

GIUGNO 2025

& d
q

XXV. 2025/1

diritto & questioni pubbliche

DIRITTI E RAGIONE
GIURIDICA ALLA PROVA
DELLE NUOVE
TECNOLOGIE

XXV. 2025/1

D&Q 2025/1

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XXV, 2025 / 1 (giugno)

RIVISTA DI FILOSOFIA DEL DIRITTO E CULTURA GIURIDICA

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 Sajeve, 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)

© 2025, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo

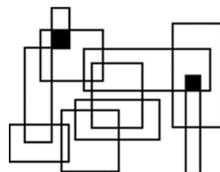
www.dirittoequestionipubbliche.it

ISSN 1825-0173

Double-Blind Peer Review

Banche dati: Scopus, Heinonline, Elsevier

DIRITTI E RAGIONE GIURIDICA ALLA PROVA DELLE NUOVE TECNOLOGIE



Diritto & Questioni Pubbliche
XXV 2025 /1 (giugno)

indice

MONOGRAFICA

Diritti e ragione giuridica alla prova delle nuove tecnologie

DAVIDE BATTISTI

Decidere per i pazienti incapaci ai tempi dell'AI: etica dell'algoritmo predittivo delle preferenze 3-20

MARCO BRIGAGLIA

Bias, giustizia predittiva e autorevolezza della giurisdizione 23-40

PIERGIORGIO CHIARA

Una svolta nel dibattito sulla crittografia: la sentenza Podchasov c. Russia della Corte EDU. Verso alcuni diritti di cybersicurezza? 43-59

STUDI

PAOLA CHIARELLA

Lo spazio della felicità e il diritto alla casa: la rilevanza pubblica di una dimensione privata 63-81

FRANCESCO FERRARO

Perché il paternalismo giuridico è sbagliato? Una riformulazione della teoria espressiva 83-102

RICCARDO MAZZOLA, ADRIANO ZAMBON

Proprietà controverse: tra filosofia del diritto e antropologia giuridica 105-125

JOSÉ JUAN MORESO

Distanza di salvataggio: Celano e i diritti in grappoli 127-137

GIULIA SAJEVA

From the Description of Ecology to the Prescription of Law and Politics. Some Challenges Among Theories for Environmental Change 139-158

NATALIA SCAVUZZO

Pragmatic Contextualism and Legal Interpretation: Moving Beyond Interpretative Scepticism 161-176

DISCUSSIONI

AURELIO GENTILI

Giurisprudenza sociologica: necessaria e insufficiente

(A proposito di Rudolf von Jhering, Le limitazioni della proprietà fondiaria) 179-184

RATIO DECIDENDI

a cura di Gaetano Carlizzi e Giorgio Pino

JORGE BAQUERIZO MINUCHE

Un espejismo en los Andes: sobre la “jerarquía constitucional” de los instrumentos internacionales de derechos humanos en las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador 187-202

MONOGRAFICA

Diritti e ragione giuridica
alla prova delle nuove tecnologie

Decidere per i pazienti incapaci ai tempi dell'IA: etica dell'algoritmo predittivo delle preferenze

Deciding for Incapacitated Patients in the Age of AI:
The Ethics of Preference-Predicting Algorithms

DAVIDE BATTISTI

Assegnista di ricerca, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bergamo; Professore a contratto, Dipartimento di Scienze sociali e politiche, Università degli Studi di Milano.

E-mail: Davide.battisti@unibg.it

ABSTRACT

Gli sviluppi dell'intelligenza artificiale potrebbero consentire la realizzazione di algoritmi per la previsione delle preferenze di pazienti in condizioni di incapacità decisionale. Secondo alcuni, questi strumenti rappresentano un'opportunità per promuovere l'autonomia del paziente. Tuttavia, accettare la loro implementazione comporta un profondo ripensamento delle decisioni sostitutive. Questo articolo analizza criticamente alcune delle più rilevanti questioni bioetiche sottese a tale dibattito.

Artificial intelligence developments could enable the creation of algorithms to predict the preferences of patients in conditions of decisional incapacity. According to some, these tools represent an opportunity to promote patient autonomy. However, their implementation requires a profound reconsideration of surrogate decision-making. This article offers new insight into some of the most relevant bioethical issues underlying this debate.

KEYWORDS

giudizio sostitutivo, intelligenza artificiale, algoritmo predittivo delle preferenze, disposizioni anticipate di trattamento, autonomia

substituted judgment, artificial intelligence, algorithmic preference predictor, advance directives, autonomy

Decidere per i pazienti incapaci ai tempi dell'IA: etica dell'algoritmo predittivo delle preferenze

DAVIDE BATTISTI

1. *Introduzione* – 2. *Le disposizioni anticipate di trattamento e il giudizio sostitutivo* – 3. *Gli algoritmi predittivi delle preferenze: differenze tecniche ed etiche* – 4. *Implicazioni etiche se i risultati dell'algoritmo sono affidabili* – 4.1. *Affidabilità dell'algoritmo predittivo: problemi tecnici ed epistemici* – 4.2. *Implicazioni etiche se i risultati dell'algoritmo sono affidabili* – 4.2.1. *Algoritmo predittivo delle preferenze personalizzato: una (nuova) questione di autonomia?* – 5. *Conclusioni: la necessità del ruolo attivo del paziente e l'IA come supporto a una efficace redazione delle DAT.*

1. *Introduzione*

Gli avanzamenti tecnologici nell'ambito degli algoritmi computazionali, del *machine learning* e dell'intelligenza artificiale (IA) offrono significative opportunità di applicazione in ambito medico. La capacità di questi strumenti di connettere e assemblare informazioni in modo rapido ed efficace può, ad esempio, perfezionare il processo diagnostico, nonché fornire una migliore individuazione dei trattamenti per il paziente nella prospettiva di una medicina sempre più personalizzata. Inoltre, questi strumenti potrebbero essere impiegati per il monitoraggio di sintomi o di informazioni clinicamente rilevanti al fine di gestire patologie complesse, come quelle croniche.

Alla luce di questi rapidi e significativi sviluppi, anche il recente dibattito bioetico si è occupato in modo estensivo delle implicazioni etiche dell'applicazione dell'IA nell'ambito della biomedicina¹. In questa direzione sono state affrontate diverse questioni, tra cui: il rischio che l'IA possa incorporare dei *bias*, reiterando ed esacerbando discriminazioni e iniquità²; i problemi che emergono dall'utilizzo dei cosiddetti "dati storici"³ – che a differenza dei dati sintetici appartengono a persone reali – per allenare gli algoritmi e la discussione relativa ai modelli di consenso informato per la loro raccolta e conservazione⁴; i profili di responsabilità del professionista sanitario in caso di errore della macchina⁵; l'opacità dell'IA e la necessità di uno strumento che sia anche *spiegabile* non solo per assicurare una supervisione adeguata della macchina ed evitare possibili errori, ma anche per scongiurare l'emergenza di un nuovo paternalismo medico⁶; l'impatto dell'IA sulla relazione medico-paziente o paziente-professionista sanitario sia nell'ambito diagnostico e prognostico sia in quello comunicativo⁷ e assistenziale⁸.

Oltre a tali questioni, il dibattito si è concentrato anche sulle questioni etiche che emergono da alcune possibili applicazioni dell'IA in contesti di fine vita nell'ambito del giudizio sostitutivo per i pazienti che hanno perso la capacità decisionale. Infatti, l'IA può essere uno strumento molto performante non solo nella diagnosi di patologie o nella definizione di percorsi terapeutici, ma anche nella predizione delle preferenze dei pazienti. Ciò diventa ancor più rilevante se i

¹ KARIMIAN et al. 2022; MORLEY et al. 2020; ANYANWU et al. 2024; MANNELLI 2022; CNB 2020.

² MURPHY ET AL. 2021; GIOVANOLA, TIRIBELLI 2023; PALAZZANI 2020.

³ FLORIDI 2023.

⁴ SAVULESCU et al. 2024.

⁵ NAIK et al. 2022.

⁶ LORENZINI et al. 2023.

⁷ LEVINE et al. 2024.

⁸ DALTON-BROWN 2020.

pazienti versano in uno stato nel quale non è più possibile per loro decidere in merito a quali trattamenti sottoporsi.

Se da un lato alcuni autori hanno affermato che queste prospettive tecniche possono rappresentare un'inedita opportunità per assicurare e promuovere spazi di autonomia e autodeterminazione per il paziente, dall'altro accettare la possibile implementazione di tali strumenti in contesti tragici e complessi come quelli in esame conduce a un profondo ripensamento del modo in cui vengono attualmente prese le decisioni sostitutive. Ciò rende urgente e necessaria un'attenta analisi critica di tali scenari. In questo contributo si intende offrire una panoramica della letteratura più rilevante sul tema, nonché una discussione delle recenti proposte relative alla possibile implementazione di questi strumenti nella pratica clinica.

Nello specifico, il presente scritto è strutturato come segue: per prima cosa, verranno discusse le modalità con cui vengono attualmente prese le decisioni per i pazienti incapaci, introducendo lo strumento delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT); in questo contesto, verrà fatto cenno alla legge italiana che ne regola l'utilizzo, la n. 219/2017. Dopo aver presentato alcuni dati che attestano lo scarso utilizzo delle DAT da parte della cittadinanza, si esporranno le ragioni per le quali potrebbe essere auspicabile l'utilizzo di un algoritmo predittivo delle preferenze. Successivamente, verranno introdotti tre dei più influenti modelli algoritmici che sono stati proposti nel dibattito bioetico – il *Patient Preference Predictor* (PPP), l'*Autonomy Algorithm* e il *Personalized Patient Preference Predictor* (P4) – e ne verranno analizzate le giustificazioni etiche, nonché le critiche che sono state sollevate nei loro confronti. In particolare, si discuteranno due classi di problemi: a) le sfide tecniche ed epistemiche che possono ostacolare il raggiungimento di una predizione affidabile da parte dei modelli algoritmici; b) le implicazioni bioetiche che emergono assumendo che i risultati algoritmici siano effettivamente in linea con le preferenze del paziente. In merito a quest'ultima classe, ci si chiederà quale ruolo e peso normativo dovrebbero avere le previsioni dello strumento in esame. Pertanto, si introdurranno e discuteranno le posizioni della “prevalenza algoritmica moderata” e della “prevalenza algoritmica forte”, interrogandosi sulla possibilità che il giudizio dell'algoritmo debba essere prevalente nell'eventualità di un conflitto con il giudizio dei familiari, del fiduciario o addirittura con quello espresso in precedenza nelle DAT dal paziente stesso. In questa prospettiva, verrà discussa una recente critica a queste posizioni, secondo cui l'algoritmo predittivo non sarebbe in grado di promuovere l'autonomia del paziente a causa di un possibile fraintendimento dei principi etici sottesi allo standard del giudizio sostitutivo. Dopo aver sostenuto che questa critica indebolisce, anche se non in termini definitivi, la posizione della prevalenza algoritmica forte, si concluderà che l'algoritmo predittivo delle preferenze rimane uno strumento problematico sotto vari profili e che per risolvere questi problemi si dovrebbe richiedere un certo coinvolgimento attivo del paziente nell'allenamento dell'algoritmo. Alla luce di ciò, si sosterrà che lo sforzo richiesto al paziente potrebbe essere più adeguatamente impiegato nella redazione e nella raccolta di DAT solide e informate, grazie a uno strumento di IA. In questo contesto, si proporrà l'introduzione delle DAT dinamiche supportate dall'IA.

2. Le disposizioni anticipate di trattamento e il giudizio sostitutivo

In Italia, la possibilità di redigere le DAT è prevista dall'art. 4 della legge n. 219/2017⁹, la quale è il frutto di un percorso avviato nei primi anni 2000 e di un complesso iter parlamentare¹⁰. Grazie

⁹ Per una discussione sugli aspetti bioetici e biogiuridici della legge n. 219/2017, si veda, tra gli altri, BORSELLINO 2018a; D'AMICO M., PELLIZZONE I., LIBERALI B. 2019; DE MARZO 2018; FERRANDO G., BUSATTA L., FRANCESCONI A., BERGONZINI C., MOLASCHI V., VERONESI P., BENCIOLINI P., GIARDINA F., PIZZETTI F.G., CANESTRARI S., MORINO P., VIAFORA C., GIANNINI A., ZAMPERETTI N., PARIS D., GRISTINA G.R., ORSI L. 2018; PALAZZANI 2018.

a questo strumento, una persona può predisporre un documento legalmente vincolante che comunichi al medico e ai familiari i trattamenti a cui intende o non intende sottoporsi in determinate circostanze, qualora si trovasse in uno stato di incapacità. La legge n. 219/2017 prevede, inoltre, la possibile nomina di un fiduciario al quale viene riconosciuta la facoltà di prendere decisioni mediche per il paziente, evitando in questo modo possibili conflitti che potrebbero emergere tra i familiari. Secondo il comma 6 dell'art. 4, affinché le DAT siano vincolanti, queste devono essere redatte per atto pubblico o scrittura privata autenticata e depositate presso un apposito registro del comune di residenza della persona maggiorenne¹¹, o in alternativa presso notai, strutture sanitarie o strutture consolari¹².

Le DAT sono oggi considerate un presidio contro l'accanimento terapeutico e uno strumento standard per il rispetto dell'autonomia del paziente incapace. Sono la risposta a un problema profondo che si era posto già a partire dagli anni '60 del secolo scorso, quando la capacità tecnologica ha reso possibile prolungare la vita in termini biologici anche se a questa non sempre corrisponde un'estensione della vita biografica. Ciò ha fatto emergere in molte persone la preoccupazione di rimanere intrappolate tra le maglie del progresso tecnologico, nel caso in cui venisse meno la possibilità di esprimere le proprie volontà su come e per quanto tempo essere trattate alla fine della vita¹³.

Ciononostante, le DAT rimangono uno strumento ancora poco utilizzato. Evidenza di ciò è fornita dall'ultimo rapporto dell'Osservatorio permanente sulle DAT dell'Associazione Coscioni¹⁴. Nei comuni italiani che hanno risposto all'indagine dell'Osservatorio (6.096), risultano depositate solamente 230.940 DAT¹⁵. Sebbene il dato sia in forte aumento rispetto al 2022 (+52,5%), rimane lampante che le persone che sottoscrivono le DAT sono ancora una esigua minoranza rispetto alla totalità delle persone che potrebbero redigerle e depositarle.

Questo fenomeno può essere dovuto a diversi fattori, legati sia alla specificità della situazione italiana sia a considerazioni più generali. In primo luogo, nel contesto italiano, le DAT sono state formalmente introdotte meno di dieci anni fa e quindi potrebbe essere necessario un orizzonte temporale più lungo per apprezzare un maggiore utilizzo di questo strumento. In merito a questa osservazione, va tuttavia riconosciuto che già dal 2006 il codice di deontologia medica prevedeva il dovere di tenere in considerazione eventuali volontà precedentemente espresse da un paziente non più competente¹⁶; inoltre, un ampio dibattito pubblico su questo tema era già iniziato a partire dal 1999, quando Beppino Englaro richiese al Tribunale di Lecco l'interruzione dei trattamenti vitali per la figlia Eluana, la quale versava in stato vegetativo. In secondo luogo, le modalità di deposito delle DAT potrebbero disincentivare molte persone a intraprendere questa procedura¹⁷. Infine, è opportuno riconoscere che molte persone – soprattutto se non affette da patologie gravi – tendono a non voler parlare della propria morte o di situazioni in cui potrebbero trovarsi in uno stato di incapacità; molti medici sono altresì reticenti a sollevare l'argomento e ad aiutare i pazienti a pensare concretamente a come potrebbe avvenire la loro morte¹⁸. Queste ultime considerazioni assu-

¹⁰ BORSELLINO 2018b; LENZI 2018.

¹¹ L'art. 4 della legge n. 219/2017 non prevede la possibilità di redigere le DAT. In BALDINI 2019 vengono evidenziati i possibili effetti discriminatori, i quali si estendono anche alla categoria degli incapaci. Per una disamina delle implicazioni sui minori di questa legge si veda DI COSTANZO 2019.

¹² Nel 2020 è stata istituita la Banca dati nazionale delle DAT con lo scopo di raccolta dei documenti depositati, la tempestiva gestione in caso di rinnovo, modifica o revoca e la piena accessibilità della DAT su tutto il territorio nazionale. Questo aspetto riesce a mitigare una delle limitazioni sottolineate da CAPRON 2010, ovvero l'indisponibilità, in alcuni contesti, delle DAT anche se queste erano state redatte e depositate.

¹³ CAPRON 2010.

¹⁴ OSSERVATORIO PERMANENTE SULLE DAT 2024.

¹⁵ A questo dato andrebbero aggiunte le DAT depositate nei comuni che non hanno risposto alle richieste e quelle depositate presso notai, strutture sanitarie e uffici consolari a cui l'Osservatorio DAT non ha accesso.

¹⁶ REICHLIN 2021.

¹⁷ BORSELLINO 2019.

¹⁸ CAPRON 2010.

mono particolare rilevanza se si considera che la legge n. 219/2017 non impone al medico l'obbligo di prospettare ai pazienti la possibilità di redigere le DAT¹⁹. In generale, la scarsa attitudine a parlare di morte e di fine vita potrebbe quindi disincentivare il ricorso a questo strumento. Questi aspetti evidenziano un atteggiamento antropologico che trascende i confini nazionali. Lo scarso utilizzo delle DAT, infatti, non riguarda solo l'Italia: ad esempio, nel 2017 è stato osservato che solo una persona su tre negli Stati Uniti aveva redatto una disposizione anticipata²⁰, sebbene la prima iniziativa in uno Stato federale sia avvenuta già nel 1976 in California.

Un ridotto ricorso alle DAT conduce inevitabilmente a dover gestire un elevato numero di casi in cui il paziente che versa in una condizione di incapacità non ha lasciato indicazioni. A questi se ne devono aggiungere anche altri in cui, seppur la DAT sia stata redatta, questa non risulta chiara o non comprende la situazione specifica in cui versa il paziente. In tutti questi casi – che vicino alla fine della vita dei pazienti rappresenterebbero quasi il 70% del totale²¹ – l'onere della decisione viene fatto ricadere su un decisore sostituto, generalmente un familiare, il quale ci si attende che prenda una decisione che rispetti quanto più possibile le preferenze che il paziente avrebbe espresso qualora quest'ultimo avesse potuto esprimersi. In questo senso, si fa spesso riferimento al cosiddetto “standard del giudizio sostitutivo” (*substituted judgment standard*)²². Ci si affida ai familiari perché si suppone che questi riescano a prendere una decisione rispettando due criteri che Hubbard e Greenblum definiscono come il “criterio del vantaggio epistemico” e il “criterio della fedeltà”²³. Per quanto riguarda il primo, in virtù della relazione speciale con il paziente, i familiari sarebbero in una posizione epistemicamente privilegiata per identificare quale preferenza avrebbe il paziente se si trovasse nelle condizioni di poter decidere per sé²⁴. Il secondo criterio richiede che la scelta rispetti le preferenze del paziente e non quelle del decisore sostituto; in questa prospettiva, è verosimile aspettarsi che il familiare sia pronto ad agire unicamente nell'interesse del proprio caro.

Nonostante l'idea che i familiari possano adeguatamente agire come decisori sostitutivi di pazienti incapaci sia attraente e in linea con le nostre intuizioni, le evidenze empiriche disponibili suggeriscono il contrario. Diversi studi, infatti, hanno constatato come le persone chiamate a pronunciarsi per conto del paziente incapace non predicono le preferenze di quest'ultimo in termini superiori alla probabilità di base²⁵. Altri studi hanno persino dimostrato che la probabilità che i familiari identifichino il trattamento desiderato dal paziente in casi complessi – come, ad esempio, quando non è chiaro quale trattamento sia quello clinicamente indicato – è solo di poco superiore al caso²⁶. In altre parole, non è vero che i familiari *qua* decisori sostitutivi soddisfano il criterio del vantaggio epistemico. Inoltre, i familiari spesso esperiscono ansia e stress quando viene chiesto loro di prendere una decisione relativa alla vita o alla morte dei propri cari;

¹⁹ Si ringrazia un revisore anonimo per aver sollevato questo aspetto. Per una discussione critica sulla fonte di informazione per il possesso di adeguate informazioni mediche per redigere le DAT nell'ambito della legge n. 219/2017, si veda BALDINI 2019.

²⁰ YADAV et al. 2017.

²¹ JOHN et al. 2020.

²² Lo standard del giudizio sostitutivo non va confuso con un altro standard che viene spesso utilizzato nell'ambito dei pazienti incapaci, che è quello del miglior interesse (*best interest standard*). Spesso non è possibile determinare le preferenze autonome del paziente: ad esempio, quando non si hanno informazioni sufficienti riguardanti le preferenze del paziente o quando il paziente non è mai stato competente, e. g., pazienti con gravi forme di disabilità cognitive, feti, neonati o bambini che non hanno ancora sviluppato la capacità di prendere delle scelte autonome. In questi scenari, il decisore deve determinare «il massimo beneficio netto probabile tra le opzioni disponibili, attribuendo diversi pesi agli interessi che il paziente ha in ciascuna opzione, bilanciati rispetto ai rischi, agli oneri o ai costi intrinseci» (BEAUCHAMP, CHILDRESS 2019, 56). In questo articolo, si considereranno solo le persone che hanno *perso* la capacità di esprimere le proprie preferenze e quindi si escludono le categorie sopra descritte.

²³ HUBBARD, GREENBLUM 2020.

²⁴ BRUDNEY 2009; BUCHANAN, BROCK 1990.

²⁵ SHALOWITZ et al. 2007; HOUTS et al. 2002; SMUCKER et al. 2000.

²⁶ CIROLDI et al. 2007; SHALOWITZ et al. 2006.

questo potrebbe incidere sulla qualità della decisione. Non è dunque del tutto certo che i familiari siano in grado di isolare adeguatamente le preferenze del paziente per promuoverle attraverso la decisione sostitutiva e, pertanto, di agire in linea con il criterio della fedeltà²⁷.

3. Gli algoritmi predittivi delle preferenze: differenze tecniche ed etiche

Le considerazioni presentate nel paragrafo precedente – insieme agli sviluppi dei sistemi algoritmici computazionali, di *machine learning* e di IA – hanno condotto diversi autori a proporre l'introduzione di un predittore di preferenze algoritmico per i pazienti incapaci²⁸. In questa sede vengono analizzate tre proposte, presentate in ordine cronologico dalla meno recente alla più recente: il *Patient Preference Predictor* (PPP), l'*Autonomy Algorithm* e il *Personalized Patient Preference Predictor* (P₄). Sebbene vi siano delle differenze moralmente rilevanti tra le proposte, le quali verranno sottolineate alla fine del paragrafo, si conviene che la loro diversità sia dovuta principalmente a un differente orizzonte di sviluppo tecnologico di riferimento.

Proposto inizialmente da Rid e Wendler²⁹, il PPP è un algoritmo computazionale basato sui risultati di un sondaggio volontario in cui a un campione di persone, rappresentativo dal punto di vista sociodemografico, viene chiesto di esprimere le proprie preferenze in diverse situazioni mediche ipotetiche in cui non sarebbero più competenti. Attraverso questi dati, l'algoritmo predittivo potrebbe inferire le preferenze di un paziente che non ha partecipato al sondaggio e si trova in una situazione di incapacità. Età, livello di istruzione, genere e altri dati sociodemografici possono infatti avere un ruolo predittivo in merito alle preferenze del paziente e quindi determinare la scelta che più è in linea con quanto egli avrebbe scelto qualora fosse stato competente. Questo strumento potrebbe supportare i familiari e i clinici nel processo decisionale condiviso, offrendo almeno due benefici: a) la decisione risulterebbe più coerente con le preferenze del paziente; b) gli attori coinvolti verrebbero, almeno in parte, sollevati dall'onere della decisione.

Tuttavia, anche assumendo che il PPP sia generalmente affidabile, questo sarebbe in grado di offrire previsioni solamente se ci si attende che le preferenze del paziente siano in linea con quelle del suo gruppo sociodemografico. In tutti gli altri casi, il PPP sarebbe uno strumento inefficace. Al fine di ovviare a questo problema, Lamanna e Byrne propongono l'*Autonomy Algorithm*³⁰, una versione dell'algoritmo predittivo che integra i dati sociodemografici con altri per offrire delle previsioni più accurate, anche in casi più complessi. Gli autori propongono di allenare l'algoritmo con le cartelle cliniche di un vasto numero di persone – previa disponibilità e autorizzazione –, la cartella clinica personale del paziente incapace e i dati provenienti dai suoi profili social. In una difesa più sistematica di questo modello, Hubbard e Greenblum sottolineano l'importanza dei dati personali dei profili social, riportando evidenze della loro efficacia predittiva³¹: già nel 2013, Kosinski e colleghi hanno dimostrato come i *like* lasciati su Facebook potessero essere utilizzati per predire in modo accurato dati personali sensibili come l'orientamento sessuale, l'etnia, il credo religioso e quello politico, i tratti della personalità, l'intelligenza, la felicità e l'età³². Nella stessa direzione, un altro studio ha dimostrato che l'accuratezza predittiva di un algoritmo riguardo ad alcuni aspetti della personalità e basato sui *like* di Facebook supera addirittura quella dei familiari e delle persone più vicine³³. Le previsioni algoritmiche della

²⁷ HUBBARD, GREENBLUM 2020.

²⁸ EARP et al. 2024; HUBBARD, GREENBLUM 2020; LAMANNA, BYRNE 2018; FERRARIO et al. 2023.

²⁹ RID, WENDLER 2014.

³⁰ LAMANNA, BYRNE 2018.

³¹ HUBBARD, GREENBLUM 2020.

³² KOSINSKI et al. 2013.

³³ YOUYOU et al. 2015.

personalità e delle preferenze delle persone sulla base dell'utilizzo dei social network stanno diventando sempre più accurate e raffinate³⁴. Questo progresso è alimentato sia dall'avanzamento delle capacità tecnologiche sia dall'aumento della mole di informazioni disponibili: secondo Statista, nel 2024 le persone hanno passato circa 143 minuti al giorno sui social³⁵, i quali oggi offrono esperienze di fruizione che non si riducono a quelle considerate dalla letteratura già menzionata. È plausibile che i risultati algoritmici futuri saranno ulteriormente affinati, integrando ai già menzionati *like* anche informazioni relative al tempo trascorso visionando alcune tipologie rilevanti di video o *reel*, ai profili che le persone seguono e così via.

L'ultima proposta che qui si presenta è quella recentemente delineata da Earp e colleghi ed è denominata *Personal Patient Preference Predictor* (P₄)³⁶. Sebbene sia molto simile all'*Autonomy Algorithm*, il P₄ è differente nella misura in cui viene attribuita ancor più importanza ai dati personali del paziente rispetto a dataset più generali. Inoltre, il P₄ applica strumenti di *large language model* alla predizione delle preferenze dei pazienti incapaci. Un *large language model* è un sistema di IA progettato per generare testi ed è in grado di essere allenato per svolgere una varietà di compiti. Gli autori suggeriscono di allenare un *large language model* (*fine tuning*) con i dati personali del paziente al fine di creare un cosiddetto gemello digitale, cioè un sistema testuale che emula accuratamente i *pattern* di comportamento, lo stile comunicativo e le modalità decisionali del paziente. I dati personali che gli autori considerano per il processo di *fine tuning* dovranno essere dei testi redatti dal o descrittivi il paziente, anche se ci si attende che grazie al rapido avanzamento tecnologico potranno essere utilizzati anche altri formati, come ad esempio contenuti video o registrazioni vocali. I dati includeranno, ad esempio, cartelle cliniche elettroniche e biobanche, risposte a questionari medici o esperimenti di scelta per individuare i valori abbracciati dall'individuo mentre era competente, ma anche interventi su blog, siti web o altri scritti pubblicati, attività sui social media ed e-mail. Grazie al P₄, i familiari e i clinici potrebbero addirittura interrogare in tempo reale il risultante gemello digitale per risalire a quale potrebbe essere la più probabile preferenza per il trattamento in qualsiasi crisi sanitaria.

In generale, da un punto di vista bioetico, l'algoritmo predittivo viene difeso invocando il principio di autonomia nella misura in cui tale principio è sovrapponibile al rispetto delle preferenze – non esplicitamente espresse in una DAT – che il paziente avrebbe avuto in quella data circostanza. Questo strumento sembra infatti soddisfare entrambi i criteri dello standard del giudizio sostitutivo. L'algoritmo predittivo si troverebbe in una condizione di vantaggio epistemico in relazione alle preferenze del paziente. Inoltre, mettendo tra parentesi la controversa possibilità che l'algoritmo predittivo venga programmato per soddisfare le preferenze del professionista sanitario, della struttura o del sistema sanitario, o dei familiari, nelle versioni proposte – e in linea con quanto enunciato dalla legge n. 217/2019 e dall'articolo 32 della Costituzione – questo strumento dovrebbe essere concepito *solo* per soddisfare le preferenze del paziente.

Si noti che l'evoluzione delle proposte degli algoritmi predittivi ha permesso di evitare alcune insidiose critiche di cui soffrivano le prime versioni. Si è già fatto cenno al fatto che il PPP non può essere applicato nei casi in cui ci si attende che il paziente si discosti, in termini di valori e preferenze, dalla sua classe sociodemografica di riferimento. A prescindere da ciò, secondo alcuni autori, il PPP minerebbe comunque il principio di autonomia, anziché promuoverlo. L'idea alla base di questo argomento è che utilizzando il giudizio algoritmico non si starebbero considerando i *valori* e le *ragioni* per cui una persona possiede una certa preferenza, la quale verrebbe *causalmente* determinata dalla mera appartenenza a una classe sociodemografica³⁷. In altri termini, al fine di osservare una scelta autonoma non sarebbe sufficiente individuare la preferenza corretta, ma anche le

³⁴ CHRISTIAN et al. 2021.

³⁵ https://www.statista.com/statistics/433871/daily-social-media-usage-worldwide/?utm_source=chatgpt.com.

³⁶ EARP et al. 2024.

³⁷ SHARADIN 2018; ONEIL 2022.

motivazioni attraverso cui si arriva a tale preferenza. L'algoritmo predittivo in questa forma rischierebbe quindi di ridurre la soggettività del paziente ai suoi dati, aprendo a fenomeni di *datafication* e oggettivazione del paziente. Questa critica si applica al PPP, ma non all'*Autonomy Algorithm* e al P4. Infatti, attraverso la considerazione dei dati personali prodotti dall'individuo è possibile farsi guidare da informazioni – quando queste sono sufficientemente esplicite e non meramente inferite – che sono state causalmente determinate da convinzioni, valori e ragioni del paziente e non da informazioni sociodemografiche o che appartengono ad altre persone. Alla luce di ciò, il rischio di *datafication* e di oggettivazione paventato poc'anzi sembrerebbe piuttosto limitato.

Tuttavia, le proposte più avanzate di algoritmo predittivo delle preferenze soffrono di problemi bioetici che richiedono un'attenta valutazione; nel prossimo paragrafo verranno discussi, considerando principalmente le versioni di predittori algoritmici che si basano in modo primario su dati personali e non meramente su informazioni sociodemografiche.

4. Questioni bioetiche degli algoritmi predittivi basati su dati personali

Per discutere delle questioni bioetiche sollevate dal possibile utilizzo dell'algoritmo predittivo è utile operare una distinzione tra due classi di critiche, entrambe rilevanti: la prima classe riguarda i limiti tecnici ed epistemici che possono ostacolare questo strumento nel raggiungimento di una predizione affidabile; la seconda classe comprende le questioni etiche che emergono ipotizzando che la previsione algoritmica possa effettivamente riflettere le preferenze del paziente.

4.1. Affidabilità dell'algoritmo predittivo: problemi tecnici ed epistemici

L'algoritmo predittivo delle preferenze personalizzato è uno strumento ipotetico che non è ancora stato né programmato né implementato; pertanto, non è ancora del tutto chiaro se possa effettivamente funzionare. Potrebbero infatti emergere dei problemi tecnici che ne minerebbero l'efficacia. In questo senso, alcuni autori sono scettici riguardo al funzionamento dell'algoritmo predittivo, sottolineando che i dati rilevanti per la formulazione di preferenze attendibili sarebbero fondamentalmente scarsi³⁸, soprattutto se si considerano quelli potenzialmente più affidabili, ovvero le risposte dirette a sondaggi sulle decisioni in condizioni di incapacità. La scarsità di informazioni rilevanti potrebbe impedire all'algoritmo predittivo di generare risultati attendibili. Inoltre, l'inattendibilità dei risultati potrebbe essere aggravata dai problemi strutturali di cui soffrono i *large language models*, su cui si basa il P4: quando non riescono a formulare una risposta corretta sulla base dei dati a disposizione, questi sistemi possono generare le cosiddette allucinazioni dell'IA, ovvero *output* plausibili ma non corrispondenti a una verità oggettiva e dimostrabile. Questo assume ancor più rilevanza se si considera che spesso gli strumenti di IA sono opachi e quindi diventerebbe difficile comprendere la relazione tra gli *input* (le informazioni rilevanti) e gli *output* del sistema (la supposta preferenza del paziente). Ulteriori problemi tecnici derivano dal fatto che gli *output* dei *large language models* possono essere influenzati dal modo in cui viene formulata la richiesta (*prompting*): in altre parole, è possibile che a seconda del modo di scrivere la richiesta al gemello digitale da parte dei medici o dei familiari, il dispositivo risponda in modo diverso, alimentando dubbi sulla sua affidabilità, perlomeno nel breve periodo³⁹.

Al di là delle questioni tecniche relative all'affidabilità del sistema, è importante considerare anche l'affidabilità delle preferenze su cui viene allenato il predittore algoritmico. In aggiunta ai problemi di scarsità già menzionati in precedenza, è possibile notare che le preferenze rivelate da

³⁸ BLUMENTHAL-BARBY et al. 2024; RZEPIŃSKI et al. 2024.

³⁹ SHARADIN 2024.

gli individui potrebbero essere differenti da quelle effettive, soprattutto considerando il contesto in cui vengono espresse. Ad esempio, sui social network, le persone potrebbero voler proiettare un'immagine di sé diversa da quella reale o potrebbero semplicemente esprimere preferenze incoerenti⁴⁰. In termini più generali, è poi dubbio che le persone possano esprimere delle preferenze affidabili e stabili nel tempo, ovvero prendere una decisione “ora per allora”; inoltre, le persone sane potrebbero sottostimare la loro qualità della vita nel caso si trovassero in condizioni di disabilità⁴¹. Allenato sulla base di queste informazioni, l'algoritmo potrebbe rispecchiare previsioni errate, non in linea con quanto avrebbe davvero voluto il paziente in quelle determinate condizioni.

È possibile offrire qualche replica alle osservazioni menzionate sopra. Se da una parte è importante riconoscere le difficoltà tecniche attualmente incontrate da uno strumento di questo tipo, è verosimile che gli avanzamenti tecnologici nel futuro prossimo possano risolvere, per lo meno in parte, i problemi sopradescritti. Per quanto riguarda la scarsità dei dati, si deve tenere conto che la nostra quotidianità è sempre più caratterizzata da una commistione con strumenti digitali, i quali potrebbero non solo raccogliere delle informazioni sul nostro conto da blog, email o post sui social network, ma anche registrare le nostre conversazioni e interazioni quotidiane⁴². In una prospettiva meno ipotetica e controversa, potrebbe essere possibile registrare le interazioni con i professionisti sanitari e considerarle per il *fine tuning* del gemello digitale.

Per quanto riguarda il problema della possibile contraddittorietà e inaffidabilità delle preferenze del paziente, si può replicare che il paziente stesso potrebbe decidere di selezionare quali contenuti considerare per il *fine-tuning* del gemello digitale. Inoltre, si potrebbe decidere di escludere contenuti troppo vecchi, riducendo così il rischio di includere preferenze contraddittorie o espressioni isolate ed estemporanee in aperto contrasto con l'insieme delle altre preferenze registrate.

In ogni caso, si potrebbe osservare che le critiche mosse all'algoritmo predittivo riflettono un doppio standard ingiustificato nella valutazione dell'affidabilità delle preferenze predette dall'IA e quelle riportate dalle DAT. Anche quest'ultimo strumento, infatti, è stato ampiamente criticato per problematiche simili⁴³. Pertanto, sarebbe discutibile sostenere che le DAT sono affidabili e appropriate, mentre si nega la stessa affidabilità all'algoritmo predittivo per ragioni che, almeno in alcune circostanze, valgono anche per le DAT. In termini generali, se si ammette che l'algoritmo possa talvolta fallire nel predire preferenze pienamente allineate a quelle che il paziente avrebbe espresso se avesse potuto farlo – a causa di problemi tecnici o dell'inaffidabilità delle preferenze rivelate –, si deve riconoscere allo stesso tempo che gli strumenti attualmente disponibili, come il giudizio sostitutivo o le DAT, presentano anch'essi problemi nel prevedere le reali preferenze del paziente. Pertanto, ai fini dell'implementazione del predittore algoritmico, lo standard richiesto non dovrebbe essere una perfetta affidabilità nella previsione, ma semplicemente una maggiore affidabilità rispetto agli strumenti attualmente in uso per prendere decisioni per pazienti incapaci.

Tuttavia, si riconosce in questa sede che, per raggiungere tale grado di affidabilità, sarà verosimilmente necessario che il paziente riveda periodicamente e in modo attivo alcune informazioni, decidendo se includere o meno determinate fonti per il *fine tuning* dell'algoritmo. Inoltre, è auspicabile che le informazioni per questo processo siano utilizzate a seguito del consenso informato del paziente⁴⁴. Queste considerazioni e l'imprescindibile ruolo attivo del paziente per un'adeguata applicazione dello strumento saranno rilevanti per la riflessione conclusiva che si intende proporre nel paragrafo 5.

⁴⁰ ANNONI 2024.

⁴¹ CROCKER et al. 2021.

⁴² Non si intende che questa prospettiva sia desiderabile, ma che potrebbe essere tecnicamente possibile.

⁴³ REICHLIN 2021.

⁴⁴ EARP et al. 2024.

4.2. Implicazioni etiche se i risultati dell' algoritmo sono affidabili

Il dibattito bioetico non si esaurisce con la valutazione dell'affidabilità dei risultati prodotti dall'algoritmo predittivo. Al contrario, è proprio l'eventualità che tali risultati siano effettivamente in linea con le preferenze del paziente che ha il potenziale di rivoluzionare il modo in cui vengono prese le scelte per le persone incapaci.

Come detto in precedenza, i familiari vengono coinvolti nella decisione sostitutiva in virtù del fatto che soddisfano il criterio del vantaggio epistemico e il criterio della fedeltà. Tuttavia, si è notato come in realtà i familiari non riescano a identificare adeguatamente la preferenza del paziente, motivo per il quale è stato proposto l'algoritmo predittivo, che sembrerebbe avere un maggior vantaggio epistemico rispetto ai familiari. Ciò solleva un tema bioetico delicato e controverso inerente all'effettivo ruolo del predittore algoritmico nella decisione sostitutiva. Sebbene la maggior parte degli autori concepisca l'algoritmo predittivo come un mero supporto ai familiari e ai clinici per raggiungere una decisione relativa al paziente incapace, ci si potrebbe spingere oltre e chiedersi: perché l'IA dovrebbe essere utilizzata *solo* come strumento di supporto invece di avere l'ultima parola in queste decisioni? Proprio in virtù del maggiore vantaggio epistemico dell'IA, alcuni autori hanno sostenuto che, quando un paziente adulto privo di capacità decisionale (a) non ha nominato un fiduciario o (b) non ha redatto una DAT che specifichi la sua preferenza di trattamento⁴⁵, il giudizio dell'algoritmo predittivo dovrebbe avere la precedenza su quello della famiglia, in caso di conflitto. In questa sede si definisce questa posizione della "prevalenza algoritmica moderata", poiché il giudizio dell'IA prevale su quello del familiare ma non su quello del fiduciario e della DAT.

Alla posizione della prevalenza algoritmica moderata possono essere mosse almeno due obiezioni: in primo luogo, dare la precedenza al giudizio sostitutivo dell'IA minerebbe la relazione speciale tra familiare e paziente, aumentando le probabilità che questo processo sia stressante e ansioso. In secondo luogo, il paziente stesso potrebbe preferire che le sue preferenze venissero rispettate, ma anche che ci fosse un certo coinvolgimento dei familiari. È verosimile che, per alcune persone, sia prioritario il coinvolgimento della famiglia nella decisione, soprattutto considerando che molti non hanno una preferenza definita riguardo ai trattamenti a cui sottoporsi in queste circostanze, come visto sopra. In questo senso, si fa riferimento non solo a delle preferenze di *primo livello*, relative a come un paziente vorrebbe essere trattato, ma anche a delle preferenze di *secondo livello*, relative a come effettivamente la decisione deve essere presa⁴⁶.

Si ritiene che queste due obiezioni non invalidino la posizione della prevalenza moderata. Per quanto riguarda la prima, di fronte a un conflitto tra la preferenza del paziente e gli interessi speciali della famiglia è verosimile che l'autonomia del paziente possa avere una certa priorità, qualora si possa prevedere che il paziente abbia delle preferenze ben definite. In altre parole, l'appello alla relazione speciale risulta troppo debole per affermare una certa priorità lessicale di quest'ultima sulla preferenza del paziente. Se così non fosse, dovremmo ammettere che in alcuni casi l'autonomia del paziente debba essere subordinata alla preferenza dei familiari, anche se il paziente è in grado di intendere e di volere⁴⁷. Questa ipotesi, anche alla luce della normativa vigente e l'impianto costituzionale, risulta davvero poco plausibile.

Per quanto riguarda la seconda obiezione, è opportuno notare che il predittore algoritmico personalizzato, soprattutto nella versione proposta da Earp e colleghi, potrebbe fornire risposte complesse che non si limitano a considerare solo le preferenze di primo livello. Infatti, il P4 potrebbe includere anche le preferenze del paziente riguardo al coinvolgimento desiderato dei fa-

⁴⁵ HUBBARD, GREENBLUM 2020.

⁴⁶ EARP et al. 2024.

⁴⁷ HUBBARD, GREENBLUM 2020.

miliari⁴⁸, così come l'importanza che vi attribuisce. Ad esempio, le preferenze relative ai trattamenti ricevuti potrebbero essere più o meno rilevanti rispetto a quelle sul coinvolgimento familiare. In questo modo, sarebbe possibile evitare di violare le preferenze di secondo livello quando queste possono essere rispettate con il supporto del predittore algoritmico. La prevalenza algoritmica moderata sembra quindi salva dalle due obiezioni appena discusse.

Tuttavia, a questo punto si può rilevare un problema più strutturale per questa posizione. Si può infatti osservare che le argomentazioni suggerite per difendere la prevalenza algoritmica moderata sembrano trovare un'applicazione che va oltre i confini proposti dai suoi sostenitori. In particolare, ci si può chiedere perché l'argomento della prevalenza algoritmica debba essere limitato ai soli i casi in cui il paziente non abbia redatto le DAT o nominato un fiduciario. Se tutto ciò che importa è individuare chi (o cosa) riesca a soddisfare in modo più adeguato il criterio del vantaggio epistemico e quello della fedeltà, si potrebbe osservare che l'algoritmo predittivo può risultare superiore anche al fiduciario e, in alcune circostanze, alle DAT. Come già osservato in relazione ai familiari, il fiduciario potrebbe essere soggetto ad ansie e preoccupazioni o potrebbe aver dimenticato quanto gli è stato detto dal paziente. Inoltre, per quanto riguarda le DAT, sebbene il nostro ordinamento non preveda scadenza per questo documento⁴⁹, una disposizione redatta "ora per allora" incontra delle difficoltà a essere propriamente attendibile: ad esempio, le persone potrebbero nel tempo cambiare i propri valori e idee in merito al fine vita, senza tuttavia modificare il documento. In questo senso, si potrebbe affermare che le DAT sarebbero sì uno strumento importante per informare la decisione – certamente non ridondante, perché comunicherebbero una sensibilità peculiare da parte dell'individuo in merito a temi complessi come le decisioni in contesti di incapacità – ma non sufficiente. L'algoritmo predittivo, invece, forte della grande mole di dati personali del paziente tracciati nel corso del tempo, potrebbe paradossalmente avere un vantaggio epistemico rispetto alle DAT stesse, soprattutto se queste sono state redatte molti anni prima e in termini vaghi. A tal proposito, è opportuno riconoscere che spesso le DAT vengono redatte usando un linguaggio poetico anziché preciso, aprendo più dubbi di quelli che si intendeva dissipare con questo strumento.

Pertanto, non vi sarebbero ragioni per escludere l'uso del predittore algoritmico anche in presenza di un'esplicita volontà del paziente, ipotesi esclusa dai sostenitori della prevalenza algoritmica moderata. Il predittore rappresenterebbe uno strumento imprescindibile per promuovere l'autonomia del paziente e, almeno in alcune circostanze di conflitto tra le DAT e la previsione algoritmica, quest'ultima dovrebbe avere la precedenza. Alla luce di ciò, la posizione della prevalenza moderata sembrerebbe irrimediabilmente *ad hoc* e le ragioni utilizzate dai suoi sostenitori condurrebbero verso l'accettazione di una diversa posizione, che viene qui definita come "prevalenza algoritmica forte".

È possibile avanzare delle critiche alla prevalenza algoritmica forte. In primo luogo, e in termini più circoscritti, si può osservare che l'esplicita nomina del fiduciario non sempre viene fatta per soddisfare una preferenza di primo livello, ma *solamente* per soddisfare una preferenza di secondo livello. Molte persone non sono affatto sicure delle preferenze che potrebbero avere in un contesto particolare e singolare come quello in cui sono incapacitate; tuttavia, riescono con grande sicurezza a individuare un fiduciario a cui affidarsi non tanto perché il fiduciario sia colui che conosce meglio di altri le preferenze di primo grado del paziente, ma perché la decisione che prenderà – qualunque essa sia – sarà appropriata proprio in quanto presa dal dal fiduciario⁵⁰. Per evitare questa *impasse* potrebbe essere necessario non soltanto nominare il fiduciario, ma esplicitare anche le *ragioni* per le quali è stato scelto il fiduciario: se si farà appello solo all'autorità

⁴⁸ EARP et al. 2024.

⁴⁹ Questo aspetto è stato criticato, tra gli altri, da BALDINI 2018.

⁵⁰ Non discuto i problemi etici che questa prospettiva solleverebbe in relazione agli eccessivi oneri decisionali del fiduciario.

epistemica, allora l'algoritmo predittivo potrebbe – a fronte di informazioni sufficienti – avere la priorità *anche* sul fiduciario esplicitamente nominato; in caso contrario – e a prescindere dai risultati che restituisce l'algoritmo predittivo – dovrà essere il fiduciario a farsi carico della scelta.

In secondo luogo, e in termini più generali, si potrebbe affermare che vada rifiutata la prevalenza algoritmica forte perché l'algoritmo predittivo personalizzato – contrariamente a quanto affermato dai suoi sostenitori – non sarebbe affatto uno strumento per la promozione dell'autonomia del paziente, a differenza di una esplicita nomina di un fiduciario o di una redazione delle DAT. Una recente versione di questa critica è offerta da Annoni⁵¹. In questa prospettiva, la questione dell'autonomia è rilevante non solo per gli algoritmi di tipo predittivo basati su dati sociodemografici, ma anche per quelli di tipo personalizzato. Il sotto-sotto-paragrafo successivo sarà dedicato alla trattazione di questo argomento, data la sua rilevanza per valutare l'appropriatezza della posizione della prevalenza algoritmica forte.

4.2.1. *Algoritmo predittivo delle preferenze personalizzato: una (nuova) questione di autonomia?*

Secondo Annoni, è sostanzialmente dubbio che la decisione sostitutiva in quanto tale – che questa sia presa dal familiare o dall'algoritmo – possa essere uno strumento finalizzato al rispetto e alla promozione dell'autonomia del paziente. Nel suo argomento, Annoni richiama la definizione di autonomia proposta da Beauchamp e Childress, secondo cui per parlare di “decisione autonoma” è necessario soddisfare due condizioni: a) essere in possesso della capacità di agire, comprendendo le informazioni rilevanti e le implicazioni della propria scelta (*agency*); b) essere indipendente da influenze di controllo (*liberty*)⁵². Un paziente incapacitato mancherebbe della nozione di *agency* poiché non disporrebbe della capacità di agire. Annoni ammette che è possibile intendere la nozione di *agency* in termini diacronici e quindi affermare che chi redige le DAT abbia – in un dato contesto e in pieno possesso delle sue capacità – espresso un giudizio autonomo per quelli che Dworkin definisce interessi critici, i quali incarnano i valori, le scelte e le convinzioni che guidano la nostra vita e come noi percepiamo il valore della nostra vita⁵³.

A questo punto, i sostenitori dell'algoritmo predittivo potrebbero osservare che nell'arco della nostra vita ci siamo fatti portatori di valori, di credenze e di visioni comprensive del bene. Le nostre scelte vengono definite autonome proprio perché guidate da tali interessi. Di conseguenza, rispettare l'autonomia di una persona incapace significherebbe prendere delle decisioni che sarebbero state approvate dall'individuo se fosse stato per lui possibile prendere una decisione autonoma. Questa prospettiva è denominata *endorsed life view*⁵⁴.

Annoni rifiuta l'*endorsed life view* poiché, accettando la visione dell'autonomia sottesa a questa prospettiva, questa si dovrebbe applicare anche ad altri contesti decisionali, non solo a quelli riguardanti i pazienti incapaci; ciò condurrebbe a derive di paternalismo medico. In questo senso, per valutare quali trattamenti risultano proporzionati e accettabili per un paziente, il medico potrebbe semplicemente verificare se essi siano in linea con i valori di vita del paziente, anziché basarsi sul consenso informato. Annoni conclude che l'algoritmo predittivo non può essere considerato uno strumento per promuovere l'autonomia, ma piuttosto un mezzo per favorire altri valori, come la coerenza con il piano di vita dell'individuo e l'onorare la sua identità, come nel caso della scelta della canzone che il paziente avrebbe preferito per il proprio funerale: questi sono aspetti importanti ma diversi dalla promozione dell'autonomia. L'autonomia è qui intesa come un atto linguistico performativo: rispettare l'autonomia è dunque concettualmente diverso dal rispetto delle preferenze del paziente.

⁵¹ ANNONI 2024.

⁵² BEAUCHAMP, CHILDRESS 2019.

⁵³ DWORKIN 1993.

⁵⁴ PHILLIPS, WENDLER 2015.

L'argomento di Annoni è persuasivo; tuttavia, si possono muovere almeno tre obiezioni che ne smorzano l'efficacia. La prima obiezione è direttamente rilevante per la discussione sulla posizione della prevalenza algoritmica forte. Come le critiche, già discusse sopra, che si basano sul concetto di autonomia, si ritiene che l'argomento di Annoni funzioni in modo efficace principalmente per alcune proposte di algoritmo predittivo ma non per altre. Se con il PPP è certo che la preferenza predetta non è il risultato di una preferenza effettivamente espressa, con il P4 le cose possono essere diverse. Un commento o un post in un blog potrebbero essere intesi come delle dimostrazioni – talvolta addirittura pubbliche – di una certa volontà del paziente. Riconoscere questo aspetto permetterebbe di conservare una certa dimensione performativa dell'autonomia supportata, anche nell'applicazione dell'algoritmo predittivo personalizzato. Ciononostante, si riconosce che la redazione di una DAT e un *like* sui social network non possono avere lo stesso grado di performatività. In questo contesto, è utile richiamare la differenza proposta da Buchanan e Brock tra una DAT e una preferenza espressa. La prima è un atto di volontà che ha in sé una dimostrazione di impegno che cristallizza un interesse critico, mentre la seconda è semplicemente un atteggiamento propositivo, un desiderio di avere una cosa piuttosto che un'altra, dalla quale non sempre segue un atto di volontà. Gli autori notano che «a volte una persona sceglie deliberatamente di non fare ciò che preferisce, sia per prudenza sia perché ritiene che sarebbe moralmente sbagliato farlo»⁵⁵. Buchanan e Brock ammettono, tuttavia, che questa distinzione è tanto più plausibile quanto più le preferenze sono indirette e inferenziali. A fronte di preferenze chiare ed esplicite grazie a questionari sul tema o dichiarazioni nei blog, social network o siti web, soprattutto se reiterati nel tempo, la distinzione si farebbe meno marcata e quindi meno rilevante.

Queste considerazioni sottolineano la rilevanza della distinzione tra preferenze e scelte autonome, la quale indebolisce la posizione della prevalenza algoritmica forte. In questa prospettiva, al fine di rendere possibile l'identificazione di quelle espressioni di preferenze che soddisfano i requisiti per essere considerate veri e propri "atti di volontà", diventa ancor più rilevante avere accesso in modo diretto alle fonti da cui il predittore algoritmico ricava le proprie risposte. Ciò sottolinea la necessità di promuovere la *spiegabilità* e la trasparenza dell'algoritmo predittivo ai suoi fruitori. Solo in queste situazioni vi sarebbe la possibilità che alcune DAT – come quelle redatte molto tempo prima o quelle che dimostrano delle lacune – siano meno rilevanti rispetto a quanto indicato dall'algoritmo predittivo personalizzato: in tali contesti, non vi sarà un conflitto tra una preferenza e una scelta autonoma, ma tra due "atti di volontà". Tuttavia, si riconosce che questi siano casi sostanzialmente rari: è improbabile che una persona che in precedenza abbia redatto delle DAT e successivamente cambi idea, anche manifestandolo pubblicamente, non provveda a modificarle. Ciò che qui interessa è la possibilità *concettuale* di un conflitto tra due atti di volontà e, di conseguenza, l'applicabilità della posizione della prevalenza algoritmica forte. Alla luce di ciò, sebbene, nei fatti, la critica di Annoni risulti plausibile, da un punto di vista concettuale essa non riesce a confutare la posizione della prevalenza algoritmica forte, poiché è possibile rintracciare atti di volontà almeno in alcune espressioni di preferenze registrate dall'algoritmo predittivo.

La seconda obiezione evidenzia che, nel tentativo di preservare la superiorità delle DAT rispetto al giudizio sostitutivo dell'algoritmo, l'argomento di Annoni apre la strada a scenari problematici nei casi in cui le DAT non siano state redatte. Infatti, se l'utilizzo dell'algoritmo predittivo viene considerato solo come uno strumento finalizzato a onorare l'identità dell'incapacitato e non a promuovere l'autonomia del paziente, allora altri valori potrebbero essere controbilanciati a questi, con la conseguenza controintuitiva che le preferenze del paziente potrebbero risultare non più così centrali; certamente non così importanti come lo erano quando il rispetto delle preferenze del

⁵⁵ BUCHANAN, BROCK 1990, 116.

paziente era inteso come un'espressione dell'autonomia del paziente. In questa prospettiva, se nel giudizio sostitutivo non è possibile rispettare l'autonomia del paziente, con o senza algoritmo, le preferenze *dirette* dei familiari – e. g., quello che i familiari ritengono buono per il paziente – potrebbero assumere un peso molto più importante. Ma è possibile spingersi oltre: onorare l'identità potrebbe essere considerata addirittura meno importante degli *interessi* dei familiari o della struttura sanitaria. In questo senso, verrebbe meno la necessità di rispettare il criterio della fedeltà. In altre parole, la proposta di Annoni nasconde il rischio di depotenziare in modo significativo la richiesta normativa di agire secondo le preferenze che avrebbe avuto il paziente se fosse stato in grado di intendere e di volere. Come già affermato sopra, alcune preferenze possono essere talmente chiare ed esplicite da essere considerate dei veri e propri atti di volontà. Ma anche nel caso in cui non si riuscisse a raggiungere questo standard, ma comunque si riuscisse a delineare in modo sufficientemente adeguato atteggiamenti propositivi, desideri, nonché i valori espressi nella storia biografica del paziente, sembra ragionevole che tali considerazioni debbano essere intese come delle istanze di autodeterminazione. Tali istanze non saranno così forti come quelle contenute negli atti di volontà, ma saranno comunque prioritarie rispetto ad altri interessi in gioco. Da ciò sembra ragionevole preservare all'interno del giudizio sostitutivo una dimensione di "autonomia debole"⁵⁶, quando è possibile rintracciare in modo adeguato le preferenze e dei valori espressi nella storia biografica del paziente.

La terza obiezione rileva che è dubbio che preservare una dimensione di promozione dell'autonomia all'interno del giudizio sostitutivo implichi necessariamente una legittimazione del paternalismo medico nei confronti di pazienti capaci di intendere e di volere. Innanzitutto, vi è una ragione di carattere pratico. In condizioni ordinarie di pratica clinica, il medico non è nella posizione epistemica di conoscere i valori dell'individuo e la coerenza delle sue scelte con il suo piano di vita. In altri termini, il medico non può conoscere le preferenze dell'individuo senza chiedergliele e quindi non può agire in modo informato in base a queste. L'autonomia del paziente sarebbe quindi rispettata solo chiedendo al paziente stesso; solo così, il medico verrebbe a conoscenza delle preferenze del paziente, cristallizzate in un atto di volontà: il consenso informato. Si assuma tuttavia, per amore di discussione, che il medico sia nella posizione epistemica di conoscere le volontà del paziente. Secondo la prospettiva avvertita da Annoni, in questo contesto il consenso rischierebbe di essere superfluo, poiché il medico conoscerebbe già le preferenze del paziente e questo lo legittimerebbe a scavalcare la richiesta diretta al paziente. Ma così facendo, il paziente verrebbe privato della facoltà di *rivedere* quelle preferenze, azione che è ancora possibile in quanto il paziente è in grado di intendere e di volere. In caso contrario, si entrerebbe in un cortocircuito per il quale al fine di rispettare i valori e le preferenze del paziente non si permetterebbe al paziente di rivederli. Alla luce di ciò, anche conoscendo le preferenze pregresse del paziente, il medico non potrebbe evitare di chiedere il consenso informato, che rimane un elemento imprescindibile nel rapporto medico-paziente.

Alla luce delle obiezioni qui avanzate, si sostiene che l'algoritmo predittivo può essere considerato uno strumento per la promozione dell'autonomia senza incorrere nelle conseguenze negative prospettate da Annoni. Lo sarà in senso forte quando sarà possibile individuare la dimensione performativa dell'autonomia, attraverso l'individuazione di manifestazioni di volontà reiterate nel tempo, informate ed esplicite. Lo sarà invece in senso debole quando sarà possibile identificare delle preferenze che – seppur non soddisfacendo gli standard più stringenti dell'autonomia forte – sono atteggiamenti e desideri in linea con i valori e la storia personale del paziente.

In questa prospettiva, l'argomento di Annoni non riesce a minare alle sue fondamenta la posizione della prevalenza algoritmica forte, anche se ne limita sensibilmente l'ambito di applicazione. Infatti, nel caso in cui un algoritmo predittivo non fosse allenato su "atti di volontà" –

⁵⁶ BEAUCHAMP, CHILDRESS 2019.

anche se riflettesse in modo adeguato ciò che il paziente avrebbe deciso se avesse potuto esprimersi – non potrebbe prevalere sulle DAT, qualora presenti. Tuttavia, quando l’algoritmo fosse allenato su “atti di volontà”, allora potrebbero esserci circostanze in cui la decisione algoritmica potrebbe prevalere sulle DAT. Questa conclusione, tuttavia, non è da considerarsi definitiva; altri argomenti, sia di natura bioetica sia giuridica, possono essere mossi contro la posizione della prevalenza algoritmica forte, e quindi sono necessarie ulteriori ricerche per valutare il ruolo e il peso della predizione algoritmica nelle decisioni sostitutive, qualora si fosse ragionevolmente certi che l’algoritmo fosse in grado di individuare in modo affidabile le preferenze che il paziente avrebbe avuto nel caso avesse potuto esprimersi.

5. Conclusioni: la necessità del ruolo attivo del paziente e l’IA come supporto a una efficace redazione delle DAT

In questo contributo sono state analizzate alcune delle più rilevanti questioni bioetiche dell’eventuale applicazione dell’algoritmo predittivo personalizzato nelle decisioni sostitutive. In linea di principio, questo strumento ha il potenziale di essere più efficace nel predire le preferenze del paziente incapace rispetto ai familiari e, in alcuni casi, anche rispetto al fiduciario e ad alcune DAT. Tuttavia, l’algoritmo predittivo incontra diversi problemi, come le difficoltà tecniche dovute alla scarsità di dati rilevanti per formulare previsioni attendibili o il rischio di rispecchiare preferenze rivelate ma non effettive e, in alcuni casi, contraddittorie. Inoltre, anche ammettendo una certa affidabilità dell’algoritmo, rimane aperta la questione relativa a quale rilevanza attribuire alla previsione algoritmica nella decisione sostitutiva, quando questa confligge con i giudizi dei familiari, del fiduciario o persino con le DAT.

Per superare alcuni di questi problemi, è stato suggerito di coinvolgere attivamente il paziente, valutando e rivedendo quali informazioni far considerare all’algoritmo, controllando le previsioni e richiedendo il consenso per il trattamento dei dati⁵⁷. Questa posizione è stata abbracciata anche dai proponenti del P4⁵⁸. In altre parole, l’algoritmo predittivo personalizzato richiederebbe al paziente uno sforzo di ragionare in relazione ai suoi valori e alle sue preferenze in condizioni di incapacità.

Tuttavia, se tale sforzo risulta imprescindibile per una implementazione appropriata dell’algoritmo predittivo personalizzato, ci si può legittimamente chiedere se questo non possa essere meglio impiegato per una redazione di DAT più informate ed efficaci. Piuttosto che chiedere al paziente di rivedere dati o possibili preferenze generate dall’algoritmo predittivo personalizzato, potrebbe essere più efficace sviluppare uno strumento che chieda esplicitamente al paziente di esprimere le proprie volontà⁵⁹. Le opportunità offerte dallo sviluppo tecnologico dovrebbero quindi accompagnare il paziente in un nuovo modo di redigere le DAT, anziché limitarsi all’allenamento di un algoritmo predittivo personalizzato.

In questo contesto, si propone lo sviluppo di un nuovo strumento – le DAT dinamiche supportate dall’IA – che, sotto forma di applicazione scaricabile anche sui dispositivi elettronici, possa offrire un supporto per l’identificazione e la conservazione delle disposizioni del paziente. Questo strumento potrebbe svolgere diversi compiti: a) fornire informazioni sulle condizioni di

⁵⁷ In MILIAN, BHATTACHARYYA 2025 è stato proposto un meccanismo che permette agli individui in grado di intendere e di volere di consentire formalmente all’utilizzo di P4.

⁵⁸ EARP et al. 2024.

⁵⁹ In RZEPIŃSKI et al. 2024 viene posta una domanda simile, prevedendo in questo contesto un ruolo centrale per il medico nella raccolta delle DAT. Siccome l’ordinamento italiano non prevede necessariamente il coinvolgimento del medico nella redazione, in questa sede non lo considera necessario, anche se lo si ritiene auspicabile.

incapacità e sui nuovi progressi della medicina in questo ambito⁶⁰; b) attraverso domande mirate, chiedere al paziente le sue preferenze presentando diversi scenari; c) notare eventuali incoerenze nelle preferenze registrate; d) chiedere al paziente di confermare o rivedere le informazioni; e) conservare eventuali dichiarazioni del paziente. Grazie ai dati raccolti sarebbe quindi possibile creare un assistente virtuale spiegabile che potrà essere interrogato dai clinici e dai familiari riguardo alle volontà del paziente in caso di incapacità. In generale, questo strumento permetterebbe di instaurare con il paziente un dialogo nel tempo su queste tematiche, permettendo non solo di preservare uno spazio di autonomia nel caso di incapacità, ma addirittura di potenziarlo rispetto a quanto permettono gli strumenti attualmente disponibili. Al giorno d'oggi, strumenti simili a questo vengono regolarmente utilizzati per il monitoraggio della salute⁶¹ o dei progressi lavorativi; ed è pertanto verosimile prevedere un'applicazione anche per la raccolta delle DAT. Inoltre, attraverso un meccanismo di autenticazione digitale, come il Sistema Pubblico di Identità Digitale, sarebbe possibile conservare le nuove DAT in modo sicuro senza la necessità di conformarsi a quanto affermato dal comma 6 dell'art. 4.

Si ritiene che le DAT dinamiche supportate dall'IA offrano diversi vantaggi sia rispetto al predittore algoritmico personalizzato sia alle DAT ordinarie. La quantità di dati rilevanti ottenuti grazie a questo strumento sarà potenzialmente sufficiente per formulare delle decisioni affidabili in linea con le volontà del paziente, le quali risulteranno aggiornate e informate in misura superiore non solo rispetto a quelle del predittore algoritmico personalizzato, ma anche rispetto ad alcune DAT ordinarie. In questo modo, verrebbero meno anche le preoccupazioni relative all'autonomia discusse nel paragrafo precedente.

Tuttavia, questi vantaggi non devono impedire di osservare che lo strumento proposto può presentare alcuni problemi che dovranno essere adeguatamente indagati attraverso ricerche future per una valutazione esaustiva di una sua possibile introduzione. Ad esempio, sarà necessaria una approfondita valutazione degli eventuali problemi tecnici dello strumento: questi sono in parte sovrapponibili a quelli già evidenziati in precedenza riguardo all'utilizzo dell'IA nell'ambito del predittore algoritmico, i quali assumono particolare rilevanza alla luce della possibilità di interazione tra l'utente e l'IA su questioni delicate e complesse come quelle in esame. In questa prospettiva la possibilità di allucinazioni dell'IA e il rischio che le informazioni offerte varino in base al *prompting* utilizzato per interagirvi potrebbero portare alla trasmissione di indicazioni inesatte o fuorvianti, influenzando il paziente e inducendolo ad avere alcune preferenze rispetto ad altre. Ciò potrebbe compromettere, in ultima istanza, l'autonomia del paziente anziché promuoverla.

Infine, è importante sottolineare che l'introduzione delle DAT dinamiche non eliminerebbe la necessità di decisioni sostitutive, soprattutto nei casi in cui il paziente non abbia utilizzato l'applicazione o espresso esplicitamente delle volontà, anche se potrebbe ridurre sensibilmente il numero. In queste situazioni, strumenti algoritmici predittivi potrebbero comunque rappresentare un utile supporto decisionale per i familiari e i clinici, pur essendo meno efficaci rispetto alle DAT dinamiche supportate dall'IA.

⁶⁰ Si noti che uno dei problemi delle DAT è proprio quello di considerare preferenze che non tengano conto dei progressi medici compiuti nel periodo successivo alla redazione del documento (BUCHANAN, BROCK 1990).

⁶¹ In questa sede, si pensi all'applicazione TrecMamma, un assistente virtuale di TrentinoSalute4.0 rivolta ai neo genitori, per accompagnare e supportare la donna e la famiglia durante la gravidanza e, in futuro, nei primi 1000 giorni di vita del bambino.

Riferimenti bibliografici

- ANNONI M. 2024. *It Is not about Autonomy: Realigning the Ethical Debate on Substitute Judgement and AI Preference Predictors in Healthcare*, in «Journal of Medical Ethics», pubblicato online il 27 novembre 2024. Disponibile in: <https://jme.bmj.com/content/medethics/early/2024/11/27/jme-2024-110343.full.pdf> (consultato il 14/04/25).
- ANYANWU E.C., OKONGWU C.C., OLORUNSOGO T.O., AYO-FARAI O., OSASONA F., DARAOJIMBA O.D. 2024. *Artificial Intelligence in Healthcare: A Review of Ethical Dilemmas and Practical Applications*, in «International Medical Science Research Journal», 4, 2024, 126 ss.
- BALDINI G. 2018. *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/17*, in «BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto», 2, 2018, 97 ss.
- BALDINI G. 2019. *La legge 219/17 tra molte luci e qualche ombra*, in «Diritti fondamentali», 1, 2019.
- BORSELLINO P. 2018a. *Bioetica tra “moralì” e diritto*, Raffaello Cortina (nuova ed. aggiornata).
- BORSELLINO P. 2018b. *Consenso informato e autodeterminazione terapeutica nella legge sul testamento biologico*, in «Diritto e salute. Rivista di sanità e responsabilità medica», 4, 2018, 35 ss.
- BORSELLINO P. 2019. *La L. n. 219/2017 a un anno dall’approvazione ei nuovi scenari aperti dall’ordinanza della Corte costituzionale n. 207/2018*, in «Notizie di Politeia», 35, 2019, 84 ss.
- BEAUCHAMP T.L., CHILDRESS J.F. 2019. *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press (8th ed.).
- BLUMENTHAL-BARBY J., FLETCHER F.E., TAYLOR L., NELSON R.H., MOORE B., SALONER B., UBEL P.A. 2024. *Ethical Complexities in Utilizing Artificial Intelligence for Surrogate Decision Making*, in «The American Journal of Bioethics», 24, 2024, 1 ss.
- BRUDNEY D. 2009. *Choosing for Another: Beyond Autonomy and Best Interests*, in «The Hastings Center Report», 39, 2009, 31 ss.
- BUCHANAN A.E., BROCK D.W. 1990. *Studies in Philosophy and Health Policy: Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making*, Cambridge University Press.
- CAPRON A.M. 2010. *Advance Directives*, in Kuhse H., Singer P. (eds.), *A Companion to Bioethics*, Wiley-Blackwell, 299 ss.
- CHRISTIAN H., SUHARTONO D., CHOWANDA A., ZAMLI K.Z. 2021. *Text Based Personality Prediction from Multiple Social Media Data Sources Using Pre-Trained Language Model and Model Averaging*, in «Journal of Big Data», 8, 2021.
- CIROLDI M., CARIOU A., ADRIE C., ANNANE D., CASTELAIN V., COHEN Y., DELAHAYE A., et al. 2007. *Ability of Family Members to Predict Patient’s Consent to Critical Care Research*, in «Intensive Care Medicine», 33, 2007, 807 ss.
- CNB (COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA). 2020. *Intelligenza Artificiale e Medicina: Aspetti Etici*.
- CROCKER M., HUTCHINSON C., MPUNDU-KAAMBWA C., WALKER R., CHEN G., RATCLIFFE J. 2021. *Assessing the Relative Importance of Key Quality of Life Dimensions for People with and without a Disability: An Empirical Ranking Comparison Study*, in «Health and Quality of Life Outcomes», 19, 2021, 264 ss.
- D’AMICO M., PELLIZZONE I., LIBERALI B. 2019. *Fase finale della vita, tra libertà ed esigenze di protezione. Quali punti fermi?*, in «Notizie di Politeia», 35, 2019, 71 ss.
- DALTON-BROWN S. 2020. *The Ethics of Medical AI and the Physician-Patient Relationship*, in «Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics», 29, 2020, 115 ss.
- DE MARZO G. 2018. *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di*

- trattamento*, in «Federalismi.it. Osservatorio di diritto sanitario», 13 marzo 2018.
- DI COSTANZO C. 2019. *La tutela del diritto alla salute del minore. Riflessioni a margine della legge n. 219/2017*, in «BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto», 1, 2019, 299 ss.
- DWORKIN R. 1993. *Life's Dominion: An Argument about Abortion and Euthanasia*, Alfred A. Knopf.
- EARP B.D., PORS DAM MANN S., ALLEN J., SALLOCH S., SUREN V., JONGSMA K., BRAUN M., et al. 2024. *A Personalized Patient Preference Predictor for Substituted Judgments in Healthcare: Technically Feasible and Ethically Desirable*, in «The American Journal of Bioethics», 24, 2024, 13 ss.
- FERRANDO G., BUSATTA L., FRANCESCONI A., BERGONZINI C., MOLASCHI V., VERONESI P., BENCIOLINI P., GIARDINA F., PIZZETTI F.G., CANESTRARI S., MORINO P., VIAFORA C., GIANNINI A., ZAMPERETTI N., PARIS D., GRISTINA G.R., ORSI L. 2018. *La legge n. 219 del 2017, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in «BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto», 1, 2018, 19 ss.
- FERRARIO A., GLOECKLER S., BILLER-ANDORNO N. 2023. *Ethics of the Algorithmic Prediction of Goal of Care Preferences: From Theory to Practice*, in «Journal of Medical Ethics», 49, 2023, 165 ss.
- FLORIDI L. 2023. *The Ethics of Artificial Intelligence*, Oxford University Press.
- GIOVANOLA B., TIRIBELLI S. 2023. *Beyond Bias and Discrimination: Redefining the AI Ethics Principle of Fairness in Healthcare Machine-Learning Algorithms*, in «AI & Society», 38, 2023, 549 ss.
- HOUTS R.M., SMUCKER W.D., JACOBSON J.A., DITTO P.H., DANKS J.H. 2002. *Predicting Elderly Outpatients' Life-Sustaining Treatment Preferences over Time: The Majority Rules*, in «Medical Decision Making», 22, 2002, 39 ss.
- HUBBARD R., GREENBLUM J. 2020. *Surrogates and Artificial Intelligence: Why AI Trumps Family*, in «Science and Engineering Ethics», 26, 2020, 3217 ss.
- JOHN S., ROWLEY J., BARTLETT K. 2020. *Assessing Patients Decision-Making Capacity in the Hospital Setting: A Literature Review*, in «The Australian Journal of Rural Health», 28, 2020, 141 ss.
- KARIMIAN G., PETELOS E., EVERS S.M.A.A. 2022. *The Ethical Issues of the Application of Artificial Intelligence in Healthcare: A Systematic Scoping Review*, in «AI and Ethics», 2, 2022, 539 ss.
- KOSINSKI M., STILLWELL D., GRAEPEL T. 2013. *Private Traits and Attributes Are Predictable from Digital Records of Human Behavior*, in «Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America», 110, 2013, 5802 ss.
- LAMANNA C., BYRNE L. 2018. *Should Artificial Intelligence Augment Medical Decision Making? The Case for an Autonomy Algorithm*, in «AMA Journal of Ethics», 20, 2018, E902 ss.
- LENZI D. 2018. *La legge 219/2017 e il difficile percorso parlamentare*, in «Diritto e salute. Rivista di sanità e responsabilità medica», 2018, 99 ss.
- LEVINE D.M., TUWANI R., KOMPA B., VARMA A., FINLAYSON S.G., MEHROTRA A., BEAM A. 2024. *The Diagnostic and Triage Accuracy of the GPT-3 Artificial Intelligence Model: an Observational Study*, in «The Lancet Digital Health», 8, 2024, e555-e561.
- LORENZINI G., ARBELAEZ OSSA L., SHAW D.M., ELGER B.S. 2023. *Artificial Intelligence and the Doctor-Patient Relationship Expanding the Paradigm of Shared Decision Making*, in «Bioethics», 37, 2023, 424 ss.
- MANNELLI C. 2022. *Etica e Intelligenza artificiale. Il caso sanitario*, Donzelli.
- MILIAN, R. D., & BHATTACHARYYA, A. 2025. *Beyond Presumed Autonomy: AI-Assisted Patient Preference Predictors and the Personalised Living Will*, in «Journal of Medical Ethics», 2025. Disponibile in: <https://doi.org/10.1136/jme-2025-110718> (consultato il 14/05/25).
- MORLEY J., MACHADO C.C.V., BURR C., COWLS J., JOSHI I., TADDEO M., FLORIDI L. 2020. *The Ethics of AI in Health Care: A Mapping Review*, in «Social Science & Medicine», 260, 2020, 113172.

- MURPHY K., DI RUGGIERO E., UPSHUR R., WILLISON D.J., MALHOTRA N., CAI J.C., MALHOTRA N., LUI V., GIBSON J. 2021. *Artificial Intelligence for Good Health: A Scoping Review of the Ethics Literature*, in «BMC Medical Ethics», 22, 2021, 14.
- NAIK N., HAMEED B.M.Z., SHETTY D.K., SWAIN D., SHAH M., PAUL R., AGGARWAL K., et al. 2022. *Legal and Ethical Consideration in Artificial Intelligence in Healthcare: Who Takes Responsibility?*, in «Frontiers in Surgery», 9, 2022, 862322.
- ONEIL C. 2022. *Commentary on ‘Autonomy-Based Criticisms of the Patient Preference Predictor’*, in «Journal of Medical Ethics», 48, 2022, 315 ss.
- OSSERVATORIO PERMANENTE SULLE DAT 2024. *I Testamenti Biologici nei Comuni Italiani*. Disponibile in https://lookerstudio.google.com/u/o/reporting/856a479b-25eb-4850-8dcd-5fd595dic2f8/page/p_typhw3svad (Consultato il 14/04/25).
- PALAZZANI L. 2018. *Le DAT e la legge 219/2017: considerazioni bioetiche e biogiuridiche*, in «Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)», 3, 2018, 965 ss.
- PALAZZANI L. 2020. *Tecnologie dell’informazione e intelligenza artificiale: Sfide etiche al diritto*. Edizioni Studium.
- PHILLIPS J., WENDLER D. 2015. *Clarifying Substituted Judgement: The Endorsed Life Approach*, in «Journal of Medical Ethics», 41, 2015, 723 ss.
- REICHLIN M. 2021. *Fondamenti di Bioetica*, il Mulino.
- RID A., WENDLER D. 2014. *Treatment Decision Making for Incapacitated Patients: Is Development and Use of a Patient Preference Predictor Feasible?*, in «The Journal of Medicine and Philosophy», 39, 2014, 130 ss.
- RZEPIŃSKI T., DESKUR-ŚMIELECKA E., CHOJNICKI M. 2024. *Machine Learning Algorithms in the Personalized Modeling of Incapacitated Patients’ Decision Making – Is It a Viable Concept?*, in «The American Journal of Bioethics: AJOB», 24, 2024, 51 ss.
- SAVULESCU J., GIUBILINI A., VANDERSLUIS R., MISHRA A. 2024. *Ethics of Artificial Intelligence in Medicine*, in «Singapore Medical Journal», 65, 2024, 150 ss.
- SHALOWITZ D.I., GARRETT-MAYER E., WENDLER D. 2006. *The Accuracy of Surrogate Decision Makers: A Systematic Review*, in «Archives of Internal Medicine», 166, 2006, 493 ss.
- SHALOWITZ D.I., GARRETT-MAYER E., WENDLER D. 2007. *How Should Treatment Decisions Be Made for Incapacitated Patients, and Why?*, in «PLoS Medicine», 4, 2007, e35.
- SHARADIN N. 2018. *Patient Preference Predictors and the Problem of Naked Statistical Evidence*, in «Journal of Medical Ethics», 44, 2018, 857 ss.
- SHARADIN N. 2024. *Personalized Patient Preference Predictors Are Neither Technically Feasible nor Ethically Desirable*, in «The American Journal of Bioethics: AJOB», 2024.
- SMUCKER W.D., HOUTS R.M., DANKS J.H., DITTO P.H., FAGERLIN A., COPPOLA K.M. 2000. *Modal Preferences Predict Elderly Patients’ Life-Sustaining Treatment Choices as Well as Patients’ Chosen Surrogates Do*, in «Medical Decision Making», 20, 2000, 271 ss.
- YADAV K.N., GABLER N.B., COONEY E., KENT S., KIM J., HERBST N., MANTE A., HALPERN S.D., COURTRIGHT K.R. 2017. *Approximately One in Three US Adults Completes Any Type of Advance Directive for End-of-Life Care*, in «Health Affairs», 36, 2017, 1244 ss.
- YOUYOU W., KOSINSKI M., STILLWELL D. 2015. *Computer-based personality judgments are more accurate than those made by humans*, in «Proceedings of the National Academy of Sciences», 112, 2015, 1036 ss.

Bias, giustizia predittiva e autorevolezza della giurisdizione

Implicit Bias, Predictive Justice and the Authority of the Judiciary

MARCO BRIGAGLIA

Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Palermo.

E-mail: marco.brigaglia@unipa.it

ABSTRACT

Negli ultimi decenni, lo studio psicologico della decisione giudiziale ha messo in evidenza, con un livello di dettaglio e di attendibilità mai raggiunto prima, quanto forte e pervasiva sia la presenza di *bias* e rumore. L'interazione di questi studi con il contemporaneo sviluppo delle tecniche di giustizia predittiva – applicazione di sistemi di *machine learning* a *big data* giudiziari – rischia di produrre un pesante impatto negativo sull'autorevolezza della giurisdizione, sia attraverso il confronto con macchine che promettono decisioni di migliore qualità, sia attraverso la facilitazione – soprattutto in presenza di politiche di *open data* giudiziari – della rilevazione e diffusione al grande pubblico di pattern decisionali sospetti. Questo articolo mira a presentare il problema ad un pubblico di giuristi, anche attraverso la ricostruzione delle vicende, davvero esemplari, della politica francese di *open data* giudiziari e del sito *Supralegem*.

In recent decades, the psychological inquiry into judicial decision-making has highlighted, with unprecedented detail and reliability, how deeply and pervasively it is affected by bias and noise. The interaction of these studies with the contemporary development of predictive justice techniques—the application of machine learning systems to judicial big data—risks having a serious negative impact on the authority of the judiciary, both through comparison with machines that promise better quality decisions and through the facilitation—especially in the presence of open data policies—of the detection and dissemination to the general public of suspicious decision-making patterns. In this article, I present the problem to an audience of legal scholars, with a reference to the exemplary events surrounding French *open data* policy and the *Supralegem* website.

KEYWORDS

bias impliciti e decisione giudiziale, autorevolezza della giurisdizione, giustizia predittiva

implicit bias in adjudication, authority of the judiciary, predictive justice

Bias, giustizia predittiva e autorevolezza della giurisdizione

MARCO BRIGAGLIA

1. *Il problema* – 2. *La giurisdizione tra bias e rumore* – 3. *Bias e giustizia predittiva* – 4. *Considerazioni conclusive*.

1. *Il problema*

Sin dalla loro fase di gestazione, negli anni 50 del secolo scorso, le scienze cognitive sono state caratterizzate da una strettissima interazione fra studio delle menti naturali e progetti di intelligenza artificiale, con un effetto di rinforzo reciproco: da un lato, la migliore comprensione dei meccanismi cognitivi naturali ha guidato la costruzione di nuovi sistemi di IA, e, d'altro lato, i sistemi di IA hanno guidato e supportato, in diversi modi, lo studio delle menti naturali.

L'interazione tra studio della mente naturale e tecnica della mente artificiale ha un ruolo decisivo anche nel campo della giustizia. Un aspetto problematico di questa interazione è il rischio di una profonda crisi di immagine e di autorevolezza della giurisdizione, presa nella morsa, da un lato, di studi psicologici sui fattori di distorsione del giudizio e, d'altro lato, dalle tecniche note come 'giustizia predittiva', ossia l'applicazione di sistemi di *machine learning* a *big data* giudiziari.

Il problema, in sintesi, è questo.

L'immagine della decisione giudiziale che tende ad emergere dagli studi cognitivi degli ultimi decenni non è un'immagine confortante: semplificando molto, la decisione giudiziale appare attraversata in modo pervasivo e profondo da errori, distorsioni e ingiustificate incoerenze. Nei termini resi famosi da Kahneman, la decisione giudiziale appare, nell'insieme, gravemente affetta da *bias* e da 'rumore'.

Si potrebbe dire: nulla di nuovo sotto il sole. L'insistenza sulla scarsa coerenza e sulla alta fallibilità e irrazionalità della giurisdizione è un tema tradizionale della teoria del ragionamento giuridico – è la cifra caratteristica di diversi approcci 'realisti' o 'scettici'.

Questo è senz'altro vero, ma è anche molto parziale, per due ragioni. La prima ragione è che il livello di dettaglio e di prova empirica degli errori e distorsioni che attraversano la giurisdizione raggiunto dagli studi cognitivi degli ultimi decenni è senza precedenti. Sappiamo molto più di prima, e in modo molto più affidabile di prima, come e quanto la decisione giudiziale sia affetta da *bias* e rumore. La seconda ragione è che le tecniche di giustizia predittiva, sotto moltissimi aspetti, consentono un ulteriore, drastico salto in avanti di questa conoscenza. L'applicazione di algoritmi capaci di estrarre pattern statistici da *big data* giudiziari consente infatti di rendere visibile, ad un grado prima impossibile, quanto la decisione giudiziale *reale* – non quella resa, sia pure da esperti, riguardo a casi fittizi in laboratorio – sia permeata da *bias* e rumore. E può consentire, sotto certe condizioni di accessibilità dei dati, di rendere visibili pattern sospetti esibiti da decisioni di *specifiche* corti. Infine, la diffusione di tecniche di giustizia predittiva, se coniugata con politiche di *open data* giudiziari, può diffondere la conoscenza di pattern (più o meno fondatamente) sospetti ben al di là di circoli ristretti di specialisti –

* Questo articolo rielabora il testo della presentazione fatta al Convegno "Intelligenza Artificiale e processo: dalla prevedibilità delle decisioni alla giustizia predittiva", svoltosi a Palermo il 21 aprile 2023, con la partecipazione di Ferruccio Auletta, Enrico Camilleri, Paolo Comoglio, Frédérique Ferrand, Federico Russo, Guido Smorto. Ringrazio i partecipanti al Convegno, e in particolare Ferruccio Auletta, per i loro commenti. Ringrazio Armando Plaia, Massimo Starita, Paolo Capriati e un anonimo referee per i suggerimenti.

non nell'innocuo ambito della discussione accademica di teoria del diritto o psicologia della decisione, ma nel pubblico generale.

Tutto questo insieme di processi costituisce una seria minaccia per l'autorevolezza della giurisdizione – per la giurisdizione in genere, o anche per la giurisdizione di specifiche corti. Si tratta, a mio giudizio, di uno dei problemi più seri riguardo agli impatti dell'IA sulla giurisdizione, un problema che investe scenari già attuali e non prospettive futuribili – ma forse non impossibili – di giudizio algoritmico. Quanto il problema sia serio e attuale è evidenziato molto bene dalle vicende, risalenti a pochi anni fa, della politica francese di *open data* giudiziari, e in particolare dal caso del sito *Supralegem*.

Obiettivo di questo articolo è ricostruire i termini del problema per un pubblico di giuristi. Nel § 2 ricostruirò, per sommi capi, lo scenario che emerge dagli studi sul ruolo di *bias* e rumore nel giudizio e nella decisione umana in genere, e nell'ambito della giurisdizione in particolare. Mi concentrerò, in particolare, sui *bias* che rendono il giudizio suscettibile a fattori non soltanto irrilevanti, ma anche casuali e non ancorati a convinzioni profonde dei decisori. Si tratta di un ambito di studi ormai molto vasto, ma non entrato ancora a far parte del senso comune di giuristi e teorici del diritto e mi sembra perciò utile riportare alcuni degli studi che meglio hanno contribuito a far percepire la portata del problema. Nel § 3, utilizzando come caso studio le vicende della politica francese di *open data* giudiziari e del sito *Supralegem*, spiegherò perché le tecniche di giustizia predittiva possono funzionare come un detonatore che rende esplosivo il problema dei difetti cognitivi della giurisdizione. Nel § 4, avvanzerò alcune considerazioni conclusive riguardo a quale sia l'atteggiamento più sensato e più accettabile dal punto di vista normativo da assumere rispetto al problema.

2. La giurisdizione tra bias e rumore

2.1. A partire dalla metà del secolo scorso, gli studi sulle distorsioni della cognizione umana hanno conosciuto una straordinaria fortuna, dando vita a diversi paradigmi di ricerca. Il più noto è quello lanciato a metà degli anni 70 da Kahneman e Tverski sotto il nome di 'euristiche e bias', parte di un più generale approccio noto come '*behavioral economics*', lo studio dei processi decisionali umani focalizzato sulle deviazioni da modelli di razionalità. L'eco di queste ricerche non ha tardato a farsi sentire anche nell'ambito della decisione giuridica, con la nascita della '*behavioral law and economics*' (v. SUNSTEIN et al. 1998; per una panoramica generale v. ZAMIR, TEICHMAN 2014) e in particolare lo sviluppo di una sempre più nutrita serie di studi volti ad applicare il paradigma delle euristiche e *bias* alla decisione giudiziale. Gli esempi che proporrò sono tratti da studi che seguono questo approccio. Ma è importante ricordare che si tratta soltanto di uno fra molti filoni di studio dei fattori di distorsione del giudizio e della decisione. Ricerche di psicologia sociale su *bias* impliciti, pregiudizi e stereotipi, ad esempio, per quanto in parte sovrapponibili a quelle su euristiche e *bias* (l'euristica della rappresentatività, ad esempio, è una procedura di giudizio guidato da stereotipi), hanno seguito strade largamente indipendenti, e hanno avuto un impatto forse ancora maggiore sulla teoria e sulla pratica della decisione giudiziale (per uno sguardo generale su questi approcci v. ad es. LANE et al. 2007; NELSON 2009).

Prima di procedere con gli esempi, è utile però mettere a fuoco alcuni aspetti generali.

2.2. L'elemento più disturbante degli studi sulla cognizione umana, e quello più interessante ai nostri fini, non è tanto la scoperta di sistematiche distorsioni del giudizio rispetto a standard di razionalità *postulati dall'osservatore*, ma di distorsioni rispetto ai criteri che il decisore stesso accetta e crede di avere seguito – la scoperta, cioè, di quanto le nostre decisioni siano guidate causalmente, in modo del tutto inconscio, da fattori diversi da quelli che riconosceremmo come ragioni. La nostra mente è non soltanto 'irrazionale' — nel senso che devia da criteri di razionalità comunemen-

te accettati – ma è anche ‘fragile’ – sfugge al controllo razionale che il decisore vorrebbe darsi – e ‘opaca’ – operante secondo processi che sfuggono alla coscienza. Nel senso più lato, il termine ‘bias’, o più precisamente ‘bias *impliciti*’, indica meccanismi inconsci che tendono a (i) far deviare il giudizio dagli standard normativi accettati dal decisore, minando il suo controllo razionale, e che (b) lo fanno in modo sistematico, regolare, e dunque parzialmente prevedibile. (Il termine ‘bias’ ha anche un senso più ristretto, inerente all’approccio delle euristiche e bias: un errore sistematico risultante dall’uso di euristiche, scorciatoie cognitive. Su questo tornerò più avanti).

L’idea che la cognizione umana sia soggetta a *bias* non è affatto estranea al senso comune. Si pensi a quanto sia diffusa la convinzione che il giudizio possa essere inconsciamente distorto da ‘simpatie e antipatie’, o all’ampio riconoscimento, quanto meno astratto, della possibilità di pregiudizi di razza, di genere, di classe. Si pensi, ancora, a quanto sia parte del senso comune la consapevolezza della tendenza a saltare alle conclusioni prima di considerare le ragioni rilevanti, o a credere alle cose che ci fanno piacere. Al senso comune non sono nemmeno estranee strategie di controllo cognitivo volte a regolare queste tendenze (“prima di agire, pensaci due volte”; “guarda al problema dalla prospettiva di tutte le persone coinvolte”, e simili). Si pensi all’influenza di simpatie o antipatie personali in giudizi in cui esse non dovrebbero rilevare. Un decisore, soprattutto se esperto (ad esempio, un docente universitario in una sessione di esami), sa di essere esposto a questo tipo di *bias*, e questa consapevolezza gli consente – se si ha la buona volontà di farlo – di attivare familiari strategie di controllo: un monitoraggio delle proprie emozioni avverte del rischio di incorrere in *bias*, e l’attivazione di strategie intuitive di regolazione emotiva può contrastare, almeno in una certa misura, gli effetti del *bias*.

In sintesi, la riflessione sui *bias* e sulla loro gestione è parte integrante dell’idea comune di razionalità e dei ‘thinking tools’ ad essa inerenti. Ma la conoscenza sui *bias* familiare al senso comune non è che un piccolo frammento di quella sviluppata dagli studi psicologici degli ultimi cinquant’anni. Il loro esito non è stato soltanto quello di raffinare e arricchire il modello comune della razionalità umana e dei suoi limiti, ma di stravolgerlo profondamente. Anzitutto, mostrando come il giudizio e la decisione umana – anche quelli di esperti la cui legittimità deriva proprio dalla loro *expertise* – siano molto più sensibili a fattori del tutto irrilevanti e caotici di quanto il senso comune sia disposto ad ammettere. Poi, individuando, dietro questi fattori, tipi di *bias* ignoti al (o appena notati dal) senso comune, e rispetto ai quali le strategie di controllo cognitivo di quest’ultimo sono del tutto impotenti. In terzo luogo, verificando l’effettiva efficacia di strategie di controllo cognitivo facilmente accessibili, perfezionandole, e sviluppando strategie alternative¹.

Un esempio illuminante è offerto da uno studio riportato in un influente articolo di NISBETT e WILSON (1977). Lo studio fu condotto in un esercizio commerciale, sotto forma di sondaggio tra clienti di passaggio. Ai soggetti furono presentati quattro identiche paia di calze di nylon, chiedendogli di sceglierne uno e di esporre le ragioni della propria scelta. Le scelte manifestavano un forte effetto di posizione a favore delle calze posizionate più a destra (preferite con pro-

¹ Uno studio sul *bias* razziale implicito (RACHLINSKI et al. 2009), ad esempio, ha concluso che i giudici sono effettivamente esposti – come tutti – a *bias* razziali impliciti, ma che la consapevolezza di ciò è sufficiente ad attivare spontanee strategie di regolazione che permettono di contrastare efficacemente il *bias* (purché, ovviamente, si sia motivati a farlo). Condizione di successo, in ogni caso, è un’adeguata informazione sulla presenza di *bias* impliciti, che non è parte del senso comune dei giuristi – il che suggerisce come l’esposizione a questa informazione possa costituire, di per sé, una tecnica non trascurabile di *debiasing*. Un altro esempio, sempre relativo al caso dei *bias* razziali impliciti, riguarda la valutazione dell’efficacia di una strategia di controllo semplice, come l’esposizione a controesempi positivi per contrastare l’effetto di pregiudizi negativi. Se, da un lato, una strategia del genere è tutt’altro che sorprendente, e fa parte dell’insieme di ‘thinking tools’ parte della competenza professionale di alcune categorie di decisori (quanto meno, di quelli più scrupolosi), d’altra parte la sua efficacia non può essere data per scontata. Ad esempio, DASGUPTA e GREENWALD (2001) avevano rilevato l’efficacia di questa tecnica riguardo ai *bias* razziali, mentre uno studio successivo (JOY-GABA, NOSEK 2010), pur confermandola, ne ha ridotto di molto l’effetto.

porzione di quattro a uno). Nessuno dei soggetti intervistati menzionò la posizione tra le ragioni della scelta, e tutti negarono vivacemente che potesse aver avuto qualsiasi rilievo per la loro scelta (molti, precisano gli autori, lanciando uno sguardo turbato all'intervistatore, lasciando intendere di considerare la domanda come un segno di squilibrio mentale). E in effetti, in un caso come questo, la posizione non conta in alcun modo, per nessuno di noi, come una ragione che possa giustificare la scelta. Si tratta di un fattore del tutto trascurabile, irrilevante. Eppure, dato che le calze erano assolutamente identiche, la distribuzione statistica delle scelte suggerisce che il fattore causalmente più rilevante sia stato, e di gran lunga, proprio la posizione. Le ragioni addotte dai clienti a sostegno della loro scelta appaiono invece come mere razionalizzazioni *ex post* – ragioni che fanno apparire la scelta come giustificata sulla base degli standard normativi che il decisore accetta e si aspetta che gli altri accettino ma che, pur se addotte in buona fede, non soltanto risultano erranee, infondate (le calze sono identiche), ma sembrano non aver giocato alcun ruolo causale decisivo nella scelta.

Questo studio è un celebre esempio di quanto la mente possa essere fragile e opaca (esposta a fattori irrilevanti e caotici che minano il controllo razionale in modo del tutto inconscio). Ma c'è un altro aspetto importante, meno evidente. Che la scelta non sia guidata, nella maggior parte dei casi, dall'erroneo riscontro degli aspetti poi adottati come ragioni o di altro aspetto comunque rilevante (come, ad esempio, l'erronea convinzione che il paio di calze scelto fosse quello con la sfumatura di colore più gradita) non è qualcosa che possa emergere dal singolo caso. Emerge soltanto dalla distribuzione statistica delle scelte, che mostra una correlazione con la posizione dell'articolo scelto così significativa da far concludere per l'esistenza di una relazione causale: fino a prova contraria, vi sono ragioni per credere, contro ogni intuizione, che la posizione abbia orientato causalmente (*bias*) la scelta.

La letteratura specialistica di psicologia giudiziale sui *bias* impliciti e il loro ruolo nella giurisdizione è ormai molto estesa, e sono disponibili diverse review di ottima qualità che offrono panoramiche generali sui *bias* più frequenti e sul loro impatto. In questa sede, mi limiterò a riportare due soli esempi di studi sui *bias*. Il mio obiettivo è quello di trasmettere ad un pubblico di giuristi alcuni aspetti che rischiano di passare inosservati, sulle quali mi sembra invece importante richiamare l'attenzione del lettore. I *bias* su cui questi studi vertono, infatti, esemplificano in modo molto chiaro le caratteristiche esibite dal su citato *bias* di posizione: (1) sono ignoti o quasi al senso comune; (2) espongono il giudizio all'influenza di fattori completamente irrilevanti e non rispondenti a nessun tratto strutturale della personalità e struttura cognitiva del decisore (si tratta, in particolare, di fattori del tutto indipendenti dai suoi interessi, dalla sua visione del mondo, dal suo orientamento affettivo); (3) emergono soltanto a fronte di analisi statistica di una pluralità di decisioni; (4) in virtù di (1), (2) e (3), sono difficilmente rilevabili dal decisore nel contesto della singola decisione e tendono a sfuggire alle ordinarie e spontanee strategie di controllo cognitivo.

È opportuno precisare che i *bias* che espongono il giudizio all'influenza di fattori irrilevanti e non rispondenti a tratti strutturali della personalità e struttura cognitiva del decisore sono solo parte delle distorsioni cognitive rilevanti nel campo della giurisdizione, e nemmeno la parte più odiosa – costituita, ovviamente, da *bias* relativi a razza, genere, o classe, che tendono a reiterare le disuguaglianze strutturali iscritte nel contesto sociale.

Se ho scelto di concentrarmi su *bias* del primo tipo è perché sono meno familiari a un pubblico di giuristi, e perché, proprio in virtù dell'irrilevanza dei fattori a cui rispondono, permettono di cogliere immediatamente e facilmente un punto cruciale: che per sfuggire ai *bias* non sono sufficienti buona volontà, buone intenzioni, o buone disposizioni. Non che buona volontà, buone intenzioni e buone disposizioni siano sempre sufficienti nel caso di *bias* relativi a razza, genere, o classe (o ad altre linee di discriminazione sociale) – anche questi *bias* sono spesso inconsci ('impliciti'), non possono essere riconosciuti direttamente da una introspezione volenterosa ma emergono solo grazie all'analisi di pattern statistici, e non sempre possono essere regolati in mo-

do spontaneo grazie alla volontà di farlo². Semplicemente, scoprire quanto la nostra cognizione sia fragile e opaca rispetto a fattori di distorsione irrilevanti e casuali può meglio predisporci ad ammettere quanto possa essere fragile e opaca anche rispetto a fattori di distorsione profondamente radicati nel contesto culturale di appartenenza.

2.3. Il primo esempio è offerto da uno studio molto noto, condotto da un gruppo di psicologi in Israele (DANZIGER et al. 2011a). Oggetto dello studio era la relazione tra le decisioni dei giudici partecipanti allo studio e il loro pasto – più precisamente, l’influenza sulla decisione del tempo trascorso dall’ultima pausa pasto. Sullo sfondo di questo studio c’è l’eco del realismo giuridico americano, e in particolare di Jerome Franck, che enfatizzava l’influenza che i più svariati fattori psicologici hanno sul ragionamento e sulla decisione giudiziale, compresi fattori palesemente irrilevanti. I critici del realismo giuridico americano hanno caricaturizzato questa posizione attribuendogli la massima secondo cui “*justice is what the judge ate for breakfast*” (v. ad es. KOZINSKI 1993; sull’attribuzione della massima al realismo giuridico americano v. PRIEL 2020). Gli autori dello studio hanno preso sul serio questa massima apparentemente assurda, trattandola come un’ipotesi empirica, da verificare sperimentalmente in condizioni di controllo.

Lo studio ha esaminato oltre mille sentenze emesse da otto giudici che presiedevano due diverse commissioni competenti per la concessione del beneficio della libertà vigilata (*parole*), durante giornate lavorative suddivise in tre sessioni, separate da due pause per i pasti – una merenda in tarda mattinata e il pranzo.

I ricercatori hanno scoperto che la percentuale di sentenze favorevoli raggiungeva il suo picco all’inizio di ogni sessione, per poi scendere gradualmente fino a quasi zero fino alla pausa pasto successiva, dopodiché cominciava a risalire. In breve: più i giudici erano affamati (e stanchi), più severe erano le loro decisioni.

Sebbene il tempo trascorso dall’inizio della sessione non fosse l’unico fattore statisticamente correlato alla sentenza, appariva come il fattore maggiormente predittivo dell’esito della decisione, suggerendo una profondamente disturbante relazione causale tra le due variabili: un fattore giuridicamente irrilevante come il momento in cui il caso è stato deciso, lo studio suggeriva, sembra aver influenzato in modo significativo l’esito della decisione. In definitiva, la caricatura del realismo giuridico americano elaborata dai suoi detrattori non era poi così assurda...

I ricercatori non si sono limitati a rilevare e registrare una correlazione tra la collocazione temporale della sentenza e il suo disposto – la concessione o il diniego del beneficio della libertà vigilata. Hanno anche avanzato un’ipotesi sul meccanismo causale responsabile di questo effetto. L’ipotesi è grossomodo questa. Il processo decisionale in condizioni di incertezza è un’attività cognitivamente impegnativa, che richiede sforzo di attenzione. Le decisioni che modificano lo *status quo* (in questo caso, la concessione della libertà vigilata) richiedono uno sforzo cognitivo maggiore rispetto alle decisioni che confermano lo *status quo* (il diniego della libertà vigilata). Questa ipotesi sarebbe supportata dal fatto che, in media, le decisioni favorevoli avevano richiesto più tempo di quelle sfavorevoli ed erano supportate da argomentazioni più lunghe. Gli esseri umani hanno però risorse cognitive limitate, che vengono esaurite da compiti cognitivamente impegnativi, come il processo decisionale in condizioni di incertezza, in particolare nel caso di decisioni che modificano lo *status quo*. Nel corso delle sessioni di lavoro, il progressivo esaurimento delle risorse cognitive dei giudici si tradurrebbe così in una facilitazione della decisione meno impegnativa, il diniego della libertà vigilata. Durante le pause, cibo e riposo ripristinerebbero le risorse cognitive dei giudici, riportando ad un livello sufficiente la loro capacità a prendere decisioni cognitivamente più impegnative.

² Inoltre, come rilevano RACHLINSKI e WISTRICH (2017, 107), alcuni *bias* sociali impliciti legati a caratteristiche sottili (come attrattività fisica, obesità, età) sono molto meno salienti dei *bias* di razza e genere, e rischiano perciò di essere più difficilmente notati.

Alla base della distribuzione temporale delle decisioni, vi sarebbe dunque l'interazione di due meccanismi. Il primo meccanismo è il progressivo esaurimento, durante le sessioni di lavoro, delle risorse cognitive necessarie per prendere decisioni in condizioni di incertezza, e il loro recupero grazie alla pausa pasto. Questo meccanismo è chiamato 'ego-depletion'. Il secondo meccanismo è la tendenza a confermare e sostenere lo *status quo* – una tendenza che può essere superata solo in virtù di uno sforzo cognitivo supplementare. Questa tendenza è una *euristica*: un modo semplificato di risolvere un problema, una scorciatoia cognitiva che, da un lato, ci permette di raggiungere, in una percentuale significativa di occasioni, una soluzione sufficientemente buona, ma, dall'altro, ci espone al rischio della commissione di errori sistematici.³

Il *bias* individuato da questo studio soddisfa il pattern indicato sopra. Il giudizio è influenzato da fattori del tutto irrilevanti, che il decisore stesso non riconoscerebbe né come ragioni giuridicamente ammissibili, né come ragioni di altro tipo. L'effetto emerge solo a fronte di analisi statistica di un numero ampio di decisioni. Il decisore non è in grado né di notare l'effetto né di regolarlo direttamente attraverso ordinarie strategie di controllo cognitivo.

2.4. Il secondo esempio è offerto dalla cosiddetta 'euristica dell'ancoraggio' (*anchoring*). L'euristica dell'ancoraggio è stata descritta da TVERSKY e KAHNEMAN (1974) come la procedura che consiste nel fare stime "partendo da un valore iniziale che viene aggiustato per ottenere la risposta finale". Il valore iniziale può essere suggerito da informazioni che sono, e sappiamo essere, irrilevanti per la soluzione del problema. In un esperimento da loro condotto, era stato chiesto ai soggetti di stimare una quantità (ad esempio, la percentuale di Stati africani tra i membri delle Nazioni Unite). Prima che i soggetti rispondessero, veniva fatta girare in loro presenza una ruota della fortuna, con numeri da 1 a 100. Ai soggetti veniva prima chiesto di stimare se la quantità corretta fosse superiore o inferiore al numero indicato dalla ruota – un numero palesemente irrilevante rispetto al problema in questione. Dopo, veniva richiesto ai soggetti di stimare la quantità richiesta. I soggetti erano divisi in gruppi, e a gruppi diversi venivano assegnati, per ciascuna quantità da stimare, numeri diversi. Questi numeri avevano effetti significativi sulla stima della quantità. Ad esempio, il valore medio della stima della percentuale degli Stati africani tra i membri delle Nazioni Unite era del 25% per soggetti esposti al numero 10, e del 45% per cento per soggetti esposti al numero 65. Un numero basso aveva ancorato le stime verso il basso, mentre un numero alto le aveva ancorate verso l'alto.

Molti esperimenti supportano la conclusione che l'ancoraggio giochi un ruolo significativo nella decisione giudiziale. Uno studio particolarmente interessante e ben costruito è stato condotto da Guthrie, Rachlinski e Wistrich su un campione di giudici, e riportato in un loro importante articolo (GUTHRIE et al. 2001). Ai giudici partecipanti veniva richiesto di immaginare di

³ Per completezza e correttezza, vanno citate alcune critiche sollevate contro lo studio. Dubbi sull'esistenza dell'effetto sono stati immediatamente sollevati da WIENSHAL-MARGELL et al. 2011, cui ha fatto seguito una replica degli autori dello studio (DANZIGER et al. 2011b). GLÖCKNER 2016 ha invece confermato l'effetto, ma ha sostenuto che la sua dimensione sia stata sovrastimata. V. a questo proposito anche LAKENS 2017. Una ricostruzione simpatica di queste critiche è proposta da CHATZIATHANASIOU 2022. Un altro problema riguarda specificamente l'idea della *ego-depletion*, un costrutto strettamente legato ad un modello allora molto in voga del controllo cognitivo, chiamato 'modello delle risorse', che gli autori dello studio mostravano di accettare: la nostra capacità di controllo cognitivo — la capacità di agire flessibilmente in vista di un certo compito anche di fronte a tendenze contrastanti — dipenderebbe dalla disponibilità di una risorsa fisiologica che può essere consumata e reintegrata (v. ad es. BAUMEISTER et al. 1998). Negli ultimi dieci anni il modello delle risorse ha perso terreno. La riduzione della capacità di ricorrere a controllo cognitivo dovuta ad esercizio prolungato di controllo è, infatti, un fenomeno robusto. Ma la capacità di controllo tende a ripristinarsi in presenza di motivazione sufficiente (un premio o una punizione), e questo non sembra coerente con il modello delle risorse (v. ad es. INZLICHT, BERKMAN 2015). Quand'anche questa critica dovesse richiedere una modifica della spiegazione dei meccanismi responsabili, però, non mi sembra che possa incidere in modo rilevante sull'attendibilità dell'effetto messo in luce dallo studio, i cui risultati sono in genere considerati robusti. (Per una critica allo studio imperniata su questo aspetto, v. comunque DALJORD et al. 2017.)

presiedere una causa per danni in un tribunale federale basato sulla *diversity jurisdiction*, la cui competenza è limitata a casi di valore superiore a 75.000 dollari.

Il caso da decidere era il seguente. La parte convenuta era una grande azienda di trasporti. Uno dei suoi camion, a causa di un guasto ai freni, non si era fermato al semaforo rosso, travolgendo l'attore. Le indagini successive avevano rivelato che l'impianto frenante era difettoso e che il camion non era stato sottoposto a un'adeguata manutenzione da parte della ditta convenuta. L'attore aveva riportato danni gravi: alcuni mesi di ricovero in ospedale, la perdita dell'uso delle gambe e la perdita del suo elevato reddito di elettricista. L'attore aveva chiesto il risarcimento dei danni, per un importo non specificato. I fatti erano tutti dati per provati, e l'oggetto della causa era soltanto l'ammontare del risarcimento dovuto.

I giudici erano stati divisi in due gruppi. Il primo gruppo era in una condizione di assenza di ancoraggio. Gli era stato semplicemente raccontato il caso, e chiesto di stimare il risarcimento dovuto all'attore. Il secondo gruppo si trovava invece in una condizione di ancoraggio. Gli era infatti stato comunicato che il convenuto aveva chiesto l'archiviazione del caso, sostenendo che il suo valore non raggiungesse il minimo richiesto di 75.000 dollari. Era stato poi chiesto loro di stimare l'ammontare del risarcimento dovuto all'attore. La richiesta di archiviazione era palesemente infondata, perché i danni (già dati per provati) erano evidentemente superiori a 75.000 dollari. I ricercatori, tuttavia, prevedevano che la menzione dell'importo di 75.000 dollari avrebbe innescato effetti di ancoraggio, rendendo le stime medie dei giudici nella condizione di ancoraggio inferiori alle stime medie dei giudici nella condizione di non ancoraggio.

Questo è ciò che si è effettivamente verificato. I giudici nella condizione senza ancoraggio hanno assegnato all'attore, in media, un risarcimento di 1.249.000 dollari, mentre i giudici nella condizione di ancoraggio hanno assegnato, in media, un risarcimento di 882.000 dollari. Si tratta di una differenza enorme: il valore medio del risarcimento del primo gruppo è di circa il 50% più alto del valore medio del risarcimento del secondo gruppo. (Per evitare i possibili effetti sulla media di stime molto elevate da parte di alcuni giudici, i ricercatori hanno proceduto anche ad un confronto per quartili, che ha confermato l'effetto di ancoraggio).

È importante sottolineare come i giudici nella condizione di ancoraggio concordassero sul fatto che i danni fossero molto più alti della somma menzionata di 75.000 dollari. Tuttavia, quest'ultima somma, da essi stessi trattata come irrilevante, sembra aver funzionato come un'ancora, abbassando in modo molto significativo la loro stima del risarcimento dovuto.

Esistono numerosissimi studi sull'effetto di ancoraggio in altri aspetti della decisione giudiziale, ad esempio sulla decisione riguardo all'ammontare della pena. In una serie di studi particolarmente disturbanti, ENGLISH, MUSSWEILER e STRACK (2005) hanno rilevato come l'ammontare della pena richiesta dalla pubblica accusa ancori verso l'alto l'ammontare della pena richiesta dalla difesa, e come questo effetto si riverberi in un ancoraggio verso l'alto della decisione del giudice. Altri studi hanno mostrato come l'effetto di ancoraggio sulla difesa si producesse anche quando veniva comunicato che la richiesta della pubblica accusa era stata determinata da uno studente di informatica privo di competenze giuridiche (ENGLISH, MUSSWEILER 2001), o addirittura attraverso il lancio di dadi (ENGLISH et al. 2006).

Anche qui, si ripete lo stesso pattern. Il giudizio è influenzato da fattori che il decisore stesso tratta come del tutto irrilevanti. L'effetto e i meccanismi che ne sono responsabili possono essere scoperti soltanto attraverso l'analisi di regolarità statistiche esibite da un grande numero di giudizi, mentre non appaiono a fronte del singolo giudizio. I meccanismi in questione operano in modo del tutto indipendente dalla buona fede e dalla professionalità dei giudici, che – sulla sola base delle strategie cognitive messe a disposizione dal loro buon senso e dal loro normale training professionale – sono del tutto impotenti a rilevare e contrastare il *bias*.

2.5. Il problema evidenziato nei paragrafi precedenti assume una dimensione parossistica nel fenomeno del 'rumore' (*noise*), al centro del recente e importante libro di KAHNEMAN, SIBONY e SUN-

STEIN (2021). Un sistema decisionale è affetto da ‘rumore’ quando (a) le decisioni deviano, in percentuale e misura significativa, da standard di correttezza e/o di coerenza, ma (b) le deviazioni non esibiscono, nell’insieme, pattern regolari, rendendo così le decisioni largamente imprevedibili.

Il rumore può dipendere da una molteplicità di fattori: (1) dalla variabilità delle attitudini valutative dei singoli decisori (per esempio, la maggiore o minore severità dei giudici) (cosiddetto ‘*level noise*’); (2) dalla combinazione di bias diversi a cui sono più o meno esposti decisori diversi (cosiddetto *pattern noise*); (3) da fattori occasionali che incidono sulla decisione, come l’umore o la stanchezza (*occasion noise*).

Ad esempio, KAHNEMAN, SIBONY e SUNSTEIN (2021, 17) citano due studi che indicano come la decisione di giudici penali tenda a essere più severa nei giorni successivi a una sconfitta della squadra di calcio locale (EREN, MOCAN 2018; il secondo è studio è stato poi pubblicato in CHEN, LOECHER 2019).

Tutte queste forme di rumore contribuiscono ad un tasso estremo di variabilità della decisione giudiziale che incide enormemente sulla possibilità di formare ragionevoli aspettative riguardo all’esito del giudizio e sulla coerenza complessiva dei giudizi in termini di eguaglianza di trattamento. Fra gli esempi proposti da KAHNEMAN, SIBONY e SUNSTEIN (2021, 91) vi è quello delle richieste di asilo negli USA (la vicenda del sito *Supralegem*, come vedremo, verterà anch’essa sulle richieste di asilo, questa volta in Francia). La probabilità di una decisione favorevole si riduce del 19% se segue a due richieste consecutive accolte favorevolmente. Il tasso di concessione del beneficio è inoltre soggetto a variazioni estreme da giudice a giudice – in uno studio citato, si passa dall’88% al 5% (RAMJI-NOGALES et al. 2007).

2.6. Quelli presentati nei paragrafi precedenti sono soltanto alcuni esempi dell’innumerabile massa di studi su *bias* e rumore nella decisione giudiziale.

Sarebbe avventato concludere che questi studi supportino l’immagine di una giurisdizione in cui le ragioni giuridicamente rilevanti svolgono un ruolo trascurabile. Il *bias* dell’ancoraggio, ad esempio, agisce all’interno dello spazio di discrezionalità del giudice nel determinare l’ammontare di una pena o di un risarcimento, e questo spazio di discrezionalità si dà all’interno di decisioni che potrebbero, invece, essere sufficientemente vincolate da appropriate ragioni giuridiche. La limitazione della discrezionalità ad opera di una cornice di regole sostanziali o procedurali è sicuramente un fattore protettivo rispetto a possibili *bias* e lo strumento principe di uniformità delle decisioni (si pensi, in tema di risarcimento del danno, ai principi che regolano la prova del danno patrimoniale, o anche al ruolo svolto dalle tabelle per la liquidazione del danno biologico). Né si può sottovalutare l’importanza del ruolo di contrasto ai *bias* svolto dal contraddittorio, dalla pluralità di gradi di giudizio, e da dettagli più fini delle procedure giudiziarie.

Più in generale, la decisione giudiziale è una faccenda complessa, in cui entrano in gioco una molteplicità di fattori. Uno studio empirico di larga scala sul campo, al di fuori del laboratorio, è estremamente difficile. Ancora più difficile è dare valutazioni complessive degli effettivi processi di formazione delle decisioni giudiziali in termini di tesi generali e generiche come “le decisioni dei giudici sono per lo più guidate da ragioni ‘formalmente giuridiche’, regole e principi giuridici ricavati attraverso canoni accreditati di interpretazione giuridica da enunciati delle fonti del diritto”; o “le decisioni dei giudici sono per lo più guidate da ragioni diverse da quelle formalmente giuridiche (ragioni morali, o addirittura ragioni prudenziali – interessi di carriera, preferenze politiche)”; o ancora “le decisioni dei giudici sono per lo più guidate da fattori irrazionali e caotici, fattori che i decisori non riconoscerebbero come ragioni”⁴. Slogan così generali

⁴ Ad esempio, SCHAUER (2009, 139 ss.), commentando decenni di studi delle decisioni della Corte Suprema degli USA che mostrano il ruolo significativo degli orientamenti politici dei giudici nel determinare le posizioni da loro assunte, rileva come sia avventato generalizzare estendendo ciò che accade a livello di una corte assolutamente peculiare per competenza e poteri come la Corte Suprema, con riguardo a casi di grande salienza, di difficile soluzione e di

e generici rischiano, esagerando, di distogliere l'attenzione dal nucleo più solido del problema, che può essere invece formulato in termini più modesti e limitati, ma anche molto più robusti:

- (1) Le ricerche degli ultimi cinquant'anni mostrano che il ruolo di *bias* e rumore nella giurisdizione – nonostante il ruolo di contenimento svolto da regole e da procedure giudiziarie – è molto più significativo di quanto saremmo altrimenti inclini a riconoscere, rendendo le decisioni giudiziali suscettibili di essere influenzate non soltanto da pregiudizi che comportano gravi e sistematiche discriminazioni di alcune categorie di soggetti, ma anche da fattori irrilevanti e caotici.
- (2) L'interferenza di queste forme di *bias* e rumore non può essere contrastata attraverso le virtù – come il buon senso, l'empatia, l'imparzialità, la sincera adesione ai principi fondamentali dell'ordinamento e l'aspirazione ad una tutela non discriminatoria dei diritti – gli strumenti di regolazione cognitiva – che gli ordinari processi di socializzazione e la attuale formazione professionale mettono a disposizione del giudice. Si tratta inoltre spesso di difetti che emergono solo di fronte alla aggregazione – tecnicamente complessa – di una molteplicità di casi, e che pertanto non possono essere non solo contrastati, ma nemmeno rilevati attraverso forme di monitoraggio delle singole decisioni, né attraverso controllo giurisdizionale a seguito di impugnazione, né attraverso altre forme di controllo interno agli uffici.
- (3) Il ruolo comprovato di *bias* e rumore, se anche non basta a supportare le tesi scettiche più radicali riguardo alla giurisdizione, non può che avere ricadute profonde sulla qualità dei servizi giudiziari e costituisce pertanto, senza dubbio, un problema normativo di estrema rilevanza, che non può essere ignorato. È un problema estremamente rilevante, anzitutto, quando le decisioni mostrano pattern coerenti che non dovrebbero avere – come la discriminazione di certe categorie di soggetti. Ed è un problema rilevante quando le decisioni si discostano troppo, sia pure in modo casuale, dall'ideale regolativo della omogeneità e coerenza a cui dovrebbero rispondere.
- (4) Non si tratta soltanto della questione normativa della rispondenza della giurisdizione a certi ideali, ma anche, inscindibilmente, della questione, politica, della sua autorevolezza. È verosimile che la legittimazione del potere giurisdizionale dipenda, almeno in parte, dalla autorevolezza ad essa accordata – cioè, da un qualche livello sia pur minimo di credenza nel fatto che le sue decisioni siano effettivamente guidate dalle ragioni che dovrebbero guidarle. Gli studi sui *bias* – e soprattutto la loro divulgazione, e le generalizzazioni che questa suggerisce – possono, sotto questo aspetto, avere un impatto molto negativo sull'autorevolezza della giurisdizione. Questo impatto negativo, come vedremo, può essere aumentato di molto dal fenomeno della 'giustizia predittiva'.

3. Bias e giustizia predittiva

3.1. Il termine 'giustizia predittiva' indica l'applicazione di sistemi di *machine learning* a dati (e in particolare *big data*) giudiziari. Non è questa la sede (né sono io l'autore) per una trattazione approfondita di queste nozioni⁵. Ai nostri fini è sufficiente notare come i sistemi di *machine learning* – e ancora di più il loro sottoinsieme noto come *deep learning*, implementato da reti neurali con più livelli intermedi – eccellono nella capacità di estrarre, con accuratezza e velocità molto superiore a quella umana, 'pattern' (configurazioni ricorrenti di proprietà o attributi) anche molto complessi da grandi masse di dati, e di usarli per compiere inferenze riguardo a proprietà ignote di un certo caso sulla base delle sue proprietà note. Ad esempio, estraendo una configura-

grande rilevanza politica, alla miriade di casi ordinari che coinvolgono questioni tecniche e di scarsa rilevanza politica. È possibile, suggerisce Schauer, che questo tipo di casi – che costituiscono una quota molto significativa, se non maggioritaria, dell'attività giurisdizionale – vengano invece risolti sulla base di ragioni formalmente giuridiche.

⁵ Per una introduzione al *machine learning* si vedano ALPAYDIN 2021 e BERMÚDEZ 2021, cap. 12. Una ottima review delle questioni relative alla giustizia predittiva è GALLI, SARTOR 2023.

zione di proprietà dalle immagini associate ad una specie botanica P, il sistema di *machine learning* può imparare ad ascrivere alla classe P un nuovo oggetto, identificato da immagini mai processate prima, sulla base del riconoscimento della configurazione appresa. È in virtù di questa capacità di estrarre informazioni statistiche riguardo alla correlazione tra attributi e usarla generalizzando a casi nuovi che i sistemi di *machine learning* sono detti ‘predittivi’: ‘predicono’ nel senso generico che inferiscono proprietà non note, e non solo nel senso specifico che prevedono eventi futuri. Il campo di applicazione della giustizia ‘predittiva’, dunque, non è limitato soltanto a compiti di previsione – stima di probabilità – di future decisioni giudiziali (o di altri eventi futuri, come la recidiva) sulla base di caratteristiche note del caso, ma include anche compiti molto diversi, come l’individuazione delle fonti giuridiche su cui basare la soluzione del caso, o l’individuazione di caratteristiche del caso ricorrentemente associate a certi esiti decisionali⁶.

I sistemi di *machine learning* sono più o meno ‘spiegabili’ o ‘opachi’, secondo che rendano più o meno possibile risalire ad una spiegazione, riconoscibile per una mente umana, di come il sistema è arrivato ad una determinata previsione o classificazione – ad esempio, una spiegazione di quali siano gli attributi in base ai quali è stato ‘predetto’ un certo esito decisionale ad un certo caso. Il problema è che tende ad esservi una relazione di proporzionalità inversa tra capacità predittiva e spiegabilità: tanto più alte sono le capacità predittive di un sistema di *machine learning*, quanto minore tende ad essere la sua spiegabilità. (I sistemi di *deep learning* hanno grande capacità predittiva ma sono anche molto opachi).

Intendo soffermarmi su un aspetto specifico della giustizia predittiva, e cioè il ruolo che può avere nel potenziare l’impatto negativo sulla autorevolezza della giurisdizione del problema dei *bias* e del rumore nella decisione giudiziale umana esaminato nei paragrafi precedenti. Questo ruolo dipende dall’interazione di almeno due fattori diversi: la promessa di un sistema decisionale che, se opportunamente disegnato, è meno esposto a *bias* e rumore; e la facilitazione dell’emersione di (presunti) *bias* o rumore.

3.2. Il primo modo in cui la giustizia predittiva può contribuire alla crisi di autorevolezza della giurisprudenza è offrendosi come uno strumento per elaborare meccanicamente decisioni libere da, o meno soggetto a, i *bias* e il rumore che affliggono invece la giurisdizione umana. È quello di promettere, cioè, un miglior sistema decisionale.

La questione della decisione algoritmica è molto complessa, e non è il caso di aprire questo vaso di pandora. Basterà esemplificare una linea di argomentazione ben esemplificata, ancora una volta, da KAHNEMAN, SIBONY e SUNSTEIN (2021). Uno degli esempi che essi propongono (pp. 127 ss.) riguarda una categoria di decisioni giudiziali per le quali si dà un criterio indipendente di successo, e cioè le decisioni sulla libertà su cauzione (*bail*), che bilanciano fra diritto alla libertà dell’imputato e rischio di fuga e mancata presentazione al processo. Il successo di queste decisioni può essere valutato in rapporto alle effettive fughe e mancate presentazioni (semplificando, la decisione fallisce se l’imputato fugge). Gli autori citano uno studio (JUNG et al. 2020) che ha valutato, rispetto a questo tipo di decisioni, la performance di un algoritmo ‘frugale’, estremamente semplice. L’algoritmo è basato su due soli parametri risultati altamente predittivi della probabilità di fuga, l’età e il numero di fughe precedenti. Il valore di questi due parametri viene tradotto in punti che valutano il rischio, sulla base di una regola semplicissima, così semplice da poter essere applicata senza l’ausilio di strumentazioni elettronica. Ebbene, rilevano gli autori, questo algoritmo così elementare ha prodotto decisioni molto più accurate di quelle di qualsiasi giudice umano. Altri studi (come KLEINBERG et al. 2018) mostrano come la superiorità della decisione ‘meccanica’ rispetto al libero corso del ragionamento umano aumenti enormemente con algoritmi più potenti, come quelli di *machine learning*.

⁶ Per approfondimenti rinvio a GALLI, SARTOR 2023, § 3.1, dove questi aspetti sono spiegati molto bene.

Si potrebbe obiettare, come spesso si obietta, che gli algoritmi predittivi rischiano di reiterare *bias* contenuti nei dati da cui estraggono pattern decisionali – per esempio, com'è noto, rischiano di riprodurre discriminazioni. Questo è senz'altro vero. La replica, però, è che non si tratta di un esito necessario. Il sistema di *machine learning* – intendendo per 'sistema' sia l'algoritmo che classifica i dati sia il *data set* su cui opera – può anche essere disegnato con successo in modo da ridurre discriminazioni, e vi sono state importanti dimostrazioni di quanto un sistema meccanico fosse in grado di scegliere in modo significativamente meno discriminatorio rispetto a decisori umani (lo studio citato è COGWILL 2019). Altra perplessità riguarda l'opacità dei sistemi di *machine learning*, che – oltre ad aumentare il rischio di *bias* occulti – rischia di renderli inadeguati ad un tipo di decisione come quella giudiziale. Nella decisione giudiziale, infatti, non è possibile separare la correttezza del contenuto della decisione dalle ragioni che la sostengono (la decisione giuridicamente corretta non lo è in assoluto, ma solo in rapporto ad una certa base di premesse giuridicamente accettabili); le ragioni che fondano la decisione devono essere accessibili alle parti; e vi è una legittima aspettativa delle parti a che vi sia una corrispondenza tendenziale tra le ragioni addotte e quelle che hanno causalmente guidato la decisione. Anche qui è possibile, pur accettando l'obiezione, replicare puntando sul disegno di sistemi di *machine learning* spiegabili.

Al di là delle possibilità tecniche attualmente disponibili, però, c'è un argomento più generale che muove i fautori del – se non totale almeno significativo – passaggio di responsabilità decisionale da umani a macchina. La questione rilevante non è infatti se la cognizione della macchina sia anch'essa, come quella umana, opaca e fragile, ma piuttosto se lo sia *di più o di meno*. In certi contesti decisionali, tra cui rientrano anche alcuni tipi di decisioni giudiziali – è questo l'argomento – la mente umana è talmente opaca e fragile da essere, nel complesso, un'alternativa peggiore rispetto a macchine opportunamente disegnate, nonostante gli innegabili difetti che affliggono anche queste⁷.

Quanto più forte sia la percezione del grado di *bias* e rumore a cui è esposta la decisione giudiziale umana, quanto più ad essa venga contrapposto un modello che promette (forse ingannevolmente, ma non del tutto implausibilmente) di essere, almeno dal punto di vista di *bias* e rumore, un'alternativa migliore, e quanto più tutta la discussione fuoriesca dal circolo ristretto della discussione accademica per entrare nell'arena del pubblico dominio, tanto maggiore rischierà di essere l'impatto negativo sull'autorevolezza della giurisdizione⁸.

3.3. Il secondo modo in cui la giustizia predittiva può contribuire alla crisi di autorevolezza della giurisdizione è supportando la rilevazione di (presunti) *bias* e rumore.

Si ricordi che la giustizia 'predittiva' – anche è questo il modo in cui il termine tende ad essere inteso dai giuristi – non si limita all'utilizzo dei sistemi di *machine learning* per prevedere future decisioni delle corti, ma include anche usi diversi, fra cui l'individuazione di significative correlazioni tra certe circostanze dei casi e certi esiti decisionali, correlazioni che potrebbe essere molto più difficile scoprire senza l'ausilio di una macchina. Queste correlazioni possono, sotto certe condizioni, costituire indizi di relazioni causali – indizi, cioè, del fatto che la decisione sia stata causalmente orientata dalla presenza di quelle caratteristiche. Il sospetto di causalità potrà poi essere corroborato da ulteriori esami dei dati. Quando viene rilevata una correlazione robusta tra una decisione e fattori diversi dalle ragioni giuridicamente valide che potrebbero sostenerla, il sospetto di relazione causale è un sospetto di *bias*. Analogamente, sistemi di *machine*

⁷ Per un esempio di questo modo di argomentare con specifico riferimento alla giurisdizione, v. BAGARIC et al. 2022.

⁸ I rischi per l'autorevolezza della giurisdizione dalla diffusione sensazionalistica di studi sulla presenza dei *bias* nella decisione giudiziale, insieme alla prospettazione dell'alternativa dell'IA, sono ad esempio evidenziati da CHATZIATHANASIOU 2022. L'autore, nel sottolineare quanto il pericolo sia attuale in contesti nei quali l'indipendenza del potere giudiziario è messa sotto attacco, cita anche l'uso, da parte di movimenti populistici di destra tedeschi, dello studio sui giudici 'affamati' per chiedere di mettere i giudici a dieta per ottenere condanne più severe.

learning possono supportare la rilevazione di eccessive variabilità decisionali rispetto a casi che sembrano presentare caratteristiche simili, sollevando il sospetto di rumore.

La giustizia predittiva costituisce, così, un potentissimo strumento di lavoro per gli studiosi impegnati nella rilevazione di *bias* e rumore, che allarga di molto la massa di dati analizzabili e le correlazioni rilevabili, facilitando l'emersione di pattern decisionali sospetti. Ciò avviene soprattutto quando grandi masse di dati giudiziari sono resi facilmente accessibili, e in formato adeguato, ai ricercatori.

Tutto questo ha già, di per sé, un effetto di amplificazione del possibile impatto negativo sull'autorevolezza della giurisdizione. Ma questo impatto può diventare esplosivo quando i dati e i sistemi per trattarli diventano accessibili al di là dell'ambito ristretto della ricerca accademica, con i suoi vincoli e cautele metodologiche e la diffusione relativamente ridotta dei suoi risultati. È proprio questo quello che è accaduto in Francia con la vicenda del sito *Supralegem*.

3.4. Nel 2016 il governo francese aveva varato una innovativa politica di *open data* giudiziari, rendendo liberamente e gratuitamente accessibili dati relativi ad un gran numero di decisioni giudiziali⁹. Il sito *Supralegem* utilizzava algoritmi di *machine learning* capaci di analizzare questi dati estraendo pattern decisionali. In un articolo molto controverso, BENESTY (2016), l'ideatore del sito, aveva reso pubbliche alcune elaborazioni relative a decisioni di corti amministrative riguardo ai ricorsi contro atti di espulsione di cittadini stranieri irregolari. Il punto di partenza era il sospetto di parzialità nei giudizi di alcune delle corti amministrative d'appello competenti. L'elaborazione confrontava i pattern decisionali di diversi collegi, identificati sulla base del Presidente, rilevando tassi estremamente diversi di rigetto (il rigetto del ricorso in questione comportava l'espulsione dal territorio dello stato). Per un collegio, ad esempio, veniva stimato un tasso di rigetto che andava, in anni diversi, dal 90 al 100 %, mentre per un altro collegio andava dal 43 al 78%. Con una elaborazione ulteriore, gli algoritmi di *Supralegem* estraevano pattern relativi al tasso di rigetto, da parte degli stessi collegi, di ricorsi presentati da singoli cittadini contro l'amministrazione, mostrando come i collegi più severi fossero quelli meno inclini ad accettare ricorsi contro l'amministrazione. A giudizio dell'autore, questi pattern decisionali giustificavano forti sospetti di parzialità a favore dell'amministrazione da parte dei collegi esaminati.

L'articolo di Michael Benesty ha sollevato un vespaio di polemiche – anche perché veniva indicato il nome dei presidenti dei collegi esaminati. In un successivo Rapporto su *L'open data des décisions de justice* richiesto dal Ministro di Giustizia (RAPPORT CADIET 2017), venne dedicato ampio spazio alla questione dell'opportunità di pubblicare il nome dei giudici, con espliciti riferimenti al caso *Supralegem* (pp. 100, 151, 156).

In seguito al rapporto, nel 2019, un nuovo intervento legislativo ha rimodellato la politica francese di *open data*, prevedendo l'occultamento di dati che consentono di individuare, tra l'altro, l'identità dei magistrati, e vietando esplicitamente pratiche di profilazione dei giudici¹⁰.

Questo caso esemplifica bene i possibili effetti della giustizia predittiva: una molto maggiore visibilità pubblica di pattern decisionali sospetti nella attività giurisdizionale, e dunque un potenziale ampliamento dell'impatto negativo sull'autorevolezza della giurisdizione. Il RAPPORT CADIET 2017 (pp. 151 e 154) solleva dubbi sulla correttezza delle conclusioni riguardo alla imparzialità della giurisdizione che l'articolo di Benesty trae dall'analisi dei dati. Se nel caso specifico si tratti o meno di dubbi fondati è una questione complessa, che non proverò a risolvere¹¹. Resta

⁹ LOI n. 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique (<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033202746>).

¹⁰ LOI n. 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 33 (<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000038261631>).

¹¹ Le questioni relative all'interpretazione dei pattern estratti dai dati e alla ricostruzione delle loro cause possibili coinvolgono questioni tecniche estremamente complesse. Per farsi un'idea di questa difficoltà, il lettore può consul-

però il fatto che, in altri casi, la valutazione delle correlazioni e il salto da correlazione a causalità potrebbero essere condotte – in assenza di competenze specifiche e del controllo metodologico assicurato dalla struttura della ricerca accademica – in modo troppo disinvolto, con ulteriori effetti erosivi, stavolta non sufficientemente giustificati, dell'autorevolezza della giurisdizione.

4. Considerazioni conclusive

Vengo alle conclusioni. La giustizia è uno dei tanti campi nei quali l'intelligenza umana si trova entro una morsa che la delegittima: da un lato, un aumento di conoscenza dei suoi limiti, dall'altro una fondata promessa di superamento di quei limiti attraverso l'intervento dell'intelligenza artificiale. Come si può (se si può) sfuggire a questa morsa?

Le soluzioni estreme non sembrano né praticabili, né desiderabili. Il superamento della giustizia umana a favore della giustizia delle macchine è, allo stato, un'ipotesi tecnicamente remota. A meno di un profondo stravolgimento in strutture mentali e sociali secolari – cosa per sua stessa natura difficilmente prevedibile –, è un'ipotesi remota anche culturalmente: il sistema della giustizia ha funzione simbolica e di allocazione e gestione del potere che richiede il decisore umano (v. GARAPON, LASSEGUE 2018).

D'altro canto, arrestare l'incremento di conoscenza riguardo ai limiti cognitivi e di coerenza della giurisdizione e il perfezionamento delle tecniche di decisione artificiale, oltre ad essere una soluzione chiaramente regressiva, è virtualmente impossibile. Si tratta di processi ormai troppo avanzati per poter essere interrotti. Vi possono senz'altro essere ragioni sia politiche che giuridiche per limitare l'accesso ai dati e vietare pratiche di profilazione – l'art. 10 della CEDU, ad esempio, prevede la possibilità di limitare la libertà di espressione, tra l'altro, per “garantire l'autorità [...] del potere giudiziario”¹². Ma è anche vero, d'altra parte, che si tratta di un *second best* che lascia l'amaro in bocca – l'aspettativa dei cittadini di poter avere accesso a pattern non immediatamente visibili e sospetti nell'esercizio di un potere così ingombrante come quello giudiziario sembra, in uno stato democratico di diritto, pienamente legittima e importante, un bene che non si può sacrificare a cuor leggero.

Scartate le soluzioni estreme, resta un amplissimo spettro di soluzioni intermedie, quelle orientate verso una qualche forma di integrazione di tutta questa conoscenza e tecnica nella decisione umana, per aumentare le capacità decisionali umane, e non per rimpiazzarle.

Riguardo alla giustizia predittiva, questa è la direzione più ovvia: l'interazione intelligente tra decisione umana e intelligenza artificiale. Le proposte e i modelli di interazione sono numerosi, così come numerosi sono i rischi e le difficoltà. (Per una rassegna segnalò, restando in ambito francese, il *Rapport à la première présidente de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation* elaborato da CADIET et al. 2022, un testo particolarmente interessante perché molto attento alla pratica effettiva. Una importante rassegna delle pratiche europee e dei rischi e le difficoltà principali è contenuta negli studi di accompagnamento alla *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their Environments* (CEPEJ 2018). Rinvio anche a GALLI, SARTOR 2023, che contiene un'ottima review dei rischi e delle difficoltà principali, delle strategie di interazione praticabili, e delle (poche) esperienze attive in Italia).

Numerose sono anche le proposte riguardo all'integrazione della conoscenza relativa ai *bias* nel training dei giudici e dei giuristi in genere, sia attraverso la formazione al riconoscimento della fragilità e opacità dei propri percorsi decisionali, sia attraverso l'apprendimento di tecniche che riducono l'effetto dei *bias* (cosiddetto '*debiasing*'), riducendo sia la probabilità di incorrere in

tare, a titolo di esempio, la letteratura sulla vicenda dei giudici 'affamati' citata alla nota 1.

¹² Ringrazio Massimo Starita per avermelo fatto notare.

essi sia la probabilità che la loro insorgenza abbia influenza significativa sul giudizio¹³ – ad esempio, il ricorso a linee guida che fissano procedure decisionali specificamente disegnate per contrastare l'insorgenza di certi *bias*¹⁴.

Questi due percorsi potrebbero, almeno in teoria, essere affiancati e integrati, da un lato attraverso una sorta di auto-profilazione dei giudici, che gli permetta – con il supporto di un team dotato di adeguate conoscenze psicologiche, statistiche, e informatiche – di fare emergere i *bias* a cui è esposto il *proprio* processo decisionale, d'altro lato attraverso procedure di confronto critico con le predizioni della macchina, disegnate allo scopo di supportare il monitoraggio del *proprio* processo decisionale. Si tratterebbe, in altri termini, di sfruttare conoscenza psicologica e tecnica di intelligenza artificiale per approntare 'thinking tools' ulteriori rispetto a quelli, imprescindibili ma rivelatisi insufficienti, del senso comune e della formazione tradizionale (v. ad es., in questo senso, CHEN 2019).

RACHLINSKI e WISTRICH (2017) hanno suggerito metodi come l'adozione, in fase di reclutamento dei magistrati, di test riguardo all'esposizione a *bias*, come ad esempio i test sui *bias* razziali impliciti, non come condizione per l'accesso alla funzione, ma come strumento utile per incrementare la consapevolezza dei propri processi decisionali e per disegnare forme di addestramento personalizzate; o lo sviluppo di procedure di *auditing* per fornire feedback ai giudici rispetto alla qualità delle loro decisioni. Sistemi di questo genere hanno uno spiacevole sapore disciplinare, e potrebbero risultare inopportuni per diverse ragioni legate all'organizzazione di un potere così delicato come quello giudiziario. La strategia esemplificata sopra è davvero minimale, perseguendo gli stessi obiettivi con mezzi molto meno controversi. Si tratterebbe infatti di mettere a disposizione dei giudici un servizio, *ad accesso volontario e protetto da vincoli di riservatezza*, di auto-profilazione guidata dall'IA e di *counseling* psicologico personalizzato sui *bias*. Sarebbe un sistema di auto-monitoraggio messo a disposizione dei giudici per consentirgli un accesso libero a strumenti di *enhancement* cognitivo non particolarmente problematici, e facilmente integrabili nella propria competenza professionale. Questa linea, si noti, è incoraggiata, sia pure con prudenza, nella relazione di accompagnamento alla già citata *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their Environments* (CEPEJ 2018, 66): «offering judges a more detailed quantitative and qualitative assessment of their activities, thanks to new tools, but with a purely informative aim of assisting in decision-making and for their exclusive use, could be encouraged».

Strategie di questo tipo sono, ovviamente, tutte da costruire, e anch'esse per nulla prive di rischi e difficoltà. Prima fra tutte, ovviamente, la difficoltà di integrare questa pratica all'interno del farraginoso funzionamento dell'amministrazione della giustizia. O il rischio, nonostante la moderazione dei mezzi, di ingabbiare una funzione delicata e tragicamente umana come quella giudiziaria in una spirale di controlli che, se non ben calibrati e se travolti dalle difficilmente resistibili spirali di burocratizzazione, potrebbero impoverire, anziché migliorare, la qualità delle decisioni. In ogni caso, anche nelle ipotesi più conservative, una strada simile comporterebbe un cambiamento di struttura sia nella formazione dei giudici che, soprattutto, nell'organizzazione del loro lavoro – sarebbe necessario includere stabilmente negli uffici giudiziari sia psicologi che informatici, e modellare la formazione dei giudici in modo da permettere una interazione informata e intelligente con queste figure professionali. Si tratterebbe di trasformazioni epocali e

¹³ Per questa differenza vedi KANG ET AL. 2012.

¹⁴ Utili review di tecniche e di studi sulla loro efficacia si trovano in KANG ET AL. 2012 e RACHLINSKI, WISTRICH 2017. Fra le tecniche menzionate vi sono, ad esempio: l'esposizione a esempi incongruenti rispetto agli stereotipi; l'acquisizione dell'abitudine a mettere in dubbio la propria obiettività; l'aumento la motivazione a giudicare equamente e imparzialmente; migliorare le condizioni decisionali, ad esempio in termini di disponibilità di tempo e di energie cognitive; dare feedback quantitativi relativi all'insorgenza dei *bias*; o addirittura il ricorso a tecniche di meditazione.

dispendiose, ma la posta in gioco è veramente alta, e la strategia che è meno probabile che paghi è quella dello struzzo.

Ma un passo preliminare, e di più facile portata, riguarda la formazione giuridica. Sarebbe importante inserire urgentemente nella formazione standard del giurista: (i) competenze statistiche di base (un addestramento sia pure minimo alla scienza dei numeri è condizione necessaria per un rapporto responsabile con i fatti, inclusi i fatti relativi alla giurisdizione); (ii) formazione di base in materia di psicologia della decisione giudiziale, con particolare attenzione alla questione dei *bias* impliciti (qui è richiesto, in particolare, uno sforzo da parte dei filosofi del diritto, per superare la linea troppo netta di divisione, ereditata dalla tradizione novecentesca, fra le dimensioni logico-argomentativa e socio-psicologica del ragionamento giuridico, e la concentrazione pressoché esclusiva sulla prima); (iii) formazione di base, sia pratica che teorica, in materia di applicazione dell'IA alla giustizia.

L'allargamento della formazione giuridica a ulteriori competenze non mira certo a soppiantare la formazione giuridica tradizionale, che – è sempre opportuno ricordarlo – incorpora una sapienza millenaria riguardo alla gestione della decisione in condizione di incertezza, la cui salvaguardia è condizione necessaria per non disperdere il livello di garanzia dei diritti ottenuto dai sistemi giuridici progrediti. L'obiettivo, piuttosto, è quello di integrare la formazione giuridica tradizionale, per proteggerla e supportarla dove si mostra fragile e insufficiente.

Riferimenti bibliografici

- ALPAYDIN E. 2021. *Machine Learning*, The MIT Press.
- BAGARIC M., SVILAR J., BULL M., HUNTER D., SOBBS N. 2022. *The Solution to the Pervasive Bias and Discrimination in the Criminal Justice System: Transparent and Fair Artificial Intelligence*, in «American Criminal Law Review», 59 (2022), 1, 95-148.
- BAUMEISTER R., BRATSLAVSKY E., MURAVEN M., TICE D.M. 1998. *Ego Depletion: Is the Active Self a Limited Resource?*, in «Journal of Personality and Social Psychology», 74, 5, 1998, 1252-1265.
- BENESTY M. 2016. *L'impartialité de certaines juges mise à mal par l'intelligence artificielle*, in «Village de la Justice», 24 mars 2016.
- BERMÚDEZ J.L. 2021. *Cognitive Science. An Introduction to the Science of the Mind*, 3rd ed., Cambridge University Press.
- CADIET L., CHAINAIS C., SOMMER J.-M. (dir.), JOBERT S., JOND-NECAND E. (rapp.) 2022. *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence*, Rapport remis à la première présidente de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation - juin 2022 (<https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2022/06/14/la-diffusion-des-donnees-decisionnelles-et-la-jurisprudence-quelle>).
- CEPEJ 2018. *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their Environments*, by the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), 3-4 dicembre 2018 (<https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>). La Carta contiene due appendici: Appendix I: In-depth study of the use of AI in judicial systems, notably AI application processing judicial decisions and data; Appendix II: Which uses of AI in European judicial systems?
- CHATZIATHANASIOU K. 2022. *Beware the Lure of Narratives: 'Hungry Judges' Should Not Motivate the Use of 'Artificial Intelligence' in Law*, in «German Law Journal», 23, 4, 452-464.
- CHEN D.L. 2019. *Judicial Analytics and the Great Transformation of American Law*, in «Artificial Intelligence and Law», 27, 1, 15-42.
- CHEN D.L., LOECHER M. 2025. *Mood and the Malleability of Moral Reasoning: The Impact of Irrelevant Factors on Judicial Decisions*, in «Journal of Behavioral and Experimental Economics», 116, June 2025, 102364,
- COGWILL B. 2019. *Bias and Productivity in Humans and Machines*, Columbia Business School Research Paper Forthcoming (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3584916).
- DALJORD Ø., URMINSKY O., URETA J.-M. 2017. *The Status Quo Theory of Depletion Does not Explain the Israeli Parole Decisions*, working paper, 3, December 2017 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3448164).
- DANZIGER S., LEVAV J., AVNAIM-PESSO L. 2011a. *Extraneous Factors in Judicial Decisions*, in «Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America», 108, 17, 2011, 6889-6892.
- DANZIGER S., LEVAV J., AVNAIM-PESSO L. 2011b. *Reply to Weinshall-Margel and Shapard: Extraneous factors in judicial decisions persist*, in «Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America», 108, 17, 2011, E834.
- DASGUPTA N., GREENWALD A.G. 2001. *On the malleability of automatic attitudes: Combating automatic prejudice with images of admired and disliked individuals*, in «Journal of Personality and Social Psychology», 81, 5, 800-814.
- ENGLISH B., MUSSWEILER TH. 2001. *Sentencing under Uncertainty: Anchoring Effects in the Courtroom*, in «Journal of Applied Social Psychology», 31, 2001, 1535-1551.

- ENGLISH B., MUSSWEILER TH., STRACK F. 2005. *The Last Word in Court. A Hidden Disadvantage for the Defense*, in «Law and Human Behavior», 29, 6, 2005, 705-722.
- ENGLISH B., MUSSWEILER TH., STRACK F. 2006. *Playing Dice with Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making*, in «Personality and Social Psychology Bulletin», 32, 2, 2006, 188-200.
- EREN O., MOCAN N. 2018. *Emotional Judges and Unlucky Juveniles*, «American Economic Journal: Applied Economics», 10, 3 (2018), 171-205.
- GALLI F., SARTOR G. 2023. *AI Approaches to Predictive Justice: A Critical Assessment*, in «Human(ities) and Rights», 5 (2023), 2, 165-217.
- GARAPON A., LASSÈGUE J. 2018. *Justice digitale: Révolution graphique et rupture anthropologique*, Presses Universitaires de France, 2018.
- GLÖCKNER A. 2016 *The irrational hungry judge effect revisited: Simulations reveal that the magnitude of the effect is overestimated*, in «Judgment and Decision Making», 11, 6, 2016, 601-610.
- GUTHRIE C., RACHLINSKI J.J., WISTRICH A.J. 2001. *Inside the Judicial Mind*, «Cornell Law Review», 86, 2001, 778-830.
- INZLICHT M., BERKMAN E. 2015. *Six questions for the resource model of control (and some answers)*, in «Social and Personality Psychology Compass», 9, 10, 2015, 511-524.
- JOY-GABA J.A., NOSEK B.A. 2010. *The Surprisingly Limited Malleability of Implicit Racial Evaluations*, in «Social Psychology», 41, 3, 137-146.
- JUNG J., CONCANNON C., SHROFF R., GOEL S., GOLDSTEIN D.G. 2020. *Simple Rules to Guide Expert Classifications*, in «Journal of the Royal Statistical Society. Statistics in Society», 183 (2020), 771-800.
- KAHNEMAN D., SIBONY O., SUNSTEIN C.R. 2021. *Noise. A Flaw in Human Judgment*, Little, Brown Spark, 2021.
- KANG J., BENNETT M., CARBADO D., CASEY P., DASGUPTA N., FAIGMAN D., GODSIL R., GREENWALD A.G., LEVINSON J., MNOOKIN J. 2012. *Implicit Bias in the Courtroom*, in «University of Chicago Law Review», 59, 1124-1186.
- KLEINBERG J., LAKKARAJU H., LESKOVEC J., LUDWIG J., MULLAINATHAN S. 2018. *Human Decisions and Machine Predictions*, «The Quarterly Journal of Economics», 133, 1, 2018, 237-293.
- KOZINSKI A. 1993. *What I Ate for Breakfast and Other Mysteries of Judicial Decisions*, in «Loyola of Los Angeles Law Review», 26, 1993, 993-999.
- LAKENS D. 2017. *Impossibly Hungry Judges*, in the Blog «The 20% Statistician», 3 July 2017 (<https://daniellakens.blogspot.com/2017/07/impossibly-hungry-judges.html>).
- LANE K.A., KANG J., BANAJI R.M. 2007. *Implicit Social Cognition and Law*, in «Annual Review of Law and Social Science», 3, 2007, 427-451.
- NELSON T.D. (ed.) 2009. *Handbook of Prejudice, Stereotyping, and Discrimination*, Psychology Press.
- NISBETT R.E., WILSON T.D. 1977. *Telling More Than We Can Know: Verbal Reports on Mental Processes*, in «Psychological Review», 84, 3, 1977, 231-259.
- PRIEL D. 2020. *Law is What the Judge Had for Breakfast. A Brief History of an Unpalatable Idea*, in «Buffalo Law Review», 68, 3, 2020, 899-930.
- RACHLINSKI J.J., JOHNSON S.L., WISTRICH A.J., GUTHRIE C. 2009. *Does Unconscious Racial Bias Affect Trial Judges?*, in «Notre Dame Law Review», 84, 3, 2009, 1195-1246.
- RAMJI-NOGALES J., SCHOENHOLTZ A.I., SCHRAG P. 2007. *Refugee Roulette: Disparities in Asylum Adjudication*, in «Stanford Law Review», 60, 2.
- RAPPORT CADIET 2017. *L'open data des décisions de justice*, Rapport a Madame La Garde des

Sceaux, Ministre de la Justice pour la Commission présidée par le Professeur L. Cadet (https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/portail/publication/open_data_rapport.pdf).

SUNSTEIN C.R, JOLLS C., THALER R.H. 1998. *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in «Stanford Law Review», 50, 1471-1550.

TVERSKY A., KAHNEMAN D. 1974. *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in «Science», New Series, 185, 4157, 1974, 1124-1131.

WIENSHAL-MARGELL K., SHAPARD J. 2011. *Overlooked Factors in the Analysis of Parole Decisions*, in “Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America”, 108, 17, 2011, E833.

WISTRICH A.J., RACHLINSKI J.J. 2017. *Implicit Bias in Judicial Decision Making. How It Affects Judgment and What Judges Can Do About It*, in Redfield S.E. (ed.), *Enhancing Justice: Reducing Bias*, American Bar Association, 87-130.

ZAMIR E., TEICHMAN D. 2014. *The Oxford Handbook of Behavioral Economics*, Oxford University Press.

Una svolta nel dibattito sulla crittografia:
la sentenza Podchasov c. Russia della Corte EDU.
Verso *alcuni diritti* di cybersicurezza?

A Pivotal Moment in the Encryption Debate:
the ECtHR Ruling in Podchasov v. Russia. Towards *Some* Cybersecurity Rights?

PIER GIORGIO CHIARA

Ricercatore a tempo determinato di tipo (a) in informatica giuridica (IUS/20), presso CIRSFID
– Alma AI e Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Bologna.

E-mail: piergiorgio.chiaraz@unibo.it

ABSTRACT

La nostra società digitale, imperniata su reti, sistemi informativi e servizi informatici interconnessi, ha crescenti esigenze di cybersicurezza. All'inizio degli anni 2000 la cybersicurezza cessa di essere una questione puramente "tecnica" ed acquista progressivamente rilevanza strategica e giuridica. L'articolo evidenzia soprattutto questa seconda dimensione, analizzando le condizioni per le quali specifiche tecnologie di cybersicurezza, in particolare la crittografia, si pongano in una prospettiva di strumentalità sul piano del godimento e della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali (ad es., il diritto alla riservatezza, alla protezione dei dati personali e libertà di espressione), prendendo in considerazione la recente pronuncia della Corte EDU nella causa *Podchasov c. Russia*. Partendo da questa sentenza, l'articolo sostiene la necessità di riconoscere nuovi ed autonomi "diritti di cybersicurezza", mostrando come gli elementi basilari per il contesto di attuazione siano già stati predisposti nel diritto secondario dell'UE.

Our digital society is built on interconnected networks, information systems and IT services. As a consequence, it has increasing cybersecurity needs. In the early 2000s, cybersecurity ceased to be a purely "technical" issue and progressively acquired strategic and legal relevance. The article emphasises this second dimension by analysing the conditions under which specific cybersecurity technologies, in particular encryption, are placed in an instrumental perspective in terms of the protection of fundamental rights and freedoms (e.g. the right to privacy, protection of personal data and freedom of expression), taking into consideration the recent ruling of the European Court of Human Rights in the case of *Podchasov v. Russia*. Building on this ruling, the article argues for the necessity of recognising new and autonomous "cybersecurity rights", showing how the basic elements for the implementation framework have already been laid down in EU secondary law.

KEYWORDS

cybersicurezza, crittografia, diritti

cybersecurity, encryption, rights

Una svolta nel dibattito sulla crittografia: la sentenza Podchasov c. Russia della Corte EDU. Verso *alcuni diritti* di cybersicurezza?

PIER GIORGIO CHIARA

1. *Introduzione* – 2. *La crittografia: una prospettiva informatico-giuridica* – 3. *Crittografia e diritti fondamentali: tra conflitto e strumentalità* – 4. *Un diritto ad alcune tecnologie di cybersicurezza? Sfide e prospettive* – 5. *Conclusioni*.

1. *Introduzione*

Con l'inizio del nuovo millennio, la cybersicurezza acquista una crescente rilevanza strategica e politica. A livello europeo, si assiste ad una proliferazione di iniziative di regolamentazione di un settore che, fino agli anni '90, risultava frammentato tra diversi quadri normativi. In primo luogo, il quadro giuridico in materia di telecomunicazioni conteneva diverse misure e requisiti in tema di sicurezza delle operazioni di rete¹; per altro verso, misure tecniche e organizzative di sicurezza per il trattamento di dati personali erano introdotte dalle normative nazionali, ancorché di matrice europea, in materia di protezione dei dati personali²; infine, l'aumento progressivo del fenomeno della criminalità informatica ha fatto sì che le iniziative legislative si concentrassero sulla definizione di obblighi e misure per il contrasto del cyber crimine, vale a dire reati informatici propri oppure reati comuni commessi con sistemi informatici o i cui indizi si rinvenivano nei sistemi informatici³.

A *latere* di questa frammentazione giuridica, sul finire degli anni '90 tre grandi fenomeni sul piano sociale, economico e politico iniziano a dispiegare i loro effetti anche con riguardo alla sicurezza delle reti e dell'informazione. Sono la liberalizzazione, la convergenza e la globalizzazione⁴. In primo luogo, la proprietà, e quindi la gestione, della maggior parte delle reti e dei sistemi informativi è nelle mani di attori privati; la sicurezza, pertanto, è un aspetto che fa parte dell'offerta di mercato. Connesso a ciò, queste reti e sistemi informativi sono sempre più interconnessi tra di loro e, in parte, condividono le stesse infrastrutture. Infine, la maggioranza delle

* Questo lavoro è stato sostenuto dal progetto SERICS (PE00000014) nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza del MUR finanziato dall'Unione Europea - NextGenerationEU.

¹ Direttiva 90/387/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, sull'istituzione del mercato interno per i servizi delle telecomunicazioni mediante la realizzazione della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni; Direttiva 90/388/CEE della Commissione, del 28 giugno 1990, relativa alla concorrenza nei mercati dei servizi di telecomunicazioni. La sicurezza delle operazioni di rete, il mantenimento dell'integrità, la disponibilità in caso di incidente erano requisiti essenziali che potevano fondare il potere dello Stato membro di limitare l'accesso alla rete pubblica di telecomunicazioni o ai servizi pubblici di telecomunicazioni.

² Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati; direttiva 97/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997 sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni.

³ Legge 23 dicembre 1993, n. 547, Modificazioni ed integrazioni alle norme del Codice penale e del Codice di procedura penale in tema di criminalità informatica. A livello internazionale, si veda la Convenzione sulla criminalità informatica del Consiglio di Europa (c.d. Convenzione di Budapest) del 2001, ratificata in Italia dalla Legge n. 48 del 2008.

⁴ COMMISSIONE EUROPEA 2001, 7-8.

reti e dei sistemi informativi sono detenuti da imprese o gruppi internazionali; inoltre, le comunicazioni di rete sono sempre più transfrontaliere.

Alla luce di questi fenomeni, che avrebbero limitato sempre di più l'efficacia delle politiche nazionali in materia, e della frammentazione del quadro giuridico di cui si è dato conto sopra, la Commissione europea inizia a considerare come necessaria una politica a livello di Unione europea completa ed unitaria in materia di sicurezza delle reti e dell'informazione, al fine di correggere il fallimento di mercato del settore della sicurezza⁵ e per una più efficace applicazione del quadro normativo, in un'ottica di complementarità alle più mature politiche di telecomunicazione, protezione dei dati e contrasto al cyber crimine.

Solo nel 2013, tuttavia, l'Unione si dota di una Strategia in materia di cybersicurezza⁶ che delinea un quadro complesso di interventi strategici a livello normativo, d'investimento e politico, coinvolgendo tutti i portatori di interesse rilevanti (istituzioni UE; Stati membri; settore privato), secondo una logica di *'governance multi-stakeholder'* volta a chiarire i ruoli e le responsabilità sui diversi livelli⁷. Quattro anni più tardi, la Commissione e l'Alto Rappresentante dell'Unione propongono una nuova Strategia⁸, con simili priorità strategiche, ribadite e rafforzate dall'ultima Strategia UE in materia di cybersicurezza del 2020⁹. L'implementazione degli interventi contenuti nelle tre strategie si concretizza *inter alia* nell'adozione di diversi atti giuridici, a cominciare dalla direttiva UE 2016/1148 (c.d. NIS), passando per il regolamento UE 2019/881 (c.d. *Cybersecurity Act*), per finire con la direttiva UE 2022/2555 (c.d. NIS2), il regolamento UE 2022/2554 (c.d. DORA), la direttiva UE 2022/2557 (c.d. CER), il regolamento UE 2024/2847 (c.d. *Cyber Resilience Act*).

L'elemento catalizzatore comune a queste tre strategie così ravvicinate è il rapido mutamento del panorama delle minacce, sia sul piano quantitativo che qualitativo¹⁰. Il crescente livello di rischio determinato dalle minacce su vasta scala ha portato necessariamente organizzazioni sovranazionali ed internazionali, governi ed aziende a sviluppare strategie di sicurezza sempre più complesse e sofisticate, basate su misure tecniche, operative ed organizzative di sicurezza allo stato dell'arte. In tal senso, la crittografia è diventata progressivamente uno strumento essenziale non solo come tecnologia di cybersicurezza fondamentale per garantire la riservatezza e l'integrità delle comunicazioni, ma anche per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, con particolare riferimento alla riservatezza e alla protezione dei dati personali¹¹.

Questo articolo affronta la cybersicurezza e, in particolare, la crittografia, da un punto di vista metodologico, come un ambito di studio multidisciplinare adottando una prospettiva informatico-giuridica che permetta di affrontare le complesse sfide normative – vale a dire, giuridiche, etiche e sociali, i rischi ma anche i benefici posti da una particolare tecnologia, in questo caso la crittografia *end-to-end*, attraverso lo studio e la comprensione di quest'ultima.

I problemi sono infatti noti da tempo¹²: da un lato, l'adozione di questa tecnica crittografica rappresenta un vantaggio evidente per la protezione dei dati personali e per il rispetto della pri-

⁵ Se, per le leggi del mercato, il meccanismo dei prezzi garantisce l'equilibrio tra costi di protezione delle reti e bisogni specifici di sicurezza, il fallimento è dato dall'assenza di soluzioni di sicurezza o dalla difficoltà nel portarle nel mercato. Vedi sul punto, BYGRAVE 2024, 2.

⁶ COMMISSIONE EUROPEA, ALTO RAPPRESENTANTE DELL'UNIONE PER GLI AFFARI ESTERI E LA POLITICA DI SICUREZZA 2013.

⁷ BRUNI 2019, 258; in generale, sull'approccio multi-stakeholder, si veda LIAROPOULOS 2016.

⁸ COMMISSIONE EUROPEA, ALTO RAPPRESENTANTE DELL'UNIONE PER GLI AFFARI ESTERI E LA POLITICA DI SICUREZZA 2017.

⁹ COMMISSIONE EUROPEA, ALTO RAPPRESENTANTE DELL'UNIONE PER GLI AFFARI ESTERI E LA POLITICA DI SICUREZZA 2020.

¹⁰ Si vedano, sul punto, i report annuali prodotti dall'Agenzia europea per la Cybersicurezza (ENISA); ad es., ENISA 2024.

¹¹ Art. 32, Reg. UE 2016/679.

¹² Cfr. *ex multis* ZICCARDI 2003; KOOPS 1999.

vacy dei cittadini; dall'altro, questa stessa tecnologia di sicurezza pone problemi complessi in termini di regolamentazione e controllo, poiché gli stessi strumenti che proteggono le comunicazioni private possono essere utilizzati anche per scopi illeciti o altrimenti dannosi per la collettività. Ciclicamente, infatti, taluni Stati – anche nell'Unione europea – esplorano diverse soluzioni, tecniche e giuridiche, per indebolire la crittografia¹³. L'approccio informatico, filosofico-giuridico qui proposto¹⁴ non si limita pertanto a considerare le questioni legali, nonché gli aspetti tecnici di questa tecnologia, ma esplora anche gli impatti etici e sociali sottesi a questo dibattito, al fine di poter sostanziare meglio l'analisi normativa. È la sincronia tra tecnologia, rischio e risposta normativa a definire il metodo.

In tale contesto, questo articolo si concentra su come la crittografia, e più precisamente la crittografia *end-to-end*, sia centrale nella protezione dei diritti individuali e delle libertà in una società digitale ed interconnessa¹⁵. La sezione 2 fornirà un'analisi tecnica della tecnologia di cybersicurezza sotto indagine, su cui si baserà l'analisi normativa della sezione 3, che darà conto delle implicazioni sul piano dei diritti fondamentali e dei rischi per la sicurezza, cercando di bilanciare esigenze apparentemente contrapposte, anche alla luce della recente pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella causa *Podchasov contro Russia*. Alla luce di alcuni importanti principi di diritto emersi nel ragionamento della Corte nella ricerca del delicato equilibrio tra le esigenze di sicurezza nazionale e la salvaguardia dei diritti fondamentali, la sezione 4 metterà in luce la necessità del riconoscimento di alcuni nuovi "diritti di cybersicurezza". La sezione 5, infine, concluderà il contributo con alcune riflessioni finali.

2. La crittografia: una prospettiva informatico-giuridica

Prima di prendere in esame la crittografia *end-to-end*, è opportuno introdurre i concetti di fondo di questa tecnologia. Tra gli strumenti crittografici, sono possibili molte classificazioni. Ad un alto livello di astrazione, è possibile distinguere la crittografia simmetrica, o a chiave singola, dalla crittografia asimmetrica.

Attraverso complesse operazioni matematiche, la crittografia simmetrica nasconde il contenuto (il c.d. testo in chiaro, che al termine del processo diventa testo cifrato), rendendo l'informazione inintelligibile a chiunque non sia in possesso della chiave crittografica¹⁶. In tal senso, la crittografia è considerata una tecnologia di sicurezza avente una funzione bi-direzionale: ciò che viene criptato, tramite un algoritmo chiamato *cipher*, può essere decifrato con la chiave appropriata. Di conseguenza, senza la chiave crittografica, anche un attore con molte risorse (es., una grande azienda o addirittura uno Stato) non è in grado di decifrare un messaggio. Gli algoritmi di crittografia simmetrica più utilizzati sono quelli di "cifratura a blocchi" (*block ciphers*)¹⁷.

La differenza principale tra crittografia simmetrica e asimmetrica è che quest'ultima, per le due fasi distinte di cifratura e decifratura, prevede l'uso di due chiavi separate, mentre la prima utilizza una sola chiave¹⁸. Con questo metodo, una delle chiavi (chiave pubblica) viene distribuita nella

¹³ Ad es., ricordiamo il *Investigatory Powers Act* (IPA) adottato dal Regno Unito nel 2016; il *Telecommunications and Other Legislation Amendment (Assistance and Access) Act* australiano del 2018; e, a livello UE, si veda CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA 2020.

¹⁴ GUIHOT 2019.

¹⁵ FLORIDI 2018, 2133.

¹⁶ SCHNEIER 1995, 21.

¹⁷ STALLINGS, BROWN 2018, 55: «*a block cipher processes the plaintext input in fixed-size blocks and produces a block of ciphertext of equal size for each plaintext block. The algorithm processes longer plaintext amounts as a series of fixed-size blocks. The most important symmetric algorithms, all of which are block ciphers, are the Data Encryption Standard (DES), triple DES, and the Advanced Encryption Standard (AES)*».

¹⁸ È importante sottolineare come non vi siano elementi per ritenere l'una o l'altra forma di crittografia (a chiave

rete di comunicazione, mentre l'altra chiave (chiave segreta) non viene appunto rivelata¹⁹. Occorre sottolineare che i sistemi e i servizi moderni usano spesso i meccanismi crittografici descritti in modo integrato, atteso che nessuna delle due sia intrinsecamente più sicura dell'altra.

Infine, a differenza della crittografia, le funzioni di *hash* sono algoritmi crittografici unidirezionali, giacché consistono in un processo irreversibile che prende come input un dato di qualsiasi dimensione (può essere un messaggio, un file, una stringa di testo o anche una password) e lo trasforma in una sequenza di caratteri dalla lunghezza fissa, chiamata *hash* o *digest*²⁰, resistente alle collisioni – ossia agli attacchi, nonché indistinguibile da una sequenza randomica²¹. Negli ultimi anni, l'algoritmo SHA (*Secure Hash Algorithm*), sviluppato dall'agenzia federale statunitense NIST, è diventato la funzione di *hash* più popolare.²² La logica della crittografia è quindi quella di proteggere potenzialmente informazioni di qualsiasi tipo, e in qualsiasi stato – dal momento che può interessare sia dati c.d. “a riposo” (crittografia di archiviazione, *storage encryption*) sia dati durante il “trasporto” (crittografia di trasmissione, *transmission encryption*)²³.

Queste tecnologie sono essenziali per garantire e preservare alcuni principi fondanti della sicurezza delle informazioni (*information security*), cioè, confidenzialità, integrità, autenticazione e non-repudiabilità²⁴. Evidentemente, al fine di garantire la confidenzialità, sono adottati protocolli diversi in funzione del diverso contesto di applicazione: solitamente meccanismi di crittografia simmetrica sono applicati a devices che contengono i dati che l'utilizzatore vuole proteggere (es., laptop, smartphones, hard disk) impedendo pertanto l'accesso degli utenti non autorizzati; oppure, strumenti crittografici (a chiave pubblica) sono adottati nel contesto delle comunicazioni, al fine di escludere l'accesso al dato mentre avviene la trasmissione. In questo contesto, la crittografia c.d. *end-to-end* è un tipo di crittografia asimmetrica (cioè, a chiave pubblica) che è molto utilizzata nei servizi di comunicazione online (quali Whatsapp, Telegram – se si sceglie l'opzione “chat segreta” –, e Signal) per assicurare la confidenzialità del dato²⁵.

Del resto, altre tipologie di tecnologie crittografiche, sempre più diffuse nel mercato e su cui si fa ricerca al fine di perfezionare tecnologie volte a minimizzare gli impatti per la privacy e la protezione dei dati personali degli individui (c.d. *privacy enhancing technologies*), si basano su sistemi a chiave pubblica o privata. Ad esempio, la crittografia omomorfa è una variante della crittografia a chiave pubblica che si basa su algoritmi crittografici che permettono di trattare i dati crittografati senza doverli decifrare. In altre parole, si garantirebbe la possibilità di effettuare operazioni con il dato garantendo al tempo stesso la confidenzialità di quest'ultimo. Evidentemente, questa tecnica è particolarmente promettente in scenari dove più parti devono eseguire operazioni su dati criptati condivisi senza rivelare, però, i singoli input, ossia i dati in *plain text* (c.d. *secure multi-party computation*). Si pensi, ad esempio, alla gestione di trattamenti di dati personali particolari in contesti sanitari, dove sono diverse le parti coinvolte su una singola cartella: paziente, medico, struttura di ricerca, ecc²⁶.

segreta o pubblica) superiore all'altra da un punto di vista di sicurezza in senso tecnico (es., resilienza agli attacchi di forza bruta); come, del resto, sarebbe sbagliato ritenere la crittografia a chiave pubblica “un'evoluzione” di quella simmetrica e che quest'ultima, pertanto, possa essere abbandonata a vantaggio della crittografia asimmetrica.

¹⁹ BROOKS 2014, 100.

²⁰ EDPS, AEPD 2019, 8-10; DANG 2012, 6-9.

²¹ STALLINGS, BROWN 2018, 65: questa proprietà riguarda l'impossibilità di trovare un messaggio alternativo con lo stesso valore di *hash* di un dato messaggio.

²² PRENEEL 2010.

²³ SCARFONE et al. 2017.

²⁴ Ad es., algoritmi di hash assicurano l'integrità dell'informazione dal momento che permettono a chi è autorizzato di verificare se i dati cifrati siano stati alterati.

²⁵ Per un approfondimento, si veda ERMOSHINA 2016.

²⁶ In questo contesto, si veda ad esempio il lavoro di VERHEUL 2016.

Come abbiamo visto, se l'algoritmo crittografico adottato è sufficientemente robusto²⁷ e se le politiche e procedure di gestione delle chiavi permettono la conservazione di queste nelle mani degli utenti, allora i dati cifrati non saranno accessibili da terzi rispetto ai proprietari delle chiavi. Al netto dei tentativi di accesso illecito da parte di terzi, il fatto che le chiavi siano conservate nei *device* degli utilizzatori o dai fornitori del servizio di cifratura (es., un fornitore di servizi di telecomunicazione), e quindi non nella disponibilità del soggetto, ha importanti risvolti sul piano politico e giuridico. Come anticipato sopra, anche soggetti potenti e con molte risorse come agenzie governative, servizi di intelligence e autorità di contrasto non hanno – teoricamente – possibilità di accesso ai dati crittografati senza la disponibilità delle chiavi necessarie per la decrittazione.

Pertanto, se da una parte la crittografia è una tecnologia che garantisce il godimento di alcuni diritti e libertà fondamentali, quali il diritto alla privacy, alla protezione dei dati personali e alla libertà di espressione, dall'altra il funzionamento stesso di questa tecnologia, in particolare per quanto attiene ai meccanismi di certificazione e alle politiche di gestione delle chiavi, crea necessariamente dei rapporti di dipendenza con terze parti: di conseguenza, la crittografia genera nuove vulnerabilità che richiedono ulteriori tecnologie di sicurezza digitali per individuare i comportamenti fraudolenti di queste terze parti o attacchi contro queste²⁸. Questo è un altro esempio della complessità del rapporto intercorrente tra queste tecnologie di cybersicurezza e i diritti fondamentali: la crittografia può essere strumentale al godimento dei “diritti” e, allo stesso tempo, porsi in un'ottica di conflitto, richiedendo pertanto esercizi di bilanciamento, da distinguersi dalle istanze di *trade-offs*²⁹.

3. Crittografia e diritti fondamentali: tra conflitto e strumentalità

Il fatto che la crittografia *end-to-end* impedisca in linea teorica l'accesso ai dati “in chiaro” alle parti che non hanno disponibilità delle chiavi di cifratura, come visto nella sezione precedente, ha agitato nel corso degli ultimi tre decenni i governi di tutto il mondo. È infatti negli anni 90 che iniziano a dispiegarsi gli effetti della difficoltà di bilanciare, «a livello di regolamentazione statale, gli interessi confliggenti di *privacy* e di *information security* da un lato, e gli interessi di sicurezza nazionale e di applicazione delle leggi dall'altro»³⁰.

All'inizio degli anni 90, infatti, gli Stati Uniti d'America provarono per primi a far adottare una tecnologia software con una *backdoor* incorporata al fine di permettere l'accesso ai dati da parte delle autorità di contrasto, eludendo pertanto il meccanismo crittografico³¹. Allo stesso tempo, nel 1994 il Congresso statunitense promulgò una legge³² per impedire ai fornitori dei servizi di telecomunicazioni di costruire una *backdoor* affinché le autorità di contrasto potessero decrittare le comunicazioni crittografate dagli utenti, nello scenario, pertanto, in cui i provider non avessero possibilità di con-

²⁷ La robustezza di un sistema crittografico è misurata in termini di attacchi (es., *brute force*) a cui riesce ad opporre resistenza con successo. I c.d. attacchi di “bruta forza” (*brute force*) consistono in molteplici tentativi ripetuti utilizzati da applicativi software per decodificare dati criptati e/o chiavi crittografiche, attraverso uno sforzo esaustivo.

²⁸ HILDEBRANDT 2019, 262.

²⁹ Da una parte, la prospettiva del bilanciamento implicherebbe una ricerca costante di (un nuovo) equilibrio. In altre parole, per ogni misura che viola i diritti e le libertà, si aumentano le garanzie; dall'altra, il trade-off suggerisce la compressione di un bene giuridico, di un diritto (es., diritto alla riservatezza), a fronte dell'introduzione di misure in contrasto con esso.

³⁰ ZICCARDI 2003, 22.

³¹ È del 1993 il c.d. “chip Clipper”, un dispositivo sviluppato dall'Agenzia per la Sicurezza nazionale (NSA) statunitense per la crittografia telefonica con una *backdoor* incorporata per consentire l'accesso governativo. Si veda *ex multis* HOFFMAN 1995.

³² Communications Assistance for Law Enforcement Act (CALEA).

trollo delle chiavi crittografiche³³. Questi tentativi segnarono l'inizio della prima c.d. “*crypto war*”.

Alla fine degli anni '90, i governi (non solo quello statunitense, ma anche diversi Stati europei furono coinvolti, tra cui la Gran Bretagna, l'Olanda, la Germania) abbandonarono sistemi con backdoor di accesso a causa della sfiducia del pubblico, dell'insicurezza tecnica e della consapevolezza che queste tecnologie non avrebbero comunque impedito ai criminali di utilizzare metodi di crittografia alternativi. Pertanto, invece di alterare l'infrastruttura del meccanismo crittografico attraverso backdoors, si iniziarono a preferire “ordini di decrittazione” rivolti ai singoli utenti indagati, qualora le autorità di contrasto si fossero imbattute in dati cifrati³⁴.

A seguito della crescente adozione di meccanismi di crittografia, quale la crittografia end-to-end, da parte dei privati (non solo fornitori di servizi Internet, ma anche e soprattutto produttori di dispositivi, che iniziano ad offrire sistemi di crittografia end-to-end di default per i loro prodotti e servizi di comunicazione associati) a tutela della privacy e della sicurezza degli utenti, viene rianimato un dibattito che sembrava sopito. La c.d. seconda *crypto war* fa così riferimento al difficile bilanciamento a cui vennero sottoposti le corti, soprattutto negli Stati Uniti³⁵, ma non solo, tra il dovere delle aziende di cooperare con le forze dell'ordine nelle attività di contrasto, da un lato, e l'interesse di evitare che l'assistenza obbligatoria di tali aziende con le autorità potesse mettere in pericolo la sicurezza e la privacy dei loro clienti, dall'altro³⁶.

Infatti, come abbiamo visto nella sezione precedente, in un servizio di comunicazione che adotta la crittografia end-to-end, poiché entrambe le fasi di cifratura e decrittazione dei messaggi inviati e ricevuti avvengono sui dispositivi degli utenti, solo i destinatari previsti, e non anche il fornitore di servizi di comunicazione, hanno accesso al contenuto dei messaggi. Un obbligo di decriptare le comunicazioni cifrate costringerebbe pertanto i fornitori di servizi di comunicazione a modificare i loro servizi esistenti creando delle backdoor che, una volta individuate, potrebbero peraltro essere facilmente sfruttate da soggetti sia legittimi che criminali. Non solo, una tale modifica del meccanismo crittografico – attraverso un aggiornamento del software – non potrebbe essere mirato a utenti specifici, bensì interesserebbe indiscriminatamente tutti gli utenti del servizio in questione³⁷. Ne consegue che l'interferenza *inter alia* con i diritti alla riservatezza delle comunicazioni e al rispetto alla vita privata e familiare generato da un obbligo di questo genere risulterebbe sproporzionato rispetto ai fini perseguiti³⁸. Nei paragrafi successivi si darà conto in misura esaustiva dello standard di “proporzionalità”, che costituisce uno dei pilastri del diritto alla riservatezza, così come interpretato dalle corti europee.

Già nel 2016 un report congiunto di ENISA ed EUROPOL sottolineava delle alternative considerate proporzionate rispetto alle esigenze legittime di indagare su singoli sospettati, quali operazioni sotto copertura, infiltrazione in gruppi criminali e accesso ai dispositivi di comunicazione al di là dell'operazione crittografica, ad esempio mediante analisi forensi in tempo reale sui dispositivi sequestrati o mediante intercettazioni legali sui dispositivi mentre questi sono ancora utilizzati dai sospetti. Di converso, la rottura dei meccanismi crittografici potrebbe causare danni collaterali³⁹.

³³ KOOPS, KOSTA 2018, 893.

³⁴ KOOPS, KOSTA 2018, 895.

³⁵ Nel 2016, l'FBI cercò di accedere ad un telefono iPhone appartenuto ad un uomo dopo che questi aveva commesso un attacco terroristico a San Bernardino. Nonostante l'FBI potesse contare su un mandato per procedere all'ispezione, Apple non cooperò con l'agenzia che non poteva aggirare la crittografia del device. Tuttavia, il caso è stato archiviato e un tribunale non si è mai pronunciato sulle obiezioni sollevate da Apple. L'FBI, infatti, non avrebbe più avuto bisogno dell'aiuto di Apple: secondo quanto riportato dalla stampa, una società australiana, Azimuth Security, aveva trovato una falla di sicurezza che consentiva di aggirare il meccanismo crittografico dell'iPhone. Così l'FBI avrebbe acquistato questa vulnerabilità ‘zero-day’ per accedere al telefono. Vedi KERR 2024, 187-188.

³⁶ KOOPS, KOSTA 2018, 897.

³⁷ PRIVACY INTERNATIONAL 2022, 16.

³⁸ EDPB-GEPD 2022, 10.

³⁹ ENISA, EUROPOL 2016.

L'obiettivo, infatti, dovrebbe essere quello di ottenere l'accesso alle informazioni, e non anche di rompere il meccanismo di protezione.

Su questa falsa riga, nel 2020 il Consiglio dell'Unione europea affermava la necessità di proteggere la privacy e la sicurezza delle comunicazioni attraverso la crittografia e allo stesso tempo sostenere la possibilità per le autorità competenti nel settore della sicurezza e della giustizia penale di accedere legittimamente ai dati pertinenti per scopi legittimi e chiaramente definiti nella lotta contro crimini gravi, nonché il crimine organizzato e il terrorismo⁴⁰.

In questo contesto, il 13 febbraio 2024, la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) ha emesso una sentenza nella causa *Podchasov c. Russia*⁴¹. Questa sentenza merita un'attenzione particolare perché è il primo riconoscimento espresso, da parte di una corte europea, del fatto che la crittografia end-to-end non possa essere indebolita per un utente senza recare un pregiudizio decisivo alla sicurezza del meccanismo stesso, recando quindi un grave rischio alla sicurezza e riservatezza delle comunicazioni per tutti gli utenti indiscriminatamente.

In breve, il caso riguarda la compatibilità con l'Articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) di requisiti legali per i fornitori di servizi di comunicazione elettronica relativi alla conservazione dei dati e dei metadati delle comunicazioni, alla sorveglianza segreta e, in particolare, agli ordini di decrittazione. La legge russa⁴², infatti, prevede che gli "organizzatori di comunicazioni online" (i) conservino obbligatoriamente i dati di comunicazione per un anno e il contenuto di tutte le comunicazioni per sei mesi; (ii) esibiscano tali dati alle autorità di contrasto e servizi di intelligence nelle circostanze specificate dalla legge; (iii) forniscano le informazioni necessarie per decifrare i messaggi elettronici, ove criptati⁴³.

Nel 2017, i servizi d'intelligence russi del FSB ordinarono a Telegram – inclusa nella lista degli organizzatori di comunicazioni online – di fornire supporto per la decrittazione delle comunicazioni di sei individui sospettati di attività terroristiche, nonché fornire dati tecnici, tra cui indirizzi IP, numeri di porta TCP/UDP e, soprattutto, le chiavi di cifratura. Telegram si rifiutò, obiettando che gli individui in questione avevano optato per l'opzione "chat segreta", che si poggia sulla crittografia end-to-end: la decrittazione delle sei chat, come richiesto dalle autorità di sicurezza russe, non sarebbe stata possibile senza compromettere la sicurezza di tutti gli utenti⁴⁴. La mancanza di cooperazione con le autorità costò a Telegram due diverse sanzioni amministrative e anche un ordine di blocco su territorio russo, ancorché rimanga tuttora accessibile in Russia⁴⁵.

Il ricorrente e 34 altri utenti contestarono quindi in tribunale l'obbligo posto dalla legge in questione adducendo che se Telegram avesse obbedito a tale ordine avrebbe consentito alle autorità un accesso illimitato a tutte le comunicazioni (e non solo quelle per cui si richiedeva accesso)⁴⁶: secondo i ricorrenti, un simile obbligo costituirebbe una seria interferenza con il diritto al rispetto della vita privata e alla confidenzialità delle comunicazioni di tutti gli utenti, aprendo quindi la strada ad un sistema di sorveglianza arbitraria. Le corti adite tuttavia rigettarono i ricorsi. Dopo aver esaurito i rimedi giudiziari interni, il ricorrente ha presentato ricorso dinanzi alla Corte EDU.

Dopo essersi pronunciata sulla giurisdizione⁴⁷ e sull'ammissibilità⁴⁸ del ricorso, la Corte ha valutato se e in che misura vi sia stata un'interferenza con i diritti di cui all'articolo 8 della CE-

⁴⁰ CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA 2020, 4.

⁴¹ Corte E.D.U., 13 febbraio 2024, caso *Podchasov c. Russia*, n. 33696/19. Ci sia concesso richiamare CHIARA 2024a; si veda inoltre VAN'T SCHIP, BORGESIU 2024.

⁴² Federal Law no. 149-FZ of 27 July 2006 «on Information, Information Technologies and Protection of Information» (c.d. "the Information Act").

⁴³ *Podchasov c. Russia*, §§16-20.

⁴⁴ *Ibid.*, §8.

⁴⁵ *Ibid.*, §14.

⁴⁶ *Ibid.*, §9.

⁴⁷ *Ibid.*, §35.

⁴⁸ *Ibid.*, §37.

DU. Il governo russo ha sostenuto che i diritti del ricorrente non erano stati violati perché questi non era riuscito a provare che l'FSB detenesse informazioni private su di lui, e comunque qualsiasi interferenza aveva una chiara base legale, con garanzie procedurali previste volte ad evitare gli abusi (es., l'autorizzazione preventiva di un tribunale), e queste misure sono state ritenute necessarie in una società democratica per il fine legittimo di combattere il terrorismo. Inoltre, le chiavi di crittografia sarebbero state richieste solo per casi specifici di sospette attività terroristiche con un accesso limitato ad una parte selezionata del personale dell'FSB⁴⁹.

In merito all'esistenza dell'interferenza e al suo ambito di applicazione, la Corte ha innanzitutto ritenuto che la mera memorizzazione da parte degli "organizzatori" di tutti i contenuti delle comunicazioni e dei metadati di un individuo costituisca un'interferenza ai sensi dell'articolo 8 della CEDU, a prescindere dal fatto che le autorità avessero effettivamente effettuato un accesso a tali informazioni⁵⁰. Pertanto, la Corte ha richiamato l'ampia analisi della legislazione russa in materia di sorveglianza segreta in *Roman Zakharov*⁵¹. Non stupisce, quindi, che la Corte abbia (nuovamente) ritenuto che gli obblighi scaturenti da tale normativa costituissero un'interferenza con i diritti di cui all'articolo 8 del ricorrente, ritenendo provato, in particolare, l'assunto del ricorrente circa l'impossibilità *tecnica* di fornire alle autorità chiavi di cifratura associate ad utenti specifici, sicché sarebbe stato necessario modificare il meccanismo crittografico adottato con impatti indiscriminati per gli utenti del servizio⁵².

La Corte ha poi considerato congiuntamente se l'interferenza fosse conforme alla legge e perseguisse uno o più obiettivi legittimi pertinenti, e quindi se fosse necessaria in una società democratica. Non ci soffermeremo troppo sull'applicazione dei principi al tema della conservazione delle comunicazioni e – conseguentemente – all'accesso ai relativi dati da parte delle autorità per due motivi: in primo luogo, ai fini del presente articolo, è di maggiore interesse il ragionamento della Corte circa l'obbligo di decriptare le comunicazioni; in secondo luogo, come già rilevato nel caso *Roman Zacharov*, il quadro normativo russo in specie non soddisfa il requisito della "qualità della legge"⁵³, dal momento che non prevede garanzie adeguate ed efficaci contro l'arbitrarietà e il rischio di abusi, non contenendo «l'interferenza nei limiti di quanto necessario in una società democratica»⁵⁴. Infatti, la Corte ha evidenziato che le misure e le garanzie impugnate coinvolgevano indiscriminatamente i dati delle comunicazioni online di tutti gli utenti, anche in assenza di un ragionevole sospetto di coinvolgimento in attività criminali o che mettessero in pericolo la sicurezza nazionale, ancorché queste avessero una base giuridica e perseguissero obiettivi legittimi⁵⁵.

⁴⁹ *Ibid.*, §§40-43.

⁵⁰ *Ibid.*, §§ 50-52, richiamando *Breyer c. Germania*, n. 50001/12, § 81, 30 gennaio 2020, e *Ekimdzhev e altri c. Bulgaria*, n. 70078/12, §§ 372 e 373, 11 gennaio 2022. Sebbene la Corte solitamente non esamini le leggi *in astratto*, è giurisprudenza consolidata (cfr. *Ekimdzhev e altri c. Bulgaria*, §376) che nei casi di sorveglianza segreta, date le sue caratteristiche intrinseche che non consentono agli individui di sapere se i loro dati siano stati consultati, la mera esistenza dei requisiti di legge contestati equivale di per sé a un'interferenza dei diritti di cui all'articolo 8. Sul punto, si veda JANSSEN 2022, 139.

⁵¹ *Roman Zakharov v Russia* [GC] n. 47143/06, 4 dicembre 2015.

⁵² *Podchasov v Russia*, §58.

⁵³ La legge deve indicare la portata di qualsiasi potere discrezionale conferito alle autorità competenti e le modalità del suo esercizio con sufficiente chiarezza per dare all'individuo un'adeguata protezione contro le interferenze arbitrarie.

⁵⁴ *Podchasov c. Russia*, §64; *Roman Zakharov*, §§ 231-234. Peraltro, in *Kogan e altri v. Russia*, n. 54003/20, 7 marzo 2023, la terza sezione della Corte ha ribadito che il requisito della "previsione della legge" non si limita a richiedere che la misura contestata abbia una base nel diritto interno, bensì si riferisce anche alla "qualità" della legge in questione, che deve prevedere, tra le altre cose, un certo grado di tutela legale contro interferenze arbitrarie o abusi da parte delle autorità pubbliche (*Kogan e altri v. Russia*, §58). Inoltre, per quanto riguarda il requisito dello "scopo legittimo", soprattutto nell'ambito della tutela della sicurezza nazionale, i concetti di legalità e Stato di diritto in una società democratica impongono che le misure che incidono sui diritti fondamentali siano soggette a una qualche forma di procedimento contraddittorio davanti a un organo indipendente, competente a riesaminare le ragioni della decisione e le prove pertinenti, se necessario, con adeguate limitazioni procedurali all'uso di informazioni classificate, affinché l'individuo possa contestare l'assunto dell'esecutivo (*Kogan e altri v. Russia*, §58). Cfr. con *Juszczyzyn v. Polonia*, n. 35599/20, 6 ottobre 2022, §§261-280.

⁵⁵ *Podchasov c. Russia*, §70.

La Corte ha ritenuto che l'obbligo di fornire alle autorità i mezzi per decrittare le comunicazioni criptate end-to-end non fosse proporzionato agli obiettivi legittimi perseguiti⁵⁶. Sul punto, la Corte ha chiarito che alcune tecnologie di cybersicurezza, come la crittografia end-to-end, contribuiscono a garantire il godimento dei diritti fondamentali, come il diritto al rispetto della vita privata e della corrispondenza online e la libertà di espressione. Accogliendo le osservazioni di esperti del settore, la Corte ha affermato che nel contesto della crittografia end-to-end non esistono ordini di decrittazione mirati per utenti specifici: una volta che il meccanismo di crittografia end-to-end è “rotto”, è “rotto” per tutti gli utenti, aprendo pertanto la strada ad una sorveglianza generale e indiscriminata⁵⁷. E, peggio ancora, le reti criminali potrebbero approfittare di questo indebolimento.

Infine, per quanto riguarda l'argomento secondo cui una crittografia forte protegge i criminali, sollevato, come abbiamo visto, anche da governi occidentali ciclicamente nel corso degli ultimi decenni, la Corte ha rilevato come siano state indicate soluzioni alternative alla decrittazione, che non indebolissero i meccanismi di protezione, sia sul piano legislativo che sul piano tecnico (es., accesso ai dispositivi di comunicazione eludendo il meccanismo crittografico mediante analisi forense in tempo reale su dispositivi sequestrati o mediante intercettazione legale di tali dispositivi mentre sono ancora utilizzati dai sospettati)⁵⁸. La Corte ha pertanto concluso che la legislazione contestata non poteva essere considerata necessaria in una società democratica, poiché consentiva alle autorità pubbliche di accedere, su base generalizzata e senza sufficienti garanzie, al contenuto delle comunicazioni elettroniche. Di conseguenza, le misure contestate hanno compromesso l'essenza stessa dell'articolo 8 della Convenzione, che è risultato essere stato violato⁵⁹.

Questa pronuncia, ancorché ribadisca alcuni principi fondamentali già consolidati nella giurisprudenza della stessa Corte (vedi *Roman Zacharov e Ekimdzhiiev*), è importante anche per gli effetti che potenzialmente può dispiegare al di là del quadro di tutela della CEDU. Sullo sfondo della frequente interazione ed allineamento della giurisprudenza delle due corti europee (Corte EDU e Corte di giustizia dell'UE), soprattutto in relazione alla tutela del diritto alla riservatezza (e alla protezione dei dati personali)⁶⁰, la difesa da parte della Corte di Strasburgo del meccanismo crittografico in ragione della sua strumentalità nella tutela e godimento di alcuni diritti umani può aprire la strada ad un simile riconoscimento dell'importanza per i diritti fondamentali della crittografia (end-to-end) da parte della Corte di Lussemburgo nel diritto dell'Unione europea. Connesso a ciò, la CGUE aveva già associato l'essenza del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali ex art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE ai principi e alle misure dell'*information security*⁶¹. Una prospettiva, quella strumentale, che peraltro è da sempre stata sostenuta con forza dal Garante europeo della protezione dei dati personali⁶² e dal Comitato europeo per la protezione dei dati personali⁶³.

Alla luce di quanto è emerso, la sezione che segue analizza se e fino a che punto questa pronuncia in particolare legittima una riflessione circa l'emersione, o, meglio, la necessità di riconoscere in Europa degli autonomi diritti ad alcune tecnologie di cybersicurezza.

⁵⁶ *Ibid.*, §79.

⁵⁷ *Ibid.*, §77.

⁵⁸ *Ibid.*, §78; la Corte fa espresso riferimento al report congiunto di Europol ed ENISA del 2016; nonché del rapporto di Privacy International.

⁵⁹ *Podchasov c. Russia*, §§ 80-81.

⁶⁰ Si veda *COLE, VANDENDRIESSCHE* 2016, 123. Ad esempio, la giurisprudenza della CGUE in materia di sorveglianza e conservazione dei dati fa riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU: vedi Cause riunite C-511/18, C-512/18 e C-520/18 *La Quadrature du Net e altri* [2020] ECLI:EU:C:2020:791, § 128. D'altra parte, la Corte EDU, in *Szabò e Vissy c. Ungheria* (no. 37138/14), rimanda alla decisione della CGUE in *Digital Rights Ireland c. Minister for Communications & Others* del 2014 (cause riunite C-293/12 e C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238).

⁶¹ Si veda la già citata *Digital Rights Ireland*, §40; Parere 1/15 della Corte [Grande Sezione], 26 luglio 2017 §150.

⁶² Cfr. *BUTTARELLI* 2016; *WIEWIÓROWSKI* 2020, 3; *WIEWIÓROWSKI* 2023.

⁶³ EDPB 2021.

4. Un diritto ad alcune tecnologie di cybersicurezza? Sfide e prospettive

La mancanza, allo stato dell'arte, di soluzioni *tecniche* di modifica del meccanismo crittografico accettabili per risolvere la tensione sottesa al dibattito intorno alla crittografia end-to-end è ancora più evidente nel contesto di alcune controverse iniziative legislative in Europa, sia a livello UE che in UK. Nel 2018, infatti, la Commissione ha proposto un regolamento che stabilisce misure per prevenire e combattere gli abusi sessuali nei confronti dei minori⁶⁴. Senza entrare nel merito specifico della proposta di regolamento (c.d. "regolamento CSAM")⁶⁵, è sufficiente qui richiamare la previsione di obblighi per i fornitori di servizi di hosting e di comunicazione interpersonale di adottare tecnologie per accedere alle comunicazioni degli utenti e rilevare materiali relativi ad abusi sessuali di bambini noti e sconosciuti o l'adescamento di minori, a seguito della ricezione di ordini di rilevazione da parte delle autorità nazionali competenti⁶⁶.

Secondo l'EDPB e l'EDPS, queste misure infatti potrebbero comportare «una scansione di fatto generalizzata e indiscriminata dei contenuti praticamente di tutti i tipi di comunicazioni elettroniche di tutti gli utenti nell'UE»⁶⁷. Infatti, l'uso di strumenti per l'intercettazione e l'analisi delle comunicazioni è intrinsecamente incompatibile con la crittografia end-to-end. Sebbene la proposta non preveda un obbligo sistematico di intercettazione, la mera possibilità dell'emissione di ordini di rilevazione potrebbe influenzare le scelte tecniche dei fornitori, inducendoli a rinunciare a questi meccanismi crittografici per poter rispettare tali obblighi. Peraltro, l'EDPB e l'EDPS ricordano come le misure tecniche suggerite nella valutazione d'impatto che accompagna la proposta per eludere la crittografia end-to-end comporterebbero trattamenti indiscriminati e generalizzati di contenuti non (ancora) cifrati sui dispositivi degli utenti (scansione lato *client*) oppure sui server dei prestatori (scansione lato *server*)⁶⁸. In ragione dell'invasività delle misure mirate al contrasto di materiale pedopornografico sconosciuto e all'adescamento di minori, nonché della loro natura probabilistica (basata su tecniche automatizzate di IA) e quindi esposta a significativi tassi di falsi positivi, l'EDPB e il Garante europeo per la protezione dei dati personali considerano che tale ingerenza vada oltre quanto strettamente necessario e proporzionato⁶⁹.

È similmente controversa la sezione 121 della legge britannica sulla sicurezza online (*Online Safety Act*, OSA) del 2023. Questa disposizione conferisce ad Ofcom – l'autorità competente per l'applicazione dell'OSA – il potere di inviare un avviso ad un fornitore di «servizi regolamentati di comunicazione tra utenti» richiedendo l'uso di una «tecnologia accreditata» per identificare contenuti legati allo sfruttamento o abuso sessuale di minori, sia nelle comunicazioni pubbliche che private⁷⁰. In altre parole, i fornitori di servizi regolamentati, per essere conformi a tale disposizione, devono poter monitorare i messaggi privati scambiati attraverso le loro piattaforme. Dal momento che la legge non prevede alcuna eccezione né stabilisce delle garanzie in caso un fornitore di servizi di comunicazione regolamentato adotti una tecnologia di crittografia end-to-end, i fornitori si ritroverebbero nella condizione di dover (eventualmente) rimuovere tale meccanismo crittografico oppure eluderlo con sistemi di *scanning* a livello di dispositivo utente parimenti invasivi per adempiere agli obblighi imposti dalla normativa⁷¹.

Ancorché le misure di cui sopra non obblighino *esplicitamente*, come nel caso della legislazione russa visto nella sezione precedente, i prestatori di servizi di comunicazione a fornire mezzi per

⁶⁴ COMMISSIONE EUROPEA, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce norme per la prevenzione e la lotta contro l'abuso sessuale su minori, COM (2022) 209 final.

⁶⁵ Sul punto si veda *ex multis* NERONI REZENDE 2024.

⁶⁶ Art. 7 e 10, proposta di regolamento CSAM.

⁶⁷ EDPB-GEPD 2022, 20.

⁶⁸ EDPB-GEPD 2022, 28.

⁶⁹ EDPB-GEPD 2022, 23.

⁷⁰ Online Safety Act, §121(2)(a)(iii).

⁷¹ SHURSON 2024, 4. Vedi anche TRENGOVE et al. 2022.

la decrittazione di contenuti cifrati (anche e soprattutto con il meccanismo della crittografia end-to-end), né obblighino detti operatori economici a creare delle backdoors al fine di consentire alle autorità amministrative e di contrasto di esaminare contenuti potenzialmente illeciti, i prestatori, per rispettare gli ordini di rilevazione, si troverebbero comunque innanzi ad un bivio: volendo escludere la strada che porta alla creazione delle backdoor, la scelta sarà tra l'abbandono dell'utilizzo della crittografia end-to-end e l'adozione di tecnologie di scansione sui device degli utenti prima che i contenuti vengano crittografati end-to-end. Ed entrambe le opzioni minano alla radice la *ratio* ultima del meccanismo della crittografia end-to-end.

A tal proposito, la Corte EDU in *Podchasov*, pur limitando il ragionamento alla situazione in cui l'indebolimento della tecnologia in indagine è dovuta alla creazione di backdoors, applicando il principio di proporzionalità, considera non proporzionate misure che indeboliscano la crittografia end-to-end nella misura in cui abbiano la capacità di interessare tutti gli utilizzatori del dato servizio indiscriminatamente⁷². *Mutatis mutandis*, questo principio può essere applicato anche al caso degli ordini di rilevazione europei, i quali, pur non obbligando il *provider* a fornire chiavi di decrittazione o a rompere il meccanismo crittografico, renderebbero tecnicamente possibile un sistema di «sorveglianza di routine, generale e indiscriminata delle comunicazioni elettroniche personali»⁷³. Pertanto, è molto probabile che anche questi obblighi costituiscano una violazione dell'Articolo 8 CEDU e, nel contesto del diritto UE, dell'essenza dei diritti fondamentali ex Art. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il 20 giugno 2024, il Consiglio dell'UE avrebbe dovuto adottare la sua posizione sulla proposta regolamento CSAM. Tuttavia, il voto è stato rinviato dalla presidenza belga a causa delle forti pressioni contrarie di diversi paesi, tra cui Germania, Austria, Polonia, Paesi Bassi e Repubblica Ceca, che hanno ascoltato gli appelli degli esperti di privacy e sicurezza⁷⁴.

In questo contesto, alcuni commentatori hanno iniziato a domandarsi se nella sentenza della Corte EDU si nasconda un implicito riconoscimento ad un "diritto alla crittografia"⁷⁵. In questo senso, sarebbe possibile pensare ad un "diritto alla crittografia" come una particolareggiata del più ampio diritto alla "privacy", enucleato nell'Articolo 8 della CEDU e nell'Articolo 7 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE.⁷⁶ A tal proposito, Bygrave sottolinea che la cybersicurezza, da un punto di vista normativo, ha progressivamente trovato un radicamento nel quadro costituzionale dell'UE per quanto concerne la protezione dei diritti fondamentali (con riguardo alla dimensione della sicurezza dei dati personali), in particolare grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo⁷⁷. Con ciò, non si vuole suggerire che l'insieme delle tecnologie crittografiche debba vedersi riconosciuto *tout court* uno speciale status costituzionale, bensì che una restrizione generalizzata e indiscriminata di queste tecnologie sia passibile di violare l'essenza di determinati diritti (come ad esempio la privacy), come esplicitamente riconosciuto dalla Corte EDU nel caso *Podchasov*.

Invero, già da qualche tempo si riflette sull'opportunità di riconoscere un "diritto alla cybersicurezza"⁷⁸. L'emersione di un simile diritto impone alcune considerazioni politiche e giuridiche fondamentali: i) perché un simile diritto è necessario, soprattutto alla luce degli esistenti diritti fondamentali alla privacy e alla protezione dei dati personali? ii) fino a che punto è possibile considerare la cybersicurezza una mera trasposizione del concetto di sicurezza nella dimensione

⁷² *Podchasov c. Russia*, §77.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ GOUJARD 2024.

⁷⁵ SHURSON 2024; cfr. VAN DAALLEN 2023.

⁷⁶ Si veda DAVIES 2024.

⁷⁷ BYGRAVE 2024, 4-5.

⁷⁸ CERRINA FERONI, MORBIDELLI 2008; PAPAKONSTANTINO 2022; FRATTASI, POLLICINO, SCARPELLINI 2024. *Contra* vedi LONGO 2024, 322.

digitale? iii) quale dovrebbe essere il suo contenuto? La sua formulazione dovrebbe basarsi su un approccio “dichiarativo” – tradizionale dei diritti umani, o, piuttosto, prescrittivo mediante una precisa identificazione di obblighi positivi o negativi (od entrambi)? Quali dovrebbero essere i beneficiari di questo diritto e chi dovrebbe attuarlo?

In altra sede⁷⁹, ho cercato di rispondere a queste domande; ai fini del presente articolo, è importante richiamare alcuni aspetti inerenti, soprattutto, all’oggetto di questo diritto. Ho infatti sostenuto che un eventuale nuovo diritto fondamentale alla cybersicurezza dovrebbe prendere come modello la «Dichiarazione europea sui diritti e i principi generali per il decennio digitale» (da qui in avanti, “Dichiarazione”)⁸⁰. In particolare, il principio 16 afferma che

«Ogni persona dovrebbe avere accesso a tecnologie, prodotti e servizi digitali che siano sicuri e protetti e tutelino la vita privata fin dalla progettazione, traducendosi in un elevato livello di riservatezza, integrità, disponibilità e autenticità delle informazioni trattate».

La Dichiarazione elabora ulteriormente tale principio attraverso tre impegni politici, che dovrebbero guidare le istituzioni responsabili nell’attuazione di questo “principio alla cybersicurezza”:

«a) adottare ulteriori misure per promuovere la tracciabilità dei prodotti e assicurare che nel mercato unico digitale siano offerti solo prodotti sicuri e conformi alla legislazione dell’UE; b) proteggere gli interessi delle persone, delle imprese e delle istituzioni pubbliche dai rischi di cybersicurezza e dalla criminalità informatica [...], il che comprende requisiti di cybersicurezza per i prodotti connessi immessi sul mercato unico; c) contrastare coloro che cercano di compromettere, all’interno dell’UE, la sicurezza online e l’integrità dell’ambiente digitale o che promuovono la violenza e l’odio attraverso strumenti digitali, e chiamarli a rispondere delle loro azioni».

Un “diritto alla cybersicurezza”, come già sostenuto altrove⁸¹, dovrebbe essere volto a garantire solamente la dimensione della resilienza⁸², o robustezza⁸³, ricomprendendo ad esempio i principi della sicurezza *by design* e *by default*, cioè unicamente quegli aspetti della cybersicurezza che si pongono in un’ottica di complementarità – o in taluni casi di strumentalità – rispetto al godimento di altri beni fondamentali (es., il diritto alla riservatezza), e non quindi in un’ottica di conflitto, come nel caso di altre dimensioni della cybersicurezza (ad esempio, le fasi di rilevazione e risposta)⁸⁴.

Peraltro, se è vero che la cybersicurezza ha progressivamente visto riconoscersi uno speciale riconoscimento sul piano costituzionale per il tramite della tutela dei diritti alla privacy e alla protezione dei dati, come ricordato sopra, d’altra parte occorre anche riflettere sull’opportunità

⁷⁹ CHIARA 2024b.

⁸⁰ Dichiarazione comune del Parlamento europeo, Consiglio e Commissione europea, Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale, 2023/C 23/01. La Dichiarazione non è giuridicamente vincolante per gli Stati membri o per gli attori privati, né stabilisce alcun nuovo diritto che possa essere esercitato dai cittadini dell’Unione, e neanche influisce sul contenuto delle norme giuridiche rilevanti o sulla loro applicazione. Si veda sul punto, PAKONSTANTINO, DE HERT 2024, 121. Allo stesso tempo, come osservato da Cocito e De Hert, la Dichiarazione dimostra la volontà dei responsabili politici dell’UE di partecipare alla conversazione su nuovi diritti digitali: si veda COCITO, DE HERT 2023. Inoltre, secondo DE GREGORIO 2022, «it cannot be excluded that courts, particularly the European Court of Justice, will refer to this instrument as a creative source of constitutional interpretation of the Charter, also considering the judicial activism shown by the CJEU in these years».

⁸¹ CHIARA 2024b.

⁸² Per un quadro analitico del concetto di “resilienza” nel contesto del diritto europeo della cybersicurezza si veda: BYGRAVE 2022; cfr. CHIARA, BRIGHI 2024.

⁸³ TADDEO 2019, 350.

⁸⁴ PORCEDDA 2023.

di mantenere questo legame, soprattutto se analizzassimo taluni risvolti operativi sul piano del c.d. diritto secondario. Infatti, il diritto europeo alla protezione dei dati personali⁸⁵ non qualifica giuridicamente le violazioni di cybersicurezza *per se*. Le violazioni di sicurezza acquistano valore giuridico nel Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) nella misura in cui comportano «la distruzione, la perdita, l'alterazione, la divulgazione non autorizzata o l'accesso ai dati personali trasmessi, conservati o altrimenti trattati»⁸⁶. Tuttavia, una violazione di misure tecniche ed organizzative⁸⁷ di cybersicurezza può causare danni alle persone fisiche, anche gravi (si pensi ad esempio ad ingenti danni materiali in termini di perdite finanziarie o immateriali in termini di ansia e disagio psicologico), senza il coinvolgimento di dati personali nell'incidente o nell'attacco. Se però la violazione di sicurezza non è qualificabile come violazione di dati personali, tali danni non costituiscono una violazione del diritto alla protezione dei dati personali.

Un nuovo diritto fondamentale alla cybersicurezza colmerebbe questa lacuna unificando un quadro normativo finora incompleto, tutelando una legittima aspettativa degli individui di godere di una “vita digitale sicura”. In tal senso, il riconoscimento di “un diritto”, o “diritti di cybersicurezza” non potrebbe prescindere da un percorso di emancipazione dai diritti alla privacy e alla protezione dei dati personali. Un nuovo diritto fondamentale alla cybersicurezza, che riconosca un'autonoma posizione di garanzia per la persona costituita da diversi diritti, quali un diritto di accesso a tecnologie (reti, servizi informativi, prodotti, processi informatici) sicure ed un diritto alla crittografia, troverebbe già una sua attuazione nel quadro normativo di matrice euro unitaria sviluppatosi negli ultimi anni. In questa direzione, l'espressione legislativa del principio di assicurare un accesso a tecnologie sicure trova spazio, per quanto concerne i prodotti con elementi digitali (sia hardware che software) nel Regolamento UE 2024/2847 (c.d. Cyber Resilience Act)⁸⁸ e, per quanto riguarda i servizi, nella direttiva UE 2022/2555 (c.d. Direttiva NIS2).⁸⁹

5. Conclusioni

L'evoluzione della cybersicurezza da questione prevalentemente tecnica a problema strategico, sociale, politico e giuridico, il cui governo non interessa solo gli attori statali – prerogativa tradizionale nella dimensione “analogica” – ma anche attori privati, che detengono parti considerevoli dell'infrastruttura tecnica su cui si basa la società digitale, sottolinea la sua crescente centralità nel dibattito giuridico. La sentenza *Podchasov v Russia* della Corte EDU evidenzia chiaramente il ruolo cruciale di alcune tecnologie di cybersicurezza, come la crittografia end-to-end, nella tutela di alcuni diritti umani quali il rispetto alla vita privata, alla corrispondenza e la libertà di espressione. Questo articolo ha sostenuto come tale sentenza legittimi una lettura “possibilista” per un riconoscimento autonomo, sul piano dei diritti fondamentali, slegato quindi dal pur “vicino”

⁸⁵ Art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e art. 16 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ed attuato dal Regolamento generale sulla protezione dei dati personali, c.d. GDPR (Regolamento (UE) 2016/679).

⁸⁶ Art. 4 (12), Regolamento (UE) 2016/679.

⁸⁷ Articolo 32, Regolamento (UE) 2016/679. Si vedano le Conclusioni dell'avvocato generale G. Pitruzzella, presentate il 27 aprile 2023 (ECLI:EU:C:2023:353), nella causa della Corte di Giustizia dell'UE C-340/21, *VB contro Natsionalna agentsia za prihodite*: «la mera esistenza di una “violazione dei dati personali”, come definita all'articolo 4, paragrafo 12, non sia di per sé sufficiente per concludere che le misure tecniche e organizzative attuate dal titolare del trattamento non erano “adeguate” a garantire la protezione dei dati in questione» [para. 84].

⁸⁸ Regolamento (UE) 2024/2847 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2024, relativo a requisiti orizzontali di cybersicurezza per i prodotti con elementi digitali e che modifica i regolamenti (UE) n. 168/2013 e (UE) 2019/1020 e la direttiva (UE) 2020/1828 (regolamento sulla cyber-resilienza).

⁸⁹ Direttiva (UE) 2022/2555 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 relativa a misure per un livello comune elevato di cybersicurezza nell'Unione, recante modifica del regolamento (UE) n. 910/2014 e della direttiva (UE) 2018/1972 e che abroga la direttiva (UE) 2016/1148 (direttiva NIS 2), recepita in Italia con il decreto legislativo 4 settembre 2024, n. 138.

diritto alla privacy (e alla protezione dei dati, nel contesto del diritto dell'Unione europea), della cybersicurezza.

La strada che porta all'emersione di un "diritto alla cybersicurezza" nell'UE, che racchiuda diversi "diritti di cybersicurezza", è lastricata di ostacoli, di natura sia politica che giuridica, ancorché il diritto secondario dell'UE in materia di cybersicurezza adottato recentemente ponga già una solida base per la sua implementazione. In tal senso, la traiettoria che potrebbe seguire questo diritto sarebbe simile a quella percorsa dal diritto fondamentale alla protezione dei dati personali: introdotto nel diritto primario dell'Unione successivamente all'adozione della direttiva sulla protezione dei dati personali del 1995, quest'ultima è stata interpretata retroattivamente dalla Corte di Giustizia dell'UE alla luce del nuovo diritto di cui all'Art. 8 della Carta di Nizza e all'Art. 16 del TFUE⁹⁰. In questo senso, il riconoscimento di nuovi "diritti di cybersicurezza" rappresenta non solo una risposta alle sfide attuali, ma anche una necessaria transizione verso una società digitale più resiliente e rispettosa delle libertà fondamentali.

⁹⁰ GONZALEZ FUSTER, GELLERT 2012, 78; VAN DER SLOOT 2017, 11. Cfr. CGUE Caso C-543/09, *Deutsche Telekom AG c. Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2011:279 §50.

Riferimenti bibliografici

- BROOKS R.R. 2014. *Introduction to Computer and Network Security: Navigating Shades of Gray*, CRC Press.
- BRUNI A. 2019. *Promoting Coherence in the EU Cybersecurity Strategy*, in VEDDER A, SCHROERS J., DUCUING C., VALCKE P. (eds.), *Security and Law*, Intersentia, 253 ss.
- BUTTARELLI G. 2016. *Encryption protects security and privacy*, Keynote speech at Assemblée nationale française, 21 novembre 2016.
- BYGRAVE L.A. 2024. *The emergence of EU cybersecurity law: A tale of lemons, angst, turf, surf and grey boxes*, in «Computer Law & Security Review», 56, 2024, 1 ss.
- BYGRAVE L.A. 2022. *Cyber Resilience versus Cybersecurity as Legal Aspiration*, in JANČÁRKOVÁ T. et al. (eds.), *14th International Conference on Cyber Conflict, CYCON, NATO – CCDCOE*.
- CERRINA FERONI G., MORBIDELLI G. 2008. *La sicurezza: un valore superprimario*, in «Percorsi costituzionali», 1, 2008, 31 ss.
- CHIARA P.G. 2024a. *Statutory Requirements for Communications Service Providers to Decrypt Online Communications Impair the Essence of Article 8 ECHR*, in «European Data Protection Law Review», 10, 2024, 312 ss.
- CHIARA P.G. 2024b. *Towards a Right to Cybersecurity in EU Law? The Challenges Ahead*, in «Computer Law & Security Review», 53, 2023, 1 ss.
- CHIARA P.G., BRIGHI R. 2024. *La dimensione della “resilienza” nel diritto UE della cybersicurezza*, in «Ragion Pratica», 63, 2024, 405 ss.
- COCITO C., DE HERT P. 2023. *The Transformative Nature of the EU Declaration on Digital Rights and Principles: Replacing the Old Paradigm (Normative Equivalency of Rights)*, in «Computer Law & Security Review», 50, 2023, 1 ss.
- COLE M., VANDENDRIESSCHE A. 2016. *From Digital Rights Ireland and Schrems in Luxembourg to Zakharov and Szabo/Vissy in Strasbourg: What the ECtHR Made of the Deep Pass by the CJEU in the Recent Cases on Mass Surveillance*, in «European Data Protection Law Review», 2, 2016, 121 ss.
- COMMISSIONE EUROPEA 2001. *Sicurezza delle reti e sicurezza dell'informazione: proposta di un approccio strategico europeo*, COM(2001) 298 definitivo.
- COMMISSIONE EUROPEA, ALTO RAPPRESENTANTE DELL'UNIONE PER GLI AFFARI ESTERI E LA POLITICA DI SICUREZZA 2013. *Strategia dell'Unione europea per la cybersicurezza: un ciber spazio aperto e sicuro*, JOIN(2013) 1 definitivo.
- COMMISSIONE EUROPEA, ALTO RAPPRESENTANTE DELL'UNIONE PER GLI AFFARI ESTERI E LA POLITICA DI SICUREZZA 2017. *Resilienza, deterrenza e difesa: verso una cybersicurezza forte per l'UE*, JOIN(2017) 450 definitivo.
- COMMISSIONE EUROPEA, ALTO RAPPRESENTANTE DELL'UNIONE PER GLI AFFARI ESTERI E LA POLITICA DI SICUREZZA 2020. *La strategia dell'UE in materia di cybersicurezza per il decennio digitale*, JOIN(2020) 18 definitivo.
- CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA 2020. *La sicurezza attraverso la crittografia e nonostante la crittografia*, 12863/20.
- DANG Q. 2012. *Recommendation for Applications Using Approved Hash Algorithms*, in NIST Special Publication 800-107.
- DAVIES P. A. E. 2024. *A Right to Encryption in the European Union's Charter of Fundamental Rights*, in «Columbia Journal of European Law», 30, 2024, 52 ss.
- DE GREGORIO G. 2022. *The Declaration on European Digital Rights and Principles: A First Analysis*

- from *Digital Constitutionalism*, in «The Digital Constitutionalist», 2 febbraio 2022, disponibile in: <https://digi-con.org/the-declaration-on-european-digital-rights-and-principles-a-first-analysis-from-digital-constitutionalism/> (consultato il 24 novembre 2024).
- EDPB-GEPD 2022. *Parere congiunto n. 4/2022 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce norme per la prevenzione e la lotta contro l'abuso sessuale su minori*, disponibile in: https://www.edpb.europa.eu/system/files/2022-07/edpb_edps_jointopinion_202204_csam_en_o.pdf (consultato il 18 novembre 2024).
- EDPB 2021. *Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data*.
- EDPS, AEPD 2019. *Introduction to the Hash Function as a Personal Data Pseudonymisation Technique*.
- ENISA, EUROPOL 2016. *On lawful criminal investigation that respects 21st Century data protection. Europol and ENISA Joint Statement*, disponibile in: <https://www.enisa.europa.eu/publications/enisa-position-papers-and-opinions/on-lawful-criminal-investigation-that-respects-21st-century-data-protection> (consultato il 16 novembre 2024).
- ENISA 2024. *Threat Landscape 2024*, disponibile in: <https://www.enisa.europa.eu/publications/enisa-threat-landscape-2024> (consultato il 29 ottobre 2024).
- ERMOSHINA K. et al. 2016. *End-to-End Encrypted Messaging Protocols: An Overview*, in BAGNOLI F. et al. (eds.), *INSCI 2016, LNCS 9934*, Springer International Publishing, 244 ss.
- FLORIDI L. 2018. *Soft ethics, the governance of the digital and the General Data Protection Regulation*, in «Philosophical Transactions of the Royal Society A», 376, 2018, 1 ss.
- FRATTASI B., POLLICINO O., SCARPELLINI F. 2024. *La cybersecurity è strategica per i diritti del cittadino e per la difesa del Paese: il ruolo dell'Agenzia per la cybersecurity*, in «Il Sole 24 Ore», 22 novembre 2024.
- GONZALEZ FUSTER G., GELLERT R. 2012. *The Fundamental Right of Data Protection in the European Union: In Search of an Uncharted Right*, in «International Review of Law, Computers and Technology», 26, 2012, 73 ss.
- GOUJARD C. 2024, *EU cancels vote on child sexual abuse law amid encryption concerns*, in *Politico*, 20 giugno 2024, disponibile in: <https://www.politico.eu/article/eu-council-cancels-vote-on-encryption-breaking-child-sexual-abuse-law> (consultato il 19 novembre 2024).
- GUIHOT M. 2019. *Coherence in technology law*, in «Law, Innovation and Technology», 11, 2019, 311 ss.
- HILDEBRANDT M. 2019. *Digital security and human rights: A plea for counter-infringement measures*, in SUSI M. (eds.), *Human Rights, Digital Society and the Law*, Routledge, 259 ss.
- HOFFMAN L.J. 1995. *Building in Big Brother. The Cryptographic Policy Debate*, Springer.
- JANSEN R. 2022. *Flaws in Legal Safeguards and Oversight Procedures Around Secret Surveillance in Bulgaria*, in «European Data Protection Law Review», 8, 2022, 137 ss.
- KERR O. 2024. *The Digital Fourth Amendment: Privacy and Policing in Our Online World*, Oxford University Press.
- KOOPS B.-J. 1999. *The Crypto Controversy – A Key Conflict in the Information Society*, Kluwer Law International.
- KOOPS B.-J., KOSTA E. 2018. *Looking for some light through the lens of “cryptowar” history: Policy options for law enforcement authorities against “going dark*, in «Computer Law & Security Review», 34, 2018, 1 ss.
- LIAROPOULOS A. 2016. *Exploring the Complexity of Cyberspace Governance: State Sovereignty, Multi-Stakeholderism, and Power Politics*, in «Journal of Information Warfare», 15, 2016, 14 ss.
- LONGO E. 2024. *Il diritto costituzionale e la cybersecurity. Analisi di un volto nuovo del potere*, in

- «Rassegna Parlamentare», 2, 2024, 313 ss.
- NERONI REZENDE I. 2024. *The Proposed Regulation to Fight Online Child Sexual Abuse: An Appraisal of Privacy, Data Protection and Criminal Justice Issues*, in «International Review of Law, Computers & Technology», 38, 2024, 369 ss.
- PAPAKONSTANTINO V. 2022. *Cybersecurity as Praxis and as a State: The EU Law Path Towards Acknowledgement of a New Right to Cybersecurity?*, in «Computer Law & Security Review», 44, 2022, 1 ss.
- PAPAKONSTANTINO V., DE HERT P. 2024. *The Regulation of Digital Technologies in the EU: Act-ification, GDPR Mimesis and EU Law Brutality at Play*, Routledge.
- PORCEDDA M.G. 2023. *Cybersecurity, Privacy and Data Protection in EU Law: Law, Policy and Technology Analysis*, Hart Studies in Information Law and Regulation (serie), Bloomsbury Publishing.
- PRENEEL B. 2010. *The First 30 Years of Cryptographic Hash Functions and the NIST SHA-3 Competition*, in «CT-RSA 2010: Topics in Cryptology», Springer.
- PRIVACY INTERNATIONAL 2022. *Securing Privacy: Privacy International on End-to-End Encryption*, report disponibile in: <https://privacyinternational.org/sites/default/files/2022-09/SECURING%20PRIVACY%20-%20PI%2000n%20End-to-End%20Encryption.pdf> (consultato il 10 novembre 2024).
- SCARFONE K. et al. 2017. *Guide to Storage Encryption Technologies for End User Devices*, in NIST Special Publication 800-111.
- SCHNEIER B. 1995. *Applied Cryptography: Protocols, Algorithms, and Source Code in C*, Wiley.
- SHURSON J. 2024. *A European right to end-to-end encryption?*, in «Computer Law & Security Review», 55, 2024, 1 ss.
- STALLINGS W., BROWN L. 2018. *Computer Security: Principles and Practice*, Pearson.
- TADDEO M. 2019. *Is cybersecurity a public good?*, in «Minds and Machines», 29, 2019, 349 ss.
- TRENGOVE M. et al. 2022. *A critical review of the Online Safety Bill*, in «Patterns», 3, 2022, 1 ss.
- VAN DAALLEN O. 2023. *The right to encryption: Privacy as preventing unlawful access*, in «Computer Law & Security Review», 49, 2023, 1 ss.
- VAN DER SLOOT B. 2017. *Legal Fundamentalism: Is Data Protection Really a Fundamental Right?*, in LEENES R. et al. (eds.), *Data protection and privacy: (in)visibilities and infrastructures*, Springer.
- VAN 'T SCHIP M., BORGESIU F.Z. 2024. *Podchasov v. Russia: the European Court of Human Rights emphasizes the importance of encryption*, in «EU Law Analysis» (online blog), disponibile in: <https://eulawanalysis.blogspot.com/2024/04/podchasov-v-russia-european-court-of.html> (consultato il 10 novembre 2024).
- VERHEUL E. et al. 2016. *Polymorphic Encryption and Pseudonymisation for Personalised Healthcare*, Whitepaper, Institute for Computing and Information Sciences Radboud University Nijmegen, The Netherlands, disponibile in: <https://eprint.iacr.org/2016/411.pdf> (consultato il 5 novembre 2024).
- WIEWIÓROWSKI W. 2020. *The Future of Encryption in the EU*, ISOC 2020 Webinar Keynote Speech.
- WIEWIÓROWSKI W. 2023. *Cybersecurity and Data Protection: a necessary and powerful duo*, 28 settembre 2023, disponibile in: https://www.edps.europa.eu/press-publications/press-news/blog/cybersecurity-and-data-protection-necessary-and-powerful-duo_en (consultato il 22 novembre 2024).
- ZICCARDI G. 2003. *Crittografia e diritto*, Giappichelli.

STUDI

Lo spazio della felicità e il diritto alla casa: la rilevanza pubblica di una dimensione privata

The Space of Happiness and the Right to Housing:
The Public Relevance of a Private Issue

PAOLA CHIARELLA

Professoressa Associata di Filosofia del diritto, Università Magna Graecia di Catanzaro.

E-mail: paola.chiarella@unicz.it

ABSTRACT

«Come sarei felice se fossi felice», ironizzava Woody Allen per esprimere la difficoltà nel definire la propria felicità. Dalla prospettiva di un approccio giuridico le incertezze definitorie si riducono, se si considera che i diritti fondamentali sono strumenti normativi che, nell'assicurare la dignità umana, promuovono anche le condizioni di una vita felice. La disponibilità di uno spazio abitativo adeguato alle esigenze della persona e della sua vita di relazione è, da questo punto di vista, una premessa fondamentale. Il diritto all'abitazione, a lungo trascurato per i suoi eccedenti profili privatistici, assicura le precondizioni della scrittura di una storia personale e familiare che sappia di felicità.

«How happy I would be if I were happy», Woody Allen joked to express the difficulty of defining one's own happiness. From the perspective of a legal approach, the uncertainties of definition can be reduced if we consider that fundamental rights are legal instruments that, by guaranteeing human dignity, also promote the conditions for a happy life. From this point of view, the availability of a dwelling adequate to the needs of the person and his or her relational life is a fundamental condition. The right to housing, long neglected because of its excessively private aspects, guarantees the conditions for writing a personal and family history that tastes of happiness.

KEYWORDS

felicità, diritto alla casa, solidarietà, diritti sociali, privacy

happines, right to housing, solidarity, social rights, privacy

Lo spazio della felicità e il diritto alla casa: la rilevanza pubblica di una dimensione privata

PAOLA CHIARELLA

1. *La misura della felicità: il metro quadrato* – 2. *La responsabilità della felicità: la questione sociale* – 3. *Il diritto alla casa: il paradosso della botte vuota* – 4. *Una questione privata? Il diritto a non essere lasciati/e soli/e*.

«E ai piedi del mare vedo le case del genere umano pi-
giate, naufragate nella loro falsa fraternità».

(I. Calvino, *Ultimo viene il corvo*, Milano 2023, p. 73).

1. *La misura della felicità: il metro quadrato*

Ben oltre la retorica per cui «i soldi non danno la felicità», è noto a tutti come siano, a volte, proprio le piccole gioie a concederci quelle beatitudini che, come scrive Françoise Héritier, sono il *sale della vita*. Si tratta di «piccoli fremiti suscitati nell'intimo dai piaceri più minuscoli» e che sono indispensabili per proteggere il «gusto della vita»¹. Uno sguardo d'intesa, una gentilezza inaspettata, un oggetto smarrito e ritrovato, l'abbonamento alla rivista preferita, la sorpresa di un sapore sconosciuto, essere stati d'aiuto a qualcuno o un cielo screziato da riflessi cremisi, possono conferire ai nostri giorni scintille di soddisfazione emotiva. Poiché intensamente soggettivi, i criteri personali che procurano felicità non si assumono come fattori universali di un calcolo matematico, sicché l'inventario delle gioie può essere ricco e variegato. Ciò che, in ogni caso, contraddistingue questi momenti è la loro «completezza»: non «sentiamo la mancanza di nulla e la nostra soddisfazione è totale»². Si tratta, tuttavia, di appagamenti che vivono di istanti e sono perciò intermittenti e dipendenti dalle sensazioni che ricaviamo dai fattori che procurano piacere.

L'appagamento delle piccole gioie, osserva Robert Nozick, può essere impiegato come criterio di misura del primo dei tre sentimenti di felicità che ci è dato di sperimentare: essere felici «per questa o quella cosa», mentre poi, a un livello più ampio, vi è la sensazione che la nostra vita vada per il meglio e che nel complesso essa sia soddisfacente³. In base al primo sentimento, ciascuno compie una valutazione, sia pure approssimativa, dei momenti di felicità senza temere il biasimo che gli procura ciò che predilige. Se la consegna del pacco tanto atteso suscita in me una gioia di infantile memoria, che altri ricavano da fattori estranei ai miei gusti, un certo grado di consenso si può, invece, raggiungere sull'infelicità dovuta ad alcune mancanze materiali che riguardano la sensazione che la vita non vada proprio per il meglio e che, nel complesso, essa non sia soddisfacente. La felicità, al secondo e al terzo livello, è compresa perciò nella sua «globalità e lungo una certa durata» in ragione del successo delle nostre aspirazioni, dell'equilibrio di sentimenti ed emozioni e della soddisfazione negli ambiti che reputiamo cruciali per il nostro benessere⁴.

All'origine di noti racconti che ripercorrono storie di infelicità personale e collettiva nella grande letteratura mondiale, vi è la perdita, la mancanza o l'inadeguatezza di un'abitazione: persa la casa del nespolo, «dei Malavoglia adesso non ne vogliono nemmeno i cani»⁵; così, *Furore* di Steinbeck racconta la sciagura della famiglia Joad che, per racimolare qualche soldo, vende «un

¹ HÉRITIER 2012, 15.

² NOZICK 2004, 112.

³ NOZICK 2004, III-112.

⁴ LENOIR 2021, 29-30.

⁵ VERGA 2020 [1881], 137.

pacco di amarezza» quando è costretta ad abbandonare terra e casa e a mettersi in fuga verso la California: «morta la casa, morti i campi», la «gente non è più viva [...], non è più intera se l'ammucchi in una macchina e la mandi da sola chissà dove»⁶. Il camion diventa il “nuovo focolare” in cui si sintetizza, in un incastro di equilibri acrobatici, lo spazio dello stretto necessario. Le donne, «sedute in mezzo alle cose spacciate»⁷, costrette a lasciare bruciare nei ricordi, hanno occhi arrossati dall'infelicità di una vita che va a rotoli. Così, l'infelicità della famiglia di Frank McCourt nel racconto autobiografico *Le ceneri di Angela* trasuda dalle pareti sudice di dimore precarie che attentano alla salute dei loro inquilini. E ancora, «senza un soldo a Parigi e a Londra», George Orwell racconta la miseria dei bassifondi delle capitali europee non dissimile dalla degradazione economica del “popolo dell'abisso” londinese, documentata (anche fotograficamente) da Jack London⁸. Tutte storie con contesti e sviluppi diversificati, accomunate, tuttavia, da un disagio abitativo il cui squallore spaziale mortifica la felicità.

I riferimenti appena citati vogliono essere soltanto un pretesto letterario per domandarci quale sia l'incidenza della “giustizia spaziale” sulla felicità personale, il che evidentemente implica la questione di una correlata responsabilità individuale e/o sociale. È allora implicito anche ragionare sulla quantità e qualità dello spazio che ciascuno dovrebbe disporre, se si pensa al concetto di “adeguatezza” dell'abitazione che immancabilmente si ritrova nelle carte nazionali e internazionali dei diritti.

Si ascende, perciò, a un livello filosofico normativo che invoca una moltitudine di paradigmi antichi e moderni sulla ricerca della felicità, sulla solidarietà, sull'interesse personale e sul bene comune, portando al centro del dibattito il diritto fondamentale alla casa e alcune “verità domestiche” da cui la felicità fugge come da *La casa in fiamme* di Chagall.

2. La responsabilità della felicità: la questione sociale

«Cedri canditi e pistacchi» deliziano il palato di Candido al termine di un viaggio per lo più filosofico nei posti più crudeli della terra a cui è costretto una volta scacciato a pedate dal castello di Thunder-ten-Tronckh⁹. Il sapore dolce della vita si apprezza dopo aver ingerito o proprio per aver ingerito molti bocconi amari¹⁰. Quelli di Candido sono procurati dal subire e constatare l'epidemia del male, ovvero la dilagante sofferenza cagionata dalla natura e dagli uomini nella più ostinata indifferenza morale. Sicché è difficile sperare nella felicità, quando tra «dolori segreti e miserie pubbliche», essa è assediata da fattori che sfuggono al controllo di colui che la persegue.

Eppure, in questa «cosa assai pazza e abominevole» che è il mondo¹¹, “esiste il bene”¹² che si può conquistare con la soluzione minimalista del «coltivare il nostro giardino»¹³, quale possibilità d'essere felici, talvolta, nonostante tutto e a condizione che ciascuno “ci lavori sopra”¹⁴. Da ciò si prospetta, neppure tanto velatamente dalla lettura di Voltaire, una certa dose di responsabilità

⁶ STEINBECK 2017 [1939], 73, 124, 141,.

⁷ STEINBECK 2017 [1939], 125.

⁸ ORWELL 2018 [1933]; LONDON 2021 [1903].

⁹ In Westfalia, regione gravida di simbolismo irenico, il castello di Thunder-ten-tronckh è “il paradiso terrestre” da cui Candido è scacciato perché sorpreso ad amoreggiare con la cugina Cunegonda. Da allora «tutto fu sconvolto nel più bello e più piacevole dei castelli possibili». VOLTAIRE 2013 [1759], 37.

¹⁰ È anche vero che alcune tragiche sofferenze compromettono per sempre la possibilità di essere felici e si palesano come perdita della facoltà di essere felici. Si veda sul punto NUSSBAUM 2004 [1986].

¹¹ VOLTAIRE 2013 [1759], 100, 88.

¹² VOLTAIRE 2013 [1759], 88.

¹³ VOLTAIRE 2013 [1759], 125

¹⁴ Col lavoro si allontanano tre grandi mali: la noia, il vizio, il bisogno, VOLTAIRE 2013 [1759], 124-125. Lavoro qui inteso, anche in senso figurato, come attitudine alla ricerca e all'azione di ciò che può risultare giovevole.

individuale che richiede autocomprensione e azione, individuazione del bene e strategie di conseguimento.

Nella consapevolezza del carattere aleatorio della felicità, di cui il pensiero greco dell'antichità non fa mistero, soprattutto tra i poeti, la filosofia a partire da Socrate ha cercato di educare a quella parte di responsabilità individuale nel quadro strategico di una vita non superficiale. Perciò, la saggezza di cui essa va in cerca è, nel suo nucleo più coriaceo, ricerca di ciò che «attraverso discorsi e ragionamenti, ci rende la vita felice»¹⁵. La filosofia insegna, infatti, a pensare bene per cercare di vivere meglio, nonostante la lotteria del destino che distribuisce «opportunità di felicità» senza il parere degli uomini e da cui discende una necessità priva di intelligenza che può rivelarsi, a conti fatti, ingiusta o, addirittura, cattiva.

Ma la *tyche*, temibile perché incontrollabile, può per lo meno essere arginata dalla filosofia morale, dalla filosofia politica e del diritto che prospettano una vera e propria «arte del vivere» contro i rovesci della fortuna nel preparare, ciascuna in formule diverse, il *pharmakon* della felicità privata e pubblica. Quanto alla prima, autocontrollo, autosufficienza, vivere secondo virtù o natura, piacere, adempimento dei doveri, sospensione del giudizio e vita contemplativa sono alcune tra le più note miscele della cultura classica per un modello di «individualità resistente» per cui la felicità è uno stato di rifugio interiore che prescinde dalla particolarità del contesto¹⁶. Mentre la filosofia cristiana, per recuperare la gioia del paradiso perduto, provvede con la conversione, l'ascesi e la beatitudine all'elaborazione complessa e ambiziosa di garanzie di controllo sul destino dell'uomo (dilatato nell'eternità e a rischio di dannazione)¹⁷. Si affida, invece, a calcoli ora scientifici, ma anche morali, la filosofia dell'età moderna che vagheggia l'accesso al «giardino delle delizie» sulla scorta di una nuova antropologia che «prende l'uomo per quello che è»¹⁸. Si recupera, in tal modo, il senso della sua unicità, con l'effetto espansivo di prefigurare la rivendicazione di specifici diritti che dischiudono alla dimensione pubblica nella definizione della quota di responsabilità sociale e istituzionale della felicità¹⁹.

Dallo spazio della *psiche*, che pertiene all'indagine della filosofia morale sui «doveri dell'uomo verso se stesso» al fine della propria felicità, e dal presupposto liberale dell'autonomia del soggetto circa la definizione del proprio bene²⁰, occorre transitare nello spazio pubblico della *polis*²¹ che soltanto a partire dall'età moderna²², salvo qualche embrionale anticipazione, configura spe-

¹⁵ LENOIR 2021, 12. Tra le molte citazioni, vale la pena ricordare la riflessione di Marco Aurelio nei *Pensieri* (2.17): «Che cos'è dunque che può farci da guida? Unica cosa, una sola: la filosofia. Essa consiste nel serbare il demone che è in noi esente da ogni offesa e danno».

¹⁶ DE LUISE, FARINETTI 2001, 20; MCMAHON 2006. Per una disamina delle concezioni filosofiche dell'antichità da Socrate a Plotino si veda ancora DE LUISE, FARINETTI 2001, 5-156. In argomento si veda altresì ZANETTI 2000, 81 ss.

¹⁷ DE LUISE, FARINETTI 2001, 159-182.

¹⁸ Si pensi alla rivalutazione delle passioni che diventano motivazione e guida dell'azione dai caratteri non più diabolici, ma verità oggettive della natura umana non più bisognosa di coprire la vergogna. Con la sincerità simile alla raffigurazione dell'uomo vitruviano, la filosofia punta a trovare l'armonia dell'architettura individuale inscritta in quella sociale. Tra tutti, in particolare si ricordino *Le passioni dell'anima* (1649) di Cartesio, *l'Etica* (1677) di Spinoza, *Una dissertazione sulle passioni umane* (1757) di Hume. Il tema, ancora oggi fecondo, è alla base di importanti riflessioni contemporanee. Si veda VEGETTI FINZI 2000; BODEI 2017; NUSSBAUM 2009; NUSSBAUM 2014; NUSSBAUM 2017; PULCINI, 2020.

¹⁹ La filosofia moderna si affida al rigore scientifico nella determinazione delle sue conclusioni e prospetta lineamenti sia materialisti (ravvisabili tra gli altri e in forme diverse in Hobbes, Locke, Gassendi, Mandeville, Helvétius, d'Holbach, Diderot, Bentham), che morali (ravvisabili con le rispettive differenze in Cartesio, Pascal, Leibniz, Spinoza, Cumberland, Pufendorf, Kant, Shaftesbury, Hutcheson, Rousseau, Smith, Sidgwick, Mill). Si veda in argomento TRAMPUS 2015, 78-192; DE LUISE, FARINETTI 2001, 155-356; TEN DOMÉNECH 2024.

²⁰ Si consideri l'ampio dibattito scaturito dalla pubblicazione di *A Theory of Justice* di John Rawls che, come dal titolo del libro di Ackerman (che in quel dibattito si inserisce insieme a Dworkin, Nozick, Sandel e Walzer, Nussbaum, Sen), affronta il tema della giustizia sociale nella cornice dello Stato liberale. RAWLS 1971. Per un'indagine sulla felicità dalla prospettiva del perfezionismo si veda ZANETTI 1998.

²¹ Si veda VECA 2000; BODEI, PIZZOLATO 1997.

²² Si veda FACCHI 2007, 21-42; BARBERIS 2008, 121-153. Per un esempio degli interventi pubblici a favore delle fasce

cifici doveri istituzionali funzionali, sia pure non *expressis verbis*, alla felicità. Si dispiega, perciò, uno spazio temporalmente fecondo in cui si avvista all'orizzonte normativo il concetto di diritto soggettivo che l'individuo, ora riconosciuto al di fuori di logiche particolari di appartenenza, può rivendicare verso terzi e soprattutto verso la nuova entità politica dello Stato, temibile come la *tyche*, incumbente e incontrollabile. Perciò, come strategia di vigilanza del destino pubblico degli individui, le teorie giusnaturalistiche rinvencono nell'accordo e nel patto dei singoli individui lo strumento limitativo dell'autorità a cui si conferisce il monopolio del diritto e dell'uso legittimo della forza, da cui dipendono inequivocabilmente la qualità della vita di ciascuno e la prosperità del contesto economico e sociale.

Lo Stato, dagli spiccati caratteri moderni dell'artificialità, conserva, tuttavia, rispetto alla concezione classica la convinzione "eulogica" del suo configurarsi come regno della ragione che permette non soltanto di vivere, ma di vivere bene²³. Assediato, ad esempio, dal terrore della morte violenta, Hobbes rimedia il *pharmakon* non più nella lontananza dalla politica, ma nella contribuzione alla creazione dell'ordine garante dell'integrità fisica e, ancor prima, psichica della tranquillità d'animo, che per Epicuro è, ad esempio, il principio attivo della felicità. Per autoconservazione o salute, precisa Hobbes, «non si deve intendere soltanto la conservazione della vita, a qualsiasi condizione; ma una vita per quanto possibile felice»²⁴. La ragione, nel risvolto "pubblico", è così lo strumento strategico per individuare i mezzi più adeguati a raggiungere gli scopi reputati salutari alla felicità e che i desideri sregolati, in questa «fenomenologia materialistica dell'inquietudine», potrebbero vanificare²⁵.

Da qui, si diparte, come è noto, un processo di sintesi metabolica di ciò che è proprio dell'individuo (la libertà, l'uguaglianza, la solidarietà) e un percorso di successiva "ascesi" acquisitiva dei diritti umani (civili, politici e sociali) e dei corrispettivi doveri pubblici che, pur nella eterogeneità di fini e ideologie rimandano, in ogni caso, alle radici di questa lettura dell'umanità per cui l'individuo diventa un sistema di autoriferimento e centro strategico della ricerca della felicità pubblica. Con la spinta motrice dei concetti di "resistenza" e "trasformazione sociale" i diritti umani si includono nell'inventario delle "cose desiderabili", quali «fini meritevoli di essere perseguiti»²⁶.

Ma poiché i diritti appartengono all'ordine delle cose da riconoscere e distribuire, la «lotta per i diritti» ha seguito le direttrici più complesse e più lente dell'*universalizzazione* e della *moltiplicazione per specificazione* proprio con riferimento alla categoria dei diritti sociali, afflitta *ab origine* da un'incomprensione o addirittura avversione, ancora oggi, talora latente talaltra evidente²⁷.

Dal loro ingresso normativo nelle Costituzioni novecentesche, i diritti sociali hanno introdotto un'organizzazione di pubblici servizi da cui è nata una nuova "forma di Stato": appunto

emarginate della popolazione, si considerino le *Poor Laws* già dal tardo Medioevo. Tuttavia, esse presentavano e mantenevano la tipologia di interventi normativi non espressione di diritti soggettivi, ma di concessioni del potere pubblico volte per lo più a garantire la pace sociale che il benessere dei soggetti interessati. Lo riprova la condizione delle *Workhouses* miranti a contenere i disordini del vagabondaggio. Da notare, inoltre, che la stessa nomenclatura legislativa *Poor Laws* sarebbe oggi inconcepibile nell'ottica del rispetto delle persone beneficiarie dei sussidi.

²³ Gli autori moderni accentuano il carattere artificiale dell'organizzazione dello Stato come tecnica al servizio di scopi specifici che si avvale di apparati burocratici. MATTEUCCI 2006; BOBBIO 2009, 59-61; PORTINARO 1999. Inoltre, l'artificialità del diritto, che dallo Stato discende, è strumentale alla definizione di regole a tutela dell'uguaglianza di individui naturalmente diversi. Si veda sul punto RODOTÀ 2014, 15.

²⁴ «But by safety must be understood, not the sole preservation of life in what condition soever, but in order to its happiness», HOBBS 1651, 61; TARABORRELLI 2012, 383 ss.

²⁵ DE LUISE, FARINETTI 2001, 210. Adottando una concezione meccanicistica dell'individuo, esso sarebbe guidato anzi mosso dai desideri della propria istintività egoistica senza un fine ultimo a cui tendere per cui l'«orizzonte dell'uomo è lo spazio in cui vive la macchina della sua sensibilità e il potere della sua intelligenza».

²⁶ BOBBIO 1997, 6.

²⁷ Alle origini dello Stato moderno, come rileva Baldassarre, l'espressione "diritti sociali" era poco o per nulla utilizzata o appariva addirittura incomprensibile. Si veda BALDASSARRE 1989, 3.

quella sociale in cui l'individuo, come “sistema di autoriferimento” nella ricerca politica della felicità, non è un ente generico o astratto, ma è colto e tutelato «nella specificità o nella concretezza delle sue diverse maniere di essere nella società»²⁸. Perciò tra le clausole essenziali del patto di convivenza, nell'ottica del garantismo sociale, i diritti sociali si configurano non meno essenziali dei diritti di libertà²⁹. Ciò anche in ragione dell'accettazione di una sfida di «più stringenti mete di riscatto dell'umana esistenza»³⁰ che si indirizza all'organizzazione politica grazie alla forza civilizzatrice del diritto.

L'emulsione assiologica che ha permesso la sintesi del ricco corredo dei diritti sociali è il principio di solidarietà che, grazie al contributo della dottrina del *solidarismo* francese³¹, rende normativa l'istanza della fraternità tramite specifiche obbligazioni positive in capo allo Stato. Il diritto è, perciò, chiamato a riflettere non già la finta pace sociale dello Stato monoclasse, ma la traboccante e lacerante complessità dello Stato pluriclasse³², che inaugura una giuridicità affrancata da chiusure oligarchiche e si fa strumento di cambiamento sociale. Perso il carattere periferico di attività riguardante problemi particolari di gruppi marginali, beneficiari di eventuali sussidi pubblici, la politica sociale punta al benessere dell'intera popolazione nelle sue prospettive e condizioni di vita attraverso l'ampio ventaglio dei diritti sociali³³.

Dal punto di vista storico, l'industrializzazione, l'urbanesimo e la proletarizzazione delle masse generano la “grande trasformazione”³⁴ degli equilibri della concordia sociale sotto i profili dei rapporti economici, della prevenzione e riduzione dei rischi professionali e del soddisfacimento di esigenze vitali inaffidabili agli sforzi individuali o alla solidarietà familiare. Matura, al contempo, la coscienza dell'interdipendenza sociale, dell'importanza della cooperazione e della crescente centralità di un'entità intermedia tra il cittadino e lo Stato, che è la società, divenuta oggetto di dibattito politico e di studio accademico³⁵. Dal punto di vista economico, lo sviluppo del capitalismo è favorito con l'imposizione di vincoli atti a renderlo “sostenibile”³⁶.

Nella prospettiva del diritto pubblico, solidarietà e diritti sociali valgono ad esprimere una forma di dissenso rispetto all'interpretazione del legame sociale e, perciò, della distribuzione delle risorse secondo il paradigma *prepolitico* del patto di convivenza, ovvero della lotta di tutti contro tutti, per porre fine al «senso di normalità e di naturalità che celava una precedente oppressione»³⁷. Storicamente, ciò risulta esperibile nel contesto del costituzionalismo democratico che, senza il verticalismo dei rapporti di potere, instaura un “patto” tra eguali che mette in luce la connessione tra solidarietà e uguaglianza³⁸ e traduce normativamente il senso di un accordo ora anche positivo di “cooperazione e inclusione”, non soltanto negativo di “non aggressione”, perché nessuno sia abbandonato a se stesso e alle difficoltà della sua vita particolare³⁹.

Durante i “Trent'anni Gloriosi” dello sviluppo postbellico la promozione delle politiche abitative è parsa in linea con gli obiettivi di protezione sociale che vedono lo Stato regolatore e fi-

²⁸ BOBBIO 1997, 67; RITTER 1996; DE BONI 2007; SUPIOT 2013; DI SANTO 2020.

²⁹ FERRAJOLI 2013, 74. Per un approfondimento sul garantismo sociale si veda ancora FERRAJOLI 2013, 63-123. Sui diritti sociali DICIOTTI 2004, 49 ss.; CASADEI 2012; ZULLO 2013; ANSUÁTEGUI 2014; PINO 2016, 495 ss.

³⁰ DE VITA 1990, 34-69.

³¹ BOURGEOIS 2008 [1900], 16-26; BOUGLE 1907; DUGUIT, 2003; DUGUIT 2007; GURVITCH 2004.

³² GIANNINI 1986, 35 ss. Sul principio di solidarietà si veda BLAIS 2012; si permetta il rinvio a CHIARELLA 2017; GIUBBONI 2022; ALPA 2022.

³³ RITTER 1996, 207.

³⁴ Si veda POLANYI 1974 [1944].

³⁵ FOUILLÉE 1909 [1883], 6 ss. La sociologia come disciplina accademica si accredita in questo frangente storico grazie ad August Comte e soprattutto a Émile Durkheim.

³⁶ STREECK 2013, 24.

³⁷ FERRAJOLI 2008, II, 63.

³⁸ RODOTÀ 2014, 24. Sullo stretto legame tra uguaglianza e democrazia senza il quale la seconda declassa a regime si veda ROSANVALLON 2013. Sul costituzionalismo contemporaneo in prospettiva anche futura si veda SCHIAVELLO 2022, 1-24.

³⁹ ZAGREBELSKY 2007, 34.

nanziatore del settore abitativo. La crisi fiscale dello Stato negli anni Settanta e quella agli albori del Terzo millennio (2008) rimettono, invece, in discussione l'intervento statale nell'economia e tracciano una fase ascendente di un ciclo neoliberale che supera il paradigma solidaristico a favore di una logica individuale e competitiva che si regge sulla diseguaglianza⁴⁰. Si condensano attorno allo Stato sociale le remore di una fiscalità esigente non adeguatamente ricambiata dall'efficienza dei servizi per cui la politica si muove in deroga ai doveri che discendono dal principio di solidarietà e dà largo seguito alle istanze di deregolamentazione e privatizzazione⁴¹ all'interno di una manovra di *de-economizzazione della democrazia* come strumento di *de-democratizzazione del capitalismo*⁴². Ciò ha ricadute erosive dei fondamenti dello Stato sociale come «forma altamente specializzata di solidarietà istituzionale»⁴³ e come “ordine giuridico *diverso*” che include il conflitto sociale nel progetto politico che attraverso la Costituzione è oggetto di un processo democratico di integrazione⁴⁴.

Dal disimpegno sociale dello Stato si acutizzano i disagi di quanti vivono in case e in quartieri degradati poiché non sono in grado di accedere a un alloggio adeguato alle condizioni del mercato. Questa forma di emarginazione spaziale può essere, così, una chiave di lettura dell'irresponsabilità sociale per l'infelicità altrui e del rifiuto di uno sguardo comprensivo dei particolari a cui, metaforicamente si riferisce anche Italo Calvino ne *Le città invisibili* quando scrive che «senza pietre non c'è arco»⁴⁵.

3. Il diritto alla casa: il paradosso della botte vuota

Le vite dei filosofi sono spesso infarcite di aneddoti curiosi che riflettono la coerenza delle tesi predicate. Di Talete si narra la morbosa attrazione per i corpi celesti e i fenomeni atmosferici, che lo portò a precipitare rovinosamente in un pozzo come a prevedere un'abbondante raccolta di olive che ebbe cura di assicurarsi facendo incetta dei frantoi della zona. Di Pitagora, che credeva nella metempsicosi, si racconta che un giorno chiese compassione per un cucciolo di cane bastonato perché nel guaito aveva riconosciuto la voce di un amico. E di Kant si sa quanto amasse passeggiare puntualmente al pomeriggio, tranne quella volta in cui fu totalmente assorbito dalla lettura dell'*Emilio* di Rousseau. Ma saliente sul tema in esame è, invece, l'aneddoto sulla vita di Diogene di Sinope che, nel dimostrare l'indipendenza del saggio dal giudizio dei pari e l'autonomia rispetto ai beni materiali e alla fortuna, accettò ben volentieri l'epiteto di “cinico” (da *kyon*, cane) a motivo delle scarse pretese alimentari e domestiche, essendogli sufficienti verdure, acqua fresca e una botte come casa.

Ebbene, al di là di questo stile di vita, che ai contemporanei apparve di “urtante marginalità”⁴⁶, occorre molto di più di una botte per essere felici. Si potrebbe d'altra parte disquisire con Diogene sull'uso appropriato della botte che, volendo assecondare la natura delle cose⁴⁷, è fatta per altri scopi. Ma il punto in questione è un altro e attiene alla disponibilità di un preciso bene materiale, la casa appunto, perché ciascuno possa autonomamente “arredare” di felicità la propria vita.

⁴⁰ STREECK 2013, 21-67; PROVASI 2019, 178-180.

⁴¹ DIMITRI 2024, 187.

⁴² STREECK 2013, 25.

⁴³ FERRERA 2016, 480.

⁴⁴ MORRONE 2020, 714.

⁴⁵ CALVINO 1972, 38; Sull'importanza della lotta delle diseguaglianze dal punto di vista della responsabilità dello Stato si veda SCANLON 2017.

⁴⁶ DE LUISE, FARINETTI 2001, 87.

⁴⁷ Ovvero la distinzione tra *physis* e *nomos*, tra natura e civiltà.

Il diritto alla casa pertiene al novero dei diritti sociali, ma in origine esso è stato per lo più inteso come un aspetto cruciale del diritto di proprietà e perciò come “diritto sull’abitazione”⁴⁸, quale espressione più soddisfacente del successo economico del soggetto nell’esercizio dell’autonomia privata e di prestigio dei ceti abbienti⁴⁹. Sul modello dell’individualismo proprietario risalente a Locke, esso si è, perciò, configurato come diritto fondamentale dell’individuo, assumendo il carattere dell’assolutezza nei rapporti economici, quale diritto privo di limiti e perciò “terribile”, come per primo osservò Cesare Beccaria⁵⁰. Esso fu, pertanto, garantito secondo schemi inviolabili di godimento e disposizione che ne rispecchiassero la “sacralità”⁵¹. Tuttavia, alcune associazioni concettuali e costruzioni dogmatiche sono difficili da rivisitare, soprattutto quando concludono con un significativo ripensamento delle obbligazioni dello Stato e dei suoi investimenti economici.

Ricondotto, infatti, nel novero dei diritti sociali, il diritto all’abitazione consiste nel rivendicare l’accesso a un bene immobile a uso abitativo a condizioni economiche eque e comporta perciò il passaggio a forme dirette di godimento durevole del bene a favore di chi non potrebbe accedervi con le proprie risorse nel mercato⁵². Così, il diritto “all’abitazione” non è necessariamente associato al diritto di proprietà classicamente inteso, potendosene godere attraverso altre forme legali che comportano oneri in capo allo Stato, per cui vengono in gioco l’edilizia residenziale pubblica, l’edilizia residenziale sociale e la regolamentazione del settore locativo⁵³.

Ciò è tanto più pregnante nell’ordinamento italiano da quando alla logica individualistica del codice civile si associano quella personalistica e solidaristica della legalità costituzionale. Questa ha indotto gli interpreti a «recuperare il piano collettivo dei conflitti»⁵⁴ e ad intervenire nella complessità delle relazioni economiche d’ostacolo al «pieno sviluppo della persona umana» che la privazione di un’abitazione certamente pregiudica generando le forme di una diversità subìta⁵⁵. Attiene, infatti, alle «fondamentali regole della civile convivenza impedire che le persone possano rimanere prive di abitazione»⁵⁶.

Perciò, anche in assenza dell’esplicito riferimento a un diritto costituzionale all’abitazione, non pare vi sia dubbio che quello alla casa si configuri come “diritto sociale fondamentale”, essendo il bene casa il presupposto logico dei «requisiti essenziali caratterizzanti la socialità dello Stato democratico voluto dalla Costituzione»⁵⁷ e lo strumento di irradiazione degli altri diritti fonamen-

⁴⁸ BRECCIA 1980, 4.

⁴⁹ *Il Gattopardo* di Giuseppe Tomasi di Lampedusa offre una descrizione letteraria, ma veritiera del prestigio sociale fondato sulla proprietà (immobiliare e terriera) al volgere del XIX secolo e non nasconde i timori dell’aristocrazia per l’incipiente ricchezza proprietaria del ceto medio. Don Fabrizio ama di Donnafugata «il senso del possesso feudale» che Don Calogero minaccia perché il Principe non è più “il massimo proprietario” di quella provincia. TOMASI DI LAMPEDUSA, 2010 [1958], 90.

⁵⁰ LOCKE 2007 [1689], 204-218; BECCARIA 2010 [1764], cap. XXII, 77. Si deve, invece, a Stefano Rodotà la più diffusa caratterizzazione di questo tratto saliente della proprietà grazie ai suoi studi che sono diventati un classico per la disciplina di riferimento. RODOTÀ 1981; Si veda altresì GROSSI 1992. Per un’indagine dal profilo costituzionale si rimanda all’altrettanto classico testo di TARELLO 1973.

⁵¹ La tutela dei diritti è piena in ambito economico, perciò, la proprietà si costruisce, all’origine teorica, come potere assoluto destinato a limitare l’altro assoluto potere sovrano. Sul punto RODOTÀ 1997, 14. Sul concetto di sovranità si veda Bodin 1577 [1576] e da ultimo per un approfondimento a partire da Bodin, GRIMM 2023.

⁵² La ricchezza abitativa appare un aspetto cruciale della stratificazione sociale dal momento che i costi dell’abitare incidono più significativamente sul bilancio individuale e familiare e si caratterizzano per la minore elasticità rispetto ad altri consumi poiché non modulabili unilateralmente. Sul punto si veda POGGIO 2008, 55.

⁵³ Si veda OLIVITO 2016, 345-354.

⁵⁴ BRECCIA 1980, 23.

⁵⁵ SALAZAR 2000, 24. Promuovere le politiche abitative è parso in linea con gli obiettivi di uno Stato volto a garantire il benessere sociale e l’uguaglianza dei cittadini senza l’ombra mortificante dell’esclusione. Sul punto si veda FERRARA 1994, 27 ss.

⁵⁶ Corte cost., 17 febbraio 1987, n. 49, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, p. 340.

⁵⁷ Corte cost., 25 febbraio 1988, n. 217, in *Giur. cost.*, 1988, pp. 833 ss., con nota di F. FERRARI, «Diritto alla casa» e interesse nazionale; così anche Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, in *Dir. fam.*, 1988, pp. 1559 ss.; Corte cost. 24 marzo

tali⁵⁸. L'inviolabilità del domicilio (art. 14 Cost.), che attiene all'intangibilità delle «più intime espressioni della persona», non presuppone un qualsiasi “riparo”, ma un «alloggio che per le sue caratteristiche risulti inviolabile» e, perciò, non gode di tale diritto chi giace per strada, chi dorme in macchina o in accampamenti precari, in ricoveri di fortuna esposti all'invasione e alla violenza di terze persone e a controlli e ispezioni pubbliche innecessarie e illegittime⁵⁹. Allo stesso modo, la libertà e la segretezza della corrispondenza (art. 15 Cost.) sono inibite dalla mancanza di un'abitazione presso la quale far pervenire o dalla quale avviare delle comunicazioni.

Così, l'unità familiare, tutelata nei suoi specifici diritti attinenti al legame di coppia, alla filiazione, ai profili patrimoniali e successori, presuppone sempre un contesto abitativo adeguato allo svolgimento intimo delle sue relazioni (art. 29 Cost.). All'agevolazione della formazione della famiglia e dell'adempimento dei relativi compiti anche riguardo alle famiglie numerose, nonché per la protezione della maternità, dell'infanzia e della gioventù, «misure economiche e altre provvidenze» dello Stato sono funzionali all'adempimento dei «doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale» (art. 31 e art. 2 Cost.). Questi ultimi, inoltre, si adempiono anche attraverso l'assistenza sociale dei cittadini inabili al lavoro e sprovvisti dei mezzi necessari per vivere (art. 38 Cost.), includendovi l'assistenza abitativa. Ed ancora, in forma più pregnante e stringente, il diritto alla casa è cruciale per il diritto alla salute (art. 32 Cost.) e il diritto all'istruzione (art. 34). Un'abitazione inadeguata in termini di spazio, servizi e sicurezza strutturale attenta alla salute dei suoi inquilini. E laddove un ordinamento, come quello italiano, assicuri cure gratuite agli indigenti o altri servizi a tutela della salute, esso deve altresì garantire condizioni abitative perché non ci si ammalii. Negli anni dell'emergenza pandemica è parso chiaro quanto la casa sia effettivamente il «primo luogo di cura»⁶⁰. Ed ancora, il consolidamento dell'apprendimento scolastico richiede un ambiente materiale e psicologico confortevole.

Per quanto attiene al profilo proprietario, la “funzione sociale” introduce la considerazione dell'interesse generale che giustifica, nei casi previsti dalla legge, l'espropriazione⁶¹ e ha reso legittimi nel tempo, in risposta a specifiche emergenze, la disciplina delle locazioni a canone calmierato per gli immobili urbani adibiti a uso di abitazione (meglio nota come legge “Equo canone”), l'acquisizione ai comuni dei suoli per l'edilizia economica e popolare e da ultimo, durante l'emergenza pandemica, la sospensione delle procedure esecutive di rilascio di immobili⁶².

Più in generale e in chiave riassuntiva sul carattere fondamentale del diritto all'abitazione, si può richiamare l'espressione costituzionale specifica del diritto alla retribuzione (art. 36 Cost.), assunta a criterio esplicativo dei valori dell'ordinamento: «un'esistenza libera e dignitosa» non può prescindere da un'abitazione “adeguata” che significa, anche secondo la disciplina del diritto internazionale, molto più di un tetto sulla testa⁶³. Significa privacy e spazio adeguati, accessibili-

1999, n. 119.

⁵⁸ MARTINES 2000, 12.

⁵⁹ BRECCIA 1980, 32.

⁶⁰ Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), Missione 6 Salute, qualifica la casa come «primo luogo di cura» e prevede investimenti nel settore dell'*housing sociale* e della rigenerazione facendo leva sui concetti di “qualità dell'abitare”, innovazione verde e sostenibilità.

⁶¹ Una sentenza della Corte Costituzionale (sent. n. 96/1966) ha «precisato che la legge, nel disciplinare l'espropriazione per pubblica utilità, non può fare riferimento a generici e ipotetici interessi pubblici da tutelare, bensì a interessi concreti e attuali»; cfr., sul punto CARETTI 2005, 448.

⁶² MARTINES 2000, 15. Si veda inoltre PERLINGIERI 1991, 92. Per quanto attiene agli interventi legislativi adottati durante l'emergenza covid-19, la Corte costituzionale ha ritenuto cruciale seguire l'evoluzione della parabola pandemica, ritenendo “irragionevoli e sproporzionate” le misure “prorogate” ulteriormente al venir meno delle ragioni emergenziali. Sul punto si veda Corte cost., 22 giugno 2021 n. 128, punto 14, Considerato in diritto. Si permetta, in argomento, il rinvio a CHIARELLA 2022, 199 ss. Sul conflitto tra bisogni abitativi e tutele proprietarie scaturente dall'occupazione abusiva di immobili si veda ALBANESE 2023, 41-69.

⁶³ La normativa internazionale riconosce il diritto all'abitazione all'art. 25 della *Dichiarazione universale dei diritti umani* e all'art. 11 del *Patto internazionale sui diritti economici sociali e culturali*; Del pari, l'art. 8 della *Dichiarazione sul*

tà fisica, sicurezza del possesso, stabilità strutturale e durevolezza, illuminazione, riscaldamento e ventilazione adeguati, infrastrutture di base come impianti di approvvigionamento idrico, servizi igienici e gestione dei rifiuti, qualità ambientale adeguata e attenzione ai fattori correlati alla salute, posizione adeguata e accessibile per quanto riguarda il lavoro e le strutture di base. Tutto ciò dovrebbe essere disponibile a un costo accessibile⁶⁴.

La legislazione italiana sul settore abitativo ha privilegiato fino agli anni Settanta progetti di inclusività attraverso interventi di edilizia residenziale pubblica finalizzati alla locazione e/o alla proprietà con diritto di riscatto dell'immobile locato⁶⁵. Nei rapporti tra privati la disciplina delle locazioni a canone calmierato ha disposto per vent'anni un regime vincolato⁶⁶. Con l'adozione della politica per il decentramento amministrativo che, nel 2001 si istituzionalizza con la riforma del Titolo V della Costituzione, allo Stato compete la determinazione dei "livelli essenziali" delle prestazioni concernenti i diritti sociali, che tuttavia si attiene alla definizione dei principi e delle finalità generali del settore, alla determinazione dell'offerta minima di alloggi e dei criteri di assegnazione operanti sul territorio nazionale. La programmazione degli insediamenti di edilizia residenziale è materia concorrente del governo del territorio, mentre la gestione del patrimonio immobiliare pertiene, invece, alla legislazione regionale, ma le pressanti esigenze abitative pongono, nel tempo, a livello nazionale l'urgenza di interventi uniformi da cui discendono, dalla legislazione dei primi decenni del 2000, programmi emergenziali per la realizzazione di nuovi alloggi⁶⁷. Le misure dell'intervento non valgono, tuttavia, a superare la disomogeneità della tutela a livello regionale, che spinge il legislatore a intervenire con fondi a sostegno del pagamento dei canoni di affitto per i titolari di basse fasce di reddito, trascurando i più necessari interventi strutturali sull'offerta di abitazioni sociali⁶⁸. A livello europeo, dall'ultimo report sullo *Status of Housing in the EU* (2023) della Commissione Europea, l'edilizia residenziale pubblica si

diritto allo sviluppo prevede l'obbligo degli Stati di adottare a livello nazionale ogni necessaria misura che, assicurando eguali opportunità di accesso anche all'alloggio, renda effettivo il diritto allo sviluppo. Esso si configura come diritto umano inalienabile in virtù del quale «ogni persona e tutti i popoli sono legittimati a partecipare, a contribuire e a beneficiare» dello sviluppo nelle sue forme economiche, sociali, culturali e politiche (Art. 1). Perciò, è fondamentale assicurare «l'eguaglianza delle opportunità per lo sviluppo» quale prerogativa delle nazioni e dei singoli individui. Si trascura, invece, con riferimento alla realtà che stiamo descrivendo, che il lavoro delle comunità povere degli *slums* contribuisce anche in maniera significativa alle economie urbane, regionali e nazionali, ma non gode della reciprocità dei benefici⁶³. Si invoca, poi ancora, l'adozione di «appropriate riforme economiche e sociali» da realizzare per sradicare «tutte le ingiustizie sociali» (art. 8). Il diritto all'alloggio è, inoltre, contemplato nella *Convenzione internazionale per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale* (art. 5 e), nella *Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne* (art. 14. 2), nella *Convenzione sui diritti del fanciullo* (art. 27), nella *Convenzione sullo status dei rifugiati* (art. 21), nella *Convenzione sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie* (art. 43. 2 d, 43. 3, art. 61.1, 62. 1), nella *Convenzione delle Nazioni Unite per i diritti delle persone con disabilità* (art. 28), nella *Carta sociale europea* (art. 31), nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (art. 34. 3).

⁶⁴ Si veda il documento *The Right to Adequate Housing*, UN-Habitat, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Fact Sheet No. 21/ Rev. 1. L'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile considera il diritto all'abitazione una "parte integrale" del conseguimento degli obiettivi 1 (*sconfiggere la povertà*), 3 (*salute e benessere*), 5 (*parità di genere*), 6 (*acqua pulita e servizi igienico sanitari*), 7 (*energia pulita e accessibilità*), 11 (*città, comunità sostenibili*), 13 (*lotta contro il cambiamento climatico*). Mentre, un "contributo diretto" esso lo fornisce agli obiettivi 8 (*lavoro dignitoso e crescita economica*), 9 (*imprese, innovazione e infrastrutture*), 10 (*ridurre le disuguaglianze*), 12 (*consumo e produzione responsabili*), 16 (*pace, giustizia e istituzioni solide*), 17 (*partnership per gli obiettivi*) e "indiretto" agli obiettivi 2 (*sconfiggere la fame*) e 4 (*istruzione di qualità*).

⁶⁵ Si ricordi la l. n. 43 del 1949 nota come "Piano Ina-Casa", a cui seguirono la l. n. 865 del 1971 «Legge per la casa» e la l. n. 457 del 1978 «Norme per l'edilizia residenziale». Si permetta il rinvio a CHIARELLA 2022, 207-218 e da ultimo SORRENTI 2023, 448-471; DELLA SCALA, SANTANGELO 2023; NUGNES 2024, 113-157.

⁶⁶ È quanto disposto dalla legge n. 392 del 1978 più nota come "Legge Equo canone" a cui segue la l. n. 431 del 1998 che ha liberalizzato i canoni abitativi, mantenendo la predeterminazione della durata dei contratti.

⁶⁷ Si tratta degli interventi disposti dalle leggi n. 21/2001, n. 9/007, n. 133/2008, n. 80/2014.

⁶⁸ Il «Fondo per la morosità incolpevole», istituito nel 2013, prevede nell'ultima legge di bilancio uno stanziamento di 10 milioni per il 2025 e 20 milioni per il 2026, dopo una sospensione del contributo negli ultimi tre anni.

ferma alla soglia del 3,5% del patrimonio immobiliare del Paese, di cui si osserva la necessità diffusa di ristrutturare le unità abitative al punto da risultare vacante circa il 10% dell'attuale patrimonio. E sulla riqualificazione urbana si concentrano le principali linee di intervento del PNRR, con una eventuale riserva di impegno finanziario sull'ampliamento del numero di alloggi, senza perciò incidere significativamente sull'offerta abitativa per le fasce deboli del mercato⁶⁹. Di recente definizione sono, inoltre, le forme di partenariato finanziario nell'*Edilizia residenziale sociale* (Ers) o *housing sociale* che, ispirate all'intervento solidaristico del mercato, si avvalgono di investimenti privati per la realizzazione di alloggi a condizioni locative vantaggiose, a cui accede la popolazione con una fascia di reddito superiore agli aventi diritto a un alloggio residenziale pubblico (Erp). L'intervento privato, che è incoraggiato da contributi pubblici e da un regime fiscale favorevole, seppure concorra alla soddisfazione di un fabbisogno abitativo che imprime una funzione sociale agli alloggi realizzati, presta il fianco al disincentivo dell'investimento pubblico che mantiene inesausta la richiesta di chi è economicamente più in difficoltà⁷⁰.

Se l'inquadramento teorico complessivo non lascia dubbi sull'importanza del diritto all'abitazione, sul piano della tutela il deficit abitativo sconta ancora gravi criticità che pervengono agli onori della cronaca e, perciò, dell'attenzione collettiva solo episodicamente, allorché qualche disastro colpisca tragicamente agglomerati urbani, quartieri degradati, accampamenti abusivi⁷¹. Quando dal piano dei principi occorre attivarsi al livello delle politiche sociali, si adotta un approccio operativo infeltrito di minimalismo e di retoriche condizionate dalla disponibilità economica. Senza sminuire la rilevanza dell'argomento, esso non è tuttavia l'unico e il solo fattore realmente ostativo⁷². Ad esso si fa ricorso come se fosse l'esimente della formula "vorrei, ma non posso", perché non si può ammettere che in fondo le priorità nell'agenda politica sono altre.

Nella trascuratezza delle ragioni a favore dei diritti abitativi altrui si consolida un sistema di potere che non indirizza le risorse comuni ai fini dell'interesse generale e nel fallimento del diritto può leggersi anche il fallimento dell'umanità⁷³. Si profila il cortocircuito di diritti fondamentali nella forma del privilegio in quanto condizionati dalla disponibilità finanziaria dei titolari⁷⁴. Si finisce, perciò, con l'ignorare i diritti altrui per ammettere «senza tanta difficoltà l'ingresso di quella ingiustizia di cui non si è vittime dirette»⁷⁵. Così, per tornare a Diogene e alla sua "urtante marginalità", il diritto all'abitazione è veramente una botte vuota.

4. Una questione privata? Il diritto a non essere lasciati/e soli/e

«Noi non sappiamo mai davvero bene le cose che succedono alla gente. Quello che succede nelle case dietro le porte chiuse, quali segreti...», dice Miss Maudie alla piccola Scout ne *Il buio oltre la siepe*⁷⁶. Se le parole della signora si riferiscono al dramma della famiglia Radley, rintanata nel più assoluto riserbo sulle condizioni di un figlio problematico, esse pure muovono a considerare il diritto alla casa "al di qua" della linea di demarcazione tra pubblico e privato e a valutarne

⁶⁹ NUGNES 2024, 132-137. Sulle politiche sociali per la casa in Italia si veda altresì BALDINI 2013.

⁷⁰ Sulle politiche abitative sociali "poco sociali" si veda TOSI 2017.

⁷¹ DOVEY K., VAN OSTRUM M., SHAFIQUE T., CHATTERJEE I., PAFKA E. 2023.

⁷² Si consideri sull'argomento il classico lavoro di HOLMES, SUNSTEIN 2000 [1999]. Circa l'incidenza di alcune teorie economiche sulla felicità, con un approfondimento particolare sulle Scuole di Francoforte e di Vienna si veda DE MASI 2022.

⁷³ ZAGREBELSKY 2017, X.

⁷⁴ Sulla distinzione tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali si veda FERRAJOLI 2001, 12-18.

⁷⁵ Sono le riflessioni di Edmund Burke sull'esclusione parlamentare delle colonie inglesi che esprimo la disponibilità a contrastare o meno un'ingiustizia a seconda che essa ci riguardi direttamente. Cfr. BURKE 2021 [1777], 221. Si richiamano le riflessioni di Zagrebelsky sull'età dei diritti e la sua contraddizione: ZAGREBELSKY 2017, 6.

⁷⁶ LEE 2023 [1960], 63 s.

l'incidenza sul riconoscimento normativo della sua meritevolezza.

Assumendo la distinzione bifocale della libertà degli antichi e dei moderni, nella cultura classica il *bios politikos* era l'occasione di una "seconda vita"⁷⁷, migliore di quella privata, grazie alla partecipazione politica, alla libertà dalle necessità naturali e all'uscita dall'anonimato domestico⁷⁸. Dell'opportunità di "una doppia vita" godeva l'uomo adulto, libero ed economicamente indipendente, al vertice della gerarchia dei rapporti pre-politici. Donne, minori e schiavi, trattenuti nella subordinazione della zona "umbratile", erano all'anagrafe del mondo inesistenti e la cittadinanza si configurava come privilegio di genere e ricchezza⁷⁹. La domesticità si è rappresentata, pertanto, come il ricorrente punto di intersezione di cruciali linee di potere che hanno distribuito generose possibilità ad alcuni, stringenti gerarchie e divieti ad altre/i⁸⁰. Luogo concettuale e fisico di protezione e cura, la casa ha accolto la contraddizione di uno spazio che può essere anche il suo opposto, sì da riprodurre l'incoerente posizionamento delle donne in società: centrali e protagoniste quanto agli aspetti della cura e della riproduzione eppure escluse e incapaci d'agire sul versante dell'idoneità politica ed economica. Perciò, da quanto precede, si può opportunamente parlare di *femminilizzazione* dello spazio privato e, per converso, di monosessualità maschile della soggettività⁸¹.

Ne ha subito nocumento anche il lavoro domestico, degradato a espletamento di mansioni invisibili e "naturali" da non doversi remunerare, in quanto contributi non produttivi secondo un'operazione di senso che ha pure valutato come "eventuale e marginale" la partecipazione delle donne al mercato del lavoro⁸². Senza, tra l'altro, tacere che il confinamento domestico delle donne non ha assecondato nelle abitazioni le aspirazioni e le doti artistiche, essendo le stesse, per lo più, prive di uno "spazio proprio" entro il quale «potersi sentire e poter contare come soggetti»⁸³. Cucine, soggiorni, sottotetti, cantine, angoli di concentrazione improvvisati hanno sopperito alla *domanda di spazio* inevasa; perciò, «dovrei avere uno studio» è la conclusione a cui giunge, ad esempio, Alice Munro nella *Danza delle ombre felici* e che ricorda il bisogno di autonomia di Virginia Wolf in *Una stanza tutta per sé*⁸⁴. La mancanza di spazio ha dato luogo al silenzio e, perciò, anche al tardo antagonismo delle loro "strategie autoriali" che hanno dovuto scontrarsi con la necessità di giustificare la loro presa di parola contro i principi di autorità vigenti⁸⁵.

⁷⁷ ARENDT 2003 [1958], 19.

⁷⁸ CONSTANT 2013 [1874].

⁷⁹ La soggezione delle donne, ridotte a "esseri sessuati", è speculare alla definizione dell'individuo sovrano, dello Stato, della cittadinanza e della democrazia. Si veda sul punto RUDAN 2020, 8, che richiama le pionieristiche ricerche di MOLLER OKIN 1979 e PATEMAN 2003.

⁸⁰ COSSUTTA 2023, 7, 22. È l'idea della fraternità come legame egualitario reso possibile dalla disegualianza femminile. Per una lucida riflessione letteraria sulle possibilità e sui divieti in relazione al genere dalla cultura all'autonomia personale e patrimoniale si veda WOLF 2013.

⁸¹ COSSUTTA 2023, 9. Per un'analisi degli spazi quotidiani delle donne con riferimento alla cura e all'attività produttiva si veda BASSANELLI, FORINO 2024. Sulla monosessualità della soggettività si veda RUDAN 2011, 365 ss. Difesa delle ragioni private del culto dei morti in ossequio a leggi divine si rintracciano nell'Antigone che fu di Hegel la tragedia preferita. Si veda la lettura di HEGEL 1863, 245, 266.

⁸² Sull'invisibilità dei mestieri delle donne con ripercussioni sulla soggettività si veda PESCAROLO 2019 e il focus di discussione con i contributi di CASADEI 2023; GIOLO 2023; RE 2023; STOLZI 2023, VALLAURI 2023 e la replica di PESCAROLO 2023. Sull'impatto degli studi di genere si veda anche il focus a cura di CASADEI, GIOLO, POZZOLO, RE 2022, 289-370 con i contributi di MORONDO TARAMUNDI, RIGO, GIAMMARINATO, FILICE. Sul lavoro delle donne nella transizione dal feudalesimo al capitalismo si veda FEDERICI 2015 e ancora su genere e capitale FEDERICI 2020. Per una rilettura del lavoro domestico dissociato dal concetto di amore impiegato per ottenere un effetto di comando si veda BOCK, DUDEN 2024.

⁸³ BROGI 2022, 12.

⁸⁴ BROGI 2022, 11, WOLF 2013.

⁸⁵ Nel XV secolo la presa di parola di Christine de Pizan è tanto "imprevista quanto illecita". Si veda sul punto RUDAN 2020, 11, 26. Chissà quanti «talenti azzerati e opere occultate» sono sepolti in quel "mondo inabissato", cfr. BROGI 2022, 102.

L'ordine delle questioni private è stato rimesso per secolare tradizione alla decisione paterna, mentre politiche erano le questioni rimesse alla comune discussione e deliberazione. Gli stessi termini *dominium*, *dominus* e *domus* esprimono la forza maschile, domestica e proprietaria del potere che ha all'origine una relazione familiare asimmetrica che si regge sul comando e sull'obbedienza⁸⁶. E quando anche l'ordine politico ha assunto modelli autocratici, la sfera privata ha mantenuto la struttura gerarchica e la "libertà come partecipazione" si è convertita in "libertà come indipendenza", nell'accezione di uno *ius excludendi* sui beni materiali e sulle questioni personali e familiari. E quando grazie alle rivoluzioni liberali il potere politico, sull'idea del "progresso", ha ampliato la partecipazione (secondo un ordine pur sempre maschile e proprietario fino al suffragio universale *ancora a lungo maschile*)⁸⁷, la sfera domestica è rimasta imprigionata come una cariatide nella marmorea afasia dell'indiscutibilità politica⁸⁸.

Al volgere del XIX secolo, la libertà come indipendenza si è, poi, ulteriormente raffinata nel "diritto alla solitudine" circa il controllo informativo delle vicende private, segnando un pur decisivo passaggio della tutela della privacy «in chiave di libertà-personalità più che di libertà-proprietà»⁸⁹. Il riparo delle mura domestiche ha, però, anche generato un'idea controproducente di intimità e riservatezza della sfera privata che ha mantenuto nel tempo la continuità di una pubblica irrilevanza che ha impedito di affrontare le ingiustizie di genere⁹⁰ ed economiche⁹¹, alle quali può ricondursi anche il diritto all'abitazione come *divario* e *ingiustizia spaziale*.

Muovendo da queste premesse, si può osservare che l'*oikia* antica e moderna, che pure ha costituito la struttura su cui si è retto il sistema economico e sociale fino all'avvento dell'industria⁹², ha subito una negligenza giuridica e, prima ancora, filosofica che l'ha concepita come il "resto"⁹³, mentre la *polis* antica e moderna è stata protagonista di progetti ideali e concreti, tal-

⁸⁶ NICOLETTI 2020, 2.

⁸⁷ ZINCONE 1992. Per una lettura delle rivoluzioni liberali nel segno del progresso si veda PRICE 2021 [1776], 49-183 e la critica di John Wesley all'aspetto realmente democratico della partecipazione politica che escludeva le donne: WESLEY 2021 [1776], 249-258. In età liberale i governi dispotici venivano paragonati all'organizzazione domestica in quanto privi di persuasione e fondati sulla forza. Sul punto ARENDT 2003 [1958], 20.

⁸⁸ John Locke conferma la struttura patriarcale delle decisioni familiari quando scrive: «Essendo quindi necessario che la decisione ultima (ovvero il governo) sia posta da qualche parte, spetta naturalmente all'uomo in quanto parte più capace e più forte», LOCKE J. 2007 [1689], 236. Si ricordi la critica di Olympe de Gouges al persistente dominio maschile ai danni delle donne nella sua *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina*. In argomento si veda VANTIN 2021, 145-165.

⁸⁹ Sul profilo del controllo informativo di questo diritto che si definisce per la prima volta in un contesto giuridico non europeo si veda WARREN, BRANDEIS 1890, 193-220; BEARDSLEY 1971, 56-70; WESTIN 1967, 7; RICCIUTO 2022. Per un approfondimento dell'occultamento liberale della sfera privata in relazione alle donne si veda GIANFORMAGGIO 2005: 165 ss.

⁹⁰ La letteratura in argomento è molto vasta. Si segnalano in particolare, per una ricognizione dei diritti delle donne, i volumi di MCKEON 2005, CASADEI 2015, RUDAN 2020; FACCHI, GIOLO 2023. Gli studi sull'architettura si rivelano ricchi di feconde esplicazioni dell'ordine del potere disciplinare. Si veda in particolare FOUCAULT 2013 per quanto attiene all'architettura di prigionie, ospedali, collegi, manicomi al volgere del XVIII secolo. Analizza in parallelo l'architettura privata COSSUTTA 2023, 63-105.

⁹¹ Si pensi anche alla tardiva abolizione della schiavitù basata sulla concezione dello schiavo come "bene mobile" del proprietario, oggetto di carico e vendita all'asta. Lo descrive egregiamente il romanzo di BECHER STOWE 1992 [1852], 9: «Questo stesso gentiluomo, avendo udito la fama dell'invenzione di George, andò alla fabbrica per vedere cosa aveva combinato questo bene mobile» (*chattel*, bene mobile, schiavo). Alla morte per suicidio di una schiava che si annega nel fiume il «mercante si sedette, tirò fuori il libriccino, e segnò il corpo mancante nel capitolo perduto», *ibid*, 71.

⁹² L'avvento dell'industria delocalizza dalle campagne alla città il sistema produttivo con l'effetto di introdurre le servitù salariali in luogo di quelle domestiche. La radicalità verticistica delle relazioni di genere inizia ad essere contestata anche perché le donne diventano figure fondamentali del sistema industriale. Si veda RUDAN 2020, 73. Un'aggressione a difesa del modello patriarcale in politica si è ravvisata nei totalitarismi quali reazioni di un mondo che si sentiva minacciato «nelle sue strutture di potere più profonde, radicate in una storia millenaria di produzione e riproduzione della vita». Si veda NICOLETTI 2020, 14.

⁹³ COCCIA 2021, 9. Sulla minore attenzione rivolta alla dimensione spaziale rispetto a quella temporale si veda in

volta ambiziosi e visionari⁹⁴. Nella planimetria filosofica la casa è stata adibita a “ripostiglio” delle questioni da accantonare pubblicamente, a una sorta di “incubatoio” di indiscusse infelicità e ingiustizie⁹⁵.

Tuttavia, per la sua importanza, essa non può collocarsi in subordine ad altre questioni pubbliche reputate preminenti. La casa è la prima e l’ultima realtà spaziale in cui si concepisce l’esperibilità dell’esistenza. Benché protesi all’esterno, vi è sempre un luogo del ritorno, fisico e morale, da cui non si prescinde e che compone l’ordine materiale di oggetti e affetti grazie ai quali riusciamo a posizionarci nel mondo. Dalle basilari modalità deontiche alla varietà e intensità di sentimenti e relazioni, anche attraverso abilità di mediazione, la casa è il primo ambiente didattico delle “dialettiche della vita” dalle quali si apprende come stare al mondo⁹⁶. Perciò, essa è pure una «scultura psichica, un ordine di spazializzazione della nostra anima»⁹⁷ all’interno della prima complessità delle cose con cui veniamo a contatto con la realtà⁹⁸.

La casa non esiste in natura, ma è il prodotto di un’attività riflessiva dell’uomo che pensa se stesso come abitante domestico o dimorante, prima ancora che come cittadino di una *polis*. Progetta, costruisce e usa questa “macchina per abitare” – come la definì Le Corbusier – per sanare la contraddizione di essere nel mondo in una condizione sprovveduta rispetto alle altre specie⁹⁹. In quanto spazio, perciò, coesivo, tra natura e cultura, abbiamo bisogno delle case come dei vestiti: *habitat* e abiti di mediazione con i quali ritagliamo su misura la nostra *silhouette* individuale e sociale¹⁰⁰.

Di questo bene materiale il diritto ha valorizzato, come evidenziato, il profilo proprietario e liberale nell’assicurare l’autonomia dispositiