia quello dell'esistenza di ripercussioni generali e, nello specifico, della violazione degli articoli 2 e 198 della Costituzione federale, a causa della mancanza di legittimazione passiva dell'Unione, poiché il SUS è ispirato al principio del decentramento. L'obbligo di fornire gratuitamente farmaci e medicinali sarebbe di esclusiva responsabilità delle autorità locali. Il ricorso (relatore il giudice Luiz Fux) ha avuto una ripercussione generale unanimemente riconosciuta ed è stato respinto a maggioranza dei voti, con la riaffermazione della giurisprudenza dominante.

Gli argomenti portati dalla politica a sostegno del ricorso sono chiaramente basati sul voto del ministro relatore. L'ente della pubblica amministrazione ha così sostenuto che il SUS si basa sul finanziamento pubblico e sulla copertura universale delle azioni sanitarie. Pertanto, è necessario prestare attenzione alla sostenibilità della spesa sanitaria e, di conseguenza, alla raccolta dei fondi. Tali conclusioni sono state criticate da altri, in particolare il principio della responsabilità solidale degli enti pubblici e il diritto alla salute come obbligo dello Stato, elementi che hanno caratterizzato l'argomentazione a sostegno del rigetto del ricorso.

Il ragionamento autoreferenziale adottato nelle sentenze rifiuta di dialogare con gli argomenti avanzati da tutte le parti coinvolte e rimanda all'analisi delle origini di questa rigida razionalità nella giurisprudenza del STF. In particolare, si ritiene che essa sia emersa a partire dal ricorso (Agravo Regimental na Suspensão de Segurança) n. 3.355/RN³⁶. Lo Stato di Rio Grande do Norte (RN) aveva chiesto alla Corte di sospendere la decisione in favore della fornitura gratuita da parte del SUS di farmaci non inclusi nell'elenco dell'Agenzia nazionale di sorveglianza sanitaria (Anvisa), utilizzati in fase post-operatoria (stent coronarici), sulla base di motivazioni legate ai possibili danni a ordine pubblico, salute, economia e sicurezza, contenute in particolare nella legge n. 4.348/1964, articolo 4.

Il giudice Ellen Greice, allora presidente del STF, respinse la richiesta di sospensione, dando luogo alla presentazione di un ulteriore ricorso (Agravo Regimental) alla corte plenaria del STF, dal quale è scaturita la sentenza analizzata qui di seguito (relatore il giudice Gilmar Mendes). Questi opera una lunga, confusa e in qualche misura inutile ricostruzione del diritto alla salute, rifacendosi alla dogmatica ed alla teoria giuridica, talvolta senza alcun collegamento diretto con il contenuto del caso in questione (facendo quasi un "copia e incolla"). Tuttavia, in alcuni punti della sua relazione è possibile trovare anche delle argomentazioni di stampo politico, a volte isolate dal nucleo argomentativo del caso *sub judice*. Nella sua argomentazione del voto c'è quindi un timido tentativo di realizzare l'accoppiamento strutturale tra politica e diritto, ma di fatto senza nessun risultato concreto.

³⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ag.R. na Suspensão de Segurança n. 3.355/RN. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 15 março de 2010. Url: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087073/agreg-na-suspensao-de-seguranca-ss-3355-rn>.

Il giudice Celso de Mello, nella sua argomentazione, difende il ruolo politico che il STF svolge nelle sue sentenze – parlando di “dimensione politica della corte”. Il magistrato però omette di menzionare le argomentazioni politiche avanzate dalla pubblica amministrazione, come se non ci fosse nulla al riguardo nel fascicolo del caso, legittimando persino l’attuazione delle politiche pubbliche da parte della magistratura nei casi in cui l’omissione da parte dello Stato sia provata. L’argomento del voto è del tutto autoreferenziale rispetto al sistema giuridico, senza alcuna apertura cognitiva nei confronti dell’ambiente esterno. L’accoppiamento tra sistemi, pertanto, non viene effettuato e la dinamica comunicativa è incentrata esclusivamente sull’argomentazione giuridica.

Il giudice Eros Grau, nella sua argomentazione, non menziona il caso da giudicare, né fatti o argomentazioni di provenienza politica. Il magistrato si limita a lodare l’argomentazione del relatore e a sottolineare che il potere è uno, indiviso, come spiegava Hegel.

Ancora, il giudice Ayres Britto, nella sua argomentazione, elogia quella volta dal relatore soprattutto per quanto riguarda il carattere contestuale ed empirico di ogni caso giudicato relativo al diritto alla salute. Non vi è inoltre alcun accenno agli argomenti politici della pubblica amministrazione, né alcun elemento del giudizio a quo giudicato che possa legittimare o meno la fornitura del farmaco richiesto.

Infine, il ministro Marco Aurélio condivide il voto del relatore e, allo stesso modo, non fa menzione di argomentazioni politiche.

4.2. Ripercussioni generali sugli Appelli straordinari (RES) 566471 e 657718

Il 28 settembre 2016 ha presso avvio presso il STF un importante dibattito sui limiti della giudicializzazione della salute, nel contesto degli Appelli straordinari (Recurso Extraordinário) n. 566471/RN – relativo all’obbligo o meno dello Stato di fornire medicinali ad alto costo ad una persona, affetta da una grave malattia, priva dei mezzi per acquistarli³⁷ – e n. 657718³⁸ – sulla possibilità che lo Stato venga obbligato a fornire farmaci non registrati presso l’agenzia Anvisa. I due appelli sono stati giudicati congiuntamente nell’ambito dello stesso procedimento (Repercussão Geral).

I voti dei giudici Edson Fachin e Roberto Barroso, ricchi di zelo ma privi di obiettività e chiarezza, propongono diversi modi di giudicare il caso specifico. La funzione del STF, tuttavia, non è quella di giudicare il caso concreto, ma piuttosto di stabilire parametri utili ad altri giudici, sulla base di un’osservazione di secondo ordine, secondo il linguaggio qui adottato.

Allo stato attuale sono migliaia i procedimenti legali in corso in Brasile che in qualche modo riguardano la salute pubblica. Questa situazione solleva alcune questioni importanti, ad esempio: i criteri proposti dai sopramenzionati giudici nella sentenza che verrà illustrata a breve possono essere di aiuto anche per i giudici che si trovano a dover decidere questa moltitudine di processi attualmente in corso? Il livello di complessità presentato dai giudici del STF suggerisce che è probabile aspettarsi che tali criteri siano elemento di confusione piuttosto che di aiuto nella risoluzione dei casi³⁹. In queste sentenze, infatti, è in gioco molto di più rispetto al semplice accesso ai farmaci richiesti.

Quindi, di fatto viene a prodursi un confronto diretto tra la magistratura e il potere esecutivo, laddove si avvia una battaglia che riduce gli spazi della scelta politica. L’ovvia discrezionalità dell’amministratore pubblico è in sintonia con l’interesse collettivo: l’amministratore ha l’onere

³⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário n. 566471/RN*. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 19 de março de 2010. Url: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=256507>.

³⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário n. 657718*. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. Processo em andamento. Url: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4143144>.

³⁹ JORDÃO 2017, 122-123.

della scelta. La definizione delle priorità da perseguire è suo compito. Questo, tuttavia, non vale quando è in gioco la salute, almeno secondo il STF – ma non secondo la Costituzione federale, vale la pena notare. Escludere, discriminare è apparentemente corretto quando si guarda alla corruzione nella politica e ai casi in cui pubblico e privato vengono a confondersi. Tuttavia, in questa maniera, si dimentica un piccolo e importante fatto: il voto popolare che si rinnova o meno ad ogni mandato⁴⁰.

Questa ricerca si interessa della costruzione dei giudizi del STF, a partire dall'analisi delle sentenze. Da qui è possibile sviluppare nuovo materiale per l'osservazione scientifica. Tuttavia, rispetto a quanto riferito dal relatore, il giudice Marco Aurélio si è concentrato sulla possibilità che le associazioni di pazienti intervengano nel giudizio come terzi interessati, senza preoccuparsi dell'eccessivo ritardo nell'esito della controversia, che potrebbe influire in maniera più pesante nel contesto complessivo della giudizializzazione della salute.

5. Risultati della ricerca

5.1. La Suprema Corte Brasiliana: un osservatore che non osserva

La giudizializzazione della salute rappresenta un'occasione per trasformare la complessità non strutturata proveniente dall'ambiente in comunicazione strutturata (per il sistema). L'ipercomplessità sociale in materia di salute rappresenta un problema centrale per il sistema giuridico, richiedendo ad esso un elevato grado di astrazione. Giudicare il diritto alla salute è una vera prova di autonomia per il diritto.

La positivizzazione del diritto alla salute è il risultato dell'operare chiuso del diritto, che produce una decisione contingente sulla base di un significato determinato, ma che avrebbe potuto essere diversa. Pertanto, è molto probabile che decisioni future avranno contenuti differenti. D'altronde, l'errore è implicito nell'operare: è un rischio inevitabile per i sistemi. Gli errori, tuttavia, possono essere corretti dopo che sono stati rilevati, e uno dei modi principali per rilevarli è quello di aprirsi all'eteroreferenza nei confronti di altri sistemi parziali, che per il sistema in questione fanno parte del suo ambiente.

In questa ricerca, il sistema giuridico non viene concepito esclusivamente come l'insieme delle norme giuridiche e l'organizzazione dell'apparato giudiziario, ma come un sistema operativamente chiuso che si connota per un operare comunicativo specifico e differenziato che si distingue rispetto ad un ambiente esterno. In questo modo, si opera qui in termini di operazioni comunicative e non di strutture normative.

Con questa premessa, e in particolare sulla base della ricerca bibliografica e documentaria finora effettuata, si può concludere che il STF, in alcune delle decisioni analizzate, non ha operato con il fine di garantire l'accoppiamento del sistema giuridico e di quello politico, che avrebbe consentito un reciproco apprendimento in modo continuo e costante. Viceversa, emerge il predominio di uno dei due codici – quello del diritto – e, quindi, la sottomissione dell'altro – quello della politica. L'appello (RE) n. 939.351-DF⁴¹ costituisce un buon esempio in questo senso. Il Distretto Federale aveva, infatti, impugnato una decisione che concedeva la fornitura di medicinali non inclusi nell'elenco dell'ANVISA per motivi puramente procedurali: la richiesta effettuata non specificava che il medicinale richiesto non figurava in tale elenco. Nel giudizio del STF non si ravvisa alcuna comunicazione tra i due sistemi coinvolti (politica e diritto). L'argomento giu-

⁴⁰ VARGAS 2017, 131-133.

⁴¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.- 1ª Turma – Ag. Reg. no RE 939.351-DF. Relator Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 29 de setembro de 2017. Url: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=939351&classe=RE&origem=AP&recurso=216&tipoJulgamento=M>.

ridico è stato trattato esclusivamente nel merito. È stato deciso che lo Stato non può esimersi dal dovere di fornire i mezzi necessari a garantire l'accesso al diritto alla salute, nonostante il carattere programmatico attribuito all'articolo 196 della Costituzione federale.

Come detto, e nonostante la questione procedurale, la sentenza decide, afferma, prende posizione, supportata da argomentazioni giuridiche, a favore della concessione del farmaco. Di contro, essa non affronta gli argomenti politici addotti dal ricorrente, limitandosi ad affermare che essi non sono sufficienti a modificare la decisione impugnata. Non c'è, dunque, accoppiamento tra il sistema politico e quello giuridico.

IL STF, in gran parte dei precedenti analizzati, ha così finito per ridurre la complessità in maniera talmente drastica da escludere dal processo decisionale gli argomenti politici. In altri casi, invece, gli argomenti politici vengono squalificati o derisi, sulla base di chiari posizionamenti morali e intenti di delegittimazione, senza alcuna preoccupazione per la costruzione di un ragionamento giuridico coerente.

Non “vedendo” l'argomentazione politica – oltre al fatto di non “irritare” i sistemi giuridici e politici, cosa che potrebbero influenzare la reciproca evoluzione – il STF finisce per bloccare la capacità di eteroreferenza dei sistemi, concentrandosi su un codice specifico. In tal modo, la cognizione si chiude e, soprattutto, se ne impedisce l'apertura al futuro, incorrendo nel grave rischio di favorire una giudizializzazione della salute che si traduce in danni alle politiche di salute pubblica, in particolare al principio di distributività sociale – un carattere essenziale della Costituzione federale (art. 196). In breve, l'osservatore non è in grado di osservare, o per dirla diversamente, dà vita ad un “dialogo fra sordi” tra le parti coinvolte.

L'interpretazione del significato dell'articolo 196 della Costituzione federale – nella sua interezza e soprattutto senza alcun riferimento esterno al contesto sociale – fornita dal STF potrà forse condurre il sistema sanitario al collasso. Non è possibile che l'eccezione diventi la regola. Ogni giorno, il numero di casi in questione aumenta. I magistrati hanno difficoltà a comprendere gli effetti delle loro decisioni e, soprattutto, che l'universalità del diritto alla salute richiede, prima di tutto, la capacità di pianificazione della pubblica amministrazione. Le ingiunzioni implicano trattamenti molto costosi e, in molti casi, vengono fatte senza nemmeno che vengano presentate a sostegno prove mediche. Viene di fatto affermata una sorta di preferenza per le cure per i ricorrenti. Ma di conseguenza ciò implica l'esclusione di molti altri. I giudici tendono così a privilegiare casi – spesso drammatici ma anche con scarso fondamento – a scapito di tutti quei cittadini che non hanno adito i tribunali⁴².

Quanto riportato dimostra che decidere sulla salute non è un compito facile per i magistrati. Ma chi ha detto che essere un giudice deve essere semplice? Al contrario, l'esercizio della magistratura richiede innanzitutto la capacità da parte del giudice di non essere coinvolto e di non avere pregiudizi di sorta rispetto alle parti in causa come pure nei confronti della collettività. Decidere se concedere o meno trattamenti costosi ai pazienti provoca malcontento. Ma ci sono differenze significative nelle conseguenze delle due possibili decisioni (a favore o contro). Negando un certo trattamento, il giudice nega qualcosa di specifico ad un individuo specifico, con un nome, un cognome, una famiglia, un avvocato etc. Soprattutto, dal momento che il soggetto risulta in principio vittima dell'inerzia statale, al punto di arrivare a rivendicare un diritto in sede giudiziaria. Gli effetti negativi sulla reputazione e sulla coscienza personale del magistrato sono dunque comprensibilmente maggiori quando le richieste vengono negate. Nel caso contrario, invece, non vi sono per il magistrato, in apparenza, conseguenze negative. Non c'è stress dal punto di vista psicologico o emotivo. Di norma, non ci si rende neanche conto direttamente se è stato commesso un errore. Questo è un effetto collaterale che finora è stato guardato con indifferenza dai magistrati.

⁴² SCHWARTSMAN 2016b, A2.

In questo scenario, la soluzione corretta⁴³ sarebbe quella di decidere se fornire o meno trattamenti e/o rimedi ad alto costo attraverso un attento esame delle ragioni delle parti, prendendo in considerazione gli argomenti ragionevoli di tutti gli attori coinvolti.

Da questa ricerca è possibile produrre due diverse constatazioni. La prima allude al fatto che il senso corretto attribuito nel presente potrebbe non essere più valido domani. La teoria, le persone e il contesto mutano, cioè muta la società e con essa le ragioni degli uomini e quelle giuridiche, adattandosi allo spirito del tempo. La seconda constatazione è che il diritto dovrebbe dialogare con il suo ambiente esterno: nel linguaggio della teoria dei sistemi sociali, si tratta dell'eteroreferenza sistemica.

Il possibile successo dell'operazione giuridica dipende dalla ricerca dell'equilibrio, attraverso la distinzione delle informazioni ottenute nell'ambiente, la loro trasformazione ai fini dell'operazione giuridica mediante l'applicazione del codice giuridico. Pertanto, la coerenza giuridica ha nell'apertura cognitiva la sua premessa funzionale. L'una non vive senza l'altra. Un'eccessiva coerenza teorica ostacola l'evoluzione del diritto perché rimuove nuove informazioni, capaci di irritare il diritto con nuovi elementi; oltre, naturalmente, contribuire a creare un rischio di generalizzazione rispetto ad aspettative irrealistiche, il che porterebbe ad una mancanza di credibilità sistemica nella società⁴⁴.

Il numero di decisioni giudiziarie che obbligano le pubbliche amministrazioni in materia di salute è spaventosamente alto. In Brasile è diffusa la tendenza ad accogliere tali richieste. Ciò implica che la salute, come bene collettivo, risulti tuttavia subordinato alle azioni individuali (593/597).

La dottrina brasiliana – o almeno parte di essa – giustifica l'approvazione (e così la legittima a livello teorico) di cure e farmaci dal costo elevato, anche in ragione del peso del *Welfare State*, che ha acquisito importanza nel XX secolo.

Non mancano critiche al processo di giudizializzazione della salute, anche se talvolta sono parziali, come quelle fatte dal gruppo di lavoro del Ministero della Salute del Governo Federale, creato proprio per cercare di comprendere questo fenomeno in Brasile e venire in soccorso dello Stato.

Nel 2015, il suddetto gruppo di lavoro ha prodotto un dossier in cui, tra le tante indagini riportate, si registrava che l'invecchiamento della popolazione, il più ampio accesso al sistema giudiziario, le nuove tecnologie nell'industria farmaceutica e, soprattutto, la predisposizione della magistratura ad accogliere le richieste relative alla salute contribuiscono a generare lo scenario caotico che va sotto il nome di "giudizializzazione della salute". L'espressione stessa "giudizializzazione" denota di per sé una tendenza nuova, che va definita attraverso una espressione apposita.

Tale tendenza viene criticata anche a causa degli effetti che comporta per la salute pubblica e talvolta anche sul paziente che ha richiesto il farmaco. Diversi sono infatti i problemi: frodi nelle liste di attesa per gli interventi chirurgici e/o le terapie farmacologiche; medicinali utilizzati per scopi diversi da quelli previsti nei rispettivi foglietti illustrativi; farmaci sperimentali senza alcuna garanzia di risultato e con rischi legati al loro utilizzo, dimostrando, tra l'altro in questo modo, anche un totale discredito nei confronti dell'Anvisa.

A tal proposito, dal 2010 al 2015, cinque tipi di farmaci hanno comportato spese superiori a 100.000.000,00 R\$ (cento milioni di reais). Diversi casi coinvolgono gli stessi medici ed avvocati, sollevando seri sospetti sull'opportunità di questa *partnership*. Nella maggior parte dei casi esaminati si fatica peraltro a dimostrare la reale necessità dei farmaci richiesti. Nelle sentenze mancano del tutto o quasi riferimenti al merito della questione.⁴⁵

In relazione ai dati presentati nella Tabella 5, che illustrano il numero complessivo dei procedimenti amministrativi per l'acquisto di medicinali da parte degli Stati della federazione brasiliana a seguito di ordinanze giudiziarie nel periodo dal 2009 al 2015, vale la pena di ricordare che tali costi

⁴³ SCHWARTSMAN 2016b, A2.

⁴⁴ CORREIA 2014, 199.

⁴⁵ VESTING 2015b, 12, 20, 22, 27, 31.

non includono negli importi stabiliti dai giudici relativi a cure mediche, ricoveri, depositi giudiziari, accordi con altre entità coobbligate e farmaci ritirati direttamente dai programmi sanitari.

L'ideale di giustizia, lungo tutta la storia dell'umanità, implica il problema della distribuzione delle risorse: "dare a ciascuno ciò che gli appartiene", evidenziando un'uguaglianza proporzionale, come elaborato anche nel digesto, dai greci, dagli stoici. A questo problema, tuttavia, sono state date risposte molto differenti nelle diverse società, sulla base anche dei principi di distributività e commutatività nelle relazioni private, in riferimento al risarcimento danni e/o alla regolazione delle relazioni stesse attraverso i contratti. La questione della distributività ha riguardato dunque la distribuzione di beni e diritti all'interno della società⁴⁶.

6. Cosa c'è dietro l'autoreferenzialità della Corte Suprema?

6.1. Il diritto alla salute come diritto umano inalienabile

Il fondamento assiologico del diritto alla salute nelle sentenze del STF ruota attorno al collegamento di questo diritto ai diritti umani. Le idee di ragione universale, dell'indisponibilità e dell'irrevocabilità dei diritti, espressione di una posizione "umanista", vengono pienamente incorporate nel modo di pensare del STF. In effetti, la Corte si è ripetutamente pronunciata sull'obbligo dello Stato di fornire farmaci e assistenza sanitaria indipendentemente dal loro costo o dall'effettiva disponibilità di fondi pubblici, sulla base del fatto che la salute è un bene indisponibile. Le decisioni analizzate esprimono tale indisponibilità, anche a fronte di argomenti difficili da negare, come l'effettiva scarsità delle risorse pubbliche. L'indisponibilità del diritto alla salute è così una posizione spesso assoluta e che non si preoccupa delle sue implicazioni concrete, come nella sentenza dell'appello (Agravo de Despacho Denegatório de Recurso Extraordinário) n. 640722/SC⁴⁷.

Nell'insieme delle decisioni analizzate, il diritto alla salute viene dunque inteso come inviolabile. Il ragionamento logico proposto dalla maggior parte di queste decisioni rimanda ad altre decisioni che a loro volta si fondano sull'affermazione, da parte del STF, del diritto alla salute come diritto come diritto umano fondamentale. In questo modo, esso viene definito un diritto inviolabile, che deve tradursi nell'obbligo da parte dello Stato (nel suo complesso) di garantire la fornitura di medicinali, in particolare nel caso di malattie gravi.⁴⁸

Le posizioni espresse nelle decisioni danno alle norme costituzionali programmatiche un profilo completamente diverso rispetto all'assetto classico definito nel 1960 da José Afonso da Silva. Nelle decisioni analizzate, il presupposto che il diritto alla salute è enunciato in una norma pro-

⁴⁶ VESTING 2015b, 183-186.

⁴⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 640722/SC*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: União. Requerido: Ministério Público Federal. Intimado: Estado de Santa Catarina. Intimado: Município de Videira. Brasília, DF. Julgado em 24.05.2011. Publicado em 30.05.2011. Url: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22936567/recurso-extraordinario-com-agravo-are-640722-sc-stf>. Di seguito un estratto della sentenza (p. 1): «1. La Costituzione federale prevede specificamente la salute come diritto di tutti e dovere dello Stato (art. 196). Da qui la seguente conclusione: è obbligo dello Stato in generale (Unione, Stati e Comuni) garantire che le persone prive di risorse finanziarie abbiano accesso ai farmaci necessari per curare i loro mali, specialmente quelli più gravi. [...] 2. Il diritto soggettivo pubblico alla salute rappresenta una prerogativa giuridica indisponibile, garantita dalla stessa Costituzione della Repubblica (articolo 196) [...] 3. Il potere pubblico, qualunque sia la sfera istituzionale della sua azione a livello dell'organizzazione federale brasiliana, non può restare indifferente al problema della salute della popolazione, pena l'incorrere in gravi comportamenti incostituzionali».

⁴⁸ Nella stessa ottica, si citano anche le seguenti decisioni: RE 393.175-AgR/RS e AI 662.822/RS, Rel. Min. Celso de Mello; RE 566.575/ES, Rel. Min. Ayres Britto; RE 539.216/RS, Rel. Min. Eros Grau; RE 572.252/RS, Rel. Min. Cezar Peluso; AI 507.072/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa; RE 535.145/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia; AI 635.766/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

grammatica, viene interpretato come una promessa che non è possibile trascurare. Questa affermazione è considerata indiscutibile. Per questo motivo, viene ripetuta come un assioma in un gran numero di decisioni, come, ad esempio, nelle sentenze AI n. 662822/RS e AGR in RE n. 393175/RS. A titolo illustrativo riportiamo un estratto dell'appello RE n. 535145-MT:

«[...] *L'interpretazione della norma programmatica non può trasformarla in una promessa costituzionale irrilevante.* - Il carattere programmatico della norma iscritta nell'articolo 196 della costituzione - che si rivolge a tutte le entità politiche che compongono, a livello istituzionale, l'organizzazione federale dello Stato brasiliano - non può diventare una promessa costituzionale senza conseguenze, a pena che il potere pubblico, negando le giuste aspettative riposte in esso dalla collettività, si riveli illegittimamente inadempiente rispetto ai propri doveri, con un gesto irresponsabile di infedeltà governativa a ciò che la costituzione determina [...].».

In questo scenario giurisprudenziale, perde il suo significato originario la posizione teorizzata dal già citato e noto costituzionalista da Silva, che coniò l'idea di norme programmatiche come programmi che devono essere adempiuti dallo Stato: linee guida che i governanti devono prendere in considerazione nelle loro decisioni, pur non vincolandoli ad un loro effettivo compimento sul momento. In definitiva, il tempo per realizzare il «programma del diritto alla salute» è passato; la sua interpretazione è molto più vicina alle regole di efficacia immediata - una classificazione proposta anche da José Afonso da Silva -, nonostante il fatto che proprio il STF le definisca ancora norme programmatiche.

6.2. *Il diritto moderno come sistema differenziato di funzione*

Ogni sottosistema di funzione è direttamente collegato all'evoluzione sociale e questo vale naturalmente anche per il diritto⁴⁹. Questo sistema, nella visione proposta dalla teoria dei sistemi sociali, si è evoluto ed è cresciuto in termini di complessità, evolvendo in diritto positivo nel segno della differenziazione funzionale⁵⁰.

Il concetto di differenziazione funzionale ha allontanato la descrizione luhmanniana dal positivismo giuridico: il diritto imposto da una decisione e modificabile da un'altra è un diritto positivo⁵¹. Così, la positività, come caratteristica principale del diritto moderno, può essere sostituita da operazioni sistemiche di riflessione interna: tale diritto è dunque caratterizzato da un lato dalla chiusura operativa e dall'altro da un'apertura alle comunicazioni provenienti dall'ambiente esterno.

L'evoluzione del diritto è determinata dallo stesso fattore che guida quella del sistema sociale globale, cioè la complessità, che implica la coesistenza di un numero di situazioni e possibili eventi⁵². Il processo evolutivo è il risultato della sequenza, variazione, selezione e stabilizzazione delle strutture. All'inverso, si assiste a una situazione di "involuzione" (mancata presa in carico da parte del sistema giuridico di nuova complessità).

⁴⁹ LUHMANN 2002, 625-664. Si veda anche NEVES 2006, 18: «L'evoluzione della società come sistema sociale generale è direttamente collegata all'evoluzione dei suoi sottosistemi funzionali. Per Luhmann a ogni tipologia di differenziazione della società, corrisponde uno specifico diritto. Così, alle società segmentate corrisponde il diritto arcaico, ad esempio, mentre nelle culture avanzate pre-moderne il diritto si struttura in senso gerarchico».

⁵⁰ Non si tratta di uno sviluppo lineare, ma che procede "a salti", come illustra Neves (NEVES 2006, 20): «In modo tale che tracce legali di culture avanzate, pre-moderne e persino arcaiche possano essere trovate nel presente».

⁵¹ LUHMANN 1995, 141 e NEVES 2006, 24: «Só quando o direito passa a ser regularmente posto e alterável por decisão é que se pode falar de positividade».

⁵² LUHMANN 1990, 38: «L'evoluzione viene concepita come accrescimento della complessità, come incremento del numero e della diversità delle situazioni e degli eventi possibili».

Il STF, trattando il diritto alla salute come un diritto intoccabile, cerca semplicemente – forse in maniera inconsapevole – di chiudere l’operazione del sistema giuridico alle nuove esigenze della società. Si tratta di un’artificiosità molto diffusa nel diritto in altri tempi, il cui uso eccessivo e sproporzionato può, tuttavia, aumentare notevolmente la pressione sociale proveniente dall’ambiente esterno, al punto da sottoporre il sistema a una pressione molto maggiore di quanto la sua capacità operativa non possa sopportare.

6.2.1. *Concetti dogmatici assunti nelle decisioni della Corte costituzionale*

Le decisioni giudiziarie aiutano a comprendere e definire i concetti teorici prodotti nell’ambito della dogmatica giuridica. Tuttavia ciò che interessa qui sono le comunicazioni del sistema giuridico e i giudizi dei magistrati. Non importa cosa pensino personalmente i giudici del STF, ma come essi articolano il loro pensiero nella sentenza o nel voto. I sistemi stessi osservano attraverso la comunicazione. Quindi, senza comunicazione non c’è nulla da osservare – come nel noto gergo forense: «ciò che non è nei registri non è nel mondo fenomenico» – o, nei termini della teoria dei sistemi sociali, si potrebbe dire: «ciò che non è nella comunicazione non esiste nel sistema».

Sulla base dell’analisi compiuta, la ricerca è giunta alla seguente conclusione: ciò che sta dietro la totale chiusura operativa del STF è il predominio dell’ideologia nota come “minimo esistenziale” – che in giurisprudenza, di “minimo” non ha assolutamente nulla – rispetto ad un altro concetto noto come “riserva del possibile”, come esemplificato paradigmaticamente dal ricorso RE n. 642536 AgR/AP⁵³. Il dibattito che coinvolge le due espressioni è noto, prima a livello dottrinale e in seguito giurisprudenziale. Esso ha spesso assunto un tono caricaturale: da un lato, i difensori del minimo esistenziale si presentano come difensori dei diritti (a volte sotto l’etichetta di neocostituzionalisti, post-positivisti o altri attributi positivi); dall’altro, i sostenitori della riserva del possibile (etichettati come conservatori, neoliberalisti o qualsiasi altro attributo negativo).

Parte della dogmatica giuridica ha contribuito a dar vita ad un’interpretazione assoluta del minimo esistenziale, che si traduce in decisioni che si dimostrano indifferenti nei confronti dell’ambiente esterno al diritto. I diritti soggettivi assoluti, tuttavia, sono “egoistici”, in quanto avvantaggiano alcuni soggetti rispetto a tutti gli altri. Affidarsi alla magistratura e incoraggiare pretese che lasciano credere che sia legittimo più di quanto sia realmente possibile per la società, genera, tra i tanti danni, un’ipercomplessità sociale difficile da gestire. Inoltre, l’espansione del diritto può danneggiare altri sistemi e ambiti, come ad esempio il sistema sanitario pubblico, che garantisce un accesso integrale, universale e gratuito.

L’approccio sistemico enfatizza invece alcune dimensioni dell’ordinamento giuridico, in particolare la coerenza interna (autoreferenza) e l’apertura all’esterno (eteroreferenza)⁵⁴.

Nello scontro tra l’argomento del “minimo esistenziale” e quello della “riserva del possibile” non ci dovrebbero essere dunque né perdenti né vincitori. C’è invece bisogno di un dialogo costante, che dovrebbe essere intrapreso in tutte le decisioni analizzate: tuttavia questo in alcune di esse non si è verificato.

⁵³ «La controversia oggetto del presente procedimento – possibilità o meno della magistratura di determinare al ramo esecutivo l’adozione di misure amministrative volte a migliorare la qualità della fornitura di servizi sanitari da parte degli ospedali pubblici – è stata sottoposta all’esame del Supremo Tribunale federale nell’azione SL 47-AgR (relatore Gilmar Mendes), DJ del 30.4.2010. In tale sentenza, questa Corte, ponderando i principi del “minimo esistenziale” e della “riserva del possibile”, ha stabilito che, quando si tratta del diritto alla salute, l’intervento giudiziario è possibile, non indicando nuove interpretazioni giuridiche, ma soltanto richiamando l’esecutivo al rispetto delle politiche pubbliche precedentemente stabilite». BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. RE n. 642536 AgR/AP. Relator Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2013. Url: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22882847/recurso-extraordinario-re-642536-ap-stf>.

⁵⁴ CORREIA 2014, 199.

Le decisioni del STF dovrebbero così garantire una reciproca irritazione fra i codici della politica e del diritto, al fine di: (i) consentire che questi sistemi comunichino ad un livello paritario, quindi senza alcuna sovrapposizione di un codice sull'altro e, di conseguenza, (ii) rendere la giurisprudenza un "equivalente funzionale", nel senso che l'apertura cognitiva garantirebbe la possibilità di variazione della comunicazione e la chiusura verso la ridondanza, come descritto da Luhmann⁵⁵.

Nelle sentenze che non presentano possibilità di accoppiamento tra i sistemi coinvolti, è stata talvolta adottata una posizione di tipo liberale. Tuttavia, a causa della natura distributiva del diritto alla salute, esso va applicato come un diritto sociale e non come un diritto liberale.

Se è vero che il principio della "riserva del possibile" ha prevalso a scapito dell'attuale vincitore del "minimo esistenziale", è però anche vero che tali concetti derivati dalla dogmatica non occupano un ruolo di primo piano nei giudizi analizzati. Invece, l'argomento più ricorrente è quello della separazione dei poteri, come principio che consente di accedere, attraverso il diritto, alle prestazioni negate dallo Stato.

Gli argomenti presenti in una parte delle decisioni analizzate non fanno praticamente menzione del principio della separazione dei poteri, concentrandosi solo sul dialogo dei sordi nell'autoreferenzialità del minimo esistenziale. L'interpretazione giudiziaria è talvolta caratterizzata come un prodotto della società, influenzata dai valori inerenti alla collettività o addirittura limitata a gruppi specifici come i magistrati. Nell'interpretazione giudiziaria, la contingenza sociale si materializza e, quindi, il significato dell'interpretazione è sempre variabile, alternato. Altrimenti, però, quando la Corte si chiude a nuovi argomenti, finisce per non tenere conto di nuove e più contingenti variabili presenti nella società contemporanea⁵⁶.

6.3. *La (Parte) Corte Suprema che realizza l'accoppiamento strutturale*

La delimitazione semantica della costituzione è maturata nel corso dei secoli, tanto che oggi se ne ha un'idea piuttosto precisa a livello generale⁵⁷. È possibile, in questo senso, attribuire all'ordine costituzionale la natura di fattore e prodotto della differenza funzionale tra politica e diritto. Esso rappresenta, per usare una metafora, una strada a doppio senso su cui viaggiano comunicazioni ininterrotte fra un sistema e l'altro⁵⁸.

La Corte suprema ha operato in alcune sentenze all'insegna dell'accoppiamento strutturale, garantendo un rapporto orizzontale tra il sistema giuridico e quello politico. In questo senso, è possibile identificare comunicazioni costanti e continue tra i sistemi accoppiati (legale e politico)⁵⁹. Inoltre, non è possibile che un sistema autopoietico sia totalmente chiuso. L'accoppiamento strutturale realizza la comunicazione tra i suddetti sistemi.

Il rapporto tra sistema politico e giuridico è forse uno dei rapporti più stretti tra i sistemi sociali parziali della società. Da qui i rischi relativi ad una "giuridicizzazione della politica" e ad una "politicizzazione del diritto". Tuttavia, esercitando il suo ruolo costituzionale, il STF dovrebbe agire *allo stesso tempo* a livello del diritto e della politica, irritando reciprocamente entrambi i sistemi. Il risultato è una maggiore complessità e, quindi, una maggiore variabilità nel processo decisionale di entrambi i sistemi parziali.

⁵⁵ LUHMANN 2016, 222 e 226.

⁵⁶ CAMPILONGO 2012, 136.

⁵⁷ Questo cambio di paradigma può già essere osservato nelle traduzioni dell'opera di Aristotele, in cui il senso attribuito alla Costituzione è contingente, in particolare nella traduzione spagnola di J. Marias e M. Araujo, laddove nel testo originale è possibile rilevare più di un significato. Si veda NEVES 2007, 57.

⁵⁸ NEVES 2007, 65.

⁵⁹ CAMPILONGO 2002, 95; NEVES 2007, 69.

“Contingenza” è la parola d’ordine che segna questo processo, risultato dell’intrinseca iper-complessità della società moderna. Quest’ultima è appunto funzionalmente differenziata in sottosistemi societari caratterizzati da uno specifico codice binario e da una propria funzione. In questa sedesono stati presi in considerazione quello politico e quello del diritto. Il primo è caratterizzato dal codice potere/non potere, le cui selezioni interne producono leggi, ordinanze, decreti, ecc., e la cui produzione vincola la società.

L’ordinamento giuridico, di conseguenza, riceve valori già determinati e deve agire sulla base di essi, allo scopo di garantire il mantenimento delle aspettative normative⁶⁰.

Un esempio di accoppiamento strutturale realizzato è il giudizio del ricorso (Repercussão Geral no RE) n. 979.742-AM⁶¹. Lo scambio di informazioni tra i sistemi coinvolti è caratterizzato dal fatto che gli argomenti politici e giuridici sono facilmente distinguibili nella lettura della sentenza. Ragioni politiche e giuridiche dialogano tra loro, evidenziando un gioco comunicativo molto chiaro. La decisione risulta paradigmatica poiché il caso è stato considerato all’unanimità di “ripercussione generale”, infatti, influenzerà casi simili in futuro.

Il ricorso presentato impugna la condanna dell’Unione federale e dello Stato coinvolto a sostenere i costi di una procedura chirurgica non disponibile nella rete pubblica. Il ricorrente aveva chiesto il pagamento di un intervento di artroplastica totale primaria, senza la procedura di trasfusione di sangue (normalmente eseguita), sulla base del fatto di appartenere ai Testimoni di Geova, i cui precetti, come è noto, vietano qualsiasi tipo di trasfusione di sangue. Tale chirurgia non è offerta dal SUS. Lo Stato è stato però condannato a pagare cure, visite e farmaci, nonché i biglietti aerei per il paziente e il suo compagno.

La formulazione della decisione in questione chiarisce il ruolo dell’accoppiamento realizzato tra politica e diritto dalla Costituzione federale. Le informazioni provenienti da entrambi i sistemi si scontrano: gli argomenti che invocano la tutela costituzionale della libertà religiosa, la dignità della persona umana e la tutela della salute giustificerebbero la concessione della misura richiesta. Ma ci sono anche argomenti politici: considerare come assoluti il diritto alla salute e la libertà religiosa, ignorando la realtà e il contesto sociale brasiliano, danneggerebbe l’universalità e l’uguaglianza dell’accesso al diritto alla salute. Le convinzioni religiose devono essere rispettate, ma ciò non significa che lo Stato debba essere obbligato a sostenere costi derivanti dalle particolarità di ciascuna religione. Questo obbligo renderebbe impraticabile qualsiasi tentativo di strutturare il sistema sanitario.

Dalle decisioni del STF, la politica e il diritto non solo sviluppano sensibilità per risolvere determinati problemi posti dall’ambiente esterno, ma producono anche un coordinamento pragmatico tra i sottosistemi autopoietici, operativamente chiusi e strutturalmente accoppiati⁶².

L’accoppiamento strutturale è così chiamato perché collega le strutture dei sistemi e, inoltre, presuppone due sistemi stabili in virtù della propria dinamica. Le strutture proprie del sistema fungono da collegamento operativo. Viene così garantita la continuità dell’*autopoiesi* del sistema operativo, attraverso una stabilità temporale nel passaggio da un’operazione all’altra⁶³. I sistemi parziali devono comunicare per cercare un adattamento nei confronti dell’ambiente^{64 65}.

⁶⁰ Sulla funzione del sistema politico e giuridico, si veda CAMPILONGO 1998, 58.

⁶¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Repercussão Geral no RE n. 979.742- AM. Plenário Relator Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 29 de junho de 2017. Url: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312131513&tipoApp.

⁶² CAMPILONGO 2012, 50.

⁶³ LUHMANN 1989, 27ss: «Il concetto presuppone dei sistemi, che ottengono la loro stabilità grazie alla propria dinamica. Le strutture proprie del sistema servono a un collegamento operativo, a una continuazione dell’*autopoiesi* del sistema da operazione a operazione, quindi da momento a momento». Si veda SCHUARTZ 2005, 92.

⁶⁴ RODRÍGUEZ MANSILLA 2002, 24.

⁶⁵ L’esempio è proposto da CAMPILONGO 2012, 53.

Una parte delle sentenze presenta fattori di esclusione e inclusione, aggiungendo nuovi valori ed escludendone altri precedentemente imposti dal diritto. La comunicazione irrita i sistemi⁶⁶ e consente lo scambio costante di influenze reciproche tra i sottosistemi, attraverso un'operazione di filtraggio. Pertanto, viene costruita una soluzione giuridica rispetto all'autoreferenzialità del sistema politico e, allo stesso tempo, viene fornita una risposta politica all'autoreferenzialità del sistema giuridico⁶⁷.

La proposta di descrivere la costituzione come un accoppiamento strutturale presuppone l'esistenza di due sistemi parziali (in questo caso, diritto e politica) che sono autonomi nelle loro operazioni e che, per evolversi, hanno bisogno di ricevere una nuova comunicazione, chiamata qui "irritazione", al fine di effettuare una riflessione interna e stabilizzare l'irritazione attraverso una nuova comunicazione. Accoppiare, tuttavia, significa creare le condizioni per garantire un'irritazione ininterrotta. L'accoppiamento è una struttura creata proprio per perseguire una "concentrazione comunicativa" tra sistemi. Le irritazioni sono generate da eventi e situazioni originate dall'ambiente esterno al sistema.

La separazione dei poteri rappresenta un valore intrinseco del costituzionalismo moderno. Rari sono i casi di costituzioni che non la adottano come struttura di base nel rapporto tra i poteri stessi. Valori, principi e norme, caratteristici della società complessa, quando non attuati perdono la loro vocazione di auto-attuazione, richiedendo necessariamente specifiche strutture organizzative. Le strutture sono costruite sulla base delle organizzazioni. La magistratura è una di queste. Il STF è l'organizzazione per eccellenza preposta alla costruzione del significato e alla definizione della portata delle norme costituzionali.

L'indeterminatezza delle norme costituzionali, da un lato, legittima l'operazione di costante ricerca di un significato interno al diritto (la separazione dei poteri e il diritto alla salute sono esempi di questo); dall'altro, garantisce il mantenimento nel tempo di questi valori come diritti positivi, rendendo possibile la loro costante ricostruzione in virtù di un processo autopoietico di riflessione interna e adattamento a ciò che proviene dall'esterno. Se la natura della teoria dei sistemi è senza dubbio descrittiva, di fatto in essa è possibile riconoscere tracce di normatività, in particolare nell'autonomia dei sistemi di funzione⁶⁸.

⁶⁶ RODRÍGUEZ MANSILLA 2002, 51: «Los acoplamientos estructurales sólo funcionan con un efecto de inclusión y de exclusión. Una Constitución, por ejemplo, puede haber sido aprobada en su texto, pero no funcionará se no puede evitar los efectos contrarios a la constitución de la violencia política sobre el sistema del Derecho. Estos acoplamientos estructurales, por otra parte, conforman mecanismos que son considerados de manera distinta por cada uno de los sistemas acoplados y de esta manera se consiguen las irritaciones o gatillamientos mutuos».

⁶⁷ NEVES 2006, 97-99.

⁶⁸ VILLAS BÔAS 2009, 277; LUHMANN 2016, 41.

Riferimenti bibliografici

- BUSCATO M. 2017. *O ano em que a saúde chegou aos tribunais*, in «Revista Época», 2017.
- CAMPILONGO C. F. 2000. *O direito na sociedade complexa*, Max Limonad.
- CAMPILONGO C. F. 2002. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, Max Limonad.
- CAMPILONGO C. F. 2012. *Interpretação do direito e movimentos sociais*, Elsevier.
- CARNELUTTI F. 2010. *Como nasce o direito*, Russell Editores (VI edizione, trad. it. di R.R. Gama Campinas).
- COLLUCI C. 2015. *Sem critérios, desigualdade em saúde tende a aumentar*, in «Jornal Folha de São Paulo», 29 set. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1817860-sem-criterios-desigualdade-em-saude-tende-a-aumentar.shtml>.
- CORREIA J.G.V. 2014. *Sociologia dos direitos sociais: escassez, justiça e legitimidade*, Saraiva
- FEBBRAJO A. 1975. *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Giuffrè.
- GROSSI P. 2003. *Prima lezione di diritto*, Laterza.
- GUERRA F., WILLIS S. 2011. *Posição das cortes constitucionais no sistema jurídico: pequena contribuição para discutir fundamentos racionais do pensar nos tempos de judicializar do direito a partir da teoria de sistemas sociais autopoieticos*, in RISTER DE SOUSA LIMA F., MARTINS PORT O.H., LIMA DE OLIVEIRA R.S. (eds.), *Poder Judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica*, Campus Jurídico.
- IZUZQUIZA I. 1990. *Introducción*, in LUHMANN N. (ed.), *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Paidós (trad. it. di S. Lópes Petit e D. Schmitz).
- JORDÃO E. 2017. *Menos é mais: o Supremo, o Judiciário e os medicamentos*, in FALCÃO J., ARGUELHES D.W., RECONDO F. (eds.), *Onze supremos: o Supremo em 2016*, Casa do Direito, 122 s.
- LUHMANN N. 1989. *L'informazione nell'economia e nel diritto*, in *Osservatorio "Giordano Dell'Amore"*, Cariplo, 27 ss.
- LUHMANN N. 1990. *Sistemi sociali*, trad. it. di A. Febbrajo e R. Schmidt, il Mulino.
- LUHMANN N. 1995. *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Giuffrè.
- LUHMANN N. 1996. *La costituzione come acquisizione evolutiva*, in ZAGREBELSKY G., PORTINARO P.P., LUTHER J. (eds.), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, 83 ss.
- LUHMANN N. 2002. *Die Politik der Gesellschaft*, Suhrkamp.
- LUHMANN N. 2007. *La Sociedad de la Sociedad*, trad. di J. Torres Nafarrate, Herder/Universidad Iberoamericana, 69 s.
- LUHMANN N. 2013. *Das recht der gesellchaft*, Suhrkamp.
- LUHMANN N. 2016. *O direito da sociedade*, trad. di S. Krieger, Martins Fontes.
- MASCARENO A. 2016. *Prefácio II – A Teoria dos Sistemas Sociais, de Luhmann, como teoria geral*, in STAMFORD DA SILVA A., *10 lições sobre Luhmann*, Vozes.
- MANSILLA D.R., NAFARRATE J.T., 2002. *Invitación la sociología de Niklas Luhmann*, in: LUHMANN N., *El derecho de la sociedad*, trad. di Javier Nafarrate Torres, Herder.
- NEVES M. 2006. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, Martins Fontes.
- NEVES M. 2007. *A constitucionalização simbólica*, Martins Fontes.
- NEVES M. 1992. *Da autopoiese à alopoiese do Direito*, in *Separata do Anuário do Mestrado em Direito*, Editora Universitária da Univ. Fed. de Pernambuco, 273 ss.
- RABELO QUEIROZ R.M. 2015. *Monografia jurídica: passo a passo*, Método.

- RISTER DE SOUSA LIMA F. 2010. *Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico*, in «Direito Público», 32, 2010.
- RISTER DE SOUSA LIMA F. 2012. *Sociologia do direito. O direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*, Juruá (II ed.).
- LOPES J. R. DE LIMA, 2014. *O direito na história. Lições introdutórias*, Atlas.
- RODRÍGUEZ MANSILLA D. 1995. *Introducción*, in LUHMANN N., *Poder*, trad. di Luz Mónica Talbot, Anthropos.
- SEVERINO A.J. 2007. *Metodologia do trabalho científico*, Cortez.
- SCHUARTZ L.F. 2005, *Norma contingência e racionalidade*, Renovar.
- SCHWARTSMAN H. 2016a. *Sangria na saúde*, in «Jornal Folha de São Paulo», 7 set, 2016. A2.
- SCHWARTSMAN H. 2016b. *O dilema da saúde*. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 30 settembre 2016, A2.
- STAMFORD DA SILVA A. 2016. *10 lições sobre Luhmann*, Vozes.
- VARGAS D. 2017. *A desarmonia entre os poderes*, in FALCÃO J., ARGUELHES D.W., RECONDO F. (eds.), *Onze supremos: o Supremo em 2016*, Casa do Direito, 131 s.
- VESTING T. 2015a. *Rechtstheorie*, C.H. Bech.
- VESTING T. 2015b. *Teoria do Direito. Uma introdução*, Saraiva.
- VILLAS BÔAS FILHO O. 2009. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, Saraiva.

Interpretazione giuridica. Due o tre cose che so di lei

Interpretation in the Law: Two or Three Things I Know About Her

GIORGIO PINO

Professore ordinario di filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre.

E-mail: giorgio.pino@uniroma3.it

ABSTRACT

Il mio libro *L'interpretazione nel diritto* è stato oggetto di un intenso dibattito, iniziato a Barcellona su iniziativa di José Juan Moreso e proseguito negli ultimi due numeri di *Diritto & Questioni Pubbliche* con gli interventi di Jorge Baquerizo Minuche, Diego Dei Vecchi, Alba Lojo, José Juan Moreso, Pablo Navarro, Lorena Ramírez-Ludeña, Ángeles Ródenas, e Juan Ruiz Manero. Questo mio intervento è un tentativo di replica, e si concentra in particolare sui seguenti punti: il concetto di diritto da me presupposto, la definizione di interpretazione, le nozioni di enunciato, disposizione e norma, il rapporto tra interpretazione e applicazione, l'interpretazione letterale, la vaghezza e i concetti valutativi, la creatività dell'interpretazione e lo scetticismo interpretativo, la nozione di ideologia giuridica.

My book *L'interpretazione nel diritto* has been the subject of an intense debate, which began in Barcelona at the initiative of José Juan Moreso and continued in the last two issues of *Diritto & Questioni Pubbliche* with interventions by Jorge Baquerizo Minuche, Diego Dei Vecchi, Alba Lojo José Juan Moreso, Pablo Navarro, Lorena Ramírez-Ludeña, Ángeles Ródenas, and Juan Ruiz Manero. In this reply, I focus in particular on the following points: the concept of law I assumed, the definition of interpretation, the notions of utterance, provision and norm, the relationship between interpretation and application, literal interpretation, vagueness and evaluative concepts, creativity of interpretation and interpretive skepticism, and the notion of legal ideology.

KEYWORDS

interpretazione giuridica, applicazione, scetticismo, ideologie giuridiche

legal interpretation, application of the law, interpretive skepticism, legal ideologies

Interpretazione giuridica.

Due o tre cose che so di lei

GIORGIO PINO

1. *Il concetto di diritto* – 2. *La definizione di interpretazione* – 3. *Enunciati, disposizioni e norme* – 4. *Interpretazione vs applicazione* – 5. *L'interpretazione letterale* – 6. *Vaghezza e concetti valutativi* – 7. *Creatività dell'interpretazione e scetticismo interpretativo* – 8. *Ideologie giuridiche*.

Nel settembre del 2023 si è tenuta a Barcellona (Universitat Pompeu Fabra), su iniziativa di José Juan Moreso, una intensa giornata di discussione generosamente dedicata al mio libro, *L'interpretazione nel diritto* (PINO 2021a). Poiché le questioni emerse nella discussione erano numerose e importanti, almeno per chi si occupi di teoria dell'interpretazione giuridica, abbiamo tutti convenuto che sarebbe stato interessante proseguire la discussione anche in altra forma: per iscritto, dando agli argomenti critici la possibilità di depositarsi sulla pagina – e all'autore del libro il tempo di organizzare meno frettolosamente i propri tentativi di risposta. *Diritto & questioni pubbliche* ha così pubblicato, negli ultimi due fascicoli, i contributi scritti dei partecipanti al dibattito¹. Devo adesso affrontare l'improbabile fatica di (provare a) rispondere a commenti e critiche tanto precise, articolate, e sofisticate, che in più di un'occasione mi costringono a fare i conti con i limiti della mia ricerca – limiti, talvolta, imposti dalla ricerca stessa, e talvolta limiti inevitabilmente miei.

Impossibile, ovviamente, rispondere adeguatamente a tutte le questioni sollevate nel corso di questa discussione. Ho dovuto dunque organizzare la mia replica non in maniera puntuale, rispondendo separatamente a ciascuno degli interventi; ma piuttosto in blocco, o meglio a blocchi, individuando cioè selettivamente alcuni degli argomenti e aree tematiche su cui si è appuntata l'attenzione dei miei commentatori, senza l'obiettivo di coprire pedantesca*mente tutte* le osservazioni emerse in questa discussione. Ho provato ad organizzare la successione degli argomenti partendo da quelli più astratti e generali, per poi andare verso quelli più specifici e di dettaglio.

Una sola precisazione preliminare è necessaria: in questa discussione ho avuto la fortuna, non banale, di trovare lettori attenti, che hanno preso molto sul serio il mio lavoro individuandone i pochi pregi e i tanti difetti. Non avrei potuto sperare di meglio. A tutti loro sono molto grato, e da tutti loro ho molto imparato.

1. *Il concetto di diritto*

Una teoria dell'interpretazione giuridica è inevitabilmente condizionata da una teoria del diritto, o comunque dall'assunzione quantomeno tacita di un certo concetto di diritto. Questo condizionamento può avvenire in varie forme, e con questo non intendo riferirmi all'ovvia verità secondo cui a diversi concetti di diritto corrispondono – o, quantomeno, *possono* corrispondere² – diverse teorie dell'interpretazione. Intendo invece alludere ai diversi gradi di intensità che un simile condizionamento può assumere.

¹ Nel fascicolo 2023/2 sono apparsi i contributi di: Jorge Baquerizo Minuche, Diego Dei Vecchi, José Juan Moreso, Pablo Navarro, Juan Ruiz Manero. Nel fascicolo 2024/1 i contributi di: Alba Lojo, Ángeles Ródenas, Lorena Ramírez-Ludeña.

² Mi pare infatti evidente che, a partire da diversi concetti di diritto, sia anche possibile pervenire ad una stessa teoria dell'interpretazione.

Nei casi più estremi, l'interpretazione è vista come un concetto "fondamentale", nel senso che il diritto in sé è visto come una impresa essenzialmente interpretativa (come sostengono le teorie 'interpretativiste' del diritto, e varie forme di antipositivismo).

In altri casi estremi, e speculari a quelli appena visti, l'interpretazione è considerata un fenomeno marginale, o non particolarmente interessante, nella comprensione del diritto: ad esempio, in una teoria del diritto ingenuamente formalista, secondo la quale il giudice (e l'interprete in generale) è semplicemente una "bouche de la lois", un automa inanimato il cui compito è semplicemente quello di riprodurre e applicare sillogisticamente ai casi la legge così com'è, in una simile teoria del diritto, dicevo, l'interpretazione non avrebbe grande spazio, non sarebbe vista come un problema importante o interessante né dal punto di vista pratico né dal punto di vista teorico.

Infine, e in maniera in un certo senso intermedia rispetto alle due possibilità appena viste, l'interpretazione può assumere il ruolo di concetto (né fondamentale né marginale, ma piuttosto) "centrale" all'interno della teoria del diritto: ciò vuol dire che, ogniquale volta ci si misura con qualcuno dei concetti impiegati dalla teoria del diritto, ci si accorgerà che tali concetti in un modo o nell'altro rimandano o incorporano l'interpretazione.

Nel mio libro, ho evidenziato che è quest'ultimo il modo a me più congeniale di occuparmi sia di interpretazione sia di teoria del diritto: occuparsi non solo dell'interpretazione in sé, per così dire, ma vedere anche come l'interpretazione entra detto altri concetti cruciali della teoria del diritto (ad es., il concetto di norma, di ordinamento, di lacuna, ecc.). Ciò detto, è pur vero (inevitabilmente vero, alla luce di quanto ho detto poco sopra) che anche la mia trattazione dell'interpretazione giuridica presuppone una teoria del diritto, e comunque assume in maniera quantomeno tacita un concetto di diritto. Questo aspetto è rimasto, nel mio libro, relativamente in ombra e su questo mi sollecita a venire allo scoperto Ángeles Ródenas (RÓDENAS 2024), la quale a sua volta adotta esplicitamente una concezione antipositivista del diritto "come pratica sociale".

Ora, in linea generale io mi sono sempre riconosciuto e continuo a riconoscermi in un approccio giuspositivista al diritto. Non è molto facile, oggi, dire precisamente in cosa consista il positivismo giuridico, e francamente negli ultimi due o tre decenni gran parte del dibattito in casa giuspositivista (con la stucchevole contrapposizione tra positivismo giuridico inclusivo ed esclusivo, ecc.) è stato tutt'altro che esaltante. Credo però che sia possibile individuare il nocciolo del positivismo giuridico nella tesi che il diritto è un prodotto essenzialmente umano (un fatto sociale), e che in quanto tale non è necessariamente giusto (ciò che gli esseri umani producono come diritto può essere moralmente giusto, oppure no). Questa tesi, certamente minimale e ulteriormente declinabile in vari modi (normativismo, imperativismo, realismo, ecc.), ha però alcune implicazioni che secondo me sono di grande importanza: tra esse, in particolare, vi è l'idea che il diritto non ha un intrinseco valore morale, non è meritevole di obbedienza incondizionata, ma è sempre soggetto allo scrutinio e alla critica morale da parte dei suoi destinatari – tra cui, ovviamente, i giuristi.

Palesamente, questa premessa giuspositivista nel mio fare teoria del diritto non mi vincola in alcun modo (come invece suggerisce Ródenas) alla tesi ontologica secondo cui il diritto avrebbe una dimensione esclusivamente linguistica o addirittura testuale – da cui discenderebbe l'ulteriore conseguenza che l'interpretazione giuridica propriamente intesa ha anch'essa natura testuale, è (solo) interpretazione di testi. E questo perché ovviamente il positivismo giuridico, e tantomeno la forma di positivismo giuridico a me più congeniale, non sostiene che gli atti umani che producono diritto mettano capo necessariamente a testi.

Ciò detto, è pur vero che *il diritto contemporaneo* ha una precipua dimensione testuale, come dimostra anche la sostanziale emarginazione della consuetudine nel panorama delle fonti del diritto. Dimensione testuale che accomuna, peraltro, tanto il *civil law* quanto il *common law*, dato che i precedenti da cui estrarre la *ratio decidendi* da applicare ad altri casi sono anch'essi testi. Non sto dicendo, ovviamente, che l'interpretazione di una legge e l'interpretazione di una sentenza siano esattamente la stessa cosa, o che i problemi interpretativi presenti in un ordinamen-

to a diritto legislativo siano uguali a quelli di un ordinamento a diritto giurisprudenziale – al netto dell’ovvia constatazione che il diritto legislativo è presente anche negli ordinamenti di *common law*, così come il diritto giurisprudenziale è presente anche negli ordinamenti di *civil law*.

Per questa ragione – contingente, ma decisiva – negli ordinamenti giuridici contemporanei l’interpretazione giuridica è, paradigmaticamente, interpretazione di testi. E a ben vedere anche ciò che ho chiamato “interpretazione metatestuale” (il coacervo di attività interpretative che non consistono nell’individuazione del significato di un testo) ha a che fare, direttamente o indirettamente, con testi.

Nel diritto contemporaneo (e da due o tre secoli a questa parte) vi è una importante dimensione *linguistica*, e questa dà luogo anche alla produzione di *testi scritti*. Il diritto non è esclusivamente linguaggio, la giuridicità non è interamente riducibile a fenomeni linguistici. Ma pensare che la dimensione linguistica non abbia un ruolo centrale nel diritto, e che questo non generi implicazioni non secondarie sull’interpretazione giuridica, mi sembra una forte limitazione alla comprensione del diritto e dell’interpretazione giuridica.

Un’ultima osservazione su questo punto. José Juan Moreso osserva che non gli è chiara la mia posizione in merito alla questione (associata alla critica della “Standard Picture” del diritto montata da Mark Greenberg) se le comunicazioni linguistiche emesse dal legislatore esauriscano il contenuto del diritto (MORESO 2023, 37-38). Pur non avendo trattato, nel mio libro, di questo dibattito che invero si colloca ad un livello di astrazione alquanto superiore a quello adeguato ad un trattato di teoria dell’interpretazione, rispondo volentieri che da nessuna parte ho mai sostenuto che il contenuto del diritto possa esaurirsi nelle comunicazioni linguistiche del legislatore (pur inteso, quest’ultimo, in senso convenientemente ampio): e di ciò è prova la mia analisi – veloce e approssimativa per quanto sia – delle ideologie giuridiche³, e cioè di quel corredo di valori etico-politici con cui il giurista si “interfaccia” con le comunicazioni linguistiche del legislatore, in modo che esse si adeguino quanto più possibile all’immagine che il giurista ha di “come il diritto dovrebbe essere”.

2. La definizione di interpretazione

Nel mio libro ho impiegato, quantomeno come punto di partenza, una definizione di interpretazione che si può considerare abbastanza standard quantomeno in ambito gius-analitico: l’interpretazione è l’attività, retta da criteri, di attribuzione di significato ad enunciati presenti nelle fonti del diritto (PINO 2021a, cap. II). Ho avuto però cura di precisare, sin da subito, che questo è solo il caso paradigmatico di interpretazione: l’interpretazione giuridica si può presentare anche in altre forme, meno centrali nell’esperienza giuridica contemporanea, come ad es. l’interpretazione di comunicazioni giuridiche orali, o di comportanti (la consuetudine), o di atti che non sono fonti del diritto (contratti, ecc.). Per questa ragione, tra l’altro, ho affiancato all’interpretazione “testuale” anche l’interpretazione “metatestuale”, che consiste di attività eterogenee rispetto all’attribuzione di significato a un testo.

Devo anche riconoscere che l’espressione da me impiegata (“attività di *attribuzione* di significato...”) è volutamente ambigua: lascia, almeno nelle mie intenzioni, abbastanza aperta la questione se i significati “esistano” già prima dell’interpretazione, o se sia quest’ultima a crearli⁴.

³ PINO 2021a, cap. IX; e v. anche *infra*, § 8.

⁴ In realtà la mia opinione (PINO 2021a, 74) è che questa questione, che probabilmente è filosoficamente insolubile, non sia davvero determinante per l’analisi teorica dell’interpretazione giuridica. I problemi teorici (e pratici) più interessanti dell’interpretazione giuridica, incluso quello se abbia senso parlare di interpretazioni corrette. In teoria, anche partendo dall’assunto – apparentemente scettico – che l’interpretazione crei significati anziché ‘conoscerli’, si può tranquillamente sostenere che tale creazione non sia, o possa non essere, arbitraria.

(In fin dei conti, se qualcuno mi “attribuisce” una certa posizione politica, questa “attribuzione” può ben essere corretta o scorretta, e lo sarà a seconda se quella posizione politica io la avevo davvero. Parimenti, parlare di “attribuzione” di significato non implica che i significati non esistano prima dell’attività di attribuzione.) Ma su questo punto tornerò nel paragrafo successivo.

Per il momento, devo notare che in effetti non sono del tutto soddisfatto di questa definizione di “interpretazione giuridica”, anche se non sono ancora riuscito a trovarne una migliore. La ragione della mia insoddisfazione risiede nel legame concettuale tra “interpretazione”, “norma”, e “significato”: se, come leggiamo di solito negli studi sull’interpretazione (e non solo in quelli gius-analitici), l’interpretazione pone (individua, trova, ecc.) la norma; e se, per converso, la norma è il prodotto dell’interpretazione, in quanto significato di un testo individuato appunto tramite l’interpretazione; allora rimane un po’ problematico parlare di “norme implicite” – che, non essendo prodotte dall’interpretazione testuale, non sono il significato di testi. Insomma, mi sembra sempre più traballante definire la norma come significato, e poi aggiungere che ci sono norme che non sono significati.

Forse c’è bisogno di una nuova definizione di interpretazione, una definizione che sia meno legata all’idea dell’interpretazione testuale. Quest’ultima, beninteso, è tuttora il caso paradigmatico di interpretazione: ma rischia di fagocitare tutto il campo dell’interpretazione, con gli effetti distorsivi a cui ho accennato qui. Questa definizione (su cui, come dicevo non ho ancora le idee chiare), potrebbe valorizzare il rapporto tra interpretazione e norma ma senza passare necessariamente attraverso la nozione di significato di un testo: l’interpretazione potrebbe essere definita come l’attività di individuazione delle norme giuridiche, attività che, a seconda dei casi, può passare attraverso l’individuazione del significato di un testo, oppure no (analogia, individuazione di principi impliciti, ecc.).

Sono consapevole dell’obiezione immediata che deriverebbe da una simile definizione di “interpretazione”: e cioè che in tal modo si perde la distinzione tra “interpretazione” rettammente e strettamente intesa (che porta a norme esplicite) e “integrazione” (che porta a norme implicite). Ma, a parte la considerazione che il confine tra interpretazione in senso stretto e integrazione è più che mai sfumato e incerto, a parte questo ciò che vi è di importante in quella distinzione potrebbe essere preservato parlando rispettivamente di “interpretazione testuale” e “interpretazione integrativa” – o di “interpretazione metatestuale”, come per l’appunto ho fatto nel mio libro (PINO 2021a, cap. VII).

Sullo sfondo di questi dubbi, si pone la diversa definizione di interpretazione proposta ad es. da Ángeles Ródenas, secondo cui l’interpretazione giuridica deve essere intesa *non* come attività di attribuzione di significato a testi, ma piuttosto come attività di soluzione di casi giuridicamente rilevanti – una definizione che a sua volta discenderebbe da una concezione del diritto “come pratica sociale” (RÓDENAS 2024, 22). In questa proposta ci sono, purtroppo, alcune cose che non mi risultano molto chiare.

In primo luogo, non mi è chiaro perché una definizione del diritto come pratica sociale, qualunque cosa ciò significhi, debba portare alla definizione dell’interpretazione come soluzione di casi. Semplicemente non vedo il nesso tra queste cose. A meno che, ovviamente, l’idea del diritto come pratica sociale non includa a sua volta l’idea che lo scopo fondamentale, il *point*, della pratica sociale “diritto” consista esattamente nel risolvere casi e controversie. Ma quest’ultima affermazione non mi sembra sia presente nel discorso di Ródenas, la quale invece fa appello ad altre nozioni (tra cui quella, particolarmente problematica, di *law as plan* elaborata da Scott Shapiro).

In secondo luogo, non vedo come la dimensione testuale dell’interpretazione dovrebbe scomparire a fronte dell’osservazione che, in una concezione del diritto come pratica sociale, l’oggetto dell’interpretazione diventano gli obiettivi serviti dalla pratica (RÓDENAS 2024, 22). A quanto capisco, anche in questo caso l’interpretazione sarebbe pur sempre un’interpretazione testuale, ma integrata in maniera decisiva da un elemento teleologico. Se così non fosse, non si capirebbe

perché mai, all'interno della pratica sociale “diritto”, vi sia una così intensa attività di produzione di testi (leggi, regolamenti, costituzioni, sentenze, contratti, ecc.).

In terzo luogo, mi è stato obiettato (RUIZ MANERO 2023, 58; al quale si richiama anche RÓDENAS 2024, 19) che la distinzione da me adottata tra disposizione e norma ha l'effetto di rendere incomprensibile il fatto che ci riferiamo al legislatore in termini di “autorità di produzione normativa” – e ciò diventerebbe incomprensibile perché nella mia definizione il legislatore non produrrebbe davvero “norme” ma solo “disposizioni” e cioè testi. Una simile incongruenza, a quanto pare, non dovrebbe invece presentarsi in una teoria del diritto come pratica sociale. Tuttavia: se, in una concezione del diritto come pratica sociale, la funzione dell'interpretazione è di risolvere casi in base ai principi ispiratori della pratica giuridica, e in questa attività i “testi” non sono l'oggetto dell'interpretazione ma solo un punto di partenza dell'attività interpretativa, nuovamente non si capisce cosa ci stiano a fare i testi normativi (le fonti “ufficiali” del diritto) e le autorità (di produzione normativa) che hanno la competenza istituzionale di produrre quei testi. Mi sembra dunque che la teoria del diritto come pratica sociale sia vulnerabile esattamente, se non di più, alla stessa critica che i sostenitori di quella teoria rivolgono alla mia e più in generale agli approcci gius-analitici all'interpretazione.

In quarto luogo, infine, c'è una ambiguità nella nozione di “caso” brandita in questa parte della discussione: un “caso” può essere infatti un caso individuale o un caso generico (v. anche *infra*, § 4). Ora, se si intende la formula “l'interpretazione è soluzione di casi” come riferita ai casi generici, io sono il primo a riconoscere che la c.d. “sussunzione generica” è una componente essenziale del procedimento interpretativo (PINO 2021a, 53 ss.). Se, di contro, quella formula è riferita ai casi individuali, si fa in tal modo una indebita riduzione dell'interpretazione giuridica alla sola interpretazione giudiziale⁵ (e forse anche all'interpretazione fatta da avvocati, consulenti, e in certi casi da organi amministrativi), lasciando l'interpretazione dottrinale completamente fuori dal campo dell'interpretazione giuridica.

3. *Enunciati, disposizioni e norme*

Come ho già anticipato nel paragrafo precedente, la mia definizione di interpretazione è abbastanza standard (anche se credo di aver a mia volta arricchito l'impalcatura concettuale standard con varie integrazioni che non sono sempre in linea in particolare con la “vulgata genovese” in teoria dell'interpretazione). L'interpretazione (testuale) consiste nell'attribuire un significato ad un enunciato presente nelle fonti del diritto. Il significato così individuato è una “norma”⁶. L'enunciato oggetto di interpretazione è una “disposizione”.

Questo armamentario concettuale ha sollevato varie perplessità nel nostro dibattito.

Una prima serie di perplessità ha riguardato la nozione di “enunciato” (e, per riflesso, quella di “disposizione”). Così, è stato osservato (RUIZ MANERO 2023, 57-58) che io uso una definizione un po' strana di “enunciato”, come frammento di linguaggio ben formato da un punto di vista grammaticale. Con ciò io tralascerei una ben consolidata definizione di enunciato, che non si basa (come invece la mia) solo su un aspetto *sintattico*, ma anche su aspetto *semantico*: l'enunciato è un frammento di linguaggio dotato di significato compiuto. Associando enunciato e significato, prosegue questa osservazione, si potrebbe dire che l'enunciato del legislatore esprime un si-

⁵ Per tacere del fatto che spesso l'interpretazione non risolve casi: a parte alcune forme di interpretazione metatestuale (ad es., costruzione di micro-sistemi), in cui il rapporto con i casi può essere estremamente indiretto, vi sono anche ipotesi di interpretazione testuale in cui il procedimento interpretativo può certamente assestarsi sulla conclusione che non vi è una soluzione al caso, ad esempio perché più interpretazioni sono parimenti ammissibili. Quest'ultima possibilità è oggetto del c.d. rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione (art. 363-bis c.p.c.).

⁶ Ma si ricordino le riserve che io stesso ho sollevato nel paragrafo precedente.

gnificato solo *prima facie*, mentre l'enunciato dell'interprete esprime un significato (che si pretende) concludente. E così si salva anche l'idea che i significati preesistano all'interpretazione, in mancanza della quale l'attività legislativa sembrerebbe insensata.

Ora, io sono consapevole che alcuni usano una definizione di "enunciato" affine a quella evocata da Ruiz Manero⁷. Ma l'accezione da me preferita (che anche altri usano: a partire da Giovanni Tarello)⁸ credo abbia alcuni vantaggi teorici. Ad esempio, essa lascia aperta la possibilità che vi siano enunciati privi di significato, e dunque la possibilità di disposizioni che non esprimano norme – fenomeno tutt'altro che infrequente, come ho cercato di mostrare nel libro. E lascia aperta anche la possibilità di capire che una stringa di parole è un enunciato (in quanto ha la costruzione grammaticale appropriata) anche se non conosciamo il significato di qualcuna delle parole che lo compongono. Oltre ai vantaggi, peraltro, la definizione di enunciato in chiave solo sintattica ha anche un potenziale svantaggio: occultare la dimensione in senso ampio interpretativa che è insita nell'individuazione degli enunciati. Contro questo possibile svantaggio credo di essermi cautelato dando rilievo, nell'ambito dell'interpretazione metatestuale, esattamente all'attività di individuazione degli enunciati delle fonti⁹.

Una seconda serie di perplessità ha riguardato la nozione di "norma". In particolare, secondo Moreso (MORESO 2023), la norma non è il prodotto dell'interpretazione, ma piuttosto un oggetto stratto (come un numero) che in quanto tale non è prodotto da nessuno. Ciò che l'interpretazione produce, piuttosto, è un enunciato che sottende una relazione di sinonimia con l'enunciato delle fonti che è oggetto di interpretazione; e il significato (la norma) è esattamente ciò che consente di stabilire se tale relazione di sinonimia si dà effettivamente oppure no (e dunque se l'interpretazione è corretta oppure no).

È ovvio che questo è un disaccordo filosofico radicale, che rimanda all'ontologia delle norme e dei significati. Argomento spinosissimo. Ai miei fini, comunque, credo che mi basti dire questo: a differenza di Moreso, io credo che i significati (e le norme) siano oggetti mentali: i significati si formano nella nostra testa, in reazione a certi stimoli provenienti dall'ambiente (tipicamente: segni). Noi reagiamo a questi stimoli in base a tutto un bagaglio di strumenti cognitivi

⁷ La usa, ad esempio, CELANO 2017.

⁸ TARELLO 1974, Parte II, cap. II.

⁹ Sulla questione dell'individuazione delle fonti si appunta uno specifico commento di Jorge Baquerizo (BAQUERIZO MINUCHE 2023, 6-8). A fronte della mia affermazione – a dire il vero un po' *tranchant*, ma a mio parere corretta – che qualunque testo (e invero qualunque cosa) possa contare come fonte del diritto, in presenza di una opportuna pratica di riconoscimento da parte degli interpreti, Baquerizo osserva che non qualunque testo potrebbe contare come fonte del diritto, ma solo un testo di carattere in qualche modo normativo; e che in ogni caso un testo del genere, in quanto non prodotto da organi a ciò autorizzati dall'ordinamento, non sarebbe comunque una "vera" fonte del diritto, in quanto non prodotta conformemente a «una norma giuridica positiva preesistente». Mi pare che la storia e la pratica del diritto smentiscano entrambe queste osservazioni di Baquerizo. Quanto alla prima osservazione, nei diritti premoderni (ad es. nel diritto romano, non solo arcaico) anche cose come il volo degli uccelli e la scarica di un fulmine sono stati considerati come fonti di precetti giuridici; e si può facilmente immaginare che da un testo di divulgazione scientifica (questo è un contro-esempio indicato da Baquerizo) qualcuno possa facilmente trarre norme su comportamenti "contro natura". (In fin dei conti, anche fonti del diritto "propriamente intese" contengono molti enunciati che, a prima vista, non sono formulati in termini normativi, deontici, ma descrittivi). Quanto alla seconda osservazione, come nota lo stesso Baquerizo, negli ordinamenti giuridici contemporanei vi sono molte fonti del diritto (cose che sono pacificamente considerate come fonti del diritto) che non sono state prodotte conformemente a «una norma giuridica positiva preesistente»: la (prima) Costituzione è un esempio molto chiaro, al quale si potrebbe facilmente aggiungere il diritto dell'Unione europea (che è solitamente annoverato tra le fonti del diritto italiano, anche se non è prodotto conformemente a norme di produzione del diritto italiano). Baquerizo nota comunque – per converso – che il semplice fatto che un testo non venga utilizzato non lo priva, normalmente, della sua natura di fonte del diritto. Questo è assolutamente vero. Ciò che ho in mente, in effetti, è qualcosa di più forte rispetto alla semplice circostanza che un testo, di fatto, non venga usato. Ho in mente una situazione normativa: se la maggioranza o addirittura tutti gli interpreti sono dell'opinione che un certo testo *non debba* essere usato come fonte del diritto, e ciò dà luogo ad una pratica conseguente, questo a mio parere finisce effettivamente con il privare quel testo del carattere di fonte del diritto.

che apprendiamo fin dai primi mesi di vita tramite continui processi di socializzazione e di acculturazione (in termini wittgensteiniani: una forma di vita). Sono processi di questo tipo che ci addestrano ad associare, nella nostra mente, qualche tipo di oggetto a segni come “albero”, “casa”, “minestra”, “riserva di legge”, “danno ingiusto”. La conseguenza di ciò è che sì, in effetti i significati sono in questo senso “prodotti” dall’interpretazione, anche se tale “produzione” non è per nulla arbitraria – esistono criteri intersoggettivi che guidano questo processo, talvolta in maniera lasca e talvolta in maniera stringente. E dunque le norme sono, in questo senso, prodotte dall’interpretazione. Anche se è vero (come argomento ampiamente nel libro)¹⁰ che l’interprete, nel momento in cui ha l’esigenza di comunicare all’esterno la norma che ha individuato, non può che ricorrere al linguaggio, e dunque ad enunciati interpretativi che egli propone come in qualche modo equivalenti agli enunciati delle fonti.

In sintesi, dunque, mentre l’interpretazione produce sempre una norma, o anche più di una norma (salvo il caso che l’attività interpretativa si concluda attestando l’impossibilità di individuare un significato, o un significato normativo: interpretazione abrogante), non è detto invece che produca anche enunciati interpretativi. In teoria, un procedimento interpretativo può concludersi e restare nella testa dell’interprete.

4. Interpretazione vs applicazione

Una questione abbastanza presente in teoria dell’interpretazione riguarda il rapporto tra interpretazione e applicazione. Questa questione ha una dimensione filosofica e una dimensione pratica – che di fatto si presentano intrecciate, in molti discorsi sull’interpretazione.

La dimensione filosofica ha a che fare con gli approcci ermeneutici all’interpretazione giuridica: poiché – si sostiene – l’interpretazione giuridica ha a che fare più con i “casi” che con i testi (un punto di vista che è emerso anche in questo dibattito, come abbiamo visto: *supra*, § 2), allora l’interpretazione non è disgiungibile, e forse perfino indistinguibile, dall’applicazione del diritto ai casi concreti. E tutto ciò, ove questa venga accettata come tesi teorica plausibile o addirittura “vera”, decreterebbe la superiorità degli approcci ermeneutici all’interpretazione giuridica, che per l’appunto riconoscono in pieno la tesi dell’approccio casistico all’interpretazione e del nesso interpretazione/applicazione, rispetto agli approcci analitici, che quella tesi sembrerebbero ignorare.

La dimensione pratica ha anche fare con il primato che, di conseguenza, viene tributato all’interpretazione giudiziale rispetto alle altre forme di interpretazione giuridica, specialmente l’interpretazione dottrinale che sarebbe irrimediabilmente astratta e lontana dalla “carnalità” dell’esperienza.

Personalmente credo che vi sia del vero in *alcune* tesi dell’ermeneutica (e di ciò ho dato atto nel mio lavoro) – soprattutto, per quanto interessa qui, l’idea che *in un modo da precisare* i casi in effetti orientano l’attività interpretativa. Mi pare peraltro una tesi già riconosciuta da vari esponenti dell’approccio analitico all’interpretazione, e dunque non credo che *questa* si possa più considerare un marchio di fabbrica esclusivo dell’ermeneutica giuridica, o un punto su cui misurare la superiorità dell’uno approccio rispetto all’altro.

Al contempo, una volta reso l’onore delle armi all’ermeneutica giuridica, occorre notare che le tesi avanzate dai sostenitori di quest’ultima spesso si riducono a slogan fumosi, oltranzistici, e assai poco informativi, sul rapporto di inseparabilità o forse di indistinguibilità tra interpretazione e applicazione, senza spiegare come in cosa, più precisamente, questo rapporto consista. Anche perché dal fatto che due cose (in questo caso: l’interpretazione e l’applicazione) siano strettamente intrecciate non implica che siano *una cosa sola*. Anche ammessi i rapporti molto

¹⁰ PINO 2021a, spec. 38 ss.

stretti tra interpretazione e applicazione, ha ancora molto senso vedere che cosa è l'una, che cosa è l'altra, e quali siano i rapporti tra le due.

A questo punto è dedicata una lunga parte del cap. II del mio libro, e questo ha sollecitato alcune interessanti puntualizzazioni da parte di Diego Dei Vecchi, ovviamente in chiave analitica. In particolare, Dei Vecchi avanza delle riserve su entrambe le coppie in cui suddivido la generica nozione di “applicazione”: la coppia “applicazione-attività” e “applicazione-prodotto”, e la coppia “applicazione in astratto” e “applicazione in concreto” (DEI VECCHI 2023). Vediamo.

Quanto alla coppia “applicazione-attività” e “applicazione-prodotto”, che ovviamente ricalca la coppia “interpretazione-attività” e “interpretazione-prodotto”, Dei Vecchi rileva innanzitutto che la definizione dell'applicazione-prodotto è praticamente una “riproduzione testuale” di parte della definizione dell'interpretazione-attività (e dunque, se ne desume, non sarebbero due concetti diversi); e in secondo luogo che l'ambiguità processo/prodotto si attaglia male al concetto di applicazione, anche perché tale ambiguità sarebbe presente tanto in quella che io chiamo applicazione attività, quanto in quella che io chiamo applicazione-prodotto (ciascuna di queste due cose, secondo Dei Vecchi, denota tanto una attività quanto un prodotto), meglio sarebbe, secondo Dei Vecchi, parlare di “applicazione-inferenza”, in un caso, e di “applicazione-decisione”, nell'altro.

A dire il vero temo che, qui, la lettura del mio testo da parte di Dei Vecchi sia stata un po' frettolosa. Infatti il modo in cui io definisco i due concetti di applicazione-attività e applicazione-prodotto mi sembra evidenziare piuttosto chiaramente la differenza categoriale tra le due cose: la prima è un *ragionamento*, mentre la seconda è una *decisione dotata di effetti costitutivi* (v., rispettivamente, PINO 2021a, 46 e 50: e le parole qui messe in corsivo erano in corsivo anche nel libro). Le differenze non potrebbero essere più nette: un ragionamento può essere fatto da chiunque, mentre una decisione dotata di effetti costitutivi può essere presa solo da un soggetto autorizzato da norme di competenza, e dalle altre “condizioni di felicità” all'uopo richieste; inoltre, un ragionamento non ha, di per sé, effetti sulla realtà, mentre una decisione dotata di effetti costitutivi cambia la situazione giuridica dei suoi destinatari.

Lasciando da parte questa (dovuta) precisazione, Dei Vecchi ha sollevato altri punti di rilievo. Così, sono d'accordo che, se riferita all'applicazione, l'ambiguità attività/prodotto non funziona altrettanto bene che con “interpretazione”; è vero, in particolare, che l'ambiguità attività/prodotto si ripresenta tanto in quella che io chiamo applicazione attività, quanto in quella che io chiamo applicazione-prodotto; e la proposta terminologia di Dei Vecchi è, da questo punto di vista, sicuramente più esatta. Tuttavia, alcune ragioni mi orientano a mantenere ancora la mia terminologia originaria: in primo luogo, (pur se in entrambe le cose c'è un aspetto di attività e di prodotto) ciò che mi interessava evidenziare era, nell'applicazione-attività, l'aspetto di ragionamento, di attività intellettuale, mentre nell'applicazione-prodotto l'aspetto di “atto”, di “decisione formale” – e ad avere effetti costitutivi non è l'attività di prendere una decisione, ma la decisione effettivamente presa, dunque da questo punto di vista l'etichetta “applicazione-prodotto” è del tutto adeguata. E, in secondo luogo, in fondo una etichetta vale l'altra: a condizione che se ne dia una definizione abbastanza precisa.

Più interessante è invece l'osservazione (DEI VECCHI 2023, 20-21) secondo cui il mio discorso sembrerebbe suggerire che l'applicazione-prodotto consista nell'emissione di una norma individuale, e che quest'ultima è *la stessa norma individuale* individuata in sede di applicazione-attività. Di contro, osserva Dei Vecchi seguendo Bulygin (BULYGIN 1994), qui entrano in gioco *due diverse norme individuali*: l'applicazione-attività (quella che io chiamo così, in ogni caso), conduce ad una norma individuale rivolta al giudice – la norma che gli prescrive di adottare una certa decisione (una condanna, un risarcimento, ecc.); mentre nell'applicazione-prodotto il giudice emette un'altra norma individuale, rivolta alle parti del giudizio o agli organi dell'esecuzione.

Credo che la linea ricostruttiva Bulygin-Dei Vecchi sia del tutto corretta. Non credo però che la mia ricostruzione sia in tensione con questa¹¹. È vero che non ho dato, nella mia ricostruzione, il giusto rilievo al fatto che l'applicazione-prodotto è necessariamente (da un punto di vista logico-concettuale) mediata da una norma individuale rivolta al giudice, ma questo è un punto facilmente integrabile nella mia ricostruzione, e che la rende senza dubbio più completa senza alterarla significativamente¹².

Quanto alla coppia “applicazione in astratto” e “applicazione in concreto”, Dei Vecchi osserva che il mio trattamento specialmente di quest'ultima contiene un'incongruenza: infatti, per un verso io definisco l'applicazione in concreto come applicazione di una norma a un caso individuale, e quest'ultimo sarebbe un fatto, un accadimento; ma per altro verso io definisco sempre l'applicazione in concreto come una derivazione statica di una norma individuale da una norma generale. L'osservazione di Dei Vecchi è molto giusta: tanto giusta che, in verità, la davo per scontata¹³. Avendo insistito sulla qualificazione dell'applicazione-attività come un *ragionamento*, mi sembra ovvio che un ragionamento non sia composto da “fatti” in senso stretto, quanto piuttosto dalla rappresentazione mentale di quei fatti, o da enunciati che descrivono o ricostruiscono fatti. Considero però assolutamente benvenuto l'invito che mi giunge in tal modo da Dei Vecchi ad evitare scelte terminologiche potenzialmente ambigue.

Un'altra questione relativa al rapporto tra interpretazione e applicazione è sollevata da Alba Lojo (LOJO 2024): Lojo si chiede perché mai io riconosca un nesso molto stretto tra interpretazione e applicazione “in astratto”, mentre escludo il ruolo dell'interpretazione nell'applicazione “in concreto”. Secondo Lojo, infatti, anche nell'applicazione in concreto entrano in gioco considerazioni interpretative, e specialmente nei casi difficili: in questi casi, infatti, non è chiaro se il caso individuale sia sussumibile o no nella fattispecie della norma, e per decidere questi casi difficili è necessario porre in essere una attività interpretativa.

Poiché le mie affermazioni sul punto sollevato da Lojo sono state abbastanza veloci e assertive, colgo volentieri l'occasione di questa discussione per tornarci su. Cominciamo dal ruolo dell'applicazione in astratto (la sussunzione generica di una classe di casi sotto un'altra e più ampia classe di casi): ad esempio, il furto di polli viene sussunto sotto la classe “furto di cose mobili”. A mio modo di vedere questa operazione, che qualcuno chiama anche “qualificazione”, è parte integrante del processo interpretativo: la costruzione del significato, infatti, avviene (anche) attraverso plurime attività mentali di qualificazione, con le quali si rapporta il “senso” (“intensione”, “connotazione”) dell'enunciato con i casi paradigmatici e i casi dubbi a cui si può rife-

¹¹ Devo però ricordare che la mia definizione di applicazione-attività contempla l'ipotesi che l'applicazione-attività metta capo non a norme individuali ma a norme generali (sussunzione generica).

¹² Un punto collegato a questo è che, secondo Dei Vecchi, mentre nella coppia interpretazione-attività e interpretazione-prodotto il prodotto segue sempre dall'attività (e dunque i due elementi della coppia sono strettamente legati tra loro), ciò non accadrebbe con l'applicazione. Credo che qui vi siano vari nodi da sciogliere. Innanzitutto, non è sempre e necessariamente vero che una interpretazione-prodotto segua ad una interpretazione-attività: come mostro nel libro (PINO 2021a, 56-57), è possibile individuare e usare una norma (cioè, per definizione, una interpretazione-prodotto), senza che ciò segua ad uno specifico procedimento interpretativo – ad esempio, si può semplicemente riprendere un'interpretazione fatta da altri. Ma adesso guardiamo all'applicazione: in effetti, i rapporti tra applicazione-attività e applicazione-prodotto sono un po' ambivalenti. Per un verso, le due cose sono scindibili, perché una applicazione-prodotto è una *decisione*, e una decisione potrebbe essere stata assunta (dal soggetto competente, ecc.) in qualunque modo, ad es. anche tirando in aria una monetina. Ma, per altro verso (e questo è esattamente colto da DEI VECCHI 2023, 21), una applicazione-prodotto conta *come applicazione* solo se il suo contenuto (il contenuto della decisione, che è cosa diversa dall'atto del decidere), è “staticamente” derivabile da una norma, che è proprio la norma individuata dall'applicazione-attività.

¹³ Ma è stato certamente infelice l'uso, da parte mia, del termine “accadimento” per riferirmi ad un caso individuale. È un termine che sembra effettivamente rimandare ad un fatto storico, anziché alla sua rappresentazione mentale o all'enunciato che lo descrive. Tuttavia, nella mia trattazione dell'applicazione in concreto io faccio espresso riferimento anche a “casi immaginari” (PINO 2021a, 47), e questo mi sembra un chiaro indizio del fatto che per me un caso non è un “fatto brutto”, ma la rappresentazione/ricostruzione/descrizione di un fatto empirico, indipendentemente dalla circostanza che esso si sia effettivamente verificato nel mondo.

rire. Così, la fattispecie “furto di cose mobili” viene progressivamente costruita ipotizzando di volta in volta diverse condotte che possono o meno essere considerate come “furto”, e diverse cose che possono contare come “cosa mobile”.

Questa attività mentale, a mio parere, avviene però a livello di “classi”, e non di singoli oggetti individuati con nomi propri o descrizioni definite (quest’ultimo è il livello a cui opera l’applicazione in concreto). È verissimo, come nota Lojo, che problemi di qualificazione possano presentarsi anche a livello di singoli oggetti individuati con nomi propri o descrizioni definite – una collezione di cactus deve entrare o no nell’asse ereditario? Una bicicletta è o no un veicolo? Ebbene, in simili casi di incertezza (che Lojo indica come casi difficili) possono accadere le seguenti cose.

Prima possibilità: l’attrito tra il caso individuale e la fattispecie *non coinvolge* il piano interpretativo, cioè non retroagisce sul significato già individuato in sede interpretativa, sulla portata della norma (specificamente sulla portata della sua fattispecie). Ad esempio, l’interprete/applicatore potrebbe ritenere la norma N sull’ingresso dei veicoli nel parco applicabile (oppure, non applicabile) al caso di Luigino che vorrebbe entrare con la sua bici nel parco di via Larga il martedì 21 gennaio 2025 alle ore 10.30 – e questa decisione può essere presa a valere solo per il caso concreto, ad esempio con una valutazione puramente particolaristica e equitativa, senza impegnare il significato della norma, senza aprire o riaprire un processo interpretativo sulla “reale” portata della norma. L’applicazione in concreto, in altre parole, potrebbe ben concludersi con una eccezione *una tantum* (o, specularmente, con una inclusione *una tantum* del caso nella fattispecie), destinata a non incidere sul significato della norma. In questi casi, pur essendo in ipotesi casi difficili, l’applicazione in concreto non incide sull’interpretazione.

Seconda possibilità: l’attrito tra il caso individuale e la fattispecie *coinvolge* il piano interpretativo, cioè retroagisce sul significato già individuato in sede interpretativa, sulla portata della norma (specificamente sulla portata della sua fattispecie). Questo vuol dire che l’interprete/applicatore farà entrare Luigino nel parco perché si è convinto che la bici di Luigino non sia un “veicolo” (oppure viceversa), ai sensi e per gli effetti della norma che vieta l’ingresso dei veicoli nel parco. Ma in tal caso il processo interpretativo – che certamente, di fatto, è stato innescato da un caso individuale – si è subito spostato sul piano della *classe* delle bici: il nostro interprete ha adesso affrontato un ragionamento interpretativo, del quale fa parte la sussunzione generica della classe delle bici (e non più della bici di Luigino) nella più ampia classe dei veicoli, e al termine del quale l’interprete “troverà” o la norma N₁ (permesso l’ingresso delle bici nel parco)¹⁴, o la norma N₂ (vietato l’ingresso delle bici nel parco)¹⁵ – o beninteso potrebbe anche concludere che la fattispecie “ingresso delle bici nel parco” non è disciplinata da alcuna norma, e che non spetta a lui colmare questa lacuna.

In sintesi, dunque, il caso individuale, in quanto tale, può solo essere sussunto o meno nell’ambito di applicazione di una norma. Se il caso individuale pone problemi interpretativi, e dunque è un’occasione per riaprire il procedimento interpretativo, ciò a ben vedere avviene al livello della classe di casi cui il caso individuale viene ricondotto – e dunque, così precisata, credo che risulti confermata l’affermazione che è l’applicazione in astratto, e non anche l’applicazione in concreti, a far parte del procedimento interpretativo.

5. L’interpretazione letterale

Nel mio libro, l’argomento dell’interpretazione letterale svolge un ruolo particolare (o meglio, come vedremo subito, un duplice ruolo), e questo non è sfuggito all’attenzione di Jorge Baquerizo. Giova premettere che l’accezione in cui io intendo l’espressione “interpretazione letterale” consi-

¹⁴ N₁ è frutto di una interpretazione restrittiva (con una conseguente “integrazione a contrario”: PINO 2021a, 202 ss.).

¹⁵ N₂ è frutto di una interpretazione estensiva.

ste nel significato di un enunciato, e delle parole che lo compongono, individuato in base alle regole e/o convenzioni sintattiche e semantiche della lingua in cui tale enunciato è formulato.

Ora, l'argomento dell'interpretazione letterale ha un duplice ruolo.

Per un verso, può essere un argomento interpretativo a sé stante, e da questo punto di vista esso prescrive di usare come strumenti interpretativi, sostanzialmente, *solo* un dizionario e un manuale di grammatica (ad esclusione, dunque, di considerazioni come la *ratio legis*, la presenza di precedenti interpretazioni autoritative o persuasive, ecc.). In altre parole, consiste nel sostenere un risultato interpretativo che non si allontani dagli usi linguistici consolidati tra i parlanti, e specialmente tra i parlanti "laici"¹⁶.

Per altro verso, l'argomento dell'interpretazione letterale funziona come parametro per valutare l'interpretazione conclusiva, in questo modo: qualunque risultato interpretativo sia stato raggiunto, e indipendentemente da come sia stato argomentato, esso deve essere raffrontato al significato letterale per vedere quanto, eventualmente, se ne discosti.

In altre parole, l'argomento del significato letterale funziona come un freno, o una remora, rispetto ai risultati interpretativi che possono essere raggiunti con qualunque altra tecnica interpretativa. Per rendersi conto di ciò, si può ricorrere ad un semplice esperimento mentale. Si immagini una interpretazione teleologica, nella quale il risultato interpretativo viene perseguito e giustificato *esclusivamente* tramite riferimento alla *ratio legis*: così, la disposizione D "vietato fumare" viene interpretata sulla base della sua *ratio*, che è (assumiamo) la tutela della salute dei fumatori; ragionando *esclusivamente* alla luce della *ratio*, si dovrebbe concludere che quella disposizione "significa" anche (N₁) "vietato assumere alcolici", (N₂) "vietato consumare droghe", (N₃) "vietato dormire meno di sei ore a notte", e così via. Ma saremmo ancora disposti a parlare di "interpretazione" qui? N₁, N₂ e N₃ possono sensatamente essere considerate possibili *significati* di D? A me pare di no, e per un motivo molto semplice: manca quel plausibile rapporto di traducibilità, di sinonimia tra D e N₁, N₂ e N₃. E questo rapporto di traducibilità o sinonimia rimanda inevitabilmente al significato letterale. In *questo senso* l'argomento letterale opera non solo come argomento autonomo, ma anche come argomento che integra gli altri argomenti – è come se l'operare di ogni argomento interpretativo (l'argomento sistematico, l'argomento teleologico, l'argomento *ex auctoritate*, ecc.) fosse tacitamente accompagnato dalla clausola "sempre che ciò sia linguisticamente tollerabile"¹⁷.

Tutto ciò, evidentemente, presuppone che di significato letterale abbia senso parlare. Ed è noto (io stesso ho avuto modo di rimarcarlo) che si tratta di una nozione alquanto sfuggente e controversa. Tra le varie possibili, io ho utilizzato una accezione di significato letterale molto prossima a quella di significato a-contestuale: un significato ricavabile sulla base di regole e convenzioni sintattiche e grammaticali, senza far riferimento al contesto (linguistico, e di altro genere) dell'enunciato.

Sono consapevole che è una accezione problematica, e da precisare. Certamente un minimo di "contestualismo" è in definitiva inevitabile per qualunque teoria del significato: ad esempio, conoscendo il contesto specificamente giuridico degli enunciati che formano le disposizioni, siamo in grado di tradurre immediatamente certe formulazioni linguistiche apparentemente descrittive ("chiunque cagiona la morte di un uomo è *punito*...") in significati prescrittivi – e un'interpretazione diversa da questa, pur se a suo modo "letterale", sarebbe folle. Probabilmente, la nozione di

¹⁶ Salvo che l'enunciato da interpretare contenga termini *tecnici* (giuridici, o di altre discipline): in tal caso, le convenzioni semantiche rilevanti sono quelle proprie del dominio da cui proviene il termine tecnico in questione.

¹⁷ Credo che quanto detto nel testo risponda all'obiezione di Baquerizo, secondo cui c'è una contraddizione tra la mia definizione di argomento letterale (come argomento che fa riferimento *esclusivamente* alle regole o convenzioni sintattiche e semantiche della lingua di riferimento), e la mia affermazione che finisca per operare anche *congiuntamente* ad altri argomenti. Evidentemente, la clausola "esclusivamente" si riferisce alle situazioni in cui tale argomento opera da solo, come autonomo argomento interpretativo e non come parametro di valutazione di un prodotto interpretativo.

significato a-contestuale può funzionare solo distinguendo tra vari tipi di contesti: alcuni (contesti “profondi”, potremmo dire) che sono condizione dell’intellegibilità stessa dell’enunciato, e altri che invece servono a “giocare” con l’enunciato, ad arricchirlo in vario modo (l’intenzione del legislatore, la *ratio legis*, le precedenti interpretazioni, collegamenti sistematici di vario tipo...)¹⁸.

Mi sembra una linea di indagine promettente, anche se terribilmente complicata e che è certamente impossibile, in questa occasione, articolare in un modo meno rozzo di quanto abbia appena provato a fare.

6. Vaghezza e concetti valutativi

Pablo Navarro, nel suo contributo a questo dibattito (NAVARRO 2023), ha elaborato un argomento estremamente ricco, che tocca in modo assai fine numerosi punti di teoria dell’interpretazione e più in generale di teoria del significato – il più rilevante dei quali mi pare essere quello relativo all’applicazione dei concetti valutativi in sede giudiziale. Con ciò intendo dire che, se non mi sbaglio, gran parte della ricca argomentazione di Navarro va a convergere in definitiva proprio su questo punto, sollecitandomi a prendere esplicitamente posizione su questo argomento.

Temo che anche questa volta la curiosità di Navarro sia destinata a rimanere insoddisfatta, a causa della mia totale incapacità di rispondere adeguatamente alla maggior parte degli interrogativi che ha sollevato. Proverò comunque a fornire qualche precisazione, cercando così di rendere la mia posizione meno opaca di quanto non risulti dalla lettura del libro.

Un primo punto che ritengo importante chiarire è che non condivido la definizione di interpretazione giuridica adottata da Navarro. Secondo Navarro, infatti, il compito dell’interpretazione giuridica è, primariamente, di «identificare le norme formulate dall’autorità [della produzione normativa]» (NAVARRO 2023, 45). Questo perché gli enunciati emessi dall’autorità hanno un significato, e precisamente hanno il significato che è stato loro attribuito da quella stessa autorità. Il compito dell’interpretazione è, dunque, trovare quel significato. A tal fine, si dovrà in genere fare riferimento al significato così come viene compreso dai parlanti del linguaggio in cui sono formulati quegli enunciati: infatti, poiché l’autorità della produzione normativa ha usato proprio quel linguaggio per formulare i propri enunciati, si deve presumere che essa abbia attribuito ai propri enunciati esattamente quello stesso significato che anche gli altri parlanti avrebbero attribuito. In questi casi (casi facili), l’interprete non ha discrezionalità. Negli altri casi (casi difficili), invece, il linguaggio è indeterminato e l’interprete ha discrezionalità per creare diritto in maniera interstiziale.

In questa posizione, se la ho ricostruita bene, vedo alcune difficoltà. Innanzitutto, non mi è chiaro se il riferimento al significato “voluto” dall’autorità della produzione normativa debba essere inteso in un senso empirico o in un senso concettuale. In un senso *empirico*, significa che l’interprete deve ricercare – ammesso che tale ricerca abbia possibilità di successo – le reali, effettive intenzioni dell’autorità (“quando ha emesso la disposizione D, l’autorità intendeva effettivamente attribuirle il significato S, cioè la norma N”). In un senso *concettuale*, significa che – qualunque significato, di fatto, l’autorità normativa intendesse veicolare con D – il significato di D dovrà essere individuato per via del significato ordinario.

Entrambe queste opzioni sono irte di complicazioni.

L’opzione empirica incontra i ben noti problemi dell’attribuzione di una volontà a soggetti collettivi. E inoltre, da un punto di vista empirico, può non darsi il caso che l’autorità abbia attribuito all’enunciato da essa stessa prodotto lo stesso significato che avrebbero inteso i parlanti ordinari – da un punto di vista empirico, infatti, può accadere qualunque cosa.

¹⁸ Questo è qualcosa di simile al *secondo* di tre possibili modi, evocati da Baquerizo, di impostare il rapporto tra contesto e significato letterale (BAQUERIZO MINUCHE 2023, 12-13). Ma è evidente che ci sono molte precisazioni e distinzioni da fare prima che questa tesi possa assumere un grado adeguato di plausibilità.

L'opzione concettuale (che ho l'impressione sia quella favorita da Navarro) incorre nel paradosso che rende del tutto inutile chiamare in causa l'autorità di produzione normativa: tutto quello che serve, infatti, è fare riferimento *ai testi*, indipendentemente dal significato che, *di fatto*, «les ha conferido la autoridad» (NAVARRO 2023, 45).

Un altro problema di questa posizione è che essa sembra assumere che l'indeterminatezza del diritto (e i conseguenti casi difficili) sia una questione essenzialmente linguistica (NAVARRO 2023, 46); tuttavia l'indeterminatezza, e comunque l'opportunità per l'esercizio di discrezionalità giudiziale, può derivare anche da fattori non strettamente linguistici (da un'incertezza sul significato), ma da fattori come: un conflitto tra il significato *prima facie* e certi principi rilevanti, l'obsolescenza del testo, la sovra- o sotto-inclusività. In casi come questi, il significato del testo prodotto dall'autorità normativa può ben essere chiarissimo dal punto di vista linguistico, ma inadeguato sotto altri punti di vista – ed è per questa ragione che casi come questo possono diventare “difficili”.

Un secondo punto sollevato da Navarro riguarda più specificamente l'applicazione dei concetti valutativi in sede giudiziale. A questo riguardo, Navarro distingue una applicazione “neutrale” (cioè condotta facendo riferimento alle valutazioni diffuse nella comunità rilevante), da una applicazione “in prima persona” (cioè condotta sulla base di opzioni valutative proprie del giudice). (La preferenza di Navarro va all'applicazione neutrale). Ciò si ricollega poi alla possibilità di predicare valori di verità alle valutazioni – possibilità che nel primo caso è assicurata dalla corrispondenza agli usi sociali, e nel secondo caso dai “fatti morali” posti a base della valutazione.

Dico subito che non considero molto importante risolvere la questione del valore di verità delle valutazioni, e di sicuro la mia affermazione che i concetti valutativi sono vaghi non mi compromette (come invece sostiene Navarro) a sostenere la tesi che i giudizi valutativi possano essere veri o falsi¹⁹. Navarro sostiene questo perché assume che la vaghezza, in quanto presuppone necessariamente casi chiari e zone di certezza nell'uso dei concetti, implichi che il concetto vago possa essere vero o falso (esattamente nei casi chiari). Confesso di non capire bene questa affermazione: in effetti mi pare che abbia senso riferire la vaghezza anche a cose che certamente non sono né vere né false: un comando (“comportati bene!”), una domanda, una promessa, una invocazione, un desiderio, una preghiera...

Ora, se una norma giuridica invita l'interprete a fare una valutazione, credo che la cosa più interessante non sia chiedersi se la valutazione sia vera o falsa, ma piuttosto vedere quale sia il ragionamento da mettere in campo (e so bene che, anche sotto questo specifico profilo, l'analisi che ho proposto nel mio libro è ampiamente lacunosa). E a mio modo di vedere, una possibile ricostruzione di questo ragionamento rimanda alla ricerca di una specie di equilibrio riflessivo, tra (a) il valore astratto da applicare (“buona fede”, “dignità”, ecc.), (b) i casi paradigmatici di applicazione o di violazione di quel valore, e (c) la conformazione specifica del caso (individuale o generico) da decidere. Questo ragionamento, come si vede, non sarà puramente sociologico (una applicazione “neutrale”), anche se specialmente i passaggi (a) e (b) saranno fortemente condizionati dall'addestramento sociale e culturale dell'interprete²⁰; e non sarà non sarà un ra-

¹⁹ Mi astengo, qui, dal prendere posizione sull'alternativa tra una concezione “epistemica” e una concezione “semantica” della vaghezza. (La prima è seguita da Navarro, sulla scorta di Alchourrón e Bulygin; la seconda è fatta propria da Raz). Questo perché non dispongo, al momento, delle risorse per difendere o criticare articolatamente l'una o l'altra – al di là di quella che mi pare una intuitiva maggiore plausibilità della concezione semantica. Mi limito perciò a questa osservazione telegrafica: non mi è chiaro come la scelta per l'una o per l'altra concezione della vaghezza influisca sulla comprensione della vaghezza *delle norme giuridiche* e soprattutto sulle operazioni (e sulla comprensione e la valutazione delle operazioni) che gli interpreti possono mettere in campo per superare le situazioni di vaghezza. Parafrasando Bobbio, credo che il livello di analisi a cui si colloca la distinzione tra concezione epistemica e concezione semantica della vaghezza appartenga più alla filosofia del diritto “dei filosofi” che alla filosofia del diritto “dei giuristi” – e la prospettiva adottata dal mio libro è certamente quest'ultima.

²⁰ Come ha notato una volta José Juan Moreso, la morale critica e la morale sociale non sono nettamente distinguibili: chi segue una morale sociale lo fa esattamente come se fosse una morale critica (cioè, perché è la morale

gionamento puramente morale, perché specialmente nel passaggio (b) dovrà tenere conto di precedenti giurisprudenziali, dati normativi, ecc.

Perché, in definitiva, questa non è una ipotesi di “applicazione neutrale” dei concetti valutativi? Perché credo che anche in questi casi non vi sia una rilevazione sociologica di certi criteri valutativi, ma piuttosto *un uso*, da parte del giudice, di criteri di valutazione socialmente diffusi: e la differenza è che mentre una rilevazione si limita a prendere atto di valutazioni esistenti – se ve ne sono, e se sono sufficientemente univoche – l’uso può tranquillamente *sviluppare* i criteri valutativi al di là di come essi sono di fatto presenti nella comunità sociale di riferimento.

7. Creatività dell’interpretazione e scetticismo interpretativo

Il problema della creatività dell’interpretazione è uno dei più dibattuti negli ultimi decenni, ma ovviamente non è un problema nuovo per la teoria dell’interpretazione. Banalmente, ciò che è accaduto negli ultimi decenni, specialmente in Italia, è l’avvenuta adozione da parte della giurisprudenza di stili interpretativi marcatamente “espansivi”, se non addirittura “aggressivi”, che ne hanno portato allo scoperto il ruolo non meramente riproduttivo del diritto legislativo. E così una cultura giuridica di *civil law*, e adusa ad un abito mentale tendenzialmente formalista, come è stata a lungo quella italiana, ha dovuto misurarsi con la dimensione in qualche senso creativa dell’interpretazione, specialmente giurisprudenziale.

In qualche senso creativa: perché non appena ci si accosti un po’ più da vicino, e un po’ meno frettolosamente, al problema della creatività interpretativa, ci si accorge che dietro questa formula ammaliante convergono cose diverse. Qui, soprattutto in relazione alle interessanti osservazioni di Lorena Ramírez (RAMÍREZ LUDEÑA 2024), mi occuperò principalmente di ciò che ho chiamato “creatività pragmatica”: se e a quali condizioni il prodotto di una attività interpretativa sia una fonte del diritto.

A questo proposito, Ramírez distingue tre cose: una attività creativa in sede interpretativa (che mi sembra corrispondere a ciò che io chiamo “creatività semantica”; il carattere vincolante di una interpretazione; il carattere di fonte del diritto che un’interpretazione potrebbe avere. Secondo Ramírez, le ultime due situazioni devono essere tenute distinte, perché una certa interpretazione potrebbe avere carattere vincolante, senza però essere al contempo una fonte del diritto (non “cambierebbe il diritto”). Una certa interpretazione sarebbe anche una fonte del diritto solo se si tratta di una interpretazione plausibile alla luce delle convenzioni interpretative diffuse (RAMÍREZ LUDEÑA 2024, 39; secondo Ramírez, ciò deriverebbe dalle norme di riconoscimento adottate in molti ordinamenti giuridici contemporanei). Di contro, una interpretazione “non plausibile” resa da una Corte superiore potrebbe anche essere vincolante per gli altri giudici, ma non sarebbe una fonte del diritto. Secondo Ramírez, si avrebbe una situazione analoga a quella della legge incostituzionale: che deve essere applicata dai giudici (fin tanto che non sia annullata da una Corte costituzionale), ma non è una “vera” fonte del diritto.

Devo dire che non trovo molto convincente la ricostruzione del fenomeno della creatività (che io chiamo) pragmatica che è offerta di Ramírez. (È ovvio che mi sto riferendo al modo in cui Ramírez ricostruisce *il fenomeno in sé*, non al modo in cui ricostruisce la mia interpretazione di quel fenomeno). Chiaramente ci possono essere molti modi diversi di configurare il concetto teorico di “fonte del diritto”. Tuttavia mi sembrerebbe che un buon modo di definire questo concetto sia proprio questo: qualcosa che gli organi dell’applicazione sono giuridicamente tenuti a prendere in considerazione nelle loro attività di individuazione e applicazione del diritto. Non

corretta, giusta, o “vera”, ecc.), e una morale critica non nasce nel vuoto, una morale critica che sia puramente individuale è difficilmente concepibile (analogamente all’impossibilità di un “linguaggio privato” per Wittgenstein).

includerei necessariamente in questa nozione anche l'attitudine di questo "qualcosa" a cambiare il diritto: potremmo infatti immaginare il caso-limite di una legge che ne sostituisce un'altra, o che reitera pedissequamente un'altra, senza cambiarla; la nuova legge è o no una fonte del diritto? Io direi di sì, anche se la nuova legge non ha cambiato nulla.

Come che sia, a mio modo di vedere se gli organi dell'applicazione sono giuridicamente tenuti a prendere in considerazione un "qualcosa" (una legge, una sentenza, ecc.) nelle loro attività, quel qualcosa è una fonte del diritto. Certo, questa definizione apre molti problemi: da dove viene questo essere "giuridicamente tenuti"? E in che cosa consiste, esattamente? La risposta a queste domande ci porterebbe lontano²¹. Come che sia, mi pare che la mia definizione di fonte del diritto abbia alcune virtù esplicative. A parte l'ipotesi-limite delle leggi totalmente ridondanti (a cui accennavo poco sopra), vi è anche il caso delle leggi incostituzionali, che in maniera abbastanza sorprendente Ramírez sembra escludere dal novero delle fonti del diritto e che, a quanto sembra, per Ramírez non sarebbero in grado di "cambiare il diritto". Ma a me pare del tutto evidente che una legge incostituzionale, finché non sia annullata, non solo debba ("giuridicamente") essere applicata ma riesca anche a cambiare il diritto – riesca a creare diritti, obblighi, status ecc. (nell'ordinamento giuridico italiano, alcuni di questi cambiamenti possono perfino sopravvivere ad una successiva dichiarazione di incostituzionalità).

Questo ci porta alla questione delle interpretazioni creative. Sono fonti del diritto? La risposta a questa domanda è, ovviamente, una questione contingente, di fatto²²: occorre vedere se si dà il caso che, in un certo ordinamento, il discostarsi o il non prendere in considerazione le interpretazioni precedenti (o più plausibilmente le interpretazioni rese da un certo specifico organo dell'applicazione) rappresenti un vizio giuridico, un errore dotato di conseguenze giuridiche – e non solo, ad esempio, fonte di critiche sul piano dell'opportunità. A mio modo di vedere, oggi in Italia c'è una zona di incertezza della norma di riconoscimento: *non* vi è un vero e proprio obbligo da parte dei giudici di uniformarsi alle interpretazioni della Corte di Cassazione, anche se tali interpretazioni hanno una certa forza di attrazione per cui i giudici che se ne vogliono discostare sono tenuti a fornire idonei argomenti.

Fin qui la questione delle fonti del diritto. Una questione diversa, anche se potrebbe essere facile confonderla con la prima, è la seguente: poiché il diritto è un "linguaggio amministrato", certe interpretazioni si incorporano nel diritto, diventano parte del diritto, e pertanto costituiscono la risposta corretta ad un certo problema interpretativo. La differenza tra quest'ultima questione e la precedente può essere chiarita in questo modo: la questione se le interpretazioni giudiziali siano fonti del diritto riguarda, indistintamente, tutte le interpretazioni giudiziali rese da un certo organo – ad esempio, tutte le sentenze della Cassazione, o delle Sezioni unite della Cassazione. Una volta che si sia riconosciuta, in ipotesi, la natura di fonte del diritto a tali decisioni, in linea teorica tale qualifica dovrà valere per ciascuna sentenza della Cassazione (per ciascun token del type). Questo è un problema di fonti del diritto e cioè di come individuare il diritto (di dove cercare il diritto applicabile). Diverso è il problema di stabilire cosa dica il diritto nei singoli casi, di quale sia il *contenuto* del diritto: e da questo punto di vista, a causa della sua natura di linguaggio amministrato, il contenuto del diritto può essere stabilito univocamente in presenza di un orientamento interpretativo consolidato. Intendo dire che, in presenza di un orientamento interpretativo consolidato secondo cui la disposizione D esprime la norma N₁ (e non anche le norme N₂, N₃, ecc.), il diritto è determinato: il contenuto del diritto è solo N₁ (N₁ è l'unica risposta corretta alla domanda "cosa significa D?").

²¹ Sinteticamente (ma v. *amplius* PINO 2021b). Da dove viene? Dalle pratiche diffuse tra gli organi dell'applicazione e tra gli operatori giuridici in generale – cioè, è parte della regola di riconoscimento. In cosa consiste? Può essere un obbligo, ma anche una autorizzazione. E consiste nel fatto che il non prendere in considerazione quelle cose per individuare il diritto da applicare sia considerato un errore (o vizio) propriamente *giuridico*.

²² Intendo dire: una questione relativa a come di fatto è la norma di riconoscimento in un certo ordinamento.

Questa mia tesi mi espone all'obiezione di Ramírez, secondo cui la mia posizione teorica sarebbe in realtà una forma di scetticismo interpretativo, forse perfino uno scetticismo radicale. Perché? Perché a mio parere l'effetto di incorporazione sopra descritto si verifica comunque (in presenza delle opportune condizioni, ovviamente): in particolare, anche una decisione interpretativa che, al suo apparire, rappresenta una interpretazione sbagliata può finire con l'incorporarsi nel diritto e diventare un'interpretazione autorevole e perfino l'unica interpretazione corretta.

A dire il vero, non credo che la linea di argomentazione sopra delineata finisca inevitabilmente nelle spietate fauci dello scetticismo interpretativo. E questo perché, per lo scetticismo interpretativo, non ha senso parlare né di interpretazioni sbagliate né, tantomeno, di interpretazioni corrette. Io credo invece che abbia senso distinguere (almeno in alcuni casi) tra interpretazioni corrette e interpretazioni sbagliate – così come può ben capitare che un problema interpretativo non abbia un'unica risposta corretta, ovviamente²³. Una tesi interpretativa creativa, e perfino sbagliata, potrebbe essere stata adottata da un organo particolarmente autorevole, e successivamente dalla generalità degli interpreti: e in quel momento diventa la risposta corretta. Questo è esattamente il modo – al netto della presenza di organi autoritativi – in cui si evolve una lingua: usi linguistici sbagliati possono incorporarsi negli usi, essere fatti propri dalla generalità dei parlanti, e diventare così usi corretti. E questo non è per niente una forma di “scetticismo linguistico”.

8. Ideologie giuridiche

È certamente possibile che l'interprete faccia il suo lavoro – talvolta, o spesso – in maniera “automatica”, non riflessiva: con ciò non intendo evocare la già menzionata immagine del giudice-automa, ma piuttosto l'idea di una attività interpretativa svolta senza interrogarsi sul senso e sugli scopi di quella attività, o sul posto che l'interprete occupa nell'ordinamento. Questo è possibile: anche se è raro, ritengo, che un interprete e soprattutto un giudice non si ponga *mai* domande di questo tipo. L'interpretazione giuridica è una attività intensamente valutativa, che richiede scelte di vario tipo e a vari livelli, e dunque è normale aspettarsi che l'interprete, e il giudice in particolare, prenda quelle scelte sulla base di certe opzioni etico-politiche di fondo. Questo è il dominio di quelle che ho chiamato “ideologie giuridiche”, in linea di massima riconducibili alle due polarità del “formalismo” (la risposta ai problemi interpretativi può essere trovata all'interno del diritto) e del “sostanzialismo” (la risposta ai problemi interpretativi attinge all'esterno del diritto)²⁴.

²³ Ma si noti che anche in questi ultimi casi (assenza di un'unica risposta corretta) può accadere che alcune tesi interpretative siano comunque *sbagliate*.

²⁴ A questo proposito, Ramírez osserva che la mia ricostruzione delle ideologie giuridiche e del loro ruolo nel ragionamento giuridico sembra implicare che io ritenga impossibile un concetto “oggettivo” di diritto: sarebbe impossibile un modo politicamente “neutrale” – come secondo Ramírez sarebbe quello offerto da Hart – di tracciare la distinzione tra diritto e non diritto (RAMÍREZ LUDEÑA 2024, 38). Non voglio, qui, affrontare la questione se la teoria del diritto di Hart sia realmente “oggettiva” e politicamente (o moralmente) neutrale come Ramírez ritiene (qualche riflessione piuttosto interessante al riguardo si può leggere in MURPHY 2000; e in generale sul sottinteso politico dietro il concetto di diritto adottato da positivismo giuridico, SCARPELLI 1965; ancora più in generale, sulle opzioni valutative sostanziali nell'indagine teorico-giuridica VILLA 1999, cap. III). Ma quello che voglio chiarire è che il mio discorso sulle ideologie giuridiche (PINO 2021a, cap. X) è un discorso che riguarda non la teoria del diritto, ma i giuristi positivi. Volendo insistere con il richiamo alle categorie hartiane, i primi lavorano dal punto di vista interno, mentre la seconda (probabilmente) dal punto di vista esterno. Ciò vuol dire che i giuristi positivi inevitabilmente – perlomeno nei casi in cui siano “riflessivi”, e non puramente conformisti o *free riders* – assumono una prospettiva etico-politica sul diritto alla cui individuazione, interpretazione e applicazione essi concorrono. E questo lascia ancora aperta la questione – una questione che infatti è molto aperta, come ho suggerito poco sopra – se sia possibile essere politicamente neutrali *anche in sede teorica*.

Sono consapevole che la mia trattazione di questo argomento è stata abbastanza veloce, toccando appena una serie di questioni piuttosto spinose. Credo comunque che la nozione di “ideologia giuridica” sia un valido strumento di analisi, e approfitto di questa occasione – e in particolare di alcuni commenti di Jorge Baquerizo – per aggiungere qualche riflessione e chiarimento.

Un primo chiarimento è che questa nozione deve essere impiegata con cura. Con ciò intendo dire che essa si presta abbastanza bene a cogliere grandi tendenze, atteggiamenti generalizzati nella cultura giuridica; ma quando si passa ad impiegarla in maniera sempre più individualizzata può diventare problematica. E questo perché – nonostante talvolta appaiano alcune grandi dichiarazioni programmatiche, formulate in termini univoci –²⁵ nella realtà delle operazioni quotidiane dei giuristi prevalgono atteggiamenti intermedi e perfino incoerenti, più spesso orientate non da una “metodologia dei metodi”, ma da una “metodologia dei risultati” (LOMBARDI VALLAURI, 74 ss.).

Un secondo chiarimento riguarda la possibilità che tanto il formalismo quanto il sostanzialismo si presentino in forme “integrali”: la mia tesi è che ciò non sia possibile, e questa tesi è stata criticata da Baquerizo (BAQUERIZO MINUCHE 2023, 8-10). Devo innanzitutto precisare che la mia tesi è riferita non ad astratte possibilità logiche o concettuali, ma a ciò che *di fatto* può accadere (PINO 2021a, 329). Credo infatti che, in filosofia del diritto, la speculazione su ciò che è possibile in via solo logica o concettuale, ma del tutto improbabile nella realtà, sia in genere abbastanza sterile e poco interessante.

Ad ogni modo, a proposito della possibilità di un “formalismo integrale”, Baquerizo obietta, in termini leggermente apodittici, che «nella pratica dei giudici e degli altri organi dell’applicazione, ci sono numerosi casi facili (e quotidiani) di interpretazioni basate su considerazioni puramente giuridiche». A me pare invece che, al di là dei casi di applicazione automatica e irriflessa di regole (quella che Hart chiama “unthinking compliance”, e che in quanto tale non include una attività interpretativa), l’interpretazione giuridica *anche nei casi facili* metta in moto scelte e valutazioni che non sono esse stesse imposte dal diritto: ad esempio, anche una scelta “conformistica” di seguire una linea di precedenti consolidati è a sua volta una scelta, dettata da opzioni di valore che in ultima analisi non sono esse stesse giuridiche – ed è *qui* che il formalista “esce” necessariamente dal diritto. E questo a tacer del fatto che, ovviamente, non sempre l’interprete si trova in situazioni descrivibili come “casi facili”, e in tali situazioni le considerazioni etico-politiche sostanziali avranno un ruolo ancora maggiore.

Quanto al sostanzialismo integrale, d’altra parte, intendo con ciò un atteggiamento interpretativo che ignori sistematicamente la dimensione “formale” del diritto: leggi, codici, precedenti... (in una parola ciò che sopra ho chiamato la dimensione testuale del diritto), ma anche “regole”, ripartizioni di competenze, requisiti procedurali... Il sostanzialismo consiste esattamente nel mettere da parte considerazioni di questo tipo, con il loro portato di “opacità”, rigidità, e subottimalità, per cercare invece la soluzione “giusta”. Ebbene: può, un giurista, ignorare sistematicamente la dimensione formale del diritto, e farsi guidare *solo* da considerazioni di giustizia sostanziale? La domanda è retorica.

Purtroppo, e questo lo considero il difetto più serio della mia trattazione, in tutto ciò aleggia una specie di petizione di principio: che riguarda la definizione di ciò che è giuridico (e dunque di ciò che sta dentro e ciò che sta fuori dal diritto). Palesemente, è assai probabile che un formalista e un sostanzialista adotteranno due diversi concetti di diritto, e cioè delimiteranno l’area della giuridicità in modi diversi. È assai probabile, ad esempio, che un sostanzialista “moralista” includa nel “giuridico” anche certi principi di giustizia (Dworkin), e che un sostanzialista “gius-economicista” includa nel “giuridico” il valore dell’efficienza. E dunque un sostanzialista che

²⁵ Penso ad esempio alle chiare professioni di sostanzialismo fatte da giuristi come G. Zagrebelsky, N. Lipari, P. Grossi; e alle altrettanto chiare professioni di formalismo fatte da N. Irti.

invocasse esplicitamente a fini interpretativi certi principi di giustizia, o il valore dell'efficienza, non riterrebbe di essere uscito così dal diritto. Tuttavia, anche un sostanzialista come Dworkin riconosce che esiste un "first-stage law", che equivale alla dimensione formale del diritto, e che i principi di giustizia servono a interpretare *quel* materiale giuridico "nella sua luce migliore". Un sostanzialista che decidesse *solo* sulla base di considerazioni sostanziali, ignorando del tutto la dimensione formale del diritto, non evidenzerebbe, in ipotesi «un atteggiamento completamente sbagliato dal punto di vista delle esigenze per operare all'interno di un sistema giuridico»; piuttosto, non starebbe operando *da giurista*.

Riferimenti bibliografici

- BAQUERIZO MINUCHE J. 2023. *Su fonti del diritto, ideologie giuridiche ed interpretazione letterale. Tre commenti marginali a L'interpretazione nel diritto*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 23, 2, 2023, 5 ss.
- BULYGIN E. 1994. *Lógica y normas*, in «Isonomía», 1, 28 ss.
- CELANO B. 2017. *Due problemi aperti della teoria dell'interpretazione giuridica*, Mucchi.
- DEI VECCHI D. 2023. *Algunas dudas sobre la noción de aplicación de normas jurídicas en la obra de Giorgio Pino*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 23, 2, 2023, 19 ss.
- LOJO A. 2024. *Acerca del significado y de la aplicación en concreto en L'interpretazione del diritto: una reflexión metateórica y crítica*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 24, 1, 2024, 5 ss.
- LOMBARDI VALLAURI L. 1981. *Corso di filosofia del diritto*, Cedam.
- MORESO J.J. 2023. *Lekta nemo vidit unquam: Giorgio Pino sobre la interpretación en el derecho*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 23, 2, 2023, 29 ss.
- MURPHY L. 2000. *The Political Question of the Concept of Law*, in J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, 371 ss.
- NAVARRO P. 2023. *Interpretación, vaguedad y valoraciones*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 23, 2, 2023, 43 ss.
- PINO G. 2021a. *L'interpretazione nel Diritto. Come un trattato*, Giappichelli.
- PINO G. 2021b. *Sources of Law*, in GARDNER J., GREEN L., LEITER B. (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 4, Oxford University Press, 58 ss.
- RAMÍREZ LUDEÑA L. 2024. *La actividad creativa en la interpretación en el derecho. Comentario a L'interpretazione nel diritto, de Giorgio Pino*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 24, 1, 2024, 31 ss.
- RÓDENAS Á. 2024. *Interpretar textos vs. interpretar prácticas. A propósito de la concepción de la interpretación de Giorgio Pino*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 24, 1, 2024, 17 ss.
- RUIZ MANERO J. 2023. *Sobre el libro de Giorgio Pino, L'interpretazione nel diritto*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 23, 2, 2023, 57 ss.
- SCARPELLI U. 1965. *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità.
- TARELLO G. 1977. *Diritto enunciati usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, il Mulino.
- VILLA V. 1999. *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli.

Individual Freedom: A Pluralist Account

NICOLA RIVA

Associate Professor of Philosophy of Law, Department of Social and Political Sciences,
University of Milan.

E-mail: nicola.riva@unimi.it

ABSTRACT

The paper proposes a pluralist analysis of the idea of freedom that seeks to account for its complexity. The starting point is dissatisfaction with attempts to demonstrate the superiority of one specification of the concept of freedom – negative, positive, republican, etc. – over others. According to the author, each of these specifications captures an aspect of freedom but does not exhaust its meaning. The author distinguishes six dimensions of freedom: freedom as non-subordination, freedom as permission, freedom as non-prevention, freedom of choice, freedom as non-subjection, and freedom as self-determination. According to the author, the six dimensions of freedom are not entirely reducible to one another. Only a concept of freedom that embraces them all can do justice to the idea and value of freedom.

KEYWORDS

Freedom, unfreedom, negative and positive liberty, republican liberty, analysis of concepts

Individual Freedom: A Pluralist Account

NICOLA RIVA

1. *Introduction* – 2. *The philosophical analysis of the concept of freedom* – 3. *Six dimensions of freedom* – 3.1. *Freedom as non-subordination or immunity* – 3.2. *Freedom as permission* – 3.3. *Freedom as non-prevention* – 3.4. *Freedom of choice* – 3.5. *Freedom as non-subjection* – 3.6. *Freedom as self-determination* – 4. *Formal powers, capabilities and non-interference* – 5. *The relationships between the six dimensions of freedom* – 6. *Conclusion*.

1. *Introduction*

Among the values professed by the West, freedom is second to none. The Western cult of freedom dates back to classical antiquity. According to Thucydides, Pericles, in his famous epitaph delivered in the winter of 431-430 BC for those who fell in the first year of the Peloponnesian War, identifies the freedom of Athenian citizens, both public and private, as one of the distinguishing features of democracy and a major source of pride for the city of Athens. This identification is confirmed by Plato, a critic of democracy, who sees the peculiarity of this type of political regime in the unlimited freedom that can only lead to a state of anarchy, which sooner or later degenerates into its opposite, tyranny. In ancient Greece and Rome, freedom was seen as the natural state of human beings in full possession of their rational faculties (considered a male prerogative), while slavery was seen mainly as an artificial condition imposed on prisoners of war whose lives were spared, debtors unable to pay their debts, and inferior human beings unable to govern themselves, and justified by utilitarian considerations or as a form of punishment. The condition of the free man was judged so much superior to that of the slave that, from Greek and Latin philosophy onwards, the ideas of freedom and slavery were transferred from the level of legal relations to that of morality and used to distinguish the condition of vicious men – “slaves to their own passions” – from that of virtuous men. Since then, the idea that a slave’s life is unworthy of a human being and that freedom is a condition of the good life has remained a constant, despite the changing ideas of slavery and freedom.

European political modernity is based on the idea of the individual born free, as evidenced by the numerous references to this original state of freedom that appear in the works of the social contract theorists – the founding fathers of modern political thought – and at the beginning of many of the charters of rights promulgated from the end of the 18th century onwards. The motto of the French Revolution – *Liberté, Égalité, Fraternité* – puts freedom first. Liberalism – a doctrine or family of doctrines that refers to the idea of freedom in its own name – is the

* Much of what I know about the recent philosophical debate on the concept of freedom has come from discussions over the past few years with two of my doctoral students – Elena Icardi and Ilkin Huseynli – who have approached freedom from opposite fronts in their doctoral research – the republican front, Elena, and that of the proponents of negative social freedom, Ilkin. In the course of our intense discussions, I have always hesitated to take a stand for one or the other, convinced that both grasp a part of what freedom is, but not all of it. This paper is a defence of that position. My thinking on freedom has also been influenced by reading FACCHI, GIOLO 2020, a book that takes a pluralist approach to freedom and explores possible tensions between different dimensions of freedom more than I do in this paper. I presented a first draft of this paper at the 2nd Pavia Workshop on Freedom, which took place in Pavia on 4 and 5 June 2024. I would like to thank all the participants at the workshop for their comments on my paper and for the general discussion, which was very useful. I would also like to thank Alessandra Facchi and Elena Icardi for their comments on an earlier draft of this paper, and two anonymous reviewers of *Diritto @ questioni pubbliche* for their suggestions.

dominant political ideology in the West today, and liberal principles form the backbone of constitutionalism. In his famous 1941 State of the Union address, Roosevelt identified freedom of speech and expression, freedom of worship, freedom from want and freedom from fear as the “four freedoms” that all people everywhere should enjoy. In the Manichean vision of the clash of civilisations theorists, the West is often portrayed as the free world, a view confirmed by those critics of the West who accuse it of an excess of freedom: an anarchic freedom based on value nihilism and the cause of moral decay and social disintegration. On the other hand, there is no doubt that many people today, including many women and members of minorities who do not enjoy the most basic freedoms in many countries of the world, are attracted to the West precisely by the promise of greater freedom: freedom from violence, freedom of conscience, freedom of expression, freedom to study and work, emotional, sexual and reproductive freedom, political freedom and, above all, freedom from want.

In the history of human civilization, freedom is a noble ideal for which many people have fought and continue to fight. Struggles for freedom include struggles for the liberation of slaves from the yoke of slavery, for the liberation of peoples from colonial domination and authoritarian regimes, for the liberation of women from patriarchy, for the liberation of sexual minorities from oppression, for the liberation of non-human animals from the cruelty of the human animal, and so on. We owe much of humanity’s progress to these struggles¹.

These summary references to the importance of the idea of freedom in our philosophical tradition and political culture cannot be understood by assuming that they refer to an unambiguous idea of freedom. It is equally clear that it would be absurd to assume that most of those who have fought for freedom in the past and continue to do so today have been mistaken in interpreting their struggles as struggles for freedom, whereas such struggles would be struggles for autonomy, democracy, welfare, equality or anything other than freedom. The aim of this essay is to present a pluralist conception of freedom that can do justice to the rich history of this idea and to how many struggles for autonomy, democracy, welfare and equality are in fact struggles for freedom.

In section 2, I briefly review the debate over the idea of freedom in the last century and offer some methodological considerations about the task of philosophical analysis of this concept and its relation to linguistic usage. In section 3, I distinguish six different dimensions of freedom in order to account for the different meanings of the term ‘freedom’. In section 4, I explain why I decided to exclude some other candidates for the role of dimensions of freedom from my analysis. In section 5 I explain how the different dimensions of freedom I have identified are not entirely reducible to one another. Finally, in the conclusion, I offer some reflections on the political relevance of the different dimensions of freedom.

2. *The philosophical analysis of the concept of freedom*

The ambiguity of the term ‘freedom’, the fact that in everyday language it lends itself to being used and is usually used to denote different things, is recognised by all those who have been engaged in the philosophical analysis of the concept of freedom, at least since Constant’s famous lecture *La liberté des anciens comparée à celle des modernes*².

¹ As can be seen from this brief overview, in the English language there are two terms for the concept of freedom, one of Germanic origin, ‘freedom’, and one of Latin origin, ‘liberty’. From ‘freedom’ comes ‘freeman’, from ‘liberty’ comes ‘liberalism’ and ‘liberation’. Although there have been some attempts in philosophical literature to distinguish between the two terms (see WILLIAMS 2001), they continue to be used as synonyms in English, and I will treat them as such.

² CONSTANT 1997 [1819]. Cf. BERLIN 2002 [1958]; BOBBIO 1995 [1978]; BARBERIS 2021 [1999]; CARTER 2022.

Contemporary philosophical reflection on freedom has followed the path laid out by Berlin in his famous 1958 lecture *Two Concepts of Liberty*³, in which the author distinguishes between two concepts of freedom, which he calls “negative” and “positive” respectively. According to the negative concept of freedom, freedom would consist in the absence of external obstacles that would prevent individuals from doing what they might want to do. To the positive concept of freedom, on the other hand, Berlin traces a number of heterogeneous conceptions of freedom that are united by the idea that freedom consists in a quality of the actions of individuals and/or in some form of control by the agents over the factors that determine their actions. Berlin’s positive concept of freedom is related to both the moral idea of freedom as rationality (i.e. the control of one’s actions by reason, which is able to rule over the passions) and the political idea of freedom as (participation in) self-government⁴. Berlin believes that politics should only be concerned with negative freedom. Positive freedom, in its political sense, becomes relevant only as a guarantee of negative freedom: a means by which individuals can exercise control over their rulers and prevent them from abusing the power at their disposal. Indeed, Berlin claims that when political authority is exercised to promote the positive freedom of individuals in its moral sense, it always ends up restricting their negative freedom by forcing individuals to act in the way that seems most “rational” to those exercising such authority. Moreover, the idea that those who exercise political authority are entitled to restrict the negative freedom of individuals to promote their positive freedom can provide a veneer of legitimacy for abuses of that authority aimed at promoting the interests of those who exercise it. Totalitarian regimes provide many examples of both phenomena.

Berlin’s distinction between negative and positive freedom has dominated philosophical reflection on freedom over the last sixty years and has determined its lines of development. Some have taken up the task of defining more fully the concepts of negative and positive freedom and what distinguishes them⁵, some have proposed particular conceptions of one and/or the other⁶, some have tried to bring both concepts back into a unified concept of freedom of which negative and positive freedom would be conceptions⁷, and some have tried to defend the political relevance of positive freedom against Berlin’s criticism⁸. There has also been no shortage of those who have suggested that the distinction between negative and positive freedom is not exhaustive, arguing that there are concepts of freedom that do not fit into this dichotomy. The best known of these is probably that of republican freedom, which identifies freedom with the absence of domination⁹, but the idea of social freedom, recently put forward by authors working in the Hegelian tradition¹⁰, is also worth mentioning as an attempt to move beyond Berlin’s binary distinction.

Most participants in the philosophical discussion of freedom in recent decades have interpreted their contribution as being aimed at specifying a particular concept of freedom,

³ BERLIN 2002 [1958].

⁴ There is some ambiguity in the use of the term ‘positive freedom’ in recent literature. Sen, for example, sometimes speaks of positive freedom to refer to the state of a person who not only enjoys the negative freedom to do something, but also possesses the necessary means to do so. See SEN 1992, 1999 *passim*. This is a different use of the term ‘positive freedom’ from Berlin’s, which is likely to cause much confusion. As Van Parijs rightly points out, what he calls “real freedom”, which corresponds to Sen’s positive freedom, is actually, according to Berlin’s classification, a conception of negative freedom, which includes the lack of means among the obstacles that can make a person not free to do something. See VAN PARIJS 1995, 21 ff.

⁵ See CARTER 2022 for an overview.

⁶ See HAYEK 1960, ch. 1; OPPENHEIM 1961; STEINER 1974-1975, 1994; MILLER 1983; VAN PARIJS 1995; CARTER 1999; KRAMER 2003; HUSEYNLI 2024, for negative freedom, and at least CHRISTMAN 1991, 2005 and the texts collected in CHRISTMAN 2021, for positive freedom.

⁷ See MACCALLUM 1967.

⁸ See TAYLOR 1979.

⁹ See SKINNER 1998, 2002; VIROLI 1999; PETTIT 1997, chs. 1-2, 2012, ch. 1.

¹⁰ Most notably HONNETH 2011.

without claiming that the concept of freedom on which they focused was superior as a concept of freedom to the others. Their disagreement has been over which of the various conceptions of negative, positive, or republican freedom best expresses the concepts of negative, positive, and republican freedom. In this way, the participants in the philosophical discussion of freedom remained fairly faithful to the analytical programme of Berlin, who never denied and indeed argued that the concept of positive freedom was as much a concept of freedom as negative freedom, although he expressed his political preference for the former and believed that the latter should not hinder political action.

However, not all those who have dealt with freedom have given the same evidence of pluralism. Among the advocates of negative freedom, which has received the most attention partly because of its greater apparent proximity to liberalism, which remains the dominant position in contemporary political thought, there have been those who have gone further than Berlin, arguing not only that negative freedom is politically preferable to positive freedom or other, third, concepts of freedom – a legitimate position – but that negative freedom, or some conception of negative freedom, is preferable to positive freedom and to other concepts of freedom qua concept of freedom, interpretation of the idea of freedom¹¹. And in many ways so do the advocates of republican freedom.

Given the undeniable fact that the term ‘freedom’ has had and continues to have many different meanings in the history of political ideas and in ordinary language, and unless we want to adopt a form of Platonism of concepts that is completely untenable, it is not clear how to understand the position of those who claim that one particular concept of freedom is superior to the others. The most plausible interpretation of this position seems to me to be that which interprets it as an invitation to a clearer use of language, which minimises the risk of misunderstanding due to the ambiguity of words. According to the ideal of perfectly clear language, each word should have only one meaning, which should be as fixed as possible. Those who pursue such an ideal might suggest that it would be desirable to restrict the use of the word ‘freedom’, giving it only one of the many meanings it has in ordinary language, and finding other terms to indicate the remaining meanings. There are those who argue, for example, that one could use the term ‘autonomy’ to indicate the concept of positive freedom, reserving the term ‘freedom’ for the concept of negative freedom. Those who take this position assign to philosophy the task of reforming language¹².

While I can understand the aspirations behind the ideal of maximally clear language, I think it is illusory to think that philosophy can reform language, especially when the desired reform concerns axiologically loaded terms such as the term ‘freedom’. There is no doubt that these terms have not only a descriptive but also an evaluative function. Most people value freedom, even if they understand it differently and even if they do not always have a clear idea of how they understand it. Even if it were possible to agree on the need to regulate the use of the term ‘freedom’, it would be difficult to agree on how to regulate it: few would be willing to give up the possibility of using the term ‘freedom’ – with all its positive value – to indicate the concept of freedom that is most valuable to them¹³. Such a project of language reform should therefore be abandoned.

The philosophical analysis of the concept of freedom can help to improve our linguistic interactions, to promote mutual understanding, to make us aware of the fact that the term

¹¹ Even the most famous attempt to reduce the negative and positive concepts of freedom to a single concept of freedom, that of MACCALLUM 1967, can be interpreted as a generalisation of the concept of negative freedom, to which the concept of positive freedom can only be adapted with difficulty.

¹² At the time of its publication in 1921, Wittgenstein’s *Tractatus logico-philosophicus* was interpreted as a call for language reform in this direction. For example, by members of the Vienna Circle. Wittgenstein himself later denied the possibility, or even the necessity, of such a language reform in the *Philosophical Investigations*. See WITTGENSTEIN 1922 [1921]; 1953.

¹³ As MACCALLUM 1967, 313 also notes.

‘freedom’ can and is commonly ascribed several meanings, all of which are equally legitimate in linguistic usage, and to help us to distinguish and identify these different meanings. Those who believe that philosophical analysis is essentially concerned with the analysis of language, that it must start from linguistic usage and cannot stray too far from it, cannot fail to notice the semantic complexity of the term ‘freedom’. Any philosophical account of the concept of freedom that wishes to do justice to this complexity will have to distinguish between the different meanings that the concept can take.

In this essay I will refer to the different meanings of the term ‘freedom’ as many “dimensions” of freedom. However, I do not intend to suggest that they are different dimensions of the same concept, identifiable on the basis of some common substrate. If one can speak of a general concept of freedom, this concept must be thought of as complex, molecular, resulting from the sum of different concepts that do not necessarily have common elements. The unifying element between these concepts is linguistic usage.

When I speak of different “dimensions” of freedom, I am referring to the different qualities by which a subject can be said to be free. In attempting to describe these dimensions, in this essay I will take the human individual as the subject of freedom. I will therefore consider the various dimensions of individual freedom. However, I do not exclude, and indeed tend to believe, that the same dimensions, or many of them, with some variations, can be translated and applied to collective subjects. I will leave this extension of the analysis for another occasion.

3. *Six dimensions of freedom*

In this section I distinguish six dimensions of individual freedom. I draw extensively on the analytical work of those who have devoted themselves over the past few decades to the in-depth study of what I identify as these dimensions¹⁴.

3.1. *Freedom as non-subordination or immunity*

The first dimension of freedom is formal¹⁵. The clearest manifestation of this dimension of freedom is the condition that distinguishes the free individual from the slave. What distinguishes the condition of the slave, what constitutes its essence, is subjection to the authority of another private individual, the master, or, in the case of public slaves, to the authority of the competent magistrate. Whether or not this authority is exercised has no bearing on the condition of the slave’s lack of freedom. The mere existence of such authority is sufficient to place the slave in a condition of unfreedom.

¹⁴ My treatment is not historical. I could have proceeded differently, tracing the various dimensions of freedom that I distinguish to different moments in the history of this idea. Indeed, there is no doubt that in the course of this history one or other dimension of freedom has been the focus of attention. This does not mean, however, that the history of the idea of freedom is a linear history, in the course of which a certain idea of freedom, after dominating attention for a certain period, is replaced by another idea of freedom and disappears from the scene once and for all, and even less that the history of the idea of freedom can be described as an evolutionary process in which the ideas of freedom that have emerged more recently are superior to those that preceded them. This, moreover, would contradict the pluralist approach I have adopted, which sees the different dimensions of freedom as not reducible to each other and as all important. For a reconstruction of the history of the idea of freedom, see BARBERIS 2021 [1999].

¹⁵ To be precise, it is the condition of unfreedom that is formal because it depends on the existence of norms that subordinate an individual to the authority of another individual or a collective subject. Freedom as non-subordination would be fully realised even in the absence of any norm. But to the extent that normative systems exist, freedom is also a formal condition that depends on the content of these normative systems: on their not containing norms that subordinate an individual to an authority.

One might think that once the institution of slavery has been abolished, the dimension of freedom we are dealing with is no longer of great importance. Having been extended to all individuals, this dimension of freedom can be considered as acquired: in a society without slaves, all individuals are free. This is undoubtedly true if we identify the slaves' state of unfreedom with the formal status of being a slave. According to this interpretation, freedom is a matter of status and is resolved into a dichotomous opposition: an individual can be a slave, and therefore unfree, or free; freedom is not a matter of degree. The situation is different if the condition of slavery is understood as a condition in which slaves find themselves by virtue of their status, but not reducible to that status, just as the entitlement to political rights, though generally dependent on the status of citizen, is distinct from that status. This second interpretation of the freedom of the slave seems to me to be more interesting, because it allows us to make a generalisation from the condition of the slave that allows us to identify a condition of unfreedom that can exist even in the absence of slavery proper, and which has indeed traditionally been identified as a form of unfreedom: I refer to the condition of the individual subject to authority, whether private or public¹⁶. By 'authority' I refer here to a set of formal, typically legal, powers to impose or remove obligations and to confer and revoke formal attributes such as status, powers, rights, immunities and liabilities. The dimension of freedom denied by such a condition I call freedom as non-subordination or freedom as immunity.

This dimension of freedom has been particularly emphasised by the republican tradition and taken up by neo-republican theorists¹⁷. However, in the literature on republican freedom, this dimension of freedom, formal, is not always clearly distinguished from another dimension of freedom, factual, which it is good to keep distinct and which I will deal with later (see section 3.5).

The idea of freedom as non-subordination allows for different degrees of freedom. If the owner's authority over the slave is unlimited, the slave's condition of unfreedom is absolute. But what distinguishes the condition of the slave of a master with unlimited authority from that of the subject of an absolute sovereign is only the fact that the slave is subject to the authority of more than one subject – that of the master and that of the sovereign – whereas the non-slave subject of an absolute sovereign is subject only to the authority of that sovereign. If, on the other hand, the authority of the master over the slave admits of some limits, the slave will be able to enjoy margins of freedom, albeit in a state of general unfreedom. And the same is true of the subject of a sovereign whose authority is not absolute but limited. The same concept of freedom can be used to describe the condition of women subject to paternal or marital authority, of minors subject to the authority of one or both parents, of workers under the authority of their employers.

The more unlimited the authority to which one is subject, the less free one is; the more limited the authority, the more free one is. From this point of view, the greatest degree of freedom is that which depends on the absence of all authority. A consequence of this way of understanding this first dimension of freedom is that, in the presence of an authority that is considered to be valid in some way, the freedom of those subject to that authority is never absolute. And yet its extent can vary considerably.

By referring to this dimension of freedom, we can understand the idea of those who see in the constitutional limits to public authority, and more generally in the legal limits to any authority, public or private, guarantees of freedom. In fact, such limits give the individual immunity from authority¹⁸. Thus, for example, the freedom guaranteed by the constitutional

¹⁶ My preference for this interpretation underlies my decision to rename this first dimension of freedom – which I had originally called “freedom as status”, in line with an important tradition – “freedom as non-subordination or immunity”.

¹⁷ See the references in footnote 9 above.

¹⁸ For the concept of immunity I follow HOHFELD 1913.

freedom is not simply that which derives from the absence of certain obligations (a freedom which corresponds to the dimension of freedom that we will deal with in section 3.2), but that which derives from the impossibility of public or private authority to impose these obligations. The fact that the individuals protected by the constitutional freedoms cannot themselves dispose of this protection extends this limitation also to the authority that individuals can exercise over themselves, which means that they cannot, even if they wanted to, deprive themselves of the freedom secured by these freedoms. The same applies to the restrictions on individuals' power to contract, which protect their freedom by preventing them from binding themselves to certain obligations.

It is above all the fact that constitutional freedoms cannot be disposed of by those who possess them, and that they set limits to any authority, that makes them guarantees of freedom¹⁹. This does not in any way detract from the fact that these freedoms, or some of them – I am thinking in particular of political freedoms – can enable individuals to act in a way that reduces the arbitrariness of the exercise of authority²⁰. What I do not find entirely convincing is the idea of some neo-republican theorists who identify the condition of submission to a non-arbitrary authority with a condition of complete freedom, and the cause of the condition of unfreedom not in authority but in the fact that it can be exercised arbitrarily²¹. If one is interested in freedom as non-subordination, this is simply wrong. People who are subject to authority, whether public or private, are subordinate and therefore unfree, regardless of whether that authority can be exercised non-arbitrarily. No doubt it is better to be subject to an authority that cannot be exercised arbitrarily than to one that can, and perhaps it is better to be subject to an authority in whose exercise one participates than to an alien authority, but this does not alter the fact that mere submission to authority, any authority, limits one's freedom as non-subordination. This freedom can only be increased by limits that reduce the scope of authority. Insofar as limits on the arbitrariness of the exercise of authority reduce the scope of authority, those limits increase the freedom of the individuals subject to that authority, but do not make them completely free. I think the opposite idea depends on a confusion between freedom as non-subordination and another dimension of freedom (see section 3.5).

3.2. *Freedom as permission*

The second dimension of freedom is also formal. It is the dimension of freedom that links the notion of freedom with that of permission²² (or licence). Sometimes, especially in legal language, the term 'liberty', usually synonymous with 'freedom', is used to refer specifically to this dimension of freedom²³.

This dimension of freedom can be understood in two different ways. According to a less demanding conception, one can speak of the freedom to do something on condition that one is not subject to a negative obligation not to do that thing. According to this conception of freedom as permission, the freedom to do something is compatible with a (positive) obligation

¹⁹ Cf. FERRAJOLI 2019; FACCHI, GIOLO 2020, 104 ff. See also FACCHI 2018 on the history of the idea of self-ownership as a set of inalienable rights protecting personal freedom.

²⁰ I consider authority to be exercised in a non-arbitrary manner when it is exercised with fair regard for the interests of the individuals concerned.

²¹ Cf. PETTIT 1997, 2012.

²² Permission shouldn't be understood as the result of an explicit performative act, i.e. the act of permitting something, possibly by waiving a previously existing obligation or by exempting an individual from a generally binding obligation. Permission is the condition that depends on the absence of obligation. I am assuming here a general principle according to which everything that is not forbidden or required is permitted.

²³ My analysis of this dimension of freedom is largely based on the legal analyses of HOHFELD 1913, who uses the term 'licence', and WILLIAMS 1956, who uses the term 'liberty'.

to do that thing²⁴. Conversely, according to a more demanding conception, one can speak of freedom to do something only if one is under neither a (negative) obligation not to do it nor a (positive) obligation to do it, i.e. only if one has a double permission: permission to do it and permission not to do it. According to this conception, it is not enough to have permission to do something in order to be free to do it; freedom also requires permission not to do it.

However one conceives it, freedom as permission, as a formal dimension of freedom, depends on a system of norms, which may be moral, legal or other²⁵.

Freedom as permission is maximum, unlimited, when one is not subject to any system of norms, as is the case, at least in the external forum, in the state of nature imagined by Hobbes in his *Leviathan*²⁶. If, on the other hand, individuals are subject to systems of norms, their freedom in relation to each of these systems will be more or less extensive and will always relate to specific behaviour: everything that is not subject to prohibition or to neither prohibition nor command, depending on the conception of freedom as permission that is adopted.

Of course, permission to do something does not imply the actual possibility of doing it. An individual may be free to do something, in the sense of freedom as permission, while being unable to do it because of lack of skills or resources, or because of interference (permitted or not) by other individuals.

3.3. Freedom as non-prevention

The third dimension of freedom is the one that best corresponds to the idea of negative freedom. Generally speaking, negative freedom can be used to describe the quality that individuals lack when something, an obstacle, prevents them from doing something, or would prevent them from doing it if they tried. The main points of disagreement among negative freedom theorists concern the nature of the obstacle which, by preventing individuals from doing something, would deprive them of the freedom to do that thing. Here I take the position of social freedom theorists²⁷, according to which only obstacles that depend on other individuals can make an individual unfree in the dimension of freedom I am now considering. Not, for example, congenital disabilities or natural phenomena. Social freedom theorists also argue among themselves about the kinds of other people's behaviour that can make an individual unfree. The following questions are debated:

- Whether only acts or also omissions can be the cause of unfreedom.
- Whether, in order to be a cause of unfreedom, the acts (or omissions) that prevent an individual from doing something must be acts (or omissions) that are morally or legally unjust, i.e. acts that the individual doing them has no moral or legal permission to do.
- Whether the causal link between the behaviour of an individual and the fact that another individual is prevented from doing something must be immediate or not: for example, whether the behaviour of an individual at a time T_1 can be the cause or effect of the unfreedom of another individual at a time T_2 sufficiently distant from T_1 .

In my view, the conception of social freedom that best describes the dimension of freedom we are referring to when we identify unfreedom and prevention, and want to distinguish this dimension of freedom from the more general dimension of freedom of choice (see section 3.4),

²⁴ See KRAMER 1999, 16 who also attributes this view to Hohfeld, correctly I think.

²⁵ What was said in footnote 15 about freedom as non-subordination also applies mutatis mutandis to this dimension of freedom: it is actually the condition of unfreedom that is formal.

²⁶ HOBBS 1991 [1651].

²⁷ See HAYEK 1960, ch. 1; OPPENHEIM 1961; STEINER 1974-1975, 1994; MILLER 1983; KRAMER 2003; HUSEYNLI 2024.

is the one that establishes that only actions, not therefore omissions, can cause unfreedom, that actions can cause unfreedom even if they are morally or legally permissible, and that there must be a fairly direct causal link between actions that cause unfreedom and prevention.

The last aspect is the most difficult to specify. It is clear that if individuals physically restrain other individuals by preventing them from leaving the room in which they are, those individuals are restricting their freedom by making it impossible for them to leave the room. The same is true when an individual, knowing that another individual is in a room, locks the door of that room to prevent that individual from leaving. On the other hand, I find unconvincing conceptions of social freedom that extend the concept of prevention in such a way that any obstacle that depends on human action, no matter how distant in time from the moment when an individual is prevented by that obstacle from doing something, counts as a prevention and therefore as a source of unfreedom. These conceptions seem to me to be a counterintuitive extension of the idea of freedom as non-prevention in order to account for insights about freedom that can be better explained by other dimensions of freedom.

It seems to me rather implausible to argue that an individual who loses the ability to walk because of the aggression of another individual can be said to be unfree to walk, whereas an individual who is deprived of the ability to walk from birth would simply be unable to walk, but not unfree to do so. Similarly, I find unconvincing the idea that poverty, as opposed to a natural disability, can be counted as a cause of unfreedom as prevention because it is the interaction of individuals that determines the distribution of wealth.

I believe that the idea that corresponds better to our linguistic intuitions is the one that limits the absence of freedom as non-prevention to cases in which the following circumstances are realised:

- Individuals who want to do something are prevented from doing it by the direct intervention of other individuals.
- Individuals are prevented from doing something by an obstacle deliberately created by other individuals to prevent them from doing that thing.

An example of the first type is an individual who physically restrains another individual to prevent them from leaving the room in which they are located. An example of the second type is an individual who deliberately locks another individual in a room. In both cases, in order for there to be prevention, the individuals preventing other individuals from doing something must have the intention to do so. This considerably narrows down the cases in which one can speak of a violation of that particular dimension of freedom that is freedom as prevention. On this account, for example, an individual who stands in front of a door and prevents another individual from leaving a room does not necessarily make that individual unfree in terms of the dimension of freedom as prevention, provided that, when asked to move to allow that individual to leave the room, they move (assuming they can). If, when asked to move, they refuse to do so, then, and only then, can their behaviour be said to be a source of unfreedom as prevention. Prevention is a particularly serious source of unfreedom because it is an expression of a serious lack of respect for the individuals who are prevented from acting as they wish. Fortunately, this does not happen very often.

A final remark. In saying that lack of ability, lack of resources, or unintentional actions by which individuals prevent other individuals from doing what they want cannot be sources of unfreedom as prevention, I am not saying that they cannot be sources of unfreedom at all. I do think that both lack of ability and lack of resources, however they came about, are sources of unfreedom or less freedom, and that unintentional actions can be, but that the kind of freedom they (can) deny or limit is not freedom as non-prevention, but freedom of choice, which I discuss in the next section.

3.4. *Freedom of choice*

The fourth dimension of freedom is that which makes the freedom of individuals dependent on the range of opportunities from which they can choose.

Freedom of choice has an internal and an external dimension. The internal dimension of freedom of choice relates to the question of free will. I will not enter into that debate here. I am sceptical about the possibility of talking about free will. In any case, of the dimensions of freedom that I distinguish, the one that comes closest to freedom of will is the sixth (section 3.6), not freedom of choice. So for now I will concentrate on the external dimension of freedom of choice.

Individuals have freedom of choice when, regardless of what they want, the circumstances in which they find themselves are such that there are at least two different courses of action from which they could choose. Wherever individuals have the option of doing or not doing a particular action, there is freedom of choice. Individuals who are asked to choose between “their wallet or their life” have freedom of choice²⁸. A very limited freedom of choice, but a freedom of choice nonetheless. Freedom of choice, then, concerns the external circumstances that make a choice possible: individuals can be free to choose to do something even though they will never and could never choose to do that thing.

When we talk about freedom of choice, what is most interesting is not the absolute lack of freedom of choice, but its degree. Indeed, it is clear that individuals can enjoy different degrees of freedom of choice. The degree of individual freedom of choice depends on the number and quality of opportunities from which individuals can choose, and on the cost of each opportunity. By ‘opportunity’ I mean the actual possibility of doing, achieving or becoming something. The existence of an opportunity for an individual depends on the combination of external circumstances (including the conditions of freedom as non-prevention) and individual capabilities and resources. The dimension of freedom of choice helps us to account for the relationship between capabilities, resources and freedom.

The extent of individuals’ freedom of choice has a quantitative dimension, which depends on the number of opportunities available to individuals, and a qualitative dimension, which depends on the diversity of these opportunities. It also depends on the costs (material and non-material) that individuals would have to pay if they chose one or the other opportunity. Since there are several dimensions at play, it is not easy to make interpersonal comparisons of freedom of choice: it is not easy, for example, to determine whether the individual who has many opportunities, all very similar to each other, or the individual who has few but very different opportunities, is freer. The only case where it is easy to make an interpersonal comparison of freedom of choice is when the set of opportunities enjoyed by one individual is a subset of the opportunities enjoyed by another individual. In this case, we would say that the first individual has significantly less freedom of choice.

3.5. *Freedom as non-subjection*

The fifth dimension of freedom is that of freedom as a condition of not being subject to the power of other individuals (one or more), where individuals are subject to the power of other individuals when and to the extent that the latter can change what the former can do, achieve or become, and at what cost. The neo-republican conception of freedom as non-domination²⁹ is a special case of this dimension of freedom. The idea of freedom as non-domination adds to the idea of freedom as non-subjection the further requirement that the power to which individuals

²⁸ Cf. STEINER 1974-1975.

²⁹ See the references in footnote 9 above.

are subjected is a power that can be exercised arbitrarily, that is, without fair consideration of their interests. The difference between my position and the neo-republican one is that I assume that the existence of power relations between individuals always reduces the freedom of at least some of those individuals, no matter how that power may be exercised.

Neo-republican theorists who identify unfreedom with domination generally rule out the possibility of speaking of unfreedom if the power to which individuals are subject is so constrained that it can only be exercised in a non-arbitrary way, that is, with fair consideration of the interests of those individuals³⁰. They suggest, for example, that one could not speak of unfreedom in relation to the parent-child relationship, even though children are inevitably subject to the power of their parents, if there were guarantees that this power would be exercised in the best interests of the children. Nor, they suggest, can one speak of unfreedom in the relationship between government and citizens if the power of government is subject to such constraints as to ensure that it is exercised in a non-arbitrary way, in the equal interests of all citizens. I disagree. I think that, in the dimension I am considering here, children are unfree, or rather less free, because they are subject to the power of their parents, and that citizens are unfree, or less free, because they are subject to the power of government, however that power is exercised.

In practice, I think that the distinction between freedom as non-subjection and freedom as non-domination diminishes when one considers that wherever individuals are subject to the power of other individuals, there is always some risk that that power will be exercised arbitrarily. Constraints on power can reduce the risk that power will be exercised arbitrarily, sometimes to a considerable degree, but they cannot eliminate that risk altogether³¹. From this point of view, the relationship between parents and children, and that between the state and citizens, is always a relationship of domination in the neo-republican sense, and this is true more generally of all relationships of subjection, even though the risk of arbitrary exercise of power, and thus the intensity of domination, may be more or less serious, depending on the constraints limiting that risk and their effectiveness.

In the light of this consideration, my disagreement with the neo-republican theorists lies in the fact that they assume that there can be subjection without domination, whereas I believe that this is not possible.

Because I believe that the existence of power relations and a certain degree of subjection are not only inevitable given the human condition, but also necessary in a just and well-ordered society, and because I believe that when the risk of power being exercised arbitrarily is low, the benefits – even in terms of dimensions of freedom other than the one considered here – that flow from the existence of that power outweigh the costs in terms of the dimension of freedom considered here, I prefer to speak of “freedom as non-subjection”, an expression which seems to me to be more neutral than “freedom as non-domination”. Instead, I would suggest using the term ‘domination’ not to refer to a condition, but to refer to the arbitrary exercise of power.

Even in the case of freedom as non-subjection, as with other dimensions of freedom, freedom is a matter of degree³². Individuals can be more or less free depending on the extent to which they are subject to the power of other individuals. Among the factors that determine an

³⁰ See PETTIT 1997, 2012. Not all neo-republican theorists define arbitrariness in terms of the interests of those subject to authority. Cf. LOVETT 2012, 2022. I think that my considerations apply regardless of specific definitions of arbitrariness. I am indebted to Elena Icardi for a discussion on this point, and more generally on the content of this section, which led me to make numerous corrections. This does not mean, of course, that she will agree with what I write.

³¹ I take it that constraints on the arbitrary exercise of power can be institutional or non-institutional. The clearest example of institutional constraints is legal constraints. An example of non-institutional constraints are conventional norms, supported by widespread beliefs, which are effective in regulating individual behaviour because they have been internalised by individuals and/or are subject to non-institutional enforcement through social pressure and social sanction.

³² Cf. FACCHI, GIOLO 2020.

individual's freedom as non-subjection, particular attention should be paid to those that increase the risk of domination inherent in subjection. One such factor is the degree of dependence (economic, emotional or otherwise) on others. Dependence on others gives others power over us. Since dependence on others is an intrinsic factor of the human condition, no one is ever absolutely free from subjection. However, other things being equal, the more dependent people are on others, the less free they are and the greater the risk of domination; the more independent they are, the more free they are and the lower the risk of domination. This is a recurring and central theme in feminist reflection, which has always stressed the importance of securing women's economic independence from men as a necessary condition for their emancipation³³. The risk of domination is also lower in interdependent relationships characterised by power symmetry, since in this case the power of the individuals involved tends to balance each other out. The presence of symmetry in the power of two individuals does not exclude the possibility of domination, but it does make it less likely.

3.6. *Freedom as self-determination*

The last dimension of freedom is the one closest to some conceptions of positive freedom as moral freedom³⁴. It is the dimension of freedom enjoyed by individuals who are able to distance themselves from their deeply held beliefs, which determine, among other things, their aspirations and preferences, and to subject them to critical scrutiny, which may even lead to their revision. This requires a capacity for self-reflection and criticism. Individuals who possess such capacities are better equipped to free themselves from beliefs transmitted through education and absorbed by the cultural context in which they were formed, and to resist intentional and unintentional indoctrination.

Freedom as self-determination does not require absolute freedom of will. It is compatible with the idea that the deeply held beliefs of individuals are always at least partly the result of environmental conditioning. However, there is a difference between the condition of an individual who, having been brought up with certain beliefs, has never questioned them – perhaps never having had the opportunity to do so – and has always remained faithful to them, and that of an individual who, having been brought up with the same beliefs, has questioned them, confronted them with other beliefs, and has then either come to affirm them, with a different awareness, or to reject them, replacing them with others. According to the dimension of freedom that interests me here, the second individual is freer than the first.

To refer to this dimension of freedom, I could have used the term 'autonomy', speaking of freedom as autonomy. Many conceptions of autonomy do indeed describe a state similar to the one I have just described. However, the term 'autonomy' is also commonly used to refer to an individual's capacity to assume obligations towards other individuals, whether moral, legal or otherwise. To distinguish the dimension of freedom I am interested in here from this capacity, I prefer to speak of self-determination. The term 'self-determination' also has the advantage of emphasising how, through the exercise of this form of freedom, individuals are able to contribute, together with external factors, to the determination of their own beliefs and thus their own will. One should not think of full self-determination, a determination that is in no way dependent on external factors, but of an increase in the control that individuals have over what they think and what they want.

³³ See for example MILL 1991 [1869]; WOOLF 1938; OKIN 1989.

³⁴ Cf. CHRISTMAN 1991, 2005.

4. Formal powers, capabilities and non-interference

In this section I consider three other possible candidates for the role of dimensions of freedom and try to explain why I have decided not to include them among the dimensions of freedom I have distinguished, even though there is a trace of these notions in ordinary linguistic usage and sometimes more than a trace in the philosophical literature on the concept of freedom.

The first of the dimensions I have excluded is that of freedom as formal power³⁵. Sometimes people mistakenly call “freedom” what is really formal power. Consider someone who claims the “freedom” to marry a person of the same sex³⁶ in a context where same-sex marriage is not provided for by law. On reflection, what is being claimed in this case is not freedom but the legal power to marry a person of the same sex. In most legal systems that do not recognise same-sex marriage, there is no rule prohibiting an individual from marrying another individual of the same sex. Such a rule is not necessary because the act is simply not possible in the absence of the power to make it so, and because it makes no sense to prohibit the impossible.

I think I can safely say that what I have just described is a misuse of the term ‘freedom’, due to an error that is easily explained by referring to the fact that when a legal system grants individuals a power, it generally also grants them the freedom to exercise that power: in legal systems that provide for same-sex marriage, individuals enjoy both the power and the freedom to marry another individual of their own sex. That these are distinct notions is demonstrated by the fact that once the power to marry an individual of one’s own sex has been conferred, the freedom to exercise that power may be restricted by prohibitions, such as the prohibition on marrying a member of one’s own family or the prohibition on bigamy.

The second possible dimension of freedom, which I have chosen not to consider as such, is that which identifies freedom with capability. This exclusion, even more than the previous one, requires justification. There are numerous traces of the use of the identification of freedom and capability in everyday language, and there is no shortage of philosophical conceptions of freedom that make such an identification, sometimes using terms or phrases other than ‘capability’ to refer to the same idea³⁷.

Before discussing this idea, we need to clear up a possible misunderstanding. When we speak of freedom as capability, the term ‘capability’ does not simply refer to the internal capabilities of individuals, but to the combination of internal capabilities – mental and physical – with external circumstances that favour the exercise of those capabilities in order to do what one is free to do, including control over the necessary resources³⁸. In short, it refers to the actual opportunity to do something.

Undoubtedly, the capability or actual opportunity to do something affects the freedom of individuals, especially their freedom of choice. Indeed, as I have said, the freedom of choice of individuals depends on the actual opportunities they enjoy. This does not mean, however, that opportunities and freedom are identical. In my view, the two concepts deserve to be

³⁵ For the concept of a formal power, see HOHFELD 1913’s discussion of legal powers.

³⁶ I am following common usage and referring to sex, although I believe that the issue of marriage is about gender, and specifically legal gender, as evidenced by the fact that in countries that provide for legal gender reassignment but not marriage between persons of the same “sex”, a transgender woman who has obtained legal recognition of her gender identity can marry a man, and the same is true, *mutatis mutandis*, for a transgender man.

³⁷ The same idea can be conveyed by referring to freedom as “ability”, “capacity”, “power”, “possibility”, or by speaking of “substantial” or “real” freedom. Cf. SEN 1992, 1999 *passim*; VAN PARIJS 1995.

³⁸ I take this distinction from Nussbaum, who identifies three levels of capabilities: *basic capabilities*, i.e. the innate equipment that allows an individual to develop internal capabilities under favourable circumstances; *internal capabilities*, i.e. developed capabilities that can be exercised when external circumstances permit; and *combined capabilities*, i.e. internal capabilities plus external circumstances that permit their exercise. Nussbaum identifies combined capabilities with Sen’s “substantial freedoms”. See NUSSBAUM 2011, 20 ff.

distinguished. If individuals have the opportunity to do something, this implies that they are free to choose to do that thing, but the opportunity to do something and the freedom to choose to do something are not the same thing. Opportunities are conditions for the freedom of choice of individuals. One could also speak of freedom of choice as supervening over the set of opportunities that an individual enjoys.

The reason I have not considered including freedom as capability (or opportunity) among the dimensions of freedom is that such a notion does not seem to me to add anything to the idea of freedom of choice, and any statement that suggests the idea of freedom as capability or incapacity as unfreedom can easily be translated into terms of freedom of choice. So, for example, the statement that human beings are not free to fly (without means) can be interpreted, without significant loss of meaning, as meaning that the opportunity to fly (without means) is not part of the set of opportunities from which human beings can choose.

Finally, I have chosen not to consider the idea of freedom as non-interference as a separate and distinct dimension of freedom, although the idea that freedom coincides with non-interference is very common in the philosophical debate on freedom. According to the theorists of negative freedom³⁹ negative freedom does indeed coincide with the absence of interference that might prevent individuals from doing what they want to do, or make it more difficult or costly for them to do so, or with the absence of a certain kind of interference: interference due to the actions of other individuals; unjustified interference, and so on.

Note that interferences that make an action more difficult or costly are in a sense also preventing interferences. That's because, while they don't prevent the action made more difficult or costly to the extent that it remains possible for the agent to perform that action, interferences that affect an action by making it more difficult or more costly affect the agent's overall freedom, i.e. the set of sets of compossible actions⁴⁰ available to the agent, by eliminating some sets from that set and thus preventing them. That is true at least under the reasonable assumption of a limited set of economic and non-economic resources at the agent's disposal.

The reason why freedom as non-interference does not appear as a separate dimension of freedom in my analysis is that I have preferred to elaborate the insights underlying this idea into two separate dimensions: freedom as non-prevention (which could also be called freedom as non-preventive interference) and freedom of choice. I think it is appropriate to distinguish between interference by others that deliberately prevents individuals from doing, achieving or becoming what they want, and interference that, without preventing individuals from doing, achieving or becoming anything in particular, reduces their range of opportunities and thus their freedom of choice. These two different forms of interference reduce our freedom in ways that raise different moral concerns as I will discuss in the next section.

5. *The relationships between the six dimensions of freedom*

There are relationships between the different dimensions of freedom that I have distinguished. It is possible to group the six dimensions into three pairs whose elements are related.

Freedom as non-subordination has a relationship with freedom as non-subjection similar to that which freedom as permission has with freedom as non-prevention. In both cases, the first dimension is formal, the second substantial, and yet they are related. Although a lack of formal freedom does not always correspond to a lack of substantial freedom, where it does, unfreedom

³⁹ See the references in footnote 6 above.

⁴⁰ I take the idea of compossibility from STEINER 1994, who uses it to speak of "compossible rights". A set of compossible actions is a set of actions that don't exclude each other, so that all of them can be realized over time. Sets of compossible actions are what CARTER 1999, ch. 1 calls "act-combinations".

as subordination generally corresponds to a state of unfreedom as subjection to the subject to whom one is formally subordinated, and unfreedom as absence of permission sometimes corresponds to unfreedom as prevention.

There is also a parallelism between freedom of choice and freedom as self-determination. In this case, however, the parallelism cannot be described in terms of the formal/substantial dichotomy. Both freedom of choice and freedom as self-determination are substantial dimensions of freedom. The parallelism between them depends on the fact that freedom as self-determination entails a kind of freedom of choice in the internal forum: the (always limited) freedom to choose one's own ends and to contribute to the shaping of one's own desires, partially emancipating oneself from external conditioning.

Although there are relationships between the six dimensions of freedom, they are not entirely reducible to one another.

The first two dimensions of freedom are distinguished from all others by their formal character, which depends on moral, legal or other systems of norms. To the extent that compliance with the norms of these systems is enforced through the use of sanctions, the two formal dimensions of freedom can lead to substantial restrictions on freedom, but they remain formal and thus ontologically distinct from all other dimensions that are substantial. In particular, while there is a parallelism between the two formal dimensions and freedom as non-prevention and freedom as non-subjection, it would be a mistake to reduce the formal dimensions of freedom to these two substantial dimensions. There is a formal sense of freedom in which, even if the norms depriving an individual of freedom as non-subordination or freedom as permission were actually ineffective, individuals deprived of freedom by those norms could still be said not to be free. The fact that this sense is formal does not make it any less real. As neo-republican theorists insist, slaves remain slaves even if there is no possibility of their masters exercising the formal power they have over them, and a prohibition restricts the freedom of individuals even if they can transgress it and even if they risk no sanction. The value of the formal dimension of freedom is above all expressive, symbolic. The denial of freedom to slaves expresses a lack of respect for them, it is a violation of their dignity as human beings. And the same is true in many cases where the restriction of freedom is not justified, of the deprivation of freedom that depends on prohibitions.

Moreover, the connection between freedom as permission and freedom as non-prevention is much less close than one might think. In most cases, the fact that an action is forbidden does not mean that it would be prevented if someone tried to do it. In fact, in many cases it cannot be prevented and the sanction can only work after the prohibited act has been committed. Sanctions do not prevent individuals from carrying out the actions that are the subject of the sanctions, they do not involve real prevention. What financial sanctions do is to reduce the freedom of future choice of the individuals they affect by reducing the resources available to them. Even when the sanction involves real prevention, as in the case of imprisonment, the behaviour that is prevented is not the behaviour that is sanctioned, which can be sanctioned precisely because it has not been prevented.

If I had to choose one dimension of freedom that could be completely reduced to the others, my choice would undoubtedly fall on freedom as non-prevention. On the one hand, prevention can be seen as a particularly direct form of domination, symptomatic of a state of subjection. On the other hand, prevention is one of the many causes that can limit an individual's freedom of choice: when individuals are physically prevented from doing something, the possibility of doing it is not part of the set of opportunities that define their freedom of choice.

If I have nevertheless chosen to identify freedom as non-prevention as a separate dimension of freedom, it is because I consider prevention – being physically prevented from doing something by the deliberate action of other individuals – to be a particularly serious form of restriction of individual freedom that requires special justification. The way in which I have

circumscribed the idea of prevention by referring it to intentional conduct that has a direct relationship to the prevented action makes the thesis of its particular gravity more plausible. The kind of intentional action by which individuals can deliberately prevent other individuals from doing what they want creates a kind of unfreedom that requires a stricter justification, and in any case a different kind of justification, than the justification required by the actions of individuals who have the *de facto* power to restrict the freedom of choice of other individuals and do so unintentionally.

It is clear that if an individual stands on the threshold of a room door and effectively prevents an individual who wishes to leave the room from doing so, the first individual is restricting the freedom of choice of the second who does not have the opportunity to leave the room. The second individual may have valid reasons for asking the first individual to move in order to facilitate passage. But the fact of standing on the threshold of a door and preventing passage is surely less deplorable and more forgivable than the act of someone deliberately locking someone else in a room. It is only when the individual preventing passage refuses to move when asked that the prevention, which becomes or is revealed to be intentional, defines a form of unfreedom that raises moral issues different from those raised by the mere absence of freedom of choice.

Freedom as non-subjection also affects the individuals' freedom of choice. The absence of this freedom exposes individuals to the risk that their freedom of choice will be restricted by other individuals, either intentionally or unintentionally, sometimes in dominating way that doesn't take their interests fairly into account. But exposure to this risk is a restriction of freedom, even if the risk does not materialise and so freedom of choice is not actually affected.

As for freedom as self-determination, the absence of this dimension of freedom can be a consequence of the absence of other dimensions of freedom. Consider how the absence of freedom of thought, research, speech and the press can limit the circulation of ideas and the confrontation of ideas that fosters the development of self-reflective and critical capacities. The same is true of freedom from subjection. Some forms of subjection, involving the risk of indoctrination, deception and psychological manipulation, put individuals at greater risk of being prevented from developing the self-reflective and critical capacities necessary for freedom as self-determination.

Conversely, freedom as self-determination can lead to liberation from those forms of subjection which are only effective because they depend on some form of internal submission of the individuals to the power of other individuals, or from those prohibitions whose validity depends largely on the acceptance of the individuals who recognise them as valid: the clearest examples are norms of religious or sexual morality which, in a social context characterised by tolerance and pluralism, are not supported by strong external sanctions and whose acceptance depends largely on the internalisation of these norms by individuals.

6. *Conclusion*

In this paper I have proposed an analysis of the concept of freedom by distinguishing six dimensions of freedom: freedom as non-subordination, freedom as permission, freedom as non-prevention, freedom of choice, freedom as non-subjection, and freedom as self-determination. As I argued in the last section, I think that these dimensions of freedom, while interrelated, are not fully reducible to one another. My intention has been to provide an account of freedom that does justice to the complexity of the concept as it is used in ordinary language. I don't pretend that my description of the concept of freedom is the only possible one, or that it is superior to other alternative descriptions. I think that just as an object can be described in many different ways, drawing in the relevant distinctions in different ways, reflecting the sensibilities and

interests of the person describing it, so too can concepts. The merits of the different analyses shouldn't be judged comparatively, but on the basis of their ability to illuminate relevant aspects of the concept being analysed. While in section 4 I explained why I decided to exclude other candidates for the role of dimensions of freedom from my analysis, I am also open to the possibility of revising my analysis in the future by including new dimensions⁴¹. Conceptual analysis is a job without an end.

Underlying my analysis of the concept of freedom is, of course, an interest in freedom as a political value and ideal. In this paper I have said little about the value of the different dimensions of freedom that I have distinguished and almost nothing about the role of public institutions, including legal institutions, in promoting them. In section 2 I mentioned Berlin's view that politics should focus on protecting negative freedom and ignore positive freedom. Berlin's view can be understood by considering his personal experience of totalitarian regimes that oppressed people while pretending to liberate them. Nevertheless, I think the idea that politics and public institutions should be concerned only with negative freedom – essentially freedom as non-prevention and freedom of choice – is mistaken. I think that all dimensions of freedom are valuable and that politics should take them all into account, albeit in different ways and through different institutions. Of course, this complicates matters because there could be trade-offs between different dimensions of freedom, and one would have to decide which dimension to prioritise. Nevertheless, I am convinced that a free society is one that promotes the freedom of its members in all its dimensions. As to how a society could or should do this, I must leave that question for another occasion.

⁴¹ This work is a development and revision of the analysis of the concept of freedom that I proposed in RIVA 2020, 55 ff. On that occasion I distinguished only two dimensions of freedom.

References

- BARBERIS M. 2021 [1999]. *Libertà, Società aperta*.
- BERLIN I. 2002 [1958]. *Two Concepts of Liberty*, in ID., *Liberty*, ed. by H. Hardy, Oxford University Press, 168 ff.
- BOBBIO N. 1995 [1978]. *Libertà*, in ID., *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, 45 ff.
- CARTER I. 1999. *A Measure of Freedom*, Oxford University Press.
- CARTER I. 2022. *Positive and Negative Liberty*, in E.N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2022 Edition), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/liberty-positive-negative/>>.
- CHRISTMAN J. 1991. *Liberalism and Individual Positive Freedom*, in «Ethics», 101, 1991, 343 ff.
- CHRISTMAN J. 2005. *Saving Positive Freedom*, in «Political Theory», 33, 2005, 79 ff.
- CHRISTMAN J. (ed.) 2021. *Positive Liberty: Past, Present, and Future*, Cambridge University Press.
- CONSTANT B. 1997. [1819] *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, in ID., *Écrits politiques*, ed. by M. Gauchet, Gallimard, 589 ff.
- FACCHI A. 2018. *Sulle radici della proprietà di sé*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 48, 2018, 427 ff.
- FACCHI A., GIOLO O. 2020. *Libera scelta e libera condizione: Un punto di vista femminista su libertà e diritto*, il Mulino.
- FERRAJOLI L. 2019. *Dignità e libertà*, in «Rivista di filosofia del diritto», 8, 2019, 23 ff.
- HAYEK F.A. 1960. *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press.
- HOBBS T. 1991 [1651]. *Leviathan*, ed. by R. Tuck, Oxford University Press.
- HOHFELD W.N. 1913. *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in «The Yale Law Journal», 23, 1913, 16 ff.
- HONNETH A. 2011. *Das Recht der Freiheit*, Suhrkamp.
- HUSEYNLI I. 2024. *Bivalent Social Freedom: A Defence* (Ph.D. Dissertation), University of Milan.
- KRAMER M.H. 1999. *Rights Without Trimmings*, in M.H. KRAMER, N.E. SIMMONDS, H. STEINER, *A Debate over Rights: Philosophical Enquiries*, Oxford University Press, 7 ff.
- KRAMER M.H. 2003. *The Quality of Freedom*, Oxford University Press.
- LOVETT F. 2012. *A General Theory of Domination and Justice*, Oxford University Press.
- LOVETT F. 2022. *The Well-Ordered Republic*, Oxford University Press.
- MACCALLUM G.C. JR. 1967. *Negative and Positive Freedom*, in «The Philosophical Review», 76, 1967, 312 ff.
- MILL J.S. 1991 [1869]. *The Subjection of Women*, in ID., *On Liberty and Other Essays*, ed. by J. Gray, Oxford University Press, 469 ff.
- MILLER D. 1983. *Constraints on Freedom*, in «Ethics», 94, 1983, 66 ff.
- NUSSBAUM M.C. 2011. *Creating Capabilities: The Human Development Approach*, Harvard University Press.
- OKIN S.M. 1989. *Justice, Gender and the Family*, Basic Books.
- OPPENHEIM F.E. 1961. *Dimensions of Freedom: An Analysis*, St. Martin's Press.
- PETTIT P. 1997. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press.

- PETTIT P. 2012. *On the People's Term: A Republican Theory and Model of Democracy*, Cambridge University Press.
- RIVA N. 2020. *La libertà come limite alla libertà*, in ID. (ed.), *L'antipaternalismo liberale e la sfida della vulnerabilità*, Carocci, 51 ff.
- SEN A. 1992. *Inequality Reexamined*, Harvard University Press.
- SEN A. 1999. *Development as Freedom*, Oxford University Press.
- SKINNER Q. 1998. *Liberty before Liberalism*, Cambridge University Press.
- SKINNER Q. 2002. *A Third Concept of Liberty*, in «Proceedings of the British Academy», 117, 2002, 237 ff.
- STEINER H. 1974-1975. *Individual Liberty*, in «Proceedings of the Aristotelian Society», 75, 1974-1975, 33 ff.
- STEINER H. 1994. *An Essay on Rights*, Blackwell.
- TAYLOR C. 1979. *What's Wrong with Negative Liberty*, in A. RYAN (ed.), *The Idea of Freedom: Essays in Honour of Isaiah Berlin*, Oxford University Press, 177 ff.
- VAN PARIJS P. 1995. *Real Freedom for All: What (if anything) can justify capitalism?*, Oxford University Press.
- VIROLI M. 1999. *Repubblicanesimo*, Laterza.
- WILLIAMS B. 2001. *From Freedom to Liberty: The Construction of a Political Value*, in «Philosophy and Public Affairs», 30, 2001, 3 ff.
- WILLIAMS G. 1956. *The Concept of a Legal Liberty*, in «Columbia Law Review», 56, 1956, 1129 ff.
- WITTGENSTEIN L. 1922 [1921]. *Tractatus Logico-Philosophicus*, Routledge and Kegan Paul.
- WITTGENSTEIN L. 1953. *Philosophical Investigations*, ed. by G.E.M. Anscombe, R. Rhees, Blackwell.
- WOOLF V. 1938. *Three Guineas*, Hogarth Press.

La disintegrazione della morale di senso comune Alcuni problemi per l'incorporazione della morale nel diritto

The Disintegration of Commonsense Morality Some Problems On the Incorporation of Morality in Law

GIUSEPPE **ROCCHÈ**

Assegnista di ricerca presso l'Università degli studi di Palermo.

E-mail: giuseppe.rocche@unipa.it

ABSTRACT

Secondo un'idea diffusa, esaminata da Bruno Celano, il diritto incorpora la morale al fine di mitigare le conclusioni contro-intuitive a cui certi argomenti giuridici porterebbero. Perché possa assolvere questa funzione la morale deve essere intesa come morale di senso comune. In questo lavoro si mostra come un'idea utile a fare luce sul concetto di morale di senso comune sia l'idea di "integrità", per come delineata da Bernard Williams nella sua critica all'Utilitarismo. Successivamente si analizzano due crisi della morale innescate da studi di psicologia o di orientamento psicologista. Un primo problema riguarda la morale di senso comune – la difesa dell'Utilitarismo da parte di Joshua Greene –, l'altro, forse, la morale in generale – il problema del framing. Si conclude notando come dalla crisi della morale discenda un maggiore bisogno di integrazione tra indagine filosofico-giuridica e indagine filosofico-morale.

According to a common idea, addressed by Bruno Celano, law incorporates morality to mitigate the counterintuitive conclusions to which certain legal arguments would lead. For morality to fulfill this function, it must be understood as common sense morality. This article shows how a useful idea to shed light on the concept of common sense morality is the idea of "integrity" as outlined by Bernard Williams in his critique of Utilitarianism. Two crises of morality are then found in psychology and in empirical philosophy. One concerns common sense morality only – Joshua Greene's defence of Utilitarianism – while the other, perhaps, morality in general – the problem of framing. The paper concludes by noting how the crisis of morality is a reason for a greater integration between studies in legal theory and in moral philosophy.

KEYWORDS

diritto e morale, tesi dell'incorporazione, Bruno Celano, diritto e scienze cognitive, Bernard Williams, framing

law and morality, incorporation thesis, Bruno Celano, law and cognitive science, Bernard Williams, framing

La disintegrazione della morale di senso comune

Alcuni problemi per l'incorporazione della morale nel diritto

GIUSEPPE ROCCHÈ

1. *Introduzione* – 2. *La morale in soccorso del diritto* – 3. *L'Utilitarismo e il valore dell'integrità* – 3.1 *L'Utilitarismo* – 3.2 *La critica dell'integrità* – 4. *Le sfide della psicologia alla morale* – 4.1 *Greene e la "trolleologia"* – 4.2 *Kahneman e il framing* – 5. *Conclusioni*

1. *Introduzione*

Secondo un'idea diffusa il diritto si serve della morale, la incorpora¹. Questo articolo si ripropone di problematizzare la tesi dell'incorporazione della morale nel diritto richiamando l'attenzione su alcuni contributi più o meno recenti della teoria morale e della psicologia.

Il problema che ho in mente e che sorgerebbe in relazione all'idea dell'incorporazione è un problema di natura pratica. L'incorporazione della morale nel diritto sarebbe frutto di un'attività, in particolare un'attività mentale. Questa attività, che affronta vari problemi pratici, sarebbe resa ulteriormente problematica dai risultati di certi studi empirici nel campo della psicologia cognitiva e da certe teorie morali basate anch'esse su studi psicologici. Ridotto all'osso il problema è che, secondo questi studi, la riflessione morale – o almeno certa riflessione morale – sarebbe gravemente difettosa, e dunque la sua capacità di offrire risposte soddisfacenti per il diritto andrebbe ripensata².

L'idea dell'incorporazione soffre di questo problema nella misura in cui si concede che essa abbia dei risvolti pratici. Siccome l'idea dell'incorporazione della morale nel diritto si presta a essere intesa come una tesi di natura concettuale³ bisogna chiarire quale problema pratico si nasconderebbe dietro di essa⁴.

Bruno Celano, nel suo manuale di introduzione allo studio della filosofia del diritto, considera due modi di intendere il rapporto tra diritto e morale. Un primo modo di intendere la connessione tra diritto e morale ha carattere definitorio. Secondo i giusnaturalisti il diritto che non si

¹ DWORKIN 1996; RAZ 2009a [1979]. Seguo qui CELANO 2021, 71-76. Si veda anche RAZ 2009b [2004], dove Raz contrappone la tesi maggiormente discussa dell'incorporazione della morale nel diritto con quella, da lui tematizzata, dell'incorporazione del diritto nella morale.

² Sebbene uso l'espressione "incorporazione" per designare il rimando del diritto alla morale, non si deve intendere la tesi dell'incorporazione come la tesi distintiva del giuspositivismo inclusivo, detto anche "incorporazionismo" (COLEMAN 1998), per cui i principi morali sono "incorporati" nel senso di essere contenuti *ex ante* – prima della decisione dell'interprete – all'interno dell'ordinamento giuridico (CHIASSONI 2013, 70). I problemi analizzati riguardano anche impostazioni non-positiviste come quella di Dworkin, da cui si è partiti. E riguardano anche il giuspositivismo esclusivo. Infatti, ciò che interessa in questa sede è l'incorporazione della morale nel ragionamento pratico del giurista, e il giuspositivismo esclusivo non nega che il diritto possa assegnare al giurista il compito di interpellare la morale per risolvere una controversia. Anche se preferissimo dire insieme al giuspositivismo esclusivo che i principi morali non fanno parte del diritto positivo *ex ante* (CHIASSONI 2013, 73), e che «quando il diritto impone ai giudici di decidere una controversia applicando principi morali, ciò equivale a conferire loro il potere di creare nuovo diritto conformemente a tali principi» (CHIASSONI 2013, 75), resterebbe vero che nel creare nuovo diritto il giurista dovrebbe adottare un punto di vista morale e in questo senso "incorporare" la morale nel suo ragionamento.

³ Si veda, per esempio, nell'ambito della letteratura sul giuspositivismo inclusivo HIMMA 2004, *passim*.

⁴ Ringrazio un referee anonimo per avermi fatto riflettere sull'opportunità di chiarire la prospettiva della mia analisi.

conforma al diritto naturale non sarebbe vero diritto, secondo i giuspositivisti il diritto deve conformarsi a giustizia altrimenti sarà un diritto ingiusto. Questo modo di intendere la controversia riduce il problema a un disaccordo meramente verbale. Ma – nota Celano – vi è un altro modo di intendere il disaccordo tra giusnaturalismo e positivismo giuridico in modo che risulti genuino e interessante. Ci si può chiedere se per *identificare* il diritto sia necessario o meno fare riferimento a considerazioni morali, oppure sia sufficiente fare riferimento a fatti sociali. Questo secondo tipo di connessione non ha più carattere definitorio ma carattere argomentativo. Per il giusnaturalismo al fine di identificare cosa sia diritto è necessario calarsi in una forma di argomentazione morale, per il positivismo giuridico no⁵.

Ritengo che questo modo di intendere la connessione tra diritto e morale sottenda una questione di natura teorica – “come faccio a individuare il diritto?” – che ha delle chiare ricadute pratiche, se si riconosce che il diritto possa dare ragioni per agire: la questione teorica, epistemica, del come individuare il diritto condiziona la questione pratica del come individuare le ragioni per agire. Arrivati a questo punto si prefigura già una formulazione del problema pratico. Se per individuare il diritto è necessario fare riferimento a considerazioni morali, ma il ragionamento morale in generale è affetto – o certe forme di ragionamento morale sono affette – da profondi problemi, a che servirebbe consultare la morale per determinare il diritto? La presenza di problemi nella sfera del ragionamento morale messi in luce dalla filosofia morale o dalla psicologia si riverbererebbero sul problema pratico dell’individuazione di un diritto.

Se ci distacciamo in parte dall’impostazione di Celano, credo che poi il problema pratico possa essere ulteriormente articolato per arrivare dove voglio arrivare. La connessione argomentativa tra diritto e morale è presentata da Celano come un modo di intendere il problema del se vi sia o meno una connessione *necessaria* tra diritto e morale. In questo senso, se vi fosse una connessione necessaria tra diritto e morale di natura argomentativa, e la filosofia e la psicologia dimostrassero che il ragionamento morale è inconcludente, avremmo ragioni per ritenere che sia impossibile identificare i fatti giuridici. Ma vi è un altro modo di intendere la tesi della connessione argomentativa⁶. La connessione argomentativa può essere vista non come interpretazione di una connessione necessaria ma come interpretazione di una connessione contingente. Che l’individuazione del diritto richieda o meno l’adozione di un punto di vista morale – o il grado in cui lo richieda – potrebbe essere una circostanza che varia da ordinamento a ordinamento⁷.

Recentemente Aldo Schiavello ha posto pure la questione della incorporazione della morale nel ragionamento giuridico alla stregua di un problema dai risvolti pratici. Schiavello, seguendo Bobbio, distingue due tipologie di giurista: il giurista-custode e il giurista-creatore. Il primo considera l’attività di interpretazione e applicazione del diritto come un’attività meccanica, guarda prima di tutto all’intenzione del legislatore, e in generale adotta un atteggiamento di *self restraint* in materia interpretativa. Il secondo, invece, espande la sua discrezionalità interpretativa attraverso il ricorso ai principi, alle norme programmatiche, alle clausole generali e all’interpretazione costituzionalmente orientata. Secondo Schiavello il giurista non può che essere creatore del diritto, *ma* questo non vuol dire che la distinzione tra i due modelli di giurista sia puramente ideologica e che la differenza tra i modi di ragionare dei due giuristi sia solo epifenomenica. Al contrario, vi è una differenza pratica nel modo di ragionare dei due giuristi: si danno casi in cui se ragioniamo come giuristi-custode allora arriveremo alla decisione X, se ragioniamo come giuristi-creatore arriveremo alla decisione Y⁸.

⁵ CELANO 2021, 70-74.

⁶ Ancora una tesi sul concetto di diritto, della quale interessano qua le ricadute per il ragionamento pratico.

⁷ Questa interpretazione della connessione argomentativa è suggerita dal giuspositivismo inclusivo: una tesi, ancora una volta, sul concetto di diritto, della quale interessano qua le ricadute per il ragionamento pratico. Sul giuspositivismo inclusivo si vedano, tra gli altri, COLEMAN 1998 e HIMMA 2004. Per una panoramica CHIASSONI 2013.

⁸ SCHIAVELLO 2023, 12 ss.

E del resto che l'incorporazione sia una possibilità e non una necessità, o che perlomeno sia una questione di grado, emerge anche nell'impostazione di Dworkin sulla lettura morale della costituzione americana. La lettura morale della costituzione – a cui pure Celano fa riferimento – prevede che le clausole generali inserite nella costituzione vadano intese alla stregua di principi morali generali che sarebbero incorporati dal diritto⁹. Al modello della lettura morale si contrapporrebbe l'originalismo, che mira alla scoperta delle intenzioni del legislatore al fine di determinare il contenuto del diritto¹⁰. Anche se per Dworkin pure la lettura morale ha la funzione di rispettare le intenzioni dei costituenti, la contrapposizione dei due modelli resta reale: la lettura morale ascrive al legislatore l'intenzione di stabilire un principio morale astratto e di chiedere all'interprete di svolgere un ragionamento morale; invece secondo l'originalismo si deve rispettare la precisa interpretazione che il legislatore dava al principio che ha posto. E resta anche sostanziale, dal momento che a seconda del modo di ragionare che sceglieremo seguiranno soluzioni incompatibili su questioni che coinvolgono i diritti fondamentali¹¹.

Ma se abbiamo delle reali alternative rispetto all'incorporazione della morale nel diritto e da queste discendono soluzioni applicative sostanzialmente diverse si pone uno specifico problema pratico di scelta. Come, secondo quale modello, devono operare i giuristi? Più come custodi o più come creatori? Una scelta che, poi, non è verosimilmente solo questione culturale – una questione, se vogliamo, di autoproclamazione dei giuristi – ma è anche imposta o suggerita dall'apparato istituzionale (opzione, ad esempio, tra Stato liberale o tra Stato costituzionale) nel quale opera il giurista. E allora: quali ragioni abbiamo per optare per un sistema che esiga in misura maggiore l'incorporazione della morale nel diritto rispetto a uno che la esiga in maniera minore?¹²

Una volta che questi problemi pratici sono stati collocati sullo sfondo, possiamo intendere il problema di cui questo articolo si occupa. Il giurista si trova davanti a una scelta sul se incorporare il ragionamento morale nel ragionamento giuridico. Uno dei modi in cui la morale determina il contenuto del diritto consiste nell'imporre dei limiti alle conclusioni che possono essere raggiunte: la morale interviene disinnescando dei ragionamenti che conducono a conclusioni contro-intuitive. La morale è allora buon senso, o senso comune. Però, secondo alcuni contributi della teoria morale e della psicologia, il ragionamento morale di senso comune, e forse non solo quello di senso comune, non è in buone condizioni. A seconda dei casi, sul ragionamento morale di senso comune influirebbero fattori normativamente irrilevanti, oppure il ragionamento morale correrebbe verso ponti interrotti (la morale sarebbe un sistema incompleto e per questo paralizzante). Si assiste alla disintegrazione della morale di senso comune (e forse non solo di quella).

Il problema di cui parlo può essere così schematizzato.

In certi casi per individuare il diritto è necessario fare riferimento a considerazioni morali.

Sovente alcuni canoni interpretativi conducono a conclusioni che sul piano pratico sono contro-intuitive; il rimando alla morale – la sua incorporazione nel diritto – ha il ruolo di correggere certe conclusioni contro-intuitive. (v. §2 – Questa tesi, nel presente lavoro, non verrà problematizzata)

Perché possa correggere le conclusioni contro-intuitive, la morale deve essere intesa come morale di senso comune. (Sebbene non si proporrà una definizione di morale di senso comune, l'idea di morale di senso comune verrà illustrata sotto un aspetto particolare nel paragrafo 3)

⁹ DWORKIN 1996, 7.

¹⁰ DWORKIN 1996, 13.

¹¹ DWORKIN 1996, 8 ss., 13.

¹² Schiavello stesso – nell'analizzare con Bobbio i fattori che determinano la prevalenza di un modello o dell'altro – distingue tra variabile culturale e variabile istituzionale.

Studi più o meno recenti, di carattere filosofico e psicologico, mostrano come la morale di senso comune sia per molti versi insoddisfacente. (v. §4)

Che fare? Quale sia la risposta da dare a questo problema è qualcosa che merita ulteriori approfondimenti e che verosimilmente richiederebbe una maggiore integrazione della teoria del diritto con lo studio della morale

2. La morale in soccorso del diritto

L'idea per cui il diritto incorporerebbe la morale per averne un completamento è illustrata da Ronald Dworkin attraverso la sua celebre analisi del caso *Riggs v. Palmer* nel contesto di un attacco al positivismo giuridico di H.L.A. Hart. La tesi avanzata da Dworkin è che, almeno quando si prospetta un caso *difficile*, i giuristi non lo risolvono ricorrendo esclusivamente a delle *regole*, né esercitano discrezionalità, bensì lo risolvono secondo diritto facendo largo uso di *principi*¹³. Il caso, sul quale decide una corte di New York nel 1889, riguarda la possibilità che un erede designato in testamento dal nonno possa ereditare da questi nonostante lo abbia ucciso per assicurarsi l'eredità. La corte ammette che, se il diritto viene interpretato alla lettera, la proprietà dei beni spetterebbe all'assassino, ma prosegue notando come negli ordinamenti di *common law* vige il principio secondo il quale nessuno può trarre vantaggio da una propria azione illecita. Per questo all'assassino viene negata l'eredità.

È dunque il riferimento al principio secondo il quale nessuno può trarre vantaggio da un'azione illecita che giustifica la decisione del giudice. E i principi vengono da Dworkin espressamente qualificati come degli standard che hanno a che fare con la giustizia, l'equità o altra parte della morale¹⁴. Inoltre, è interessante notare come Dworkin affermi che il caso *Riggs v. Palmer* sia stato scelto in modo pressappoco casuale, dato che quasi tutti i casi tratti dai manuali di diritto mostrano come i principi, ossia la morale, siano effettivamente e ragionevolmente adoperati dai giuristi per arrivare a una certa conclusione¹⁵.

Come immaginano i giuristi la morale nel momento in cui vogliono sfruttarla per la determinazione delle soluzioni giuridiche? Premessa del discorso che seguirà è che, nello schema di Dworkin, la morale viene concepita innanzitutto come morale di senso comune. È semplicemente ragionevole che un assassino non possa ereditare dalla persona assassinata. La massima per cui un assassino non può ereditare dalla sua vittima è una massima che ci *sembra* giusta. Si può dire che un problema cruciale del diritto consista nell'evitare che l'applicazione di norme generali a casi concreti produca delle conclusioni ingiuste, ossia conclusioni che sono moralmente contro-intuitive. Dato questo problema sullo sfondo, i principi sono uno strumento per limitare l'adozione di soluzioni moralmente contro-intuitive: il rispetto della morale di senso comune costituisce un parametro di correttezza del ragionamento giuridico; i principi sono strumenti per plasmare il diritto in modo che rispetti questo parametro.

L'analisi di Dworkin riguarda gli ordinamenti di *common law*; tuttavia un discorso simile può farsi in relazione agli ordinamenti di *civil law*. Negli ordinamenti di *civil law* gli operatori giuridici fanno ricorso ad argomenti interpretativi volti a smussare le conclusioni contrarie al senso comune di giustizia a cui condurrebbero altri argomenti interpretativi come l'argomento lettera-

¹³ Per un'analisi della contrapposizione tra regole e principi si rimanda a CELANO 2021, 289 ss.

¹⁴ DWORKIN 1976a [1967], 22. Dworkin contrappone i "principi", che come detto hanno a che fare principalmente con l'equità e la giustizia, alle "politiche" (*policies*), che sono standard stabili obiettivi di natura economica, sociale e politica da raggiungere. Possiamo sorvolare su questa distinzione, come fa lo stesso Dworkin il quale ha a cuore la contrapposizione tra regole e principi.

¹⁵ DWORKIN 1976a [1967], 23.

le e l'argomento psicologico, che prende come punto di riferimento l'intenzione del legislatore storico. Si pensi a tal proposito all'argomento teleologico e all'argomento psicologico incentrato sull'intenzione di un legislatore controfattuale ideale, il legislatore "razionale" o il legislatore "giusto"¹⁶. Si tratta di argomenti che permettono di far transitare considerazioni morali nel giudizio, mantenendo un vago ossequio al contesto istituzionale in cui opera l'interprete.

Prima di andare avanti vanno svolte due considerazioni che rimandano a problemi che metteremo da parte. In primo luogo, l'esigenza di limitare l'adozione di soluzioni contro-intuitive non è per forza un'esigenza dominante sulle altre. In particolare, l'esigenza equitativa viene spesso bilanciata con l'esigenza di tutelare la certezza del diritto, anche a costo di accettare conclusioni contro-intuitive; a costo di "ingoiare il rospo"¹⁷.

Il secondo problema attiene alla nozione di morale di senso comune. L'idea della morale di senso comune trascura il fatto che sovente vi sono dei disaccordi morali profondi tra le persone. Il senso comune non è così comune: ci sono vari sensi comuni, nel senso che i membri di una società spesso sono sensibili a questioni morali diverse¹⁸.

Questo problema si complica ulteriormente nel momento in cui entra in gioco l'elemento istituzionale e autoritativo. A chi deve "sembrare semplicemente ragionevole" che un assassino non possa ereditare dalla persona assassinata? All'interprete, al legislatore, alla collettività? Non si tratta certamente solo dei principi della morale personale, idiosincratica, dell'interprete, bensì almeno anche di una morale che si vuole assimilata dal sistema giuridico. Per cui potrebbe darsi il caso che un interprete, con una morale intuitiva diversa dalla morale di senso comune del suo sistema, sia chiamato a ricostruire il diritto a partire da quest'ultima. Del resto, le due nozioni – morale intuitiva e morale di senso comune – non sono concettualmente coincidenti; e, secondo Dworkin, un compito della teoria del diritto consiste nella chiarificazione dei rapporti tra la morale istituzionale e la morale personale dell'interprete¹⁹.

Tuttavia, questa complicazione non è rilevante ai nostri fini. Il problema che a noi interessa riguarda il caso in cui sia la stessa morale di senso comune di una collettività a essere messa in crisi. Una crisi del ruolo delle intuizioni morali collettive. E questo è un problema che si profila anche se adottiamo una visione ingenuamente monolitica di senso comune, ignorando il problema dei disaccordi morali e immaginando interpreti in perfetta sintonia con i valori del sistema giuridico in cui operano²⁰.

3. L'Utilitarismo e il valore dell'integrità

3.1 L'Utilitarismo

In questo lavoro non si proverà a dare una definizione di morale di senso comune, né si darà conto delle controversie riguardanti l'idea di intuizione morale. Della morale di senso comune o morale intuitiva si darà conto attraverso il valore dell'integrità, un angolo visuale già adottato da Bernard Williams nella sua critica all'Utilitarismo.

L'Utilitarismo o Conseguenzialismo – non è importante operare una distinzione ai nostri fini

¹⁶ CANALE, TUZET 2020, 97-117.

¹⁷ Il valore di avere un sistema stabile di regole generali, chiare, non-retroattive (etc.), che vengano applicate dai pubblici ufficiali nelle decisioni concrete: la concezione formale dello Stato di diritto – RAZ 2009c [1977], 214 ss. L'idea per cui solo se accettiamo di avere ragioni per obbedire a direttive ingiuste possiamo cogliere i vantaggi dell'avere autorità è poi alla base della teoria dell'autorità legittima di Raz (RAZ 1986, 60 s.).

¹⁸ Si veda ad esempio l'analisi delle fratture nella morale americana in HAIDT 2012.

¹⁹ DWORKIN 1976b [1975], 86 s., 89, 117-118, 123-124.

²⁰ Sebbene sia possibile distinguere tra morale di senso comune e morale istituzionale, presupporrò che spesso la morale istituzionale è pesantemente influenzata dalla morale di senso comune.

– è una teoria caratterizzata da una struttura semplicissima. L’Utilitarismo poggia, innanzitutto, su una concezione del bene o utilità. Diverse versioni dell’Utilitarismo divergono sulla base della concezione del bene che scegliamo: come l’edonismo (e in generale gli approcci “mentalisti”), la teoria del soddisfacimento del desiderio, oppure la teoria oggettiva del benessere²¹.

La seconda componente dell’Utilitarismo è un precetto per cui ciò che è bene deve essere realizzato al massimo grado. Dunque, una volta scelta la nostra versione preferita di cosa sia l’utilità, l’utilità va massimizzata. La massimizzazione dell’utilità comporta che nel decidere quale azione debba essere intrapresa dobbiamo porci come dei decisori imparziali che prendono in considerazione il benessere, l’utilità delle varie persone coinvolte, assegnando a ciascuna persona eguale importanza²².

L’Utilitarismo produce però conclusioni contro-intuitive, viola in molte occasioni il senso comune. L’Utilitarismo da un lato richiede all’agente di sacrificare in modo eccessivo il proprio benessere, dall’altro di compiere azioni allarmanti che sacrificano il benessere altrui: da un lato richiede all’agente di compiere azioni che hanno un valore non controverso ma che sembra eccessivo esigere, dall’altro di compiere azioni che normalmente vengono considerate vietate.

Esempi della prima tendenza possono essere tratti dalla riflessione di Peter Singer e Peter Unger sui doveri di beneficenza. È moralmente obbligatorio, e ciò trova riscontro nelle intuizioni morali della maggior parte di noi, soccorrere un bambino che sta annegando in un laghetto profondo fino al nostro ginocchio, anche se per farlo finiremo con il ritardare a un appuntamento di lavoro e insozzare di fango il nostro bel vestito²³. Ugualmente obbligatorio, per ciascuna persona mediamente benestante, dovrebbe essere allora destinare gran parte della propria ricchezza alla lotta contro la miseria nelle aree più povere del pianeta²⁴. Quest’ultima azione, sebbene di indubbio valore morale, non è ritenuta obbligatoria dal senso comune. Per l’Utilitarismo sono obbligatorie delle azioni che per il senso comune sono ammirevoli ma non obbligatorie.

Vi sono poi azioni che per l’Utilitarismo sono obbligatorie mentre il senso comune le giudica addirittura vietate. Qui a essere rilevante è l’analisi del dilemma del vagone fuori controllo – *Trolley Problem* – articolata da Philippa Foot e Judith Jarvis Thomson. Un vagone ferroviario fuori controllo è diretto verso cinque lavoratori delle ferrovie che verranno travolti e immancabilmente uccisi. L’esperimento mentale ci chiede di immedesimarci nel conducente che ha la possibilità, abbassando una leva, di far deviare il vagone su un binario laterale, consapevole del fatto che su di esso vi è un lavoratore delle ferrovie, il quale verrebbe così travolto e ucciso. Una vita al posto di cinque. Le intuizioni morali delle persone sottoscrivono il giudizio per cui sarebbe almeno permesso azionare lo scambio²⁵. Ma non sempre il senso comune approva che prendiamo una vita per salvarne cinque. Questa volta siamo un chirurgo infallibile che ha alle sue cure cinque pazienti moribondi. Ciascuno ha bisogno di un trapianto urgente di organi. Si dà il caso che in ospedale vi sia un signore, passato per un check-up di routine, i cui organi sono compatibili con quelli dei cinque moribondi. Sarebbe possibile addormentare il signore in visita, espianare i suoi organi e salvare i cinque. In questo caso le intuizioni comuni ritengono che sia assolutamente vietato procedere con l’espianto²⁶. L’Utilitarismo per parte sua ritiene che l’azione sia doverosa, divorziando dal senso comune²⁷.

²¹ GRIFFIN, 1986.

²² KYMLICKA 2002, 12.

²³ SINGER 1972, 231; SINGER 2010, 3 ss.; UNGER 1996, 9.

²⁴ Così SINGER 1972. Va notato come Singer non sta argomentando nel suo celebre articolo del 1972 a favore dell’adozione dell’Utilitarismo, bensì di un principio di beneficenza più moderato secondo il quale abbiamo il dovere di impedire che si verifichi qualcosa di male quando per farlo non dovremmo sacrificare nessun bene di importanza comparabile. Tuttavia, date le circostanze concrete del mondo contemporaneo, la differenza tra questo principio più moderato e l’Utilitarismo sfuma, dal momento che le forme mostruose di deprivazione materiale ancora esistenti ci impongono dei sacrifici radicali anche in base al principio più moderato (SINGER 1972, 238).

²⁵ THOMSON 1985, 1394-1397. Si veda anche FOOT 2002 [1967].

²⁶ THOMSON 1985, 1395.

²⁷ GREENE 2013, 109, 113.

3.2 La critica dell'integrità

In base alla prima critica l'Utilitarismo è troppo esigente nel richiederci sacrifici personali da cui la morale di senso comune ci esonera; per la seconda l'Utilitarismo ritiene doverose azioni che danneggiano altre persone innocenti che sono vietate dal senso comune. Una terza critica è che l'Utilitarismo non rispetta l'integrità degli individui. Si tratta di una critica che può essere intesa come una critica a sé stante, ma anche come una critica che mira a mettere allo scoperto la struttura profonda dell'Utilitarismo, e che dunque racchiuderebbe le due critiche precedenti²⁸.

Prendiamo il caso di George, giovane fisico che sta faticando a trovare un lavoro, circostanza che ha dei riverberi sulla qualità della vita della sua famiglia, in particolare sui suoi figli piccoli. Un collega più anziano gli suggerisce di candidarsi per un posto presso un laboratorio di ricerca che paga molto bene e che sicuramente lo assumerebbe. Il laboratorio di ricerca però è dedito allo sviluppo di armi biochimiche. Il giovane chimico è profondamente contrario allo sviluppo di queste tecnologie e non vorrebbe contribuire al loro sviluppo. L'anziano collega gli fa però notare che, se non si candida lui, è praticamente sicuro che verrà assunta un'altra persona che ha molti meno scrupoli morali contro la guerra biochimica. Se dunque il giovane chimico non si presenta, lo sviluppo di tecniche di guerra biochimica, lungi dal subire una relativa battuta di arresto, subirà un'accelerazione. In realtà, confessa il vecchio collega, è in buona parte proprio per questo, e non solo per aiutarlo economicamente, che gli sta consigliando di entrare nel laboratorio.

E prendiamo il caso di Jim, membro di una spedizione botanica in Sud America. Jim si ritrova nella piazza di un piccolo paese a osservare un plotone di esecuzione che sta per fucilare una ventina di uomini fatti mettere davanti a un muro. Il capitano del plotone spiega a Jim che recentemente gli abitanti del villaggio hanno protestato contro il governo. In ritorsione si è disposto che venti uomini venissero presi a caso e fucilati. Comunque, dato che Jim è un ospite importante venuto da lontano, il capitano offre a Jim l'onore di sparare a uno degli sventurati. Se Jim accetta tutti gli altri saranno liberi, se non accetta tutti verranno fucilati. Gli uomini davanti al muro e molti altri abitanti del villaggio pregano Jim di accettare²⁹.

Cosa dovrebbero fare George e Jim? Dal punto di vista dell'Utilitarismo è ovvio che sia George sia Jim, rispettivamente, dovrebbero accettare il lavoro e l'offerta del capo del plotone. La risposta utilitarista non sembra così controversa questa volta. Se Jim non si presta al ricatto, non solo moriranno molte più persone, ma morirà anche la persona a cui si chiede che Jim spari. E così rifiutando il lavoro non solo il benessere di George ma anche quello dell'umanità finirà complessivamente con il diminuire. Almeno nel caso di Jim le intuizioni comuni sono probabilmente favorevoli a che Jim spari. In generale si tratta di casi più innocui di quelli visti sopra. Eppure, proprio perché ci fanno considerare un'azione che non richiede enormi sacrifici personali (diversamente dal caso del dovere di beneficenza, dove si chiede al singolo di cambiare vita³⁰) e che aumenta in modo non controverso il benessere complessivo (diversamente dal caso del dovere di danneggiare terzi, dove a certe potenziali vittime ne vengono sostituite altre), questi esempi rivelano un problema autonomo che getta luce sulla struttura profonda del ragionamento utilitarista. I casi sono interessanti non tanto perché mostrano come l'Utilitarismo giustifica scelte che sembrano sbagliate – possono farsi esempi migliori di scelte contro-intuitive che l'Utilitarismo giustificherebbe – quanto perché evidenziano il tipico modo di ragionare utilitarista che svaluta l'importanza dell'integrità personale³¹.

²⁸ Esistono diverse interpretazioni dell'argomento dell'integrità di Williams. Samuel Scheffler ad esempio lo intende alla stregua dell'obiezione per cui l'Utilitarismo sarebbe una teoria morale troppo esigente (SCHEFFLER 1988, 3 s.).

²⁹ WILLIAMS 1973a, 97-99.

³⁰ Forse rinunciare a qualsiasi bene superfluo è più facile e comporta un cambiamento minore nella nostra vita che sparare a bruciapelo a una persona inerme, per quanto questa sarebbe destinata a morire in ogni caso. Ma nel caso di George, il chimico, l'azione sotto scrutinio morale è verosimilmente molto meno impegnativa sul piano emotivo ed esistenziale.

³¹ WILLIAMS 1973a, 99.

Secondo Williams una persona preserva la sua integrità quando le sue azioni riflettono i progetti di vita e gli atteggiamenti nei quali la persona si identifica. Il contrario dell'integrità è rappresentato dallo stato dell'alienazione, intesa come una situazione in cui, nello stabilire cosa fare, l'agente è continuamente investito dalle azioni, i progetti e gli atteggiamenti degli altri, e le sue azioni non possono essere perciò integrate in un progetto di vita unitario: l'agente non può rivedersi nella sua condotta, la sua identità è frantumata³².

Alla base della frantumazione dell'integrità dell'agente sta la dottrina utilitaristica della responsabilità individuale. Secondo questa dottrina ciascuno di noi è responsabile tanto degli stati di cose che consistono nelle proprie azioni, tanto degli stati di cose che consistono nelle azioni di altre persone, quando su queste azioni si sarebbe potuta avere una influenza decisiva³³. Tornando a uno degli esempi, se Jim è responsabile di tutte le conseguenze delle proprie azioni, dovrà comparare lo stato di cose che consiste in lui che spara a bruciapelo e uccide un innocente, con lo stato di cose che vede il plotone di esecuzione fare fuoco e uccidere venti innocenti³⁴. Questo perché ciò che importa dal punto di vista utilitaristico è, tendenzialmente, la produzione di certi stati di cose e non chi li ha prodotti³⁵. La dottrina della responsabilità negativa e remota dell'Utilitarismo può essere vista come l'estremo esito del valore dell'imparzialità: come non vi è differenza morale se, a parità di condizioni, un'azione danneggia una persona anziché un'altra, così per l'agente non vi è differenza se sia lui a produrre direttamente un certo stato di cose oppure altri con un suo ruolo indiretto³⁶.

Da ciò segue che gli imperativi rivolti dall'Utilitarismo all'agente morale siano profondamente incongruenti. Da un lato, l'agente utilitaristico, in quanto contenitore di benessere, è incoraggiato a perseguire la propria felicità; e per farlo è incoraggiato a formulare una propria idea su cosa vuol dire vivere bene³⁷, a formulare dei programmi per incarnare questa idea, e infine a perseguire questi programmi. Così George può sviluppare un progetto di vita pacifista del quale fa parte la massima per cui la guerra batteriologica è sbagliata. Però, l'agente è al medesimo tempo chiamato a realizzare lo stato di cose migliore possibile. Ciò gli impone di considerare i progetti di vita degli altri, ossia la soddisfazione che essi deriveranno dalla loro realizzazione, ma anche i danni che questi potrebbero arrecare al benessere generale, e considerare il suo progetto di vita solo come uno tra i tanti. Le ragioni che l'agente ha per agire finiranno allora per dipendere indeterminatamente, senza che sia possibile fissare un limite generale, dai progetti delle altre persone. Se al mondo la maggior parte dei chimici fosse come il chimico pacifista, allora il precetto che ha sposato, ossia "no alla guerra batteriologica!", implicherebbe come massima di condotta "io, come gli altri, devo astenermi dal collaborare con laboratori dediti allo sviluppo della guerra batteriologica". Ma, siccome il mondo è abitato da persone con altri piani di vita, la conclusione non può essere questa, e deve essere quella per cui è giusto andare a lavorare nell'industria delle armi chimiche nella speranza di ritardarne il perfezionamento. Il suo piano di vita, "no alla

³² WILLIAMS 1973a, 116-117. Williams difende l'importanza dell'integrità anche in WILLIAMS 1981a [1976].

³³ WILLIAMS 1973a, 93. In termini più tecnici la dottrina della responsabilità tipica dell'Utilitarismo è prodotto del suo carattere *agent-neutral*. Le morali *agent-neutral* si contrappongono a quelle *agent-relative* (si vedano SCHEFFLER 1988; PARFIT 1984, 27; SEN 1988 [1982], 204 ss.). L'attacco di Williams è rivolto all'Utilitarismo in quanto morale *agent-neutral*. Potrebbe pensarsi che eventuali versioni *agent-relative* del consequenzialismo non sarebbero bersagliate da questa critica (così MOSELEY 2013, 57), ma questo problema non può essere affrontato qui.

³⁴ WILLIAMS 1973a, 108.

³⁵ Seppure vi sono casi in cui la modalità di realizzazione di un certo stato di cose – dunque anche *chi* lo abbia prodotto – assume valore intrinseco. In questi casi la modalità di realizzazione (e il suo valore) entra a far parte dello stato di cose in questione.

³⁶ WILLIAMS 1973a, 93-96.

³⁷ Non solo programmi su come raggiungere la felicità, ma anche e soprattutto progetti su come rispondere a certi ideali, perché spesso è più facile raggiungere la felicità se non la si cerca con tutte le proprie forze, ma si perseguono gli ideali più vari (WILLIAMS 1973a, 112).

guerra batteriologica!”, viene travolto dal piano di vita altrui in modo da portarlo nel caso concreto a concludere “devo lavorare per la guerra batteriologica”. È la richiesta utilitarista di trarre conclusioni del genere che equivale alla violazione dell’integrità dell’agente e all’imposizione di uno stato di alienazione. Qualcosa che secondo Williams è *assurdo* richiedere³⁸.

Va precisato come, dal punto di vista di Williams, la questione non sia che l’integrità dell’agente morale è un valore la cui perdita compromette il valore complessivo dello stato di cose considerato. Il punto non è che *prima facie* lo stato di cose prodotto dall’azione di George o Jim sarebbe in sé migliore di quello prodotto dalla loro inazione, ma l’offesa arrecata all’integrità dell’uno o dell’altro rende lo stato di cose prodotto dalla loro azione alla fine peggiore di quello prodotto dalla loro inazione. Porre il dilemma pratico nei termini di un dilemma su quale stato di cose contiene maggior valore equivale ad adottare già una prospettiva utilitarista e, una volta adottata, sembra perfino indecente assegnare grande importanza all’integrità personale³⁹.

Non è importante stabilire adesso se la critica di Williams all’Utilitarismo sia decisiva. Incidentalmente va notato come ritenere che “sia assurdo” chiedere a una persona di lasciarsi investire dai progetti di vita altrui, al livello richiesto dall’Utilitarismo, potrebbe essere un giudizio in parte descrittivo/predittivo – non possiamo aspettarci che l’agente rinunci ai suoi progetti – e in parte normativo – sarebbe irragionevole, immorale, che lo facesse. L’accusa di Williams contro l’Utilitarismo avrebbe questa componente chimerica (torneremo su questo punto dopo). Ciò che maggiormente rileva è invece che Williams ha posto l’attenzione non tanto sul tipo di azioni che l’Utilitarismo richiederebbe – come fa il caso del vagone impazzito, o il dibattito sugli obblighi di soccorso – quanto direttamente sul rapporto che l’Utilitarismo instaura tra l’agente e le sue azioni.

Il problema dell’integrità compromessa contribuisce a spiegare cosa vi è di contro-intuitivo in certe azioni che l’Utilitarismo ci chiede di compiere, e può essere applicato anche ai casi analizzati precedentemente. È alienante che una persona debba cambiare vita e dedicarsi al contrasto della povertà, perché altre persone, non condividendo l’onere della lotta alla povertà, lo rendono un onere gravoso⁴⁰. È alienante per un medico – che come progetto di vita ha scelto di curare le persone o alleviarne le sofferenze – dovere uccidere un suo paziente senza il suo consenso, perché la lotteria naturale ha voluto che cinque persone stiano morendo, e che possano essere salvate grazie al corpo di chi ha in cura. Si tratta, peraltro, di un problema che trascende il campo dell’azione per investire la sfera più generale del ragionamento sull’azione. Probabilmente non solo per l’Utilitarismo ma anche per il senso comune Jim deve prestarsi a sparare e uccidere. Ma vi è comunque qualcosa di assurdo nel modo di pensare che l’Utilitarismo impone a Jim, e ciò sarebbe la riprova che il problema prescinde dal contenuto delle singole risposte utilitaristiche.

In conclusione, possiamo dire che per l’etica dell’integrità il sistema morale che ci deve guidare è un sistema accogliente. Al contrario per l’Utilitarismo la sfera dell’azione morale è una sfera della vita assolutamente non accogliente: siamo continuamente messi davanti ad azioni giuste ma contro-intuitive. Questa rappresentazione, sulla quale si baserà il prosieguo del discorso, richiede almeno due precisazioni.

In primo luogo, l’Utilitarismo obbliga l’agente a compiere decisioni pesantemente contro-intuitive finché lo consideriamo come una teoria sulla decisione, in particolare una teoria che richiede all’agente morale di ragionare da utilitarista. Ma l’Utilitarismo nella seconda metà del ‘900 è stato spesso interpretato come una teoria che non prescrive necessariamente all’agente di farsi motivare nelle sue decisioni dall’Utilitarismo medesimo e di provare a incarnare il punto di vista del decisore utilitarista. In questo senso l’Utilitarismo diventa una teoria sulle ragioni per

³⁸ WILLIAMS 1973a, 116.

³⁹ WILLIAMS 1973a, 104.

⁴⁰ Resta aperta ovviamente la possibilità che una persona adotti proprio come piano di vita la dedizione al prossimo. Gli esempi scelti da Williams sono volti a rendere poco verosimile che l’azione richiesta dall’Utilitarismo corrisponda a un progetto di vita buona condiviso dai tipici lettori di filosofia morale.

agire che non è anche una teoria dei processi decisionali⁴¹. Questa metamorfosi dell'Utilitarismo – sulla quale ritorneremo – interrompe l'accostamento tra Utilitarismo e giustificazione di azioni contro-intuitive, ma forse – una questione della quale non ci occuperemo – rischia di rendere pressoché ininfluenza l'adozione dell'Utilitarismo.

In secondo luogo, sarebbe fuorviante pensare che, per l'etica dell'integrità, la sfera della decisione pratica sia univocamente accogliente. Vi sono casi, centrali proprio nell'opera di Williams, in cui l'ambiente decisionale dell'agente è tutto fuorché accogliente. Casi come quello delle scelte tragiche – Agamennone che deve scegliere se sacrificare la figlia oppure far abortire la spedizione greca⁴² – e della fortuna morale (“*moral luck*”) – Gauguin che lascia tutti per dipingere in Polinesia; azione la cui giustificazione morale può essere solo retrospettiva, dipendendo dalla effettiva e incerta, fortuita, riuscita del piano⁴³. Significativamente in casi del genere è proprio l'Utilitarismo a creare un'ambiente della scelta che, se non accogliente, è quantomeno consolatorio⁴⁴. L'Utilitarismo infatti nega la tragicità delle scelte morali e l'idea di fortuna morale. Rispetto al problema delle scelte tragiche, come dice beffardamente Williams, l'Utilitarismo «will have something to say even on the difference between massacring seven million, and massacring seven million and one»⁴⁵. Rispetto al problema della fortuna morale, se a rendere giusta l'azione è il suo valore atteso, allora l'agente che fa i calcoli bene non ha nulla da rimproverarsi moralmente se il risultato non è raggiunto; se l'agente ha fatto bene in calcoli, ma a rendere giusta l'azione è il valore reale (non più atteso) e il risultato non è raggiunto, l'agente ha fatto la cosa sbagliata, ma non è utile rimproverarlo⁴⁶. L'ambiente creato è consolatorio perché l'Utilitarismo pretende di avere una risposta per ogni problema pratico; una caratteristica che, per autori come Williams, lungi dall'essere un merito relativo dell'Utilitarismo, è a sua volta un aspetto della sua assurdità. Per Williams la possibilità di un'azione morale è, in effetti, condizionata a delle circostanze propizie («unless the environment reveals minimum sanity, it is insanity to carry the decorum of sanity into it»⁴⁷).

In qualche modo, l'Utilitarismo vuole rendere il mondo un posto accogliente e per questo rende la morale un posto poco accogliente. Mentre per l'etica dell'integrità il mondo è un posto anche meno accogliente di quanto non lo sia per l'Utilitarismo, nel senso che vi sono situazioni in cui la possibilità di fare la cosa giusta non esiste o non dipende da noi, e dunque nessuna consolazione morale è ammessa; ma fuori da questi casi la sfera dell'agire morale è più accogliente, perché non spetta egualmente a noi rendere il mondo un posto accogliente.

4. Le sfide della psicologia alla morale

La psicologia lancia sfide alla morale di senso comune e in generale alla morale. Adesso ne vedremo due, la prima rivolta specificamente alla morale di senso comune, la seconda alla morale in generale.

4.1 Greene e la “trolleyologia”

Recentemente Joshua Greene, un filosofo e psicologo statunitense, ha difeso l'Utilitarismo e attaccato la morale di senso comune. I suoi studi possono essere visti come uno sviluppo in chiave

⁴¹ ADAMS 1976; PARFIT 1984, cap. I. Si veda anche FERRARO 2013, 113 ss., 117 ss.

⁴² WILLIAMS 1973b [1965], 173 s.

⁴³ WILLIAMS 1981b [1976]. Slote (SLOTE 1995, 35) nota come il senso comune abbia un rapporto ambivalente con l'idea di fortuna morale.

⁴⁴ Considerazioni simili valgono, seguendo Williams, per altre tradizioni morali filosofiche (tra cui l'etica kantiana) – WILLIAMS 1981b [1976], 21, 39.

⁴⁵ WILLIAMS 1973a, 93.

⁴⁶ SLOTE 1995, 73 ss.

⁴⁷ WILLIAMS 1973a, 93.

empirico-psicologica del dibattito sul *Trolley Problem*, iniziato tra gli anni '70 e '80 dalle filosofe Philippa Foot e Judith Thomson.

Qual è la differenza tra il caso Chirurgo e il caso del Conducente del vagone impazzito? L'Utilitarismo ritiene che in entrambi i casi si debbano minimizzare le vittime, e questo sembra essere un grave difetto dell'Utilitarismo, perché al senso comune ripugna che il medico debba uccidere il malcapitato paziente. Potrebbe dirsi che la differenza con il caso Conducente stia nel fatto che il medico ha davanti a sé la scelta tra uccidere una persona e lasciarne morire cinque, mentre il conducente del vagone si trova a scegliere se investire cinque persone o investire una (ucciderne una o ucciderne cinque). L'Utilitarismo sbaglierebbe per via della sua dottrina della responsabilità negativa che oscura la differenza morale tra agire e lasciar accadere.

Ma anche ammesso che vi sia questa differenza tra i due casi – che non si neghi che il conducente stia in un senso pregnante del termine “uccidendo” le cinque persone che travolgerà (il conducente sta, dopotutto, lì a non fare nulla) –, la distinzione tra uccidere e lasciar morire non permette di risolvere un caso simile a quello del Conducente, ossia il caso del Passante⁴⁸. Nel caso del Passante non occupiamo più la posizione del conducente del vagone ferroviario impazzito, ma siamo un passante che ha la possibilità di azionare una leva e attivare lo scambio. Per il resto la situazione è la medesima: se lo scambio viene attivato il vagone verrà dirottato su un binario laterale e travolgerà non cinque persone ma solo una. In questo caso l'alternativa sembra essere la medesima che si prospetta al Chirurgo: uccidere una persona o lasciarne morire cinque. Eppure, diversamente dal caso del Chirurgo, la maggior parte delle persone (87%) ritiene che sia perlomeno permesso azionare lo scambio⁴⁹. La distinzione tra uccidere e lasciar morire non sembra giustificare i nostri giudizi sui casi in esame.

Le nostre differenti risposte nel caso del Passante e nel caso del Chirurgo potrebbero forse essere giustificate sulla base nella massima kantiana che vieta di danneggiare il nostro prossimo utilizzandolo come mezzo per i nostri scopi. Nel caso del Trapianto il medico dovrebbe utilizzare il corpo del malcapitato paziente per salvare la vita dei cinque moribondi; invece, nel caso del Passante, dirottare il vagone non implica utilizzare il corpo del lavoratore: il nostro piano, salvare le cinque vite, si realizzerebbe ugualmente se, per magia, il lavoratore scomparisse nel nulla. Nel caso del Passante, ma non nel caso del Chirurgo, il danno inferto è un danno collaterale, e – così si ragiona – i danni collaterali non hanno lo stesso disvalore morale dei danni prodotti dall'utilizzo del nostro prossimo come mezzo.

Abbiamo forse trovato il principio che cercavamo, la ragione del perché i casi meritano risposte diverse? Judith Thomson ritiene di no. Immaginiamo un caso simile a quello del Passante. Il vagone sta per investire i cinque lavoratori e noi possiamo dirottarlo su un binario laterale. Tuttavia, in questa variante il binario laterale (immaginiamolo come un anello) si ricongiunge al binario principale prima del punto dove sono collocati i cinque, in modo che anche se azioniamo lo scambio i cinque verrebbero comunque travolti. In sé dirottare il vagone nel binario laterale non servirebbe stavolta a nulla. Tuttavia, sul binario laterale, prima che questo si ricongiunga a quello principale dove stanno i cinque, c'è un signore molto grosso: una persona alta e robusta. La sua massa è tale che riuscirebbe a frenare il vagone impazzito e lo fermerebbe prima che questo torni sul binario principale uccidendo i cinque⁵⁰. Anche in questo caso – il caso del Binario circolare – le intuizioni comuni sono favorevoli (81%) al dirottamento del vagone⁵¹, ma questo vuol dire che la distinzione tra danni diretti e danni collaterali non giustifica pienamente le nostre risposte intuitive.

Una via per giustificare le nostre risposte potrebbe essere costituita dall'appello ai diritti fondamentali visti come vincoli collaterali, come precetti che si contrappongono alla massimizza-

⁴⁸ THOMSON 1985, 1397.

⁴⁹ GREENE 2013, 220.

⁵⁰ THOMSON 1985, 1401.

⁵¹ GREENE 2013, 222.

zione del benessere. L'idea secondo la quale la violazione di un diritto non può essere giustificata dalla massimizzazione del benessere⁵². Tuttavia, questa idea lascia molto inspiegato: perché i diritti come vincoli sarebbero invocabili nel caso del Trapianto ma non anche nel caso del Passante o del Binario circolare?⁵³

Aggiungendo mistero al mistero, si noti come la distanza tra i casi in cui sembra vigere il divieto di intervento e quelli in cui l'intervento sembra essere almeno permesso può essere notevolmente ridotta. Possiamo soppiantare nelle nostre riflessioni il caso Chirurgo con il caso Cavalcavia, che recita nel seguente modo: il vagone fuori controllo si dirige verso i cinque; noi siamo sopra un cavalcavia che sormonta i binari e non c'è nessuna leva da abbassare; accanto a noi c'è però una persona corpulenta che, appoggiata alla ringhiera e protesa in avanti, sta osservando la scena; se spingiamo questo osservatore giù dal cavalcavia sul binario, l'impatto arresterà la corsa del vagone e i cinque saranno salvi. Secondo uno studio solo il 31% delle persone è disposta a intervenire in questo caso⁵⁴: come nel caso Chirurgo al senso comune ripugna che si intervenga uccidendo un innocente, seppur sull'altro piatto della bilancia vi sia la vita di cinque pure essi innocenti. Ma perché?⁵⁵

Abbiamo visto una sfilata di principi riconducibili alla morale di senso comune e antagonisti dell'Utilitarismo. Rispettivamente: la distinzione tra uccidere e lasciar morire; la distinzione tra vittime dirette e vittime collaterali; l'appello ai diritti come vincoli alla massimizzazione del benessere. Dal punto di vista dell'Utilitarismo, come sappiamo, il nostro rapporto con la produzione dello stato di cose che consiste nella morte di cinque persone non è rilevante: non è rilevante se le stiamo uccidendo attivamente o le stiamo lasciando morire; non è rilevante se salvarle implichi usare come mezzi terze parti oppure se i terzi siano vittime collaterali del salvataggio; e i diritti fondamentali non vanno intesi come vincoli che si frappongono tra noi e la massimizzazione del benessere.

I principi della morale di senso comune sembrano essere incoerenti nelle loro rispettive applicazioni, l'Utilitarismo è invece contro-intuitivo. Come uscire da questo stallo? Ebbene, secondo Joshua Greene la morale di senso comune è seriamente difettosa e abbiamo ragioni per adottare l'Utilitarismo, accettando anche le conclusioni controintuitive a cui conduce, come il fatto che sia giusto *in astratto* buttare una persona innocente dal cavalcavia per salvarne cinque. Greene, in questo modo, cambia il genere letterario della trolleologia, e in un duplice senso. In un primo senso perché il metodo di ricerca diventa raffinatamente empirico, e non è dunque più quello della riflessione astratta (*armchair philosophy*). In secondo luogo, perché l'obiettivo non è più quello di ricercare i principi generali di senso comune che giustificano le nostre risposte intuitive su casi particolari, ma quello di contestare il valore delle risposte di senso comune. Si tratta, anche, di un cambiamento su quale sia il miglior modo di intendere il metodo dell'equilibrio riflessivo rawlsiano, che in generale prescrive di rendere coerenti i nostri giudizi su casi concreti e i principi o teorie generali sulla giustizia⁵⁶. Greene non è, peraltro, il solo esponente di questo genere letterario. Al contrario, già prima di Greene, i difensori delle risposte utilitariste, lungi dal mirare a mostrare come l'Utilitarismo possa essere riconciliato con il senso comune, si sono ribellati all'idea secondo la quale il senso comune costituisca il criterio ultimo di validazione⁵⁷.

L'argomentazione di Greene può essere suddivisa in varie parti, in cui a volte gli argomenti si inanellano e dipendono gli uni dagli altri, a volte si intrecciano e si rafforzano.

È possibile fare iniziare l'argomentazione con la tesi per cui sotto il profilo neurologico tipologie di giudizi morali diversi sono supportati da processi mentali diversi⁵⁸. A questo proposito Greene

⁵² DWORKIN 1976c, ix; DWORKIN 1976d [1970]; NOZICK 1974.

⁵³ THOMSON 1985, 1403-1406.

⁵⁴ GREENE 2013, 215.

⁵⁵ THOMSON 1985, 1409.

⁵⁶ RAWLS 1999 [1971], 18 s.; GREENE 2014, 721, 726; si rimanda a anche a ROCCHÈ 2020.

⁵⁷ Il riferimento è sempre a Singer e Unger. Si veda in particolare SINGER 2005, 348.

⁵⁸ GREENE 2014, 698.

distingue tra giudizi caratteristicamente deontologici – che sarebbero i giudizi incentrati sull’idea dei diritti come vincoli all’azione – e giudizi caratteristicamente consequenzialistici, o, seguendo il nostro modo di esprimerci, “utilitaristici” – che sarebbero basati sul calcolo impersonale dei costi e dei benefici. Il giudizio che comunemente emettiamo nel caso del Conducente, del Passante o nel caso del Binario circolare con cui reputiamo corretto uccidere una persona per salvarne cinque è un giudizio tipicamente utilitarista. Il giudizio che comunemente emettiamo nel caso Trapianto e Cavalcavia è un giudizio tipicamente deontologico. Tracciata questa distinzione, Greene sostiene che i giudizi deontologici sono generalmente supportati da risposte emotive e automatiche, mentre i giudizi utilitaristici sono generalmente supportati dal ragionamento cosciente e cognitivamente controllato. Non si tratta di una suggestione, ma di una tesi di carattere empirico che Greene dimostra attraverso l’impiego della risonanza magnetica funzionale. Le persone nel momento in cui sono poste davanti a dilemmi morali “personali” – come nel caso Cavalcavia – esibiscono una accentuata attività in zone del cervello associate alle emozioni, come la corteccia prefrontale ventromediale; mentre, nel momento in cui sono poste davanti a dilemmi “impersonali” – come nel caso Passante –, si registra una maggiore attività nella corteccia prefrontale dorsolaterale, associata al controllo cognitivo. Il ragionamento morale non differisce dal ragionamento pratico in generale perché al pari di quest’ultimo si struttura secondo due sistemi cognitivi: uno – i “pensieri veloci”, la “modalità automatica” – che privilegia la velocità contro la flessibilità, l’altro – i “pensieri lenti”, la “modalità manuale” – che favorisce la flessibilità a discapito della velocità. Greene in questo senso adotta l’approccio delle c.d. *dual process theories*⁵⁹. (Sull’uso del concetto di “intuizione” vi è una certa differenza tra il mio approccio e quello di Greene. Greene intende le intuizioni morali come il sottinsieme dei giudizi che sono prodotti dalla “modalità automatica”. In questo lavoro invece quando si richiamano i giudizi morali intuitivi si intendono dei giudizi che “sembrano giusti”. Il giudizio per cui si deve spingere la leva e azionare lo scambio dei binari è un giudizio intuitivo nel mio senso, ma non nel senso di Greene, perché è il prodotto dell’analisi costi-benefici).

Se si arrestasse qua la teoria di Greene non costituirebbe un attacco al senso comune. Le intuizioni delle persone sono tendenzialmente favorevoli all’intervento nel caso passante (anche se sono pronte ad accettare l’inverso, che non si debba intervenire anche in quel caso⁶⁰) e decisamente sfavorevoli all’intervento nel caso del Cavalcavia. Potrebbe esservi una differenza morale profonda tra i due casi e potrebbe darsi che le nostre emozioni si attivino al momento giusto. Del resto, oggi importanti studi, lungi dal relegare le emozioni nel loro dominio storico, quello delle passioni irrazionali, assegnano a queste un ruolo fondamentale nel processamento di decisioni complesse, in altre parole un ruolo chiave nella razionalità umana⁶¹.

L’argomentazione di Greene procede allora mostrando come non vi sono principi morali generali che giustificano le nostre risposte differenziate nel caso Passante e nel caso Cavalcavia⁶². Greene in questo caso si rifà a studi sperimentali che, registrando le risposte a dilemmi che riproducono (con piccole variazioni) lo schema generale del *Trolley Problem*, individuano i fattori causalmente decisivi per la nostra psicologia.

Gli studi mostrano che i nostri giudizi sono in primo luogo influenzati dal fattore della forza fisica: se per uccidere è necessario impiegare della forza fisica il giudizio sembra sbagliato anche se serve a salvare la vita a un consistente numero di persone; se non è coinvolta la forza fisica l’intervento tende a sembrare corretto. Questa scoperta porta con sé un problema evidente: l’individuazione di un fattore del genere funge da spiegazione delle nostre reazioni, ma non può fungere anche da giustificazione delle medesime⁶³.

⁵⁹ GREENE 2014, 699; sulle *dual process theories* si vedano anche KAHNEMAN 201; BRIGAGLIA, CELANO 2017, 526 ss.

⁶⁰ GREENE 2014, 719 s.: si tratta di un rospo facile da ingoiare (un “rubber bullet”).

⁶¹ DAMASIO 1994.

⁶² GREENE 2014, 708 ss.

⁶³ GREENE 2013, 217.

L'impiego di forza fisica non è l'unico fattore causalmente rilevante. Vi è anche un altro fattore che influenza i nostri giudizi, ossia la distinzione tra vittime dirette e vittime collaterali⁶⁴. Rispetto a questo fattore potrebbe sembrare che siamo davanti a un riscatto della morale di senso comune: dopotutto le intuizioni umane sembrerebbero riflettere un principio morale antico e riverito, la Dottrina del doppio effetto⁶⁵. Ripercorrendo diversi studi di psicologia cognitiva, Greene ritiene però che anche la distinzione di principio tra vittime dirette e vittime collaterali non sia una distinzione moralmente rilevante⁶⁶. Nel primo caso, quello della forza fisica, bastava grattare dietro le nostre risposte per privarle di rilevanza, in questo secondo caso grattandovi dietro troviamo il volto rispettabile della Dottrina del doppio effetto, ma si tratta solo di un secondo strato di intonaco, rimosso il quale scopriamo che non c'era niente.

Conclusione dell'argomento demistificatore (*debunking argument*) di Greene è che vi è qualcosa di sbagliato nei nostri giudizi di senso comune. Si tratta però di una conclusione ancora molto indeterminata. Qualcosa va storto, ma cosa? In particolare, siamo eccessivamente sensibili alla forza fisica (e ad altri fattori privi di rilevanza morale) nel caso Cavalcavia, oppure siamo troppo poco sensibili alle forme di violenza impersonale nel caso Passante?⁶⁷

A questo argomento, basato sulle varianti del *Trolley Problem*, Greene ne aggiunge un altro basato pure su studi empirico-psicologici: l'argomento del miracolo cognitivo⁶⁸. L'idea di fondo è che le nostre risposte automatiche, il Sistema 1, funzionano adeguatamente solo quando sono state plasmate attraverso un processo di prova ed errore («*trial and error processes*»⁶⁹), come sarebbe avvenuto ad esempio, presso i nostri antenati, in relazione allo sviluppo della paura dei serpenti. Viceversa, fuori dai casi in cui processi biologici, culturali o personali hanno avuto modo di calibrare le nostre risposte emotive, attendersi che queste possano essere affidabili equivale a confidare in un miracolo cognitivo⁷⁰. Ma, può facilmente proseguire Greene, nei dilemmi morali come quello del vagone impazzito siamo davanti a situazioni non-familiari, situazioni cioè con le quali la nostra mente non è stata addestrata a rapportarsi né al livello evoluzionistico-biologico, né al livello culturale, né al livello personale. Per questo dobbiamo ritenere che le nostre intuizioni morali – le nostre risposte automatiche – siano difettose.

La conclusione di questo argomento è che nell'affrontare il dilemma morale del vagone impazzito a essere difettose sono le nostre risposte automatiche, non le nostre risposte controllate. Di questa conclusione possono essere date due interpretazioni. Secondo la prima interpretazione saremmo già arrivati alla contestazione della morale deontologica, e alla difesa della morale utilitarista. Se infatti sappiamo, grazie alla risonanza magnetica funzionale, che le risposte automatiche sono le risposte deontologiche (come il divieto di spingere giù dal cavalcavia il passante), e in base all'argomento del miracolo cognitivo screditiamo queste risposte preservando al contempo il valore delle risposte utilitaristiche, l'esito sembrerebbe essere favorevole all'Utilitarismo. Greene, tuttavia, sembra optare per una seconda, più prudente, interpretazione, per cui a essere dimostrato sarebbe, ancora una volta, che le nostre risposte automatiche sarebbero inaffidabili, che dunque il senso comune andrebbe rivoluzionato, non avendo noi ragioni per seguirne gli orientamenti ondivaghi e incoerenti, senza che ciò implichi in modo univoco che l'Utilitarismo sia preferibile alle morali deontologiche. Non avremmo ancora stabilito in che direzione soffi il vento della rivoluzione morale: se abbiamo ragioni per correggere i nostri giudizi nel caso Cavalcavia nella direzione dell'Utilitarismo, o piuttosto i nostri giudizi nel caso Passante nella direzione della morale deontologica.

⁶⁴ GREENE 2013, 217.

⁶⁵ GREENE 2013, 220.

⁶⁶ GREENE 2013, 224 ss.

⁶⁷ GREENE 2014, 713; GREENE 2013, 217.

⁶⁸ GREENE 2014, 714 ss.

⁶⁹ GREENE 2014, 714.

⁷⁰ Un interessante confronto a questo proposito è con KAHNEMAN 2011, cap. 22.

L'ultima parte dell'argomentazione di Greene è volta a mostrare appunto che la rivoluzione vada compiuta in senso utilitarista, dal momento che la morale deontologica sistematica, come quella kantiana, altro non sarebbe che una forma di razionalizzazione del senso comune. È qui che Greene riepuma la sentenza di Nietzsche su Kant, per cui Kant avrebbe creato un sistema morale sofisticato ma fondamentalmente proteso alla difesa del senso comune, ossia fondamentalmente del pregiudizio popolare. La mossa consistendo, alla fine, nell'assecondare i giudizi comuni dove possibile, e in caso di emersione di certe incoerenze optare per la soluzione meno contro-intuitiva, rimuovendo il problema della genealogia del senso comune e archiviando così programmi rivoluzionari più seri⁷¹.

L'idea centrale che si rinviene nell'opera di Greene è che il senso comune deve essere destituito, "disintegrato". Per mettere a fuoco questa idea non è necessario addentrarsi oltre nella sua pur suggestiva argomentazione. Vanno tuttavia svolte alcune considerazioni.

In primo luogo, va delimitata la portata della rivoluzione che Greene prefigura. La rivoluzione non si arresta alla contestazione delle nostre risposte basate sul fattore della forza fisica e sulla distinzione tra vittime dirette e vittime collaterali, ma investe anche la distinzione tra uccidere e lasciar morire⁷², e altri ambiti morali come quello dei doveri di solidarietà⁷³. D'altra parte, Greene non sostiene che le persone dovrebbero andare in giro improvvisandosi come degli inesorabili decisori utilitaristi, dal momento che lo stesso Utilitarismo può richiedere che gli agenti adottino spesso una prospettiva non pienamente utilitarista. Greene sostiene piuttosto che come privati cittadini il più delle volte è bene rispettare le regole del senso comune, ma nel momento in cui abbiamo il potere di contribuire alla fissazione delle regole sociali cui dovremo obbedire allora dobbiamo ragionare come utilitaristi⁷⁴.

In secondo luogo, bisogna notare come gli esiti dell'argomento di Greene potrebbero essere condannati all'arbitrarietà. Finché una teoria morale, per essere accettata, doveva rispettare i nostri giudizi di senso comune, avevamo un criterio abbastanza univoco per stabilire quale soluzione potesse essere una buona soluzione e quale no. Ma se facciamo a meno del senso comune, come potremmo stabilire quale codice morale rivoluzionario sia preferibile? Dovremmo accettare l'Utilitarismo, oppure l'etica kantiana, o magari una forma di egoismo nietzschiano⁷⁵. Greene è consapevole del problema, e, come detto, ha provato a rispondervi. Tuttavia, molto lavoro deve essere fatto per superare il problema dell'arbitrarietà.

Ma anche se mettiamo da parte il problema dell'arbitrarietà, resta un problema inerente all'idea stessa di una teoria morale rivoluzionaria, che è in qualche modo reminiscente del problema dell'integrità sollevato da Williams.

Abbandonare la morale di senso comune in favore di qualcos'altro significa rinunciare al senso di integrità morale che il senso comune tende a preservare. Avere l'obbligo di accettare conclusioni pesantemente contro-intuitive, significa accettare che abbiamo il dovere di non rivederci più nelle nostre azioni. La teoria di Greene costituisce già una controcritica all'obiezione dell'integrità: dopo tutto quello che si è detto sull'inaffidabilità delle nostre risposte di senso

⁷¹ GREENE 2014, 717 ss.; si veda anche GREENE 2008.

⁷² GREENE 2013, 240 ss.

⁷³ GREENE 2013, 259 ss.

⁷⁴ GREENE 2014, 717. In questo Greene rientra nel filone di pensiero, di cui si è detto sopra, che rende più labile la connessione tra Utilitarismo e procedure decisionali. Greene parla di fissazione delle regole della morale convenzionale, ma porta come esempio di scelta che contribuirebbe a fissare le regole della morale convenzionale e che dovrebbe essere fondata sul principio di Utilità quello delle scelte elettorali. È strano pensare che le leggi dello stato plasmino in modo diretto la morale convenzionale o la morale di senso comune. Ma il senso generale della posizione di Greene mi sembra chiaro: sebbene non abbiamo ragioni per operare da utilitaristi nel nostro vivere quotidiano, abbiamo ragioni per scegliere i nostri progetti di vita e, per quanto in nostro potere, di configurare il contesto sociale in cui vivremo sulla base del principio di Utilità.

⁷⁵ KAHANE 2011, 120.

comune, il nostro senso di integrità non può rappresentare il parametro di valutazione delle teorie morali. Insistere sull'integrità individuale sembrerebbe, a questo punto, una petizione di principio, la semplice manifestazione della nostra incredulità davanti alla prospettiva di abbandonare il senso comune (e come disse David Lewis «I do not know how to refute an incredulous stare»). Però non è detto che il problema dell'integrità sia del tutto svanito.

Come abbiamo visto, sebbene ne faccia un'obiezione contro l'Utilitarismo, Williams nota pure che, se eleviamo l'integrità a valore, ne facciamo un problema assiologico, è grottesco pretendere che questo valore superi per importanza i valori rispetto ai quali l'Utilitarismo è sensibile. Il problema dell'integrità, a mio avviso, resta interessante, anche dopo aver ascoltato l'argomento di Greene, proprio perché non è riducibile a un problema puramente assiologico. «È *assurdo* chiedere alle persone di alienarsi dalle loro azioni». Ma come articolare questa accusa di assurdità? Una suggestione è questa: potrebbe essere assurdo sulla base di certe posizioni metaetiche, ossia sulla base di certe idee intorno a quale sia la funzione dei giudizi morali, il loro rapporto con la realtà. Una domanda che oggi coinvolge anche gli studi empirici sulla normatività. Il problema dell'integrità sarebbe, in questo senso, un condotto di scolo che collega l'etica normativa (il dibattito, ad esempio, su Utilitarismo ed etica deontologica) con lo studio descrittivo, eventualmente empirico, della normatività umana⁷⁶.

4.2 Kahneman e il framing

Come abbiamo visto l'operazione di Greene consiste nell'utilizzare i risultati della ricerca psicologica e neuroscientifica per argomentare a favore di una certa teoria morale, l'Utilitarismo, e contro la morale di senso comune. Possiamo però immaginare un impatto diverso delle ricerche empiriche sul ragionamento morale, per cui, date le intuizioni morali che le persone hanno, non è possibile creare sistemi morali coerenti. Un impatto distruttivo che spinge verso l'adozione di una posizione scettica, soggettivista, nichilista – non proverò a distinguere queste alternative.

Un esempio in questo senso può essere rinvenuto negli esperimenti condotti sul c.d. *framing* – “effetto di inquadramento” o “effetto di presentazione”. Per effetto framing si intende la capacità che la descrizione, la presentazione, di qualcosa ha di influenzare in modo ingiustificato le credenze e le preferenze del soggetto⁷⁷. La stessa scelta tra due o più opzioni può essere descritta in modi diversi, e la descrizione prescelta, *sebbene accurata*, può rendere più o meno allettante una certa opzione e così modificare la scelta dell'agente.

Vediamo alcuni esperimenti. In un primo esperimento ai soggetti viene chiesto di immaginare di ricevere 50 €. Dopodiché vengono fatti scegliere tra un risultato sicuro e una scommessa, dunque un risultato aleatorio. La scommessa consiste nel giocare alla ruota della fortuna. Se la ruota si fermerà sul bianco il giocatore riceverà l'intero importo, se si fermerà sul nero non riceverà nulla. L'opzione sicura consiste invece nell'ottenere 20€ che è pari al valore atteso della scommessa. Ad alcuni partecipanti l'opzione sicura viene presentata come consistente in “KEEP €20”, agli altri come “LOSE €30”. Si tratta, come è ovvio, esattamente della stessa opzione; tuttavia la modalità di presentazione influenza le scelte dei partecipanti favorevolmente rispetto all'opzione sicura nel momento in cui questa è presentata come KEEP, e sfavorevolmente quando è presentata come LOSE⁷⁸. Questi risultati riflettono una tendenza generale della mente

⁷⁶ L'immagine dei canali di scolo che utilizzo è stata impiegata da J.J. Moreso nel contesto, diverso, dell'analisi dei *defeaters* (MORESO 2020, 470 s.). Seppur non sia protesa né a favorire né a sfavorire un approccio rivoluzionario in ambito morale, l'analisi della normatività di M. Brigaglia è un esempio di reinterpretazione in chiave psicologica dell'analisi metaetica della morale (BRIGAGLIA 2018).

⁷⁷ KAHNEMAN 2011, 364. Si veda anche SINNOTT-ARMSTRONG 2008, 52: «A person's belief is subject to a word framing effect when whether the person holds the belief depends on which words are used to describe what the belief is about».

⁷⁸ KAHNEMAN 2011, 364-365.

umana a essere sfavorevole al rischio per quanto riguarda i guadagni, e favorevole al rischio per quanto riguarda le perdite⁷⁹.

In modo simile a quanto abbiamo già visto analizzando la posizione di Greene, questo studio ricollega le diverse performance della nostra mente all'attivazione di zone del cervello diverse. In particolare, le scelte conformi al framing sono correlate all'attivazione dell'amigdala, una zona cruciale per le risposte emotive: questo vuol dire che le parole KEEP e LOSE hanno un chiaro impatto emotivo. Viceversa, le persone che hanno deciso in contrasto con il framing esibiscono una forte attività del cingolato anteriore, una zona cruciale per gestione dei conflitti tra diversi impulsi.

Le intuizioni che sono state prese in considerazione in questo studio sono le intuizioni di persone qualunque. Ci si potrebbe chiedere se l'expertise renda immuni dal framing. Gli esperimenti mostrano che sovente l'expertise non è decisivo. In un esperimento condotto da Amos Tversky viene presentato a dei medici uno studio comparativo su due trattamenti per la cura del cancro al polmone: operazione chirurgica e radioterapia. L'operazione chirurgica è preferibile nel lungo periodo alla radioterapia, ma è più rischiosa. Ad alcuni medici viene presentato come dato che il tasso di sopravvivenza dei pazienti a un mese dall'operazione è del 90%; mentre all'altro gruppo viene presentato come dato che l'operazione ha, nel primo mese, un tasso di mortalità pari al 10%. L'esito di queste due diverse presentazioni è che ben l'84% dei medici sarà a favore dell'operazione quando viene presentata facendo riferimento al tasso di sopravvivenza del 90%, mentre solo il 50% dei medici sarà a favore dell'operazione nel momento in cui viene presentata riferendosi al tasso di mortalità del 10%. Si tratta di un dato sconcertante: la scelta è una scelta drammatica, da cui dipende la vita di molte persone, e le intuizioni di chi è chiamato a prendere questa scelta sono influenzate da fattori totalmente irrilevanti⁸⁰.

Quest'ultimo studio è anche rilevante per introdurre un altro aspetto del framing. Una delle scelte può essere preferibile rispetto all'altra. In questo caso le modalità di presentazione non sono solo dei mezzi per rivelare il carattere fluttuante e incoerente dei nostri giudizi, ma anche per indirizzarci verso una soluzione che è reputata corretta in modo non-controverso. Da questo punto di vista il framing è alla base del *nudge*, ossia delle tecniche di condizionamento della scelta che non escludono alcuna opzione possibile e non incidono in modo sostanziale sui costi della scelta – la “spinta gentile”⁸¹.

Un esempio famoso, che viene preso in esame dallo stesso Kahneman, riguarda la modalità di presentazione della scelta sul se donare o no i propri organi. Si tratta di una scelta molto importante, che però le persone tendono a compiere senza pensarci troppo. Si tratta inoltre di una scelta in cui, dal punto di vista dei decisori pubblici, vi è un'azione – la donazione – che è chiaramente preferibile rispetto all'altra. Ebbene le statistiche mostrano come, tra paesi di cultura comparabile, la percentuale di donazioni può variare enormemente (andando, ad esempio, dal 100% dell'Austria al 12% della Germania) a seconda rispettivamente che l'opzione di default consista nella donazione – per cui si richiede alla persona di segnare l'opzione di “non-donatore” – oppure nella non-donazione⁸².

Fino a ora i risultati sul framing sono inquietanti perché mostrano come il giudizio umano venga fatto sbalottare di qua e di là dai fattori più imprevedibili, e possa dunque essere facilmente manipolato. Ma è l'ultimo studio quello che è pertinente per mostrare la disintegrazione della morale.

Si tratta di uno studio condotto da Kahneman e Tversky, conosciuto come “il problema della febbre asiatica”. Immaginiamo che gli Stati Uniti si stiano preparando per lo scoppio di un'atipica febbre asiatica, che si aspetta ucciderà 600 persone. Vi sono due piani alternativi per

⁷⁹ KAHNEMAN 2011, 335.

⁸⁰ KAHNEMAN 2011, 367; MCNEIL, PAUKER, SOX JR., TVERSKY 1982.

⁸¹ THALER, SUNSTEIN 2008.

⁸² KAHNEMAN 2011, 371-374.

contrastare la febbre asiatica. Assumiamo che le stime scientifiche esatte dei due programmi siano le seguenti:

- 1) Se viene adottato il programma A, saranno salvate 200 persone
- 2) Se viene adottato il programma B, vi è $1/3$ di probabilità che 600 persone verranno salvate e $2/3$ delle probabilità che nessuno verrà salvato.

In questo caso la grande maggioranza dei presenti si mostra favorevole rispetto all'adozione del programma A: preferiscono l'opzione certa rispetto a quella aleatoria.

La scelta può però essere formulata anche nel seguente modo:

- 1) Se viene adottato il programma A, 400 persone moriranno
- 2) Se viene adottato il programma B, vi è $1/3$ di probabilità che nessuno morirà, e $2/3$ delle probabilità che 600 persone moriranno

Sebbene la scelta sia la medesima di quella precedente, in questo caso la grande maggioranza delle persone testate preferisce la scommessa di B, rispetto al risultato certo di A. Questo perché in generale le persone non sono propense al rischio quando i risultati sono presentati in modo positivo, mentre sono propense al rischio quando sono presentati in modo negativo⁸³. Come se non bastasse, anche questo esperimento è stato ripetuto somministrando le domande a professionisti del comparto sanitario – persone che si ritrovano a prendere decisioni, ad esempio, sulla programmazione dei vaccini –, mostrando come anche questi professionisti sono esposti alle distorsioni del giudizio dovute al framing.

Ma questo lo sapevamo già; la conclusione che ci interessa è invece un'altra. Facciamo un passo indietro. Nell'esperimento sulle terapie contro il cancro polmonare e nello studio sulla donazione di organi, vi era una risposta corretta. I bias piombano sul decisore come dei corvi rendendogli difficile arrivare alla meta. Però in certi casi, come in questo della febbre asiatica, non è immediatamente chiaro quale sia la cosa giusta. Dobbiamo aiutare in qualche modo il nostro giudizio. A volte un modo per capire qual è la scelta corretta consiste nel neutralizzare il framing ponendo il soggetto davanti a entrambe le descrizioni possibili della medesima scelta. In questo caso l'agente si rende conto che è in atto una distorsione del giudizio, e può accadere che le sue preferenze di assesteranno in modo coerente. Ma questa magia può anche non verificarsi. E questo è il fenomeno che Kahneman e Tversky hanno registrato nello studio sulla febbre asiatica. Se mostriamo entrambe le versioni dell'esperimento alle persone, queste non emergono con un giudizio informato e definitivo, bensì sprofondano nel dubbio: le loro intuizioni prodotte dal framing erano tutto quello che avevano, e una volta che il framing finisce di operare non sanno cosa dire, restano senza parole “*dumbfounded*”⁸⁴.

Osservando questi studi sembrerebbe che la morale sia già in crisi, e non abbia bisogno di essere demolita da una rivoluzione morale. Sembrerebbe esservi su questo punto un'importante differenza rispetto alla teoria di Greene. In realtà anche la teoria di Greene muove dalla constatazione che il senso comune sia incoerente e incompleto. È per questo che non riusciamo a trovare il principio che giustifichi i nostri giudizi finché concepiamo la trolleologia come fa Thomson. La latitanza delle giustificazioni dei nostri giudizi nel *Trolley Problem* occupa il posto del *dumbfounding* nello studio sul framing. La differenza sta nel fatto semmai che per Greene vi è un sistema morale coerente, l'Utilitarismo, che è posto al riparo dalla crisi della morale di senso comune. Gli esperimenti sul framing potrebbero suggerire che la crisi della morale è così profonda da im-

⁸³ KAHNEMAN 2011, 368. SINNOTT-ARMSTRONG 2008, 55.

⁸⁴ KAHNEMAN 2011, 370.

pedirci di costituire un sistema morale coerente e completo. La crisi sarebbe una crisi della morale e non solo della morale di senso comune.

5. Conclusioni

Ricapitolando. Siamo partiti da una rappresentazione della morale per cui la morale è qualcosa che è utile per completare il diritto. La morale viene incorporata nel diritto per risolvere certi problemi inerenti all'applicazione del diritto, in particolare per scongiurare che vengano adottate soluzioni contro-intuitive. Questo ruolo della morale è comprensibile se intendiamo la morale alla stregua della morale di senso comune, la morale come buon senso. Per fare emergere uno dei tratti salienti della morale di senso comune mi sono rifatto a un'idea che Bernard Williams utilizza per criticare l'Utilitarismo, l'idea di integrità. Rappresentare la morale di senso comune come morale dell'integrità ha la funzione di enfatizzare come la morale di senso comune rappresenti per gli agenti una sfera dell'azione accogliente, un momento della loro vita pratica in cui si rivedono nelle azioni che compiono. E questa idea è utile quando immaginiamo il completamento del diritto per mezzo della morale perché il così detto "completamento" è appunto una mossa per rendere meno alienanti le conclusioni a cui porta l'impiego di altre regole inferenziali nell'applicazione del diritto.

Questo bel quadro, la morale come luogo accogliente, viene però turbato da diversi fenomeni. In questo lavoro si sono presentati due problemi derivanti da studi, più o meno recenti, di ispirazione in senso lato psicologica. La morale di senso comune è stata sfidata in un primo senso nel momento in cui abbiamo visto come certi studi di psicologia morale e neuroscienze supportino l'Utilitarismo, una morale che giustifica soluzioni contro-intuitive. Ed è stata sfidata in un secondo senso quando abbiamo visto, considerando gli esperimenti sul framing, che le nostre intuizioni morali possono semplicemente essere incoerenti e incomplete. Ragionando su cosa è giusto fare possiamo fare esperienza che, a un certo punto, le risposte cominciano a scomparire.

Cosa fare? La disintegrazione della morale di senso comune ci dà ragioni per limitare, per quanto possibile, l'incorporazione della morale nel diritto? Più regole e meno principi? Più giurista-custode e meno giurista-creatore? Il presente lavoro ha solo la funzione di contribuire a mettere a fuoco la crisi della morale vista come luogo accogliente, arricchendo la lista delle fonti questa crisi, e non anche di suggerire una soluzione al problema. Le considerazioni conclusive che seguono sono dunque delle domande aperte.

In primo luogo è importante effettuare una ricognizione dei danni, delimitare l'impatto del problema. Non sempre il diritto richiede per essere applicato lo svolgimento di un ragionamento morale⁸⁵. Inoltre, occorre comprendere la misura in cui il ragionamento morale sarebbe screditato. Con questo lavoro il problema è stato drammatizzato per renderlo vivido, ma le intuizioni morali umane potrebbero essere riscattate in più modi. A ciò si aggiunga che nella presente analisi si è sostenuto che la morale figuri nel ragionamento giuridico principalmente per scongiurare conclusioni contro-intuitive; che dunque vada intesa come morale di senso comune; e che un aspetto cruciale del senso comune risieda nell'idea di integrità. Questo insieme di idee deve certamente essere problematizzato in modo maggiore: ha la morale altri ruoli? È l'idea di integrità così centrale nella morale di senso comune?⁸⁶

⁸⁵ Lo stesso Dworkin concede agevolmente questo fatto nel passo sull'incorporazione da cui sono partito (DWORKIN 1996, 8).

⁸⁶ Aldo Schiavello ha notato, in proposito, che si deve fare chiarezza su quanto le decisioni dei giudici effettivamente differiscano da quelle di un decisore utilitarista, ossia un tipo di decisore che in questo lavoro è stato contrapposto alla voce del senso comune. Bisogna notare però che, nella rappresentazione che ho dato, il senso comune non è sordo rispetto alle conseguenze; semplicemente la valutazione morale di senso comune non si riduce del tutto al calcolo impersonale delle conseguenze, come invece si riduce l'Utilitarismo.

Un bivio preliminare e per molti versi primitivo potrebbe, poi, essere il seguente. La presa d'atto dei limiti della morale di senso comune è una ragione per modificare il ruolo della morale nell'applicazione del diritto – dunque per modificare la cultura giuridica, orientandola all'uso di argomenti che non sono permeati dalla morale –, oppure la presa d'atto del ruolo della morale di senso comune nell'applicazione del diritto è una ragione in favore della difesa della morale di senso comune contro i suoi critici?

Infine, l'enfasi sulla disintegrazione della morale potrebbe spingere verso un ribaltamento di prospettiva nell'analisi del rapporto tra diritto e morale.

Joseph Raz e, in uno dei suoi ultimi scritti, Bruno Celano hanno esplorato l'idea che la morale sia qualcosa di incompleto e che il rapporto tra diritto e morale in certi casi vada letto nel senso opposto a quello classico: non la morale che va in soccorso del diritto, ma il diritto (e in generale le istituzioni sociali) che va in soccorso della morale individuale.

In Raz la crisi della morale ha come sua fonte i problemi epistemici riguardo la conoscenza delle ragioni per agire e i problemi di coordinazione. L'itinerario di Raz sbocca in una riabilitazione – contro l'anarchismo filosofico – dell'idea di autorità, ossia di un potere capace di darci ragioni per fare cose che sono per noi profondamente controintuitive, e forse sono anche realmente ingiuste⁸⁷.

Meno atroce nelle conclusioni ma più sinistro è l'itinerario di Celano. In questo caso la fonte della crisi della morale, illustrata attraverso l'Oresteia di Eschilo, è rappresentata dalla sussistenza di situazioni tragiche, prodotte da norme morali antinomiche e ricorsive – norme sanzionatrici la cui corretta applicazione costituisce un illecito e dunque il presupposto per la reiterazione della sanzione disposta dalla norma medesima (es. la norma sociale sulla vendetta)⁸⁸. Anche in questo caso la morale in crisi chiede l'aiuto delle autorità e delle procedure; ma Celano mostra scetticismo in merito a ogni possibilità per il diritto di ricucire la tela strappata della morale. Nell'Oresteia sappiamo già che la morale non offre una soluzione al problema di Oreste, tuttavia, come si dice misteriosamente in questi casi, “una soluzione deve essere trovata”. Alla fine, Oreste, perseguitato dalle Erinni, si affida al diritto nella forma di un processo, e una votazione che ha luogo nella democratica Atene lo salva. Celano commenta «Eschilo fa questo gioco di prestigio, e noi ci sentiamo alleggeriti»⁸⁹.

La perplessità di Celano potrebbe essere corroborata da quanto detto qui. Se la morale umana è in crisi – tutta, in parte, sta a vedersi (ma in misura maggiore di quanto mostrato dall'Oresteia) –, anche se fosse in nostro potere diminuire la centralità del punto di vista morale nell'applicazione del diritto attraverso l'adozione di certi sistemi giuridici o di certe culture giuridiche, a che servirebbe tutto questo? Le leggi, anche se possono limitare la centralità del ragionamento morale, sono il prodotto – nella migliore delle ipotesi – della morale di certe persone. Se la morale è in crisi, affidarsi alle leggi per superare la crisi è come provare a sollevarsi tirandosi per i capelli.

Una prima domanda allora è: come muta, se muta, il ruolo della morale nell'integrazione del diritto una volta che siamo consapevoli della sua crisi? A questa domanda se ne aggiunge un'altra: cosa può fare il diritto per una morale in crisi? Sono domande che richiedono una maggiore integrazione tra la teoria del diritto e i più recenti sviluppi della filosofia morale.

⁸⁷ Per la tesi dell'incorporazione RAZ 2009b [2004]; per la giustificazione dell'autorità RAZ 1986; per il raffronto con l'anarchismo SHAPIRO 2002, 384 ss.

⁸⁸ CELANO 2021, 343 ss.

⁸⁹ CELANO 2021, 392.

Riferimenti bibliografici

- ADAMS R.M. 1976. *Motive Utilitarianism*, in «The Journal of Philosophy», 73, 14, 1976, 467 ss.
- BRIGAGLIA M. 2018. *Genealogia della normatività. La normatività come controllo*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», XVIII/1, 2018, 59 ss.
- BRIGAGLIA M., CELANO B. 2017. *Rivoluzione cognitivista e teoria del diritto: un programma di ricerca*, in «Diritto e questioni pubbliche», XVII, 2, 2017, 523 ss.
- CANALE D., TUZET G. 2020. *La giustificazione della decisione giudiziale. Seconda edizione*, Giappichelli.
- CELANO B. 2021. *Lezioni di filosofia del diritto. Seconda edizione ampliata*, Giappichelli.
- CHIASSONI P. 2013. *Positivismo giuridico*, in PINO G., SCHIAVELLO A., VILLA V. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, 32 ss.
- COLEMAN J.L. 1998. *Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis*, in «Legal Theory», IV, 4, 1998, 381 ss.
- DAMASIO A.R. 1994. *Descartes' Error. Emotion, Reason and the Human Brain*, Putnam.
- DWORKIN R. 1976a. *The Model of Rules I*, in ID., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 14 ss. (ed. or. 1967).
- DWORKIN R. 1976b. *Hard Cases*, in ID., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 81 ss. (ed. or. 1975).
- DWORKIN R. 1976c. *Introduction*, in ID., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, vii ss.
- DWORKIN R. 1976d. *Taking Rights Seriously*, in ID., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 184 ss. (ed. or. 1970).
- DWORKIN R. 1996. *Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, in ID., *Freedom's law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, 1 ss.
- FERRARO F. 2013. *L'utilità dei diritti. Diritti morali e giuridici in una prospettiva etica utilitaristica*, ETS.
- FOOT P. 2002. *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect*, in ID., *Virtues and Vices: and other essays in moral philosophy*, edizione online (ed.or. 1967).
- GREENE J. D. 2008. *The Secret Joke of Kant's Soul*, in SINNOTT-ARMSTRONG W. (ed.), *Moral Psychology. Vol II*, MIT Press, 35 ss.
- GREENE J. D. 2013. *Moral Tribes: Emotion, Reason and the Gap between Us and Them*, The Penguin Press.
- GREENE J. D. 2014. *Beyond Point-and-Shot Morality: Why Cognitive (Neuro)Science Matters for Ethics*, in «Ethics», 124, 4, 2014, 695 ss.
- GRIFFIN J. 1986. *Well-Being. Its Meaning, Measurement, and Moral Importance*, Oxford University Press.
- HAIDT J. 2012. *The Righteous Mind. Why Good People are Divided by Politics and Religion*, Pantheon Books.
- HIMMA, K.E. 2004. *Inclusive Legal Positivism*, in COLEMAN J.L., HIMMA K.E., SHAPIRO S.J. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 125 ss.
- KAHANE G. 2011. *Evolutionary Debunking Arguments*, in «Noûs», 45,1, 2011, 103 ss.
- KAHNEMAN D. 2011. *Thinking, Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux.
- KYMLICKA W. 2002. *Contemporary Political Philosophy. An Introduction. 2nd edition*, Oxford University Press.
- MCNEIL B.J., PAUKER S.G., SOX H.C. JR, TVERSKY A. 1982. *On the elicitation of preferences for alternative therapies*, in «The New England Medical Review and Journal» 306, 21, 1982, 1259 ss.

- MORESO J.J. 2020. *Lo normativo: variedades y variaciones*, CEPC.
- MOSELEY D. 2014. *Revisiting Williams on Integrity*, in «Journal of Value Enquiry», 48, 1, 2024, 53 ss.
- NOZICK R. 1974. *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books.
- PARFIT D. 1984. *Reasons and Persons*, Oxford University Press.
- RAWLS J. 1999. *A Theory of Justice*, Harvard University Press (ed. or 1971).
- RAZ J. 1986. *The Morality of Freedom*, Oxford University Press.
- RAZ J. 2009a. *Legal Positivism and the Source of Law*, in ID., *The Authority of Law. Second Edition*, Oxford University Press, 37 ss. (ed. or. 1979).
- RAZ J. 2009b. *Incorporation by the Law*, in *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reasons*, Oxford University Press, 182 ss. (ed. or. 2004).
- RAZ J. 2009c. *The Rule of Law and Its Virtue*, in *The Authority of Law. Second Edition*, Oxford University Press, 210 ss. (ed. or. 1977).
- ROCCHÈ G. 2020. *Rivoluzione morale. Struttura, limiti e risorse nascoste del progetto filosofico di Joshua Greene*, in «Diritto e questioni pubbliche», XX, 2, 2020, 193 ss.
- SCHIAVELLO A. 2023. *Conoscere il diritto*, Mucchi.
- SCHEFFLER S. 1988. *Introduction*, in ID. (ed.), *Consequentialism and Its Critics*, Oxford University Press, 1 ss.
- SEN A. 1988. *Rights and Agency*, in SCHEFFLER S. (ed.), *Consequentialism and Its Critics*, Oxford University Press, 187 ss. (ed. or. 1982).
- SHAPIRO S. 2002. *Authority*, in COLEMAN J.C., SHAPIRO S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 382 ss.
- SINGER P. 1972. *Famine, Affluence, and Morality*, in «Philosophy and Public Affairs», 1, 3, 1972, 229 ss.
- SINGER P. 2005. *Ethics and Intuitions*, in «The Journal of Ethics», 9, 2005, 331 ss.
- SINGER P. 2010. *The Life You Can Save. How to Do Your Part to End World Poverty*, Random House Trade Paperback.
- SINNOTT-ARMSTRONG W. 2008. *Framing moral intuitions*, in SINNOTT-ARMSTRONG W. (ed.), *Moral psychology, Vol. 2. The cognitive science of morality: Intuition and diversity*, Boston Review, 47 ss.
- SLOTE M. 1995. *From Morality to Virtue*, Oxford University Press.
- THALER R.H., SUNSTEIN C.R. 2008. *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press.
- THOMSON J.J. 1985. *The Trolley Problem*, in «The Yale Law Journal», 94, 6, 1985, 1395 ss.
- UNGER P. 1996. *Living High & Letting Die. Our Illusion of Innocence*, Oxford University Press.
- WILLIAMS B.A.O. 1973a. *A Critique of Utilitarianism*, in SMART J.J.C., WILLIAMS B.A.O. (eds.), *Utilitarianism for & against*, Cambridge University Press.
- WILLIAMS B.A.O. 1973b. *Ethical Consistency*, in *Sources of the Self*, Cambridge University Press, 166 ss. (ed. or. 1965).
- WILLIAMS B.A.O. 1981a. *Utilitarianism and Moral Self-Indulgence*, in *Moral Luck*, Oxford University Press, 20 ss. (ed. or. 1976).
- WILLIAMS B.A.O. 1981b. *Moral Luck*, in ID., *Moral Luck*, Oxford University Press, 20 ss. (ed. or. 1976).

RECENSIONI

Autonomia riproduttiva e test genetici prenatali nell'era del neoliberismo

(a proposito di Amber Knight e Joshua Miller, *Prenatal Genetic Testing, Abortion and Disability Justice*)

Reproductive Autonomy and Prenatal Genetic Testing in the Age of Neoliberalism

GIULIA FALLETI

Dottoranda di Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre.

E-mail: giulia.falleti@uniroma3.it

ABSTRACT

Il volume *Prenatal Genetic Testing, Abortion, Disability Justice* di Amber Knight e Joshua Miller affronta il tema dei test genetici prenatali come strumento in grado di valorizzare l'autodeterminazione delle donne, purché la scelta di utilizzarli e di interrompere o meno la gravidanza a seguito di una diagnosi di disabilità del feto, possa considerarsi davvero libera. Il testo, infatti, si focalizza sull'individuazione degli elementi che compromettono tale libertà di scelta delle donne e propone un ripensamento di quegli aspetti culturali, sociali ed economici che intrinsecamente sono discriminanti nei confronti dei soggetti vulnerabili e di chi mette al mondo un figlio affetto da disabilità.

In their book, *Prenatal Genetic Testing, Abortion, and Disability Justice*, Amber Knight and Joshua Miller address the issue of prenatal genetic testing as a tool that can enhance women's reproductive autonomy, provided that the decision to use it and to terminate or not to terminate a pregnancy following a diagnosis of fetal disability can be considered truly free.

Indeed, the text identifies the factors that jeopardise women's freedom of choice and proposes a rethink of the cultural, social and economic aspects that discriminate against the most vulnerable and those who give birth to a child with a disability.

KEYWORDS

test genetici prenatali, aborto, disabilità, giustizia, autonomia riproduttiva, donne

genetic testing, abortion, disability, justice, reproductive autonomy, women

Autonomia riproduttiva e test genetici prenatali nell'era del neoliberismo

(a proposito di Amber Knight e Joshua Miller, *Prenatal Genetic Testing, Abortion and Disability Justice*)

GIULIA FALLETI

È da ormai alcuni anni che la diffusione del test NIPT (Non-Invasive Prenatal Testing), noto anche come “test del DNA fetale”¹, solleva domande etiche importanti, soprattutto per quanto riguarda le decisioni che vengono prese dai “*prospective parents*” nel caso in cui siano rilevate delle anomalie. Le informazioni genetiche precoci, infatti, possono essere notevolmente complesse da gestire, e i potenziali genitori, soprattutto le donne, si trovano a dover prendere decisioni difficili, come quella di continuare o interrompere la gravidanza sulla base di eventuali disabilità del nascituro. L'utilizzo di tali tecnologie di screening rappresenta ad oggi una questione di notevole interesse, non solo nel dibattito bioetico internazionale, ma anche a livello mediatico² e politico³.

I punti critici fondamentali che la letteratura sul tema cerca di analizzare attengono ai potenziali risvolti dell'utilizzo di dette tecnologie, alla possibilità che esse contribuiscano o meno ad una valorizzazione dell'autonomia riproduttiva delle donne o, al contrario, all'eventualità che conducano verso una pericolosa deriva eugenica a scapito delle persone con disabilità.

Da questa prospettiva prende le mosse il volume *Prenatal Genetic Testing, Abortion, Disability Justice* di Amber Knight e Joshua Miller (Oxford 2023), che rappresenta uno strumento prezioso per analizzare lo sviluppo e le implicazioni del dibattito attuale e che, pur prendendo come terreno di osservazione il contesto statunitense⁴, risulta utile anche per una riflessione di più ampio respiro, applicabile in diverse situazioni.

Con questa opera gli autori si propongono di coordinare l'attenzione sui diritti riproduttivi e sull'autodeterminazione delle donne tenendo conto delle prerogative e dei diritti delle persone disabili.

Il testo è permeato da considerazioni di carattere politico oltre che etico e, dal punto di vista metodologico, è profondamente influenzato dalle teorie femministe e dalle considerazioni sviluppate dai *Disability Studies*.

L'opera è articolata in una parte teorica e normativa – i primi due capitoli – che pone le fondamenta attorno a cui ruotano le successive parti di natura politico-applicativa sviluppate nei restanti quattro capitoli, in cui vengono analizzati e criticati l'attuale sistema sanitario, il *Welfare State* neoliberista, il sistema oppressivo abilista, patriarcale e sessista che permea la società a più livelli, nonché l'incidenza della pandemia Covid sulla tematica, e si chiude con uno spunto di riflessione finale relativo alle conseguenze giuridiche della sentenza Dobbs sul diritto all'aborto negli USA.

¹ Si tratta di un'indagine non invasiva, a rischio zero per la gestante e per il feto, che permette, attraverso un prelievo di sangue della donna in gravidanza, di isolare e quantificare il DNA del feto per poter indagare la presenza di alcune anomalie cromosomiche.

² Ne rappresentano un esempio il documentario prodotto dalla BBC nel 2016: *A World Without Down's Syndrome*, o l'articolo pubblicato da CBS News dal titolo: *What kind of World do you want to live in? Inside the Country where Down Syndrome is Disappearing*.

³ È dibattuto se tali test debbano essere finanziati con risorse statali o meno e se sia eticamente accettabile effettuare i cosiddetti “aborti selettivi”.

⁴ Contesto nel quale la problematizzazione dell'utilizzo di tali test è stata particolarmente sentita anche alla luce dei “prenatal disability non discrimination acts” in forza dei quali, in alcuni Stati federati, non è possibile abortire in caso di disabilità del feto, con l'effetto che la retorica della disabilità viene utilizzata per portare avanti un programma, in realtà, volto a limitare o a precludere l'accesso all'aborto.

Tutto questo è posto in relazione principalmente all'assetto più o meno favorevole al libero e reale dispiegamento dell'autonomia riproduttiva femminile. L'assunto di partenza, pertanto, per gli autori è rappresentato dal fatto che, sulla base di un'indagine empirica, le donne incinte a cui viene diagnosticata una disabilità del feto, o prima ancora, che devono decidere se sottoporsi ai test di screening, si trovano a dover prendere queste decisioni in modo non del tutto libero, ma spesso influenzate dai medici, dall'organizzazione statale, dal contesto culturale e dai più disparati fattori sociali ed economici.

Nel primo capitolo, che pone le basi su cui si sviluppa l'intera opera, viene analizzato il “problema della libertà”, in relazione al quale gli autori si domandano quando sia possibile compiere una scelta che possa essere considerata davvero libera. Invero, Knight e Miller, dopo essersi confrontati con le diverse concezioni di autonomia, aderiscono ad un'idea di autonomia di carattere relazionale⁵, l'unica che a loro avviso è in grado di rispondere alle istanze politiche e alle rivendicazioni del femminismo e delle persone con disabilità, senza deumanizzare coloro che non hanno la capacità di prendere autonome decisioni a causa di menomazioni cognitive. Ancora, gli autori riferiscono di una propria affinità con il pensiero e l'analisi di Marilyn Frye, la quale caratterizza l'oppressione come «an enclosing structure of forces and barriers which tends to the immobilization or reduction of a group or category of people»⁶. Il patriarcato, il razzismo, il classismo, l'eterosessismo e l'abilismo, in quanto sistemi oppressivi, compromettono l'autonomia distorcendo e deformando le preferenze e i desideri di ciascun individuo, e inoltre negano alle persone un'adeguata gamma di scelte. Le scelte riproduttive sono, dunque, molto spesso il prodotto di questa oppressione, come viene ampiamente esposto nel corso dell'opera, per cui le persone e, nello specifico le donne, non sono mai davvero libere – quando operano in un contesto connotato da forti disparità di potere e di fatto – di scegliere se sottoporsi o meno a un test di screening prenatale oppure, a seguito di un risultato positivo, di terminare o portare avanti la gravidanza, o ancora, di crescere un bambino con disabilità o, magari, optare per l'adozione. Gli autori concepiscono la libertà di scelta come un concetto che si articola in maniera graduale e, dal momento che non esistono scelte assolutamente libere, sostengono la necessità di individuare quegli elementi e quei requisiti che consentono alle donne di avere maggiore controllo e consapevolezza sulla propria vita, cercando di mettere in evidenza quelli che sono i condizionamenti politici, socioculturali, economici, giuridici⁷ e religiosi.

Nel secondo capitolo, infatti, viene affermata l'importanza di un ruolo più attivo dello stato liberale a cui fa capo sia l'onere di predisporre un contesto più equo, che consenta il dispiegarsi dell'autonomia riproduttiva, sia l'onere di mettere le donne nella condizione di avere una vasta gamma di opzioni rendendole libere di utilizzare dette tecnologie come di rinunciarvi. Gli autori, poi, nello svolgere la loro analisi fanno riferimento soprattutto al contesto statunitense, affermando l'inadeguatezza di quella ricostruzione che riconduce il diritto all'autonomia riproduttiva nella sfera del diritto alla *privacy*, da cui consegue un approccio basato sulla non interferenza governativa. Agli occhi di Knight e Miller il rispetto dell'autonomia riproduttiva comprende anche il diritto a compiere aborti selettivi: è pacifico che le donne incinte non dovrebbero mai sopportare l'indegnità di portare a termine con la forza una gravidanza indesiderata, o correre il pericolo di sottoporsi ad un aborto illegale. Queste scelte, tuttavia, devono essere davvero volontarie, e non frutto di una routinizzazione al punto da farle sembrare obbligatorie. Portare in grembo e crescere un bambino con un'alterazione genetica può non rientrare nei piani di vita

⁵ Secondo gli autori la capacità di autodeterminazione non può prescindere da una complessa rete di relazioni, infatti gli esseri umani, in base a questo approccio, non sarebbero in grado di autodeterminarsi senza un ambiente che consenta assistenza e supporto. L'autonomia, dunque, sussiste fintanto che esiste una struttura sociale interattiva e collaborativa che fornisce agli individui le capacità per auto governarsi.

⁶ Cfr. pagina 44 del volume.

⁷ Si veda la nota 4.

di tutti i futuri genitori e, pertanto, gli autori sono molto critici nei confronti delle cosiddette leggi di non discriminazione prenatale, che violano l'autonomia della donna e costituiscono una forma di trattamento degradante (anziché dignitoso). D'altra parte, alcune persone potrebbero, invece, voler far nascere un feto con un'alterazione genetica diagnosticata prima del parto e accogliere il bambino nella propria famiglia, motivo per cui le loro decisioni dovrebbero non essere influenzate dalle pressioni sociali che orientano le donne verso l'interruzione di gravidanza di feti geneticamente compromessi.

Per avvalorare la loro posizione, gli autori portano anche dei casi concreti e prendono come esempio l'ipotesi in cui al feto venga diagnosticata la sindrome di Down, mettendo in luce che tutta la fase della consulenza medica risente quasi sempre di *bias* abilisti, che la minaccia della povertà in seguito alla nascita di un bambino con costosi "bisogni speciali" rende tale scelta non alla portata di tutti, che l'assenza di servizi di assistenza all'infanzia affidabili e accessibili, nonché la privatizzazione e femminilizzazione del lavoro di crescita e cura dei bambini e dell'assistenza ai disabili, costituiscono tutti fattori estremamente degradanti, che spingono i genitori (e le donne in particolare) a interrompere la gravidanza. Di questi aspetti il testo tratta efficacemente nei capitoli terzo, quarto e quinto. Non sorprende, dunque, che l'opera contenga anche alcune riflessioni che attengono al profilo della giustizia distributiva. Gli autori, infatti, contestano il fatto che negli Stati Uniti gli investimenti di denaro pubblico si siano concentrati esclusivamente sull'implementazione e sul miglioramento di nuovi test genetici piuttosto che nei servizi di cura e accoglienza delle persone disabili.

Fermo restando che i test genetici prenatali costituiscono uno strumento per incrementare l'autonomia riproduttiva delle donne, consentendo ai futuri genitori di conoscere maggiori informazioni e accrescere il controllo sopra le proprie vite, il testo mette in luce come molto spesso le preferenze riproduttive siano il frutto delle aspettative culturali secondo cui le "buone madri" utilizzeranno biotecnologie per controllare i risultati riproduttivi e produrre bambini "normali", o addirittura "perfetti". In passato, infatti, la nascita di un bambino disabile era considerata un fattore dovuto esclusivamente al caso, mentre oggi la possibilità di conoscere in anticipo se e come il feto presenta una disabilità la rende frutto di una scelta.

I capitoli applicativi di questa opera tendono, dunque, ad analizzare le conseguenze prodotte dal passaggio "from chance to choice", che determina il sorgere in capo ai genitori dell'esclusiva responsabilità delle loro scelte. Se i genitori, che possono scegliere di abortire un feto disabile non lo fanno, dovranno sostenere autonomamente i costi necessarie per le cure di quest'ultimo. Alcuni autori parlano in tal senso di "biocittadinanza", che se da una parte consente agli individui l'accesso a più informazioni e un maggior livello di controllo sulla propria salute e sul proprio benessere, dall'altra scarica la responsabilità della salute sugli individui stessi, che devono autogestirsi e subirne il relativo rischio (si parla in tal senso di *biocivic responsibility*).

Gli autori sviluppano una critica nei confronti di tale approccio, dal momento che porta a sottoporre scelte di natura estremamente privata e molto personale allo scrutinio pubblico, contribuendo anche all'erosione di quel senso di solidarietà volto a creare un mondo più accogliente nei confronti delle persone con disabilità. In questa prospettiva, che spinge a una mercatizzazione crescente e invasiva di tutti gli ambiti della vita e della persona, i genitori vengono equiparati a dei veri e propri consumatori che scelgono un'opzione costosa, motivo per cui non potranno chiedere il sostegno della società⁸. Ancora, tale riflessione si inserisce, in parte, nel solco di quella portata avanti da altri filosofi morali, sostenitori del principio di beneficenza procreativa⁹, in

⁸ Non stupisce che questa obiezione portata avanti dagli autori sia rivolta soprattutto ad un contesto come quello statunitense, caratterizzato da un'impostazione di carattere libertario, tale per cui non è concepibile che lo Stato intervenga utilizzando l'apparato coercitivo per indurre i cittadini ad aiutare altri cittadini (CASALINI, CINI 2003).

⁹ Savulescu e Guy Kahane hanno scritto molti saggi sul principio di beneficenza procreativa, appartiene a loro la seguente affermazione, che viene spesso citata in molti saggi sul tema: «If couples (or single reproducers) have de-

virtù del quale sussisterebbe un vero e proprio dovere morale in capo ai *prospective parents* di scegliere di mettere al mondo il figlio con le migliori possibilità e prospettive future, e che alloca la responsabilità di detta scelta in capo ai genitori per garantire un maggior benessere sia del futuro bambino sia dell'intera comunità. Tutto ciò viene visto dagli autori come prodotto, almeno in parte, dell'ideologia neoliberale, che porta a una sempre crescente privatizzazione delle prestazioni, spingendo a sollevare lo Stato da molte responsabilità, inclusi la cura e il supporto delle persone con disabilità, in modo da far ricadere esclusivamente sulla famiglia tali compiti e spese, compromettendo in questo modo quella che dovrebbe invece essere una scelta libera dei genitori, e soprattutto delle donne, che dunque si troverebbero ad essere influenzate da questo tipo di pressioni. Ciò che gli autori si prefiggono è infatti svelare queste dinamiche di potere e di soggezione di matrice razzista, abilista e sessista che assecondano logiche discriminatorie, volte alla segregazione degli individui vulnerabili, e che di fatto sviliscono l'autonomia riproduttiva.

In conclusione, dopo aver coniugato le diverse istanze promosse dai *Disability Studies* e dal femminismo, gli autori si fanno portavoce di un'esigenza di rinnovamento della struttura sociale, istituzionale, medica ed economica, per la cui modifica è necessaria, in primo luogo, una presa di coscienza sociale che consenta, progressivamente, una rimozione di quelle barriere e di quegli ostacoli che impediscono di accogliere la realtà della vulnerabilità. La vulnerabilità e la disabilità sono, infatti, aspetti della vita inevitabili e che prima o poi toccano tutti gli individui, motivo per cui andrebbero rispettate e prese in maggiore considerazione da parte delle istituzioni politiche. Questo, con riferimento al tema affrontato dagli autori, si rifletterebbe positivamente anche sul benessere delle donne, che sarebbero più libere di scegliere e determinare il futuro che desiderano per loro stesse e per i loro potenziali figli.

cided to have a child, and selection is possible, then they have a significant moral reason to select the child, of the possible children they could have, whose life can be expected, in light of the relevant available information, to go best or at least not worse than any of the others». (cfr SAVULESCU, KHANE 2016).

Riferimenti bibliografici

CASALINI B., CINI L. 2003. *Giustizia, uguaglianza e differenza. Una guida alla lettura della filosofia politica contemporanea*, Firenze University Press.

KNIGHT A., MILLER J. 2023. *Prenatal Genetic Testing, Abortion and Disability Justice*, Oxford University Press.

SAVULESCU J., KAHANE G. 2009. *The moral obligation to create children with the best chance of the best life*, in «Bioethics», 23(5), 2009, 274 ff.

SAVULESCU J., KAHANE G. 2016. *Understanding procreative beneficence*, in FRANCIS L. (ed.), *The Oxford Handbook of Reproductive Ethics*, Oxford University Press, 592 ff.

Per un orientamento artifattuale del diritto

(A proposito di Corrado Roversi, *Artefatti giuridici. Il diritto tra intenzione, storia, funzione*)

For an Artifactual Orientation of Law

MATTEO MIGLIORI

Dottorando di Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II.

E-mail: matteo.migliori@unina.it

ABSTRACT

La metafisica analitica degli artefatti, sviluppatasi di recente, presenta una forza speculativa che Corrado Roversi nel suo libro *Artefatti giuridici. Il diritto tra intenzione, storia, funzione* cerca di applicare nel panorama della filosofia del diritto. In questo contributo si evidenzierà l'originalità dello studio artifattuale del diritto sia per quel che riguarda il metodo della scienza giuridica sia in ordine ad una prospettiva ontologica dello stesso diritto, forse riuscendo anche a recuperare una visione continentale della fenomenologia delle istituzioni sociali.

The recently developed analytical metaphysics of artifacts presents a speculative strength that Corrado Roversi in his book *Artefatti giuridici. Il diritto tra intenzione, storia, funzione* attempts to apply in the landscape of legal philosophy. In this contribution, we will highlight the originality of artifactual study of law both in relation to the method of the legal science as well as for an ontological perspective of law, maybe also managing to recover a continental vision of phenomenology of social institutions.

KEYWORDS

diritto come artefatto, ontologia del diritto, fenomenologia delle istituzioni sociali, filosofia del diritto

law as an artifact, ontology of law, phenomenology of social institutions, philosophy of law

Per un orientamento artifattuale del diritto

(A proposito di Corrado Roversi, *Artefatti giuridici. Il diritto tra intenzione, storia, funzione*)

MATTEO MIGLIORI

Nel corso degli ultimi anni lo studio delle scienze giuridiche trova nelle tematiche dell'ontologia sociale una forza argomentativa nuova e originale, in grado di fornire uno sguardo sorprendente nelle riflessioni sugli universi della narrazione giuridica. Il volume di Corrado Roversi, intitolato *Artefatti giuridici. Il diritto tra intenzione, storia, funzione*¹ e pubblicato nella collana Ethos/Nomos di Giappichelli editore nel 2023, si inserisce appieno in questi nuovi studi ricchi di promettenti speculazioni filosofiche. Roversi, infatti, sviluppa, nell'ambito delle sue più ampie ricerche sull'ontologia sociale, una teoria artifattuale del diritto che cerca di fornire una risposta alla domanda ontologica circa la natura di quel particolare tipo di istituzioni sociali che sono le istituzioni giuridiche. La teoria artifattuale del diritto permette di colmare, secondo la visione sostenuta da Roversi², alcuni punti che affliggono la domanda metafisica sulla natura dei fatti istituzionali e delle istituzioni, il cui senso muove da un'attenta riflessione della costruzione della realtà sociale di Searle³. L'ontologia sociale searlina non riesce, nella sua completezza, ad affrontare certi punti cruciali per la fondazione di una teoria delle istituzioni giuridiche. Il tema della stabilità delle istituzioni sociali nel tempo e dell'ipostatizzazione, attraverso atti linguistici, di una realtà extralinguistica rappresentano delle lacune che necessitano una loro risoluzione. Roversi allora cerca di affrontare questi e altri problemi, la cui origine attiene alla sfera dell'ontologia sociale, trasponendo «le analisi sulla metafisica analitica degli artefatti alla filosofia analitica del diritto» (p. 4), nel tentativo di formare un'organica teoria delle istituzioni giuridiche ma che, a prescindere dall'obbiettivo, arricchisce decisamente il dibattito giusfilosofico generale, sotto diversi punti di vista.

Sostenere che il diritto sia un artefatto, come afferma Roversi, costituisce una “banalità”, perché è ovvio che lo sia, essendo il diritto «una creazione umana» (p. 43). Ma analizzare attraverso i risultati ottenuti dalla metafisica degli artefatti il problema ontologico della filosofia del diritto rappresenta una novità, che Roversi ha sviluppato proficuamente nel corso degli anni⁴. La «natura artifattuale del diritto» (p. 44), se si volge lo sguardo anche ad uno dei padri della filosofia del diritto del Novecento, è sostenuta, prosegue Roversi seguendo l'autorevole interpretazione di Bruno Celano, anche da Kelsen, confermando come l'impostazione corretta per analizzare l'ontologia giuridica sia proprio quella di considerare esclusivamente la fattualità del diritto. La teoria artifattuale del diritto, come proposta da Roversi, sottolinea il carattere strumentale del diritto, la sua funzione naturalmente tecnica, propria appunto degli artefatti. Il dominio degli artefatti, tuttavia, è anche limitante per i fatti giuridici e di questo Roversi ne è consapevole: «gli artefatti sono oggetti sempre dipendenti da atti di creazione, mentre vi sono esempi di istituzioni sociali ed anche giuridiche che non vengono creati, nel senso di essere posti stipulativamente da una autorità, bensì emergono in un determinato contesto sociale in forma consuetudinari. Inoltre, si potrebbe pensare che tutti gli artefatti abbiano una natura funzionale, mentre a volte la precisa funzione delle istituzioni giuridiche non è affatto chiara, ed individuarla richiede un complesso lavoro ermeneutico [...] spesso controverso» (p. 47). Le problematiche del dominio degli artefatti ruotano, in particolare, attorno alla dipendenza, essenzialmente statica, che un

¹ ROVERSI 2023. Si segnala che le pagine indicate tra parentesi nel testo fanno riferimento all'opera recensita.

² ROVERSI 2012.

³ SEARLE 2010.

⁴ BURAZIN, HIMMA, ROVERSI 2018.

artefatto ha come prodotto di un'intenzione creativa dell'autore e col suo funzionamento. Il rischio così di una teoria giuridica immersa nel dominio degli artefatti è quello di restare assorbita in una materialità completamente immobile, priva di ogni componente relazionale. La concezione di artefatto a cui Roversi intende aderire si regge, invece, proprio su di un carattere in grado di mostrare come gli artefatti giuridici siano essenzialmente rivolti alle interazioni umane, che si sviluppano nel corso del tempo. Essenzialmente, cioè, rivolti al movimento. Centrale nell'architettura di Roversi è, infatti, il ricorso alla nozione di *storia deliberativa* teorizzata da Dipert⁵, corretta però anche da una prospettiva di storia evolutiva elaborata di Millikan⁶. In tal senso, Roversi aderisce ad una concezione "mista" di artefatto, in base alla quale esso non è il prodotto di un originario atto intenzionale autoriale, ma di una storia in cui le diverse intenzioni si intrecciano tra loro, mutano e si aggiustano grazie ai rapporti che si sviluppano nel corso del tempo tra autore e fruitore. La costruzione di un artefatto è, dunque, l'esito di un processo storico-evolutivo diacronico, caratterizzato dall'intervento di coloro che usano quell'artefatto e che, usandolo, di volta in volta, lo interpretano, lo reinterpretano e lo modificano. Motivo per cui, asserisce Roversi in altra sede, il cd. sogno positivista alla luce delle novità introdotte dalla teoria artifattuale del diritto andrebbe modificato⁷. L'introduzione di un significato storico in senso ampio, letto come somma e sviluppo delle intenzioni umane nel corso del tempo, allarga così il bacino dell'intenzionalità da cui dipendono gli artefatti giuridici, confermando come gli stessi siano «entità essenzialmente storico-dinamiche» (p. 79).

In base a tale impostazione, Roversi formula, sotto l'acronimo ART, la sua teoria storico-intenzionalistica degli artefatti: «un artefatto è la sua *storia deliberativa*, ovvero uno sviluppo diacronico di intenzioni umane che hanno come origine un *processo creativo*, come contenuto il *piano di interazione* dell'artefatto e come supporto il fatto che questo piano di interazione si basi su un *meccanismo reale* di funzionamento» (p. 82). Nella ART formula, Roversi introduce altri due elementi che compongono, accanto al cruciale concetto di *storia deliberativa*, l'architettura della teoria artifattuale del diritto da lui proposta. Egli presenta il concetto di *piano di interazione*, come variante del concetto di "piano d'uso" elaborato da Houkes e Vermaas⁸ nella spiegazione degli artefatti tecnici. Il piano di interazione mostra come gli atti intenzionali, che caratterizzano il processo creativo degli artefatti, hanno come loro contenuto una serie di situazioni condizionali attraverso le quali, l'interazione che si instaura tra gli artefatti e coloro che li utilizzano è connessa a un risultato tipico perseguito dagli utenti stessi. Queste situazioni condizionali sono basate su regole rivolte al raggiungimento di un obiettivo, che esprime il forte senso di "*normatività pratica*" (p. 100) che caratterizza proprio la dimensione artifattuale. Il piano di interazione, inoltre, deve essere basato su di un *meccanismo*, ovvero un «insieme di caratteristiche oggettive indipendenti dall'intenzione che ha guidato il processo creativo originario, le quali rendono di fatto possibile all'artefatto di realizzare i risultati previsti» (p. 92). Il meccanismo è, dunque, un supporto reale grazie al quale il piano di interazione dell'artefatto riesce ad operare effettivamente nel quotidiano. In base a ciò che viene presentato da Roversi nella sua ART formula, si può concludere quanto segue: un istituto giuridico è un artefatto immateriale basato su regole frutto di una *storia deliberativa*, che consta di un processo di creazione linguistica fondata su intenzioni, il cui contenuto è rappresentato da un piano di interazione, orientato da regole costitutive, che determina gli effetti normativi di determinate azioni, le quali, in conclusione, manifestano la necessità logica di un certo meccanismo di funzionamento, basato su di un sistema di riconoscimento condiviso e da regole seguite da una certa comunità.

⁵ DIPERT 1993.

⁶ MILLIKAN 1984.

⁷ ROVERSI 2018.

⁸ HOUKES, VERMAAS 2010.

A prescindere dal raggiungimento dell'obiettivo che la metafisica delle istituzioni giuridiche in termini di artefatti, teorizzata da Corrado Roversi, ha nei confronti degli studi ontologici nella filosofia del diritto, è notevole rimarcare la profonda forza speculativa che proprio nel campo del positivismo giuridico incontra una simile argomentazione; in particolare, grazie all'introduzione del concetto di storia deliberativa sull'artifattualità delle istituzioni giuridiche. Se il diritto, come più volte ripetuto dallo stesso Roversi, è una creazione dell'uomo, dipendente da un atto intenzionale creativo, esso resta certamente nell'alveo di un prodotto posto da un'autorità creatrice. L'introduzione di un elemento storico, come declinato per l'appunto dalla nozione di storia deliberativa, permette di accogliere una visione delle istituzioni giuridiche fluida e dinamica, in grado di considerare efficacemente gli elementi culturali e sociali, che notoriamente il positivismo giuridico non asseconda a favore di una statica giuridicità concettuale. La teoria artifattuale del diritto di Roversi riesce, invece, ad esplicitare la normatività che ogni atto poetico sperimenta, in una lettura storico-diacronica attesa in una fenomenologia delle istituzioni sociali. Non soltanto la teoria artifattuale del diritto di Roversi potrebbe, come lo stesso studioso avanza, accorciare «almeno parzialmente [...], la distanza tra positivismo giuridico, realismo giuridico e giusnaturalismo» (p. 197), ma presenta certamente le basi, grazie ai suoi decisi presupposti socio-ontologici, per poter completare quel tracciato della teoria kelseniana, disatteso anche dallo stesso Kelsen, suggerito da Treves⁹: ritrovare l'orientamento normativo proprio delle argomentazioni della sociologia neokantiana.

⁹ TREVES 1993.

Riferimenti bibliografici

- BURAZIN L., HIMMA K.E., ROVERSI C. 2018. *Law as an Artifact*, Oxford University Press.
- DIPERT R. 1993. *Artifacts, Art Works, and Agency*, Temple University Press.
- HOUKES W., VERMAAS P.E. 2010. *Technical Functions: On the Use and Design of Artefacts*, Springer.
- MILLIKAN R.G. 1984. *Language, Thought, and Other Biological Categories*, The MIT Press.
- ROVERSI C. 2012. *Costruire. Uno studio di ontologia giuridica*, Giappichelli.
- ROVERSI C. 2018. *Diritto posto, diritto creato: una analisi del positivismo giuridico dal punto di vista della teoria del diritto come artefatto*, in C. SARRA, M.I. GARRIDO GOMEZ (eds.), *Positività giuridica. Studi ed attualizzazioni di un concetto complesso*, Padova University Press, 127 ss.
- ROVERSI C. 2023. *Artefatti giuridici. Il diritto tra intenzione, storia, funzione*, Giappichelli.
- SEARLE J. R. 2010. *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford University Press (trad. it. P. Di Lucia, *Creare il mondo sociale. La struttura della civiltà umana*, Raffaello Cortina, 2010).
- TREVES R. 1993. *Il diritto come relazione. Saggi di filosofia della cultura*, Edizioni Scientifiche Italiane.

RATIO DECIDENDI

a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO

Sui limiti alla *hermeneia* della Corte di giustizia

On the Limits to the *Hermeneia* of the Court of Justice

ROBERTO **BARATTA**

Professore ordinario, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Roma Tre.

E-mail: roberto.baratta@uniroma3.it

ABSTRACT

Negli ordinamenti giuridici contemporanei, l'autorevolezza della giurisprudenza dipende anche dalla sua capacità di convincere i destinatari (la dottrina, tra gli altri) circa la logicità e la razionalità dei propri esiti interpretativi; la solidità e la persuasività degli argomenti interpretativi sono i fondamenti dell'attività di *ius dicere* specialmente delle Corti chiamate a svolgere funzioni di nomofilachia. L'autorevolezza di una Corte posta in posizione apicale dipende dalla sua capacità di costruzione persuasiva e non arbitraria del diritto, se del caso, attualizzandone i significati e facendone evolvere i contenuti per fronteggiare le esigenze di dinamicità tipiche dei moderni sistemi giuridici. Nel presente contributo intendo applicare alla Corte di giustizia tale schema, muovendo da uno specifico *case study* – in particolare, farò riferimento ad un filone giurisprudenziale, ripreso e sviluppato, con interessanti spunti inediti, da due recentissime pronunce rese in pari data dalla Grande Sezione della Corte di giustizia.

In contemporary legal systems, the authority of Courts depends, among other things, on their ability to convince their 'audience' (legal scholars, among others) about the logical and rational quality of their interpretive outcomes; the soundness and persuasiveness of interpretive arguments are the foundations of the activity of *ius dicere* especially of the Courts called upon to ensure the uniform application of the law. The authoritativeness of a Court placed in an apex position depends on its ability to persuasively and non-arbitrarily construct the law, also – if needed – actualizing its meanings and evolving its content to cope with the demands of dynamism typical of modern legal systems. In this contribution, I intend to apply this scheme to the European Court of Justice, drawing on a specific case study – in particular, I will refer to a jurisprudential strand, taken up and developed, with interesting new insights, by two very recent pronouncements rendered on the same date by the Grand Chamber of the European Court of Justice.

KEYWORDS

Corte di Giustizia dell'Unione europea, argomentazione giuridica, nomofilachia, argomentazione sistemico-strutturale

Court of Justice of the European Union, legal argumentation, uniform application of the law, structural-systemic argument

ALLEGATI

Corte di giustizia, 10 settembre 2024, cause riunite C-29/22 P e C-44/22 P, KS e KD

Corte di giustizia, 10 settembre 2024, C-351/22, *Neves 77 Solutions SRL*

Sui limiti alla *hermeneia* della Corte di giustizia

ROBERTO BARATTA

ALLEGATI

— Corte di giustizia, 10 settembre 2024, cause riunite C-29/22 P e C-44/22 P, KS e KD

— Corte di giustizia, 10 settembre 2024, C-351/22, Neves 77 Solutions SRL

1. Negli ordinamenti evoluti la solidità e la persuasività degli argomenti interpretativi sono i fondamenti dell'attività di *ius dicere* chiamata a svolgere funzioni di nomofilachi¹. Convincere i destinatari (la dottrina, tra gli altri) circa la logicità e la razionalità degli esiti interpretativi è una forma di autorevolezza della giurisprudenza che tende a rafforzare l'autorità del giudice. Del resto, il ruolo apicale conferito ai giudici dall'ordinamento non è motivo in sé sufficiente di autorevolezza. Essa dipende invece dalla loro capacità di costruzione persuasiva e non arbitraria del diritto, se del caso attualizzandone i significati e facendone evolvere i contenuti per fronteggiare le esigenze di dinamicità tipiche dei moderni sistemi giuridici: in breve tramite l'*hermeneia*, qui intesa in senso lato quale strumento interpretativo-creativo del diritto (sul punto si tornerà in seguito).

Nelle prossime pagine intendo applicare alla Corte di giustizia tale schema, muovendo da uno specifico *case study*. Giova rapidamente premettere che, nell'ordinamento dell'Unione europea, la Corte non dispone di alcun monopolio interpretativo; è tuttavia la *costruttrice* ultima del diritto – compito che essa ha svolto tramite metodi di interpretazione o *rectius* argomenti interpretativi progressivamente affinati in via pretoria nel corso di decenni di giurisprudenza². In effetti, la Corte è chiamata a definire le divergenze interpretative tra i molteplici attori qualificati dell'*acquis*, tra cui si pongono *in primis* le altre istituzioni dell'Unione, i giudici e le amministrazioni nazionali, mentre questi ultimi devono attrezzarsi per disporre dell'*expertise* necessaria, cosa in sé non semplice stante la complessità del sistema³.

A questo fine intendo soffermarmi, in particolare, su un filone giurisprudenziale, ripreso e sviluppato con interessanti spunti inediti da due recentissime pronunce rese in pari data dalla Grande Sezione della Corte di giustizia⁴. L'obiettivo consiste essenzialmente nell'analizzare la tenuta dell'argomentazione interpretativa in esse utilizzata. Come si vedrà, la Corte *riscrive* i Trattati seguendo una tecnica argomentativa che a me pare poco convincente⁵. Prima di ciò, credo sia opportuno guidare velocemente il lettore nel contesto normativo sottostante.

* Il presente scritto è destinato al volume *Liber Amicorum Luigi Daniele*.

¹ Sulla persuasività del discorso argomentativo v. in particolare PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA 2008.

² Cfr. in dottrina LASSER 2004; ITZCOVICH 2009; CONWAY 2012; INGRAVALLO 2017; LENAERTS, GUTIERREZ FONS 2020; LATTANZI 2022.

³ Se è vero che la Corte non possiede il monopolio dell'interpretazione dell'*acquis*, è anche vero tuttavia che ad essa è affidato il compito di stabilire il significato della disposizione in caso di dubbi e divergenze. Nel Parere 1/17 del 30 aprile 2019, punto III, la Corte ha ben evidenziato che allo scopo di garantire la preservazione delle caratteristiche specifiche e dell'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione, i Trattati hanno istituito un sistema giurisdizionale destinato ad assicurare la coerenza e l'unità nell'interpretazione del diritto dell'Unione: “conformemente all'articolo 19 TUE, spetta ai giudici nazionali e alla Corte di garantire la piena applicazione di tale diritto nell'insieme degli Stati membri nonché una tutela giurisdizionale effettiva; la Corte detiene una competenza esclusiva a fornire l'interpretazione *definitiva* di detto diritto” (corsivo aggiunto).

⁴ Corte di giustizia, 10 settembre 2024, cause riunite C-29/22 P e C-44/22 P, KS e KD; 10 settembre 2024, C-351/22, *Neves 77 Solutions SRL*.

⁵ Sul tema degli argomenti interpretativi cfr. PINO 2021, 271 ss. anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

2. Nell'Unione la protezione giurisdizionale dei diritti presenta vari profili di criticità. Uno di essi riguarda gli atti di politica estera e di sicurezza comune (PESC), nonché di politica di difesa e sicurezza comune (PSDC), e in particolare la ripartizione della *iurisdictio*, in questi stessi settori, tra Corte di giustizia e giudici nazionali.

In linea di principio, secondo i Trattati, in tali ambiti la Corte di giustizia è sprovvista di *potestas iudicandi* ex art. 24, par. 1, comma 2, ultima parte TUE, salvo due ipotesi ben definite. La prima concerne la distinzione tra competenze *esterne* sovranazionali dell'Unione (la politica commerciale comune, ad esempio) e competenze intergovernative PESC (artt. 24, par. 1, comma 2 e 40, TUE). Tale *actio finium regundorum* è esperibile quando vi siano incertezze circa gli esatti confini della PESC rispetto ad altri settori di competenza esterna (sovranazionale) dell'Unione e occorra, in pratica, evitare che una istituzione (il Consiglio, di regola) utilizzi impropriamente una base giuridica PESC per svolgere, appunto in chiave intergovernativa, compiti relativi alle relazioni esterne dell'Unione ovvero si profili il rischio inverso (art. 40 TUE)⁶.

La seconda afferisce al controllo sugli atti che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche e giuridiche, indipendentemente dalla loro origine PESC (art. 275 TFUE). Questo rimedio giurisdizionale è destinato a verificare “la legittimità di talune decisioni” precisate per rinvio recettizio all'art. 275, comma 2, TFUE, vale a dire le decisioni che “prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio”.

Sul piano interpretativo, occorre ricostruire il rapporto tra l'intendimento racchiuso in questa limitata centralizzazione della giurisdizione in ambito PESC in capo alla Corte di giustizia, da un lato, e la disposizione, anch'essa sistemica e di ordine generale, contenuta nell'art. 19 TUE che conferisce numerosi (non la totalità dei) compiti di *ius dicere* ai giudici dell'Unione, come sinteticamente descritti nell'art. 19, par. 3, TUE⁷. Peraltro, quest'ultima disposizione, oltre a presupporre il funzionamento del principio di attribuzione (art. 5, parr. 1 e 2, TUE) e la regola secondo cui l'istituzione giudiziaria “agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai trattati” (art. 13, par. 2, TUE), precisa che il giudice dell'Unione “si pronuncia conformemente ai trattati” (art. 19, par. 3, prima parte, TUE).

Per completare il quadro normativo, conviene infine ricordare che il mancato accentramento dei compiti giurisdizionali in capo al *giudice naturale* (la Corte) del diritto europeo non può, né deve indurre a ritenere che si siano create aree di immunità dalla giurisdizione in ambito PESC/PSDC, come forse qualche Governo poté pensare nella scrittura dei Trattati. Pur riconoscendo la specialità della politica estera, anche sotto il profilo delle garanzie giurisdizionali, i redattori più avveduti (o meno politicamente orientati) della riforma di Lisbona presupposero, in chiave strettamente giuridica, il ruolo complementare e integrativo dei giudici nazionali affinché non si profilassero lacune nei rimedi giurisdizionali. Insomma, posto che, al di fuori delle competenze attribuite ai giudici di Lussemburgo, sacche di immunità dal controllo giurisdizionale sono inconcepibili in qualunque ordinamento fondato sullo stato di diritto⁸, là dove la competenza non sia devoluta a Lussemburgo deve operare la funzione integrativa dei giudici statali, in base al principio della completezza del controllo giurisdizionale che permea di sé il sistema

⁶ Su questo profilo, definito da tempo in dottrina in questi termini, cfr. la sentenza, C-351/22, *Neves 77 Solutions SRL*, cit., punto 44. Spetta dunque alla Corte *inter alia* “vigilare” affinché il Consiglio (nell'applicare l'art. 215 TFUE) non eluda la competenza giurisdizionale della stessa Corte (ivi, punto 45).

⁷ Ossia i ricorsi presentati da uno Stato membro, da un'istituzione o da persona fisica o giuridica; i ricorsi pregiudiziali e altri tipi di ricorsi “previsti dai trattati”.

⁸ Sulla completezza dei rimedi giurisdizionali, propri di una comunità di diritto, sia quando siano accentrati in capo al giudice comune, sia quando invece tali rimedi debbano essere assicurati dai giudici nazionali, il pensiero corre immediatamente alla sentenza della Corte di giustizia, 3 aprile 1986, 294/83, *Les Verts*, punto 23, nonché, alla disposizione di codificazione giurisprudenziale prevista dal Trattato di Lisbona con riguardo al compito essenziale affidato ai giudici nazionali di assicurare “la tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione” (art. 19, par. 1, comma 2 TUE).

giudiziario dell'Unione⁹. In effetti, fatte salve le competenze attribuite alla Corte di giustizia, nel diritto primario resta ferma la circostanza per cui “le controversie nelle quali l'Unione sia parte non sono, per tale motivo, sottratte alla competenza delle giurisdizioni nazionali” (art. 274 TFUE). In sintesi, la carenza di potestas iudicandi dei giudici di Lussemburgo è necessariamente completata dalle funzioni giurisdizionali statali. Ne è prova ulteriore l'art. 19, par. 1, comma 2, TUE, che affida – con disposizione inserita dalla riforma di Lisbona nel diritto primario – agli Stati il compito di stabilire “i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”.

3. In tale quadro giuridico, negli ultimi anni è intervenuta la giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale ha progressivamente esteso in via pretoria la sfera della propria competenza giurisdizionale. A questo fine, la Corte ha utilizzato un'argomentazione di tipo sistemico o strutturale: i limiti imposti all'esercizio della giurisdizione accentrata (artt. 24, par. 1 e 275, primo comma TFUE) devono essere interpretati restrittivamente; essi, infatti, derogano alla regola della competenza generale di cui all'art. 19, par. 1, TUE, disposizione che, a sua volta, conferisce alla Corte la funzione di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati. Tale argomento interpretativo è stato di recente ribadito dalla Corte in *KS* e *KD* – relativo alla responsabilità per danni arrecati dall'Unione in conseguenza di azioni riconducibili alla missione UNMIK in Kosovo – in termini alquanto espliciti: “conformemente all'articolo 24, paragrafo 1, secondo comma, ultima frase, TUE e all'articolo 275, primo comma, TFUE, la Corte di giustizia dell'Unione europea, in linea di principio, non è competente per quanto riguarda le disposizioni relative alla PESC nonché gli atti adottati sulla base di queste ultime. Tali disposizioni introducono una deroga alla regola della competenza generale che l'articolo 19 TUE conferisce a tale istituzione per garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati e, di conseguenza, devono essere interpretate in modo restrittivo”¹⁰.

L'argomentazione di ordine sistemico-strutturale è discutibile. Tra i due regimi, quello che conferisce funzioni nomofilattiche alla Corte e quello in materia di politica estera, entrambi posti nei Trattati, non sussiste una relazione assimilabile a quella che intercorre tra regola generale ed eccezione, per cui la prima (competenza dei giudici dell'Unione) è soggetta a interpretazione estensiva, mentre la seconda (che sottrae competenza a tali giudici) è di stretta interpretazione.

Anzitutto, l'argomentazione della Corte è incompleta, perché – come rilevato nel par. 2 – il rapporto tra competenze accentrate in ambito PESC e il compito nomofilattico affidato alla Corte è completato da altre disposizioni, non considerate nell'*iter* logico-argomentativo da essa proposto.

In secondo luogo, tenuto conto del tenore letterale e delle intenzioni degli autori dei Trattati, le disposizioni generali sulla giurisdizione della Corte di giustizia *lato sensu* intesa, inclusiva cioè del potere di *ius dicere* riservato al Tribunale, e le regole giurisdizionali applicabili in ambito PESC costituiscono due diversi insiemi di prescrizioni che si pongono formalmente e strutturalmente sullo stesso piano, e dunque *non* in una logica derogatoria dell'uno rispetto all'altro. Sono insiemi normativi distinti, disomogenei, espressivi entrambi di un approccio sistemico e che possiedono ciascuno una propria sfera di applicazione. In breve, le limitazioni imposte al giudice di Lussemburgo in ambito PESC si sostituiscono all'art. 19 TUE e *non procedono per dero-*

⁹ V. nota precedente.

¹⁰ Corte di giustizia, 10 settembre 2024, cause riunite C-29/22 P e C-44/22 P, *KS* e *KD*, punto 62. 10 settembre 2024, C-351/22, *Neves 77 Solutions SRL*, punto 35. In precedenza, in senso conforme, sentenze 24 giugno 2014, C-658/11, *Parlamento c. Consiglio*, punti 69 e 70; 19 luglio 2016, C-455/14 P, *H c. Consiglio e a.*, punti 39 e 40; 25 giugno 2020, C-14/19 P, *SATCEN*, punto 66; 6 ottobre 2020, C-134/19 P, *Bank Refah Kargaran c. Consiglio*, punti 26 e 32. In senso conforme in dottrina ovvero senza particolari notazioni critiche cfr. BESTAGNO 2020, 280 ss., per quanto riguarda gli atti che impongono sanzioni individuali; VAN ELSUWEGE 2021, 1731 ss.; NOVI 2023, 209 ss.

gazione; sono limitazioni intrinseche e inerenti al sistema istituzionale dell'Unione o, se si preferisce, costituzionale in senso materiale, trasponendo (semmai possibile) il pensiero di Mortati al costituzionalismo europeo¹¹. Sono insiemi normativi che presentano senz'altro disarmonie anche riguardo all'eventuale adesione alla CEDU (sul punto si tornerà *infra*), ma che *ictu oculi* esprimono la volontà degli Stati membri racchiusa nei Trattati. È un dato fattuale (tradottosi in esplicite disposizioni giuridiche) che alcuni Governi non fossero propensi alla *sovranazionalizzazione* della PESC; in ogni caso, essi erano restii a concedere un potere giurisdizionale ad ampio spettro alla Corte di giustizia in materia di politica estera¹², allo scopo di preservare il controllo nazionale sugli atti di politica estera, avuto riguardo anche alla dottrina dell'*act of state* che in alcuni di essi gode di ampio riconoscimento. La *ratio iuris* del quadro dispositivo e la volontà insita nei Trattati sono ampiamente noti e di palmare evidenza.

In terzo luogo, il ridotto ruolo assegnato ai giudici dell'Unione ribadisce, in chiave strutturale e di sistema, il carattere autonomo della cooperazione intergovernativa PESC/PSDC nel processo di integrazione europea: è una sorta di *pilastro residuale a sé*, sebbene – come si sa – i pilastri del precedente sistema siano stati formalmente aboliti dalla riforma di Lisbona. L'autonomia della cooperazione in materia di politica estera ne spiega la marcata specificità, molte volte ribadita (anche in modo ridondante) nei Trattati¹³.

In quarto luogo, è singolare che l'argomentazione sistemico-strutturale sia ribadita in giurisprudenza anche quando non vi sia alcuna necessità di farvi ricorso, perché la giurisdizione *ratione materiae* dei giudici dell'Unione è comunque riconducibile a norme scritte. Si pensi al caso delle misure restrittive individuali che possono dare luogo, a certe condizioni, a forme di responsabilità per risarcimento del danno causato ai singoli destinatari delle misure stesse, e che sono destinate a ricadere per interpretazione nell'*emprie* dell'art. 275 TFUE¹⁴. In casi del genere, in realtà, l'argomentazione sistemico-strutturale appare un *prius* interpretativo, assunto come verità giuridica presupposta, verosimilmente al fine di perseguire l'obiettivo, di ordine generale, di una costruzione pretoria estensiva della propria *iurisdictio* in materia di politica estera.

Sul piano teorico, tutto ciò rende poco convincente l'*iter* argomentativo in questione, peraltro ormai consolidato in giurisprudenza. In definitiva, sembra trovare conferma quanto si è anticipato, ossia che, nel sistema giuridico dell'Unione, la relazione tra la devoluzione di competenze alla Corte e la disposizione che le attribuisce una funzione circoscritta in materia di politica estera non è riducibile a un rapporto tra norma generale e speciale (o eccezione), destinato a ruotare intorno a un principio unitario di sistema o, per meglio dire, a un assetto normativo omogeneo. L'ordinamento dell'Unione, sotto questo profilo, non è omogeneo, né unitario.

Il descritto *iter* logico-argomentativo della Corte si contrappone al dato testuale e strutturale dei Trattati, denotando una *ratio decidendi* avulsa, almeno in parte, dalla realtà del sistema istituzionale dell'Unione. Inoltre, se si amplia in via pretoria il potere di *ius dicere* della Corte di giu-

¹¹ Il pensiero si volge al magistero scientifico dell'Autore che attribuiva fondamento giuridico alla costituzione materiale, mostrando così un forte tributo intellettuale all'esperienza giuridica, all'importanza del diritto non scritto rilevato anche dalla giurisprudenza (MORTATI 1998, 115 ss.).

¹² Gli interventi del Consiglio, del Servizio europeo di azione esterna e della Francia nella causa KS e KD confermano il contesto avverso alla Corte nel quale si raggiunse l'accordo negoziale che poi condusse al Trattato di Lisbona (si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Çapeta nella causa KS e KD, cit., punti 109, 110, 112, 138 e 140).

¹³ Cfr. BARATTA 2008, 58; BARBATO 2013, 385 ss.

¹⁴ Nella sentenza della Grande sezione 6 ottobre 2020, C-134/19 P, *Bank Refah Kargaran*, punto 32, la Corte ha ripreso la *ratio decidendi* in oggetto. In realtà, è da ritenere che il Tribunale, in primo grado, e la Corte, in appello, sono competenti a statuire su un ricorso per danni nei limiti in cui esso è diretto ad ottenere il risarcimento del pregiudizio economico asseritamente subito a causa di misure restrittive adottate nei confronti di persone fisiche o giuridiche e previste da decisioni PESC: in effetti, detto ricorso è parte integrante della tutela giurisdizionale, necessariamente completa anche in chiave risarcitoria, che i Trattati affidano *ratione materiae* ai giudici dell'Unione ai sensi dell'art. 275 TFUE.

stizia, si riduce conseguentemente a poco o nulla l'area di intervento dei giudici nazionali, privando l'art. 274 TFUE di effetto utile in ambito PESC. Si marginalizza così il ruolo integrativo dei giudici nazionali, si cela a fatica anche una certa sfiducia sull'operato degli stessi in punto di effettività della tutela giurisdizionale in tema di atti PESC e si ridimensionano i molti e condivisibili sforzi ricostruttivi giurisprudenziali, compiuti in passato dalla stessa Corte, allo scopo di attribuire un ruolo vitale ai giudici nazionali nel quadro complessivo della tutela giurisdizionale dei diritti garantiti dall'ordinamento dell'Unione¹⁵. Del resto, a ben vedere, tale ruolo è stato valorizzato dagli stessi Trattati *ab origine* tramite la procedura di rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE), ma anche dal diritto secondario in materia di concorrenza e di servizi digitali con spunti legislativi interessanti che concorrono a definire in chiave monista il sistema di protezione giurisdizionale dei diritti¹⁶.

4. Si potrebbe osservare che a tale esito interpretativo la Corte di giustizia sia dovuta pervenire perché in qualche misura *costretta* dall'esigenza di superare i rischi di difformità nell'applicazione del diritto nel territorio dell'Unione, inerenti alla mancata, integrale centralizzazione del contenzioso nelle sue mani: *rectius*, dalla duplice necessità, da un lato, di superare la diffidenza di taluni Governi ad affidarsi ad essa in ambito PESC/PSDC e, dall'altro, di colmare in via pretoria l'asimmetria che (insieme ad altre criticità) ha finora impedito l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Si tratta di asimmetria, in sé e per sé poco ragionevole, insita nel fatto che l'ingresso nel sistema CEDU conferirebbe alla Corte di Strasburgo competenze su atti PESC/PSDC rispetto ai quali la Corte di Lussemburgo è invece sfornita di giurisdizione.

Riguardo alla *vexata questio* dell'adesione dell'Unione alla CEDU¹⁷, va tuttavia rilevato che la sentenza *KS e KD* non sembra avere accolto la tesi, fortemente sostenuta dalla Commissione dinanzi alla Corte nel medesimo procedimento, secondo cui i giudici di Lussemburgo dovrebbero sempre giudicare sui ricorsi individuali avverso atti PESC/PSDC fondati sulla violazione dei diritti fondamentali¹⁸, quale necessità sistemica dell'ordinamento e dunque a prescindere dalle disposizioni attributive di competenza giurisdizionale ai giudici di Lussemburgo. La Corte si è limitata infatti a verificare se la sfera di protezione giurisdizionale invocata dai ricorrenti si ricollegasse a scelte politiche e strategiche; là dove ha verificato che la tutela richiesta non riguardava non interferiva con tali scelte, la Corte ha annullato la sentenza del Tribunale senza in verità accogliere esplicitamente l'impostazione della Commissione. La questione, direi, è rimasta

¹⁵ Con una giurisprudenza assai invasiva (ma non per questo meno convincente) delle sovranità nazionali, la Corte di giustizia ha stabilito che gli Stati membri devono garantire al loro interno l'indipendenza della magistratura e rimedi giurisdizionali effettivi nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione e non soltanto in sede di attuazione del medesimo (Grande sezione, 19 settembre 2006, C-506/04, *Wilson*; 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, punto 34; 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione c. Polonia* (indipendenza della Corte suprema), punto 48; 5 novembre 2019, C-192/18, *Commissione c. Polonia*, punti 98 e 99; 19 novembre 2019, C-595/18, *AK*; 20 aprile 2021, C-896/19, *Repubblika*; Grande Camera 5 giugno 2023, C-204/21, *Commissione c. Polonia*). La nozione di settore disciplinato dal diritto dell'Unione appare più ampia di quella di attuazione del medesimo e suscettibile di imporre obblighi aggiuntivi alle autorità nazionali.

¹⁶ Anche il diritto secondario della concorrenza contribuisce a tale valorizzazione (art. 15(3), comma 1 reg. n. 1/2003; art. 29(2) reg. n. 2015/1589; reg. 2022/2065). I giudici nazionali con l'ausilio della Commissione che, agendo d'ufficio, può sottoporre osservazioni scritte ai giudici stessi a titolo di *amicus curiae* nelle controversie relative ai settori menzionati nel testo.

¹⁷ CAPOTORTI 1980, 16 ss.; LOCK 2012, 162; BARATTA 2013, 1305 ss.; PARODI 2020.

¹⁸ In effetti, la Commissione ha sostenuto che quando un ricorso individuale, sebbene concernente l'ambito della PESC, riguardi asserite violazioni di diritti umani nell'ambito di una missione operativa dell'Unione relativamente al suo funzionamento amministrativo, ma non abbia di mira suoi obiettivi e compiti, il rimedio giurisdizionale stesso avrebbe ad oggetto il rispetto degli obblighi in materia di diritti fondamentali, i quali non rientrerebbero né nella PESC né nelle questioni e scelte politiche o strategiche: in quanto tali i rimedi in questione ricadrebbero necessariamente per interpretazione nella giurisdizione dei giudici di Lussemburgo (sent. *KS e KD*, cit., punti 100 e 101).

aperta: la Commissione e i sostenitori dell'adesione alla CEDU avranno ragione di considerare con favore l'evoluzione giurisprudenziale qui in esame, se in futuro la Corte colmerà l'asimmetria di cui si è detto poc'anzi.

Per quel che concerne poi l'esigenza strutturale (e assolutamente condivisibile) di assicurare l'uniformità di interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri, la Corte, invece di ampliare per interpretazione la sfera della propria competenza giurisdizionale, avrebbe certamente potuto valorizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale. Esso è strumento che avrebbe potuto essere maggiormente considerato (anche in dottrina), per garantire uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto dell'Unione, quando le fattispecie PESC ricadano nella *iurisdictio* dei giudici nazionali: si pensi, ad esempio, ai ricorsi volti a ottenere il risarcimento del danno non conseguenti a misure restrittive individuali, come in *KS* e *KD*. È vero che così facendo alcune fattispecie di responsabilità extracontrattuale dell'Unione ricadrebbero nella competenza dei giudici di Lussemburgo (si pensi ai casi di danni recati a individui da sanzioni individuali) e altre nella giurisdizione dei giudici nazionali, là dove il rimedio sia azionato al di fuori del regime delle sanzioni. È altresì vero che, in tale prospettiva, i giudici nazionali (qualunque giudice o almeno quello che avesse una connessione sufficiente con la fattispecie) avrebbero l'obbligo di esercitare la *iurisdictio* ai sensi del congiunto disposto degli artt. 19, par. 1, comma 2 TUE e 274 TFUE. I rischi di *forum shopping* e per l'uniformità sono certamente prospettabili, ma avrebbero potuto contenersi tramite l'obbligo di ricorso stringente al meccanismo del rinvio pregiudiziale, come in fondo ha insegnato *Foto-Frost* – sentenza nella quale la Corte, per così dire, ha esteso una competenza di cui comunque disponeva in base ai Trattati. Né si potrebbe controargomentare che così facendo la Corte interverrebbe surrettiziamente su materie sottratte al diritto dell'Unione: la PESC resta parte dell'*acquis*, pur con tutte le specificità che la caratterizzano¹⁹.

Maggiore impulso creativo la sentenza *KS* e *KD* mostra peraltro quando, sulle orme dei giudici nazionali che negano la propria *iurisdictio* sulle decisioni degli esecutivi in materia di politica estera, apre per la prima volta la giurisprudenza all'*act of State doctrine*²⁰. Al di là della ragionevole-

¹⁹ Per tali e altre argomentazioni si rinvia a BARATTA 2024a, 312 ss.

²⁰ Sotto questo profilo, *KS* e *KD* sembra in effetti avere risposto positivamente alle esitazioni dei Governi recalcitranti a investire i giudici di Lussemburgo di ulteriori compiti di *ius dicere*, là dove ha stabilito che talune tipologie di atti di una missione PESC e PSDC sono immuni da controlli giurisdizionali. Si tratta, invero, degli atti che “si ricollegano direttamente alle scelte politiche o strategiche” effettuate dal Consiglio europeo e dal Consiglio, quali “in particolare, l'individuazione degli interessi strategici dell'Unione nonché la definizione sia delle azioni da svolgere e delle posizioni da adottare da parte dell'Unione sia degli orientamenti generali della PESC, a norma degli articoli da 24 a 26, 28, 29, 37, 38, 42 e 43 TUE” (sentenza *KS* e *KD*, cit., punto 118). La questione è assai delicata (e meriterebbe spazi ben più ampi di riflessione). La Corte potrebbe essere stata indotta ad orientarsi in questa direzione in ragione della separazione dei poteri, corollario dello stato di diritto, per cui il giudice non dovrebbe interferire nel potere politico dell'esecutivo. Tuttavia, la Corte ha aperto spazi all'immunità dalla protezione giurisdizionale fondata su un criterio incerto – il *legame diretto tra atto PESC e le scelte politiche e strategiche delle istituzioni* – che può certamente assecondare l'attitudine recalcitrante di alcuni Governi al superamento dei limiti delle competenze della Corte di giustizia, sulle orme di quanto spesso accade negli ordinamenti nazionali i cui giudici riconoscono l'*act of State doctrine* e prestano così una deferenza più o meno estesa alle decisioni degli esecutivi. Si potrebbe ammettere che, in virtù della separazione dei poteri, la *iurisdictio* non dovrebbe concernere gli atti di natura squisitamente politica, come tali non suscettibili di produrre effetti pregiudizievoli nei riguardi degli individui. Si pensi ai numerosi atti non aventi natura legislativa e contenuti in *orientamenti generali* e decisioni, azioni, posizioni (e relative condizioni applicative) volte in sostanza a stabilire linee di condotte politiche che concretizzano la cooperazione tra Stati membri in scenari politici e geografici globali (art. 25 TUE). Tuttavia, quando le decisioni di politica estera possano produrre *lato sensu* conseguenze pregiudizievoli sui consociati – come, ad esempio, la decisione di inviare armi ad uno Stato terza vittima di aggressione militare – è dubbio che possano darsi aree di immunità assoluta. Ad esempio, è veramente certo che il controllo giurisdizionale non potrebbe riguardare almeno gli aspetti procedurali, in analogia con l'art. 269, comma 1, TFUE? Si profila, in ogni caso, un confine incerto, un'area di penombra tra atti non giustiziabili perché espressivi di *legame diretto tra atto PESC e le scelte politiche e strategiche delle istituzioni* e quelli giustiziabili, *in toto* o parzialmente, perché tali non sarebbero. A me sembra che in *KS* e *KD* la Corte, in pratica, ab-

lezza o, forse meglio, del realismo politico più o meno marcato di tale punto di arrivo giurisprudenziale – che peraltro avrà rassicurato non poche cancellerie nazionali – suscita perplessità l'incertezza del confine tra atti non giustiziabili perché espressivi di *legame diretto tra atto PESC e le scelte politiche e strategiche delle istituzioni*, e quelli giustiziabili²¹; sorprende altresì l'esiguità delle argomentazioni giustificative volte ad affermare un principio così importante. A questo proposito la Corte avrebbe potuto ricorrere alla separazione dei poteri, alla circostanza che il diritto non disciplina in misura onnicomprensiva tutte le relazioni sociali, così che l'area dei rimedi giurisdizionali è ridotta in misura corrispondente là dove resti nella area della *decisione politica fondamentale, et similia*²².

5. Su un piano generale, occorre infine chiedersi se la *potestas interpretandi* della Corte di giustizia incontri confini invalicabili nell'esercizio delle sue prerogative, nella *ricostruzione* innovativa o creatrice del diritto. La Corte è *naturaliter* l'interprete *ultimo* dell'ordinamento dell'Unione, ma non dispone di un potere illimitato, come essa stessa ha a volte riconosciuto in altri precedenti giurisprudenziali, nei quali ha dichiarato di non poter riscrivere i Trattati.²³ La questione è di notevole spessore pratico e teorico e non può essere qui affrontata, se non per alcuni profili basilari.

A me sembra che il punto di fondo possa riassumersi nei seguenti termini: il ricorso all'*hermenéia*²⁴ e ad argomenti interpretativi che recano con sé l'innovazione del diritto esistente, aggirando la procedura di revisione dei Trattati (art. 49 TUE), non può risolversi in un libero apprezzamento del diritto, in una forma di *giurisdizionalizzazione rivelatrice (dall'alto)* della disposizione interpretata, in una forma di *interpretatio* priva di sostanziali confini. Se l'attività del giudice dell'Unione fosse pressoché assimilabile alle fonti del diritto, la conseguente forza creativa, praticamente illimitata, dell'attività interpretativa rischierebbe di tradursi in forme – ancorché episodiche, è bene dirlo, perché la Corte di giustizia raramente ricorre all'*hermeneia* – di autocrazia giudicante dell'*interpretatio*²⁵. Intendo alludere a risultati giudiziari nei quali l'interprete trarrebbe l'origine e il fondamento della propria autorità da sé stesso o al più, dal fatto che la *potestas interpretandi* gli è stata conferita dalle norme apicali dell'ordinamento, così che l'esito dell'attività interpretativa si autogiustifica in sé stesso.

Sul piano teorico, così non dovrebbe essere in qualunque assetto istituzionale, incluso quello europeo²⁶. L'attività interpretativa incontra, non può non incontrare limiti, nell'ordinamento giuridico dell'Unione, anche per non alimentare scetticismi o forti critiche al processo di integrazione europea, se legato all'attivismo giudiziario della Corte. Certamente poi la *potestas interpretandi* non dovrebbe fondarsi su un uso orientato degli argomenti interpretativi al fine di assicurare un esito

bia deferito a sé stessa questo compito sulla base di un accertamento casistico che, auspicabilmente, la giurisprudenza futura definirà in maniera più puntuale.

²¹ V. nota precedente.

²² Cfr. in dottrina la classica opera di LAUTERPACHT 2011, 395 ss.

²³ Sent. 25 luglio 2002, C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores* and 26 marzo 2021, C-565/19, *Carvahlo*, punto 69.

²⁴ Con il termine greco *hermeneia* intendo non solo il processo interpretativo di attualizzazione di qualunque disposizione contenuta nell'*acquis*, così che la sua interpretazione debba tener conto della natura evolutiva e dinamica del diritto al fine di darle un significato coerente con le esigenze del momento storico in cui è interpretata e applicata, ma altresì l'esito interpretativo di tipo creativo che si distacca cioè dal testo scritto della disposizione, assumendo significati diversi rispetto a quello originario (BARATTA 2024b, 276). Il concetto di *hermeneia* è utilizzato come elemento dello statuto cattolico dell'interpretazione della Bibbia secondo un'accezione che tende a salvaguardare il senso originario del precetto biblico (accertato mediante esegesi), anche quando quest'ultimo sia applicato a distanza di molti secoli (cfr. TOSATO 1999, 151 ss.),

²⁵ HIRSCHL 2009, 211 ss.

²⁶ Sostenitore di un *free approach* all'interpretazione del diritto è invece BARAK 2007, 35. Tale pensiero non mi sembra accostabile a coloro i quali ritengono che l'interpretazione del diritto, pur avendo ampi margini di discrezionalità, non possa prescindere dal dato normativo: RAZ 2009, 122 e BARBERIS 2022, 20.

interpretativo precostituito, soprattutto se di dubbia coerenza con il diritto scritto e scarsamente in linea con la *ratio iuris* complessiva del diritto primario. Poiché l'interpretazione del diritto ad opera del giudice richiede che la sua attività riscuota *successo*,²⁷ riscontrabile nel fatto che *ex post* sia ampiamente accettata dai suoi destinatari e dalla dottrina, la razionalità intrinseca di qualunque decisione giudiziale diviene essenzialmente una questione di persuasività della stessa, della sua capacità di convincere tramite un uso appropriato dei metodi interpretativi: per tornare alle parole introduttive, è fattore vitale della sua autorevolezza e autorità istituzionale.

²⁷ HART 1994, 153.

Riferimenti bibliografici

- BARAK A. 2007. *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press.
- BARATTA R. 2008. *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in «Il Diritto dell'Unione europea», 1, 2008, 21 ss.
- BARATTA R. 2013. *Accession of the EU to the ECHR: the Rationale for the ECJ's Prior Involvement Mechanism*, in «Common Market Law Review», 50, 2013, 1305 ss.
- BARATTA R. 2024a. *La iurisdictio in ambito PESC: la dubbia ratio decidendi della Corte di giustizia*, in «rivista.eurojus.it», 2, 2024, 305 ss.
- BARATTA R. 2024b. *Il sistema istituzionale dell'Unione europea*, Wolters Kluwer.
- BARBATO J-C. 2013. *Le maintien du caractère intergouvernemental de la politique étrangère de sécurité et de défense*, in LAMBLIN-GOURDIN A.-S., MONDIELLI E. (eds.), *Le droit des relations extérieures de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruylant, 385 ss.
- BARBERIS M. 2022. *Diritto in evoluzione. Un manuale?*, Giappichelli.
- BESTAGNO F. 2020. *Danni derivanti da misure restrittive in ambito PESC e azioni di responsabilità contro l'UE*, in «Eurojus», 4, 2020, 280 ss.
- CAPOTORTI F. 1980. *Sull'eventuale adesione delle Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in «Rivista di diritto internazionale», 1980, 16 ss.
- CONWAY G. 2012. *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge University Press.
- HART H.L.A. 1994. *The Concept of Law* (2nd ed.), Oxford University Press.
- HIRSCHL R. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press.
- INGRAVALLO I. 2017. *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Cacucci.
- ITZCOVICH G. *The Interpretation of Community Law by the European Court of Justice*, in «German Law Review», 10(5), 2009, 537 ss.
- LASSER M.E. 2004. *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford University Press.
- LATTANZI S. 2022. *I 'travaux préparatoires' del diritto dell'Unione europea: tassonomia, ruolo e funzioni*, Wolters Kluwer Cedam.
- LAUTERPACHT H. 2011. *The Function of Law in the International Community*, Oxford University Press (first published in 1933).
- LENAERTS K, GUTIERREZ FONS J.A. 2020. *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant.
- LOCK T. 2012. *End of an Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR*, in «Yearbook of European Law», 31(1), 2012, 162 ss.
- TOSATO A. 1999. *Lo statuto cattolico dell'interpretazione della Bibbia*, in «Ars interpretandi», 1999, 123 ss.
- MORTATI C. 1998. *La costituzione in senso materiale* (a cura di G. Zagrebelsky), Giuffrè.
- NOVI C. 2023. *Corte di giustizia e competenze esterne dell'Unione europea*, Cacucci.
- PARODI M. 2020. *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: dinamiche sostanziali e profili formali*, ESI.
- PERELMAN C., OLBRECHTS-TYTECA L. 2008. *Traité de l'argumentation* (6eme ed.), Ed. de l'Université de Bruxelles.

PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli.

RAZ J. 2009. *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press.

VAN ELSUWEGE P. 2021. *Judicial Review and The Common Foreign and Security Policy: Limits to the Gap-Filling Role of the Court of Justice*, in «Common Market Law Review», 58(6), 2021, 1731 ss.

Realizzato da rospeinfrantumi
per conto di Diritto & Questioni pubbliche (PA)
nel dicembre 2024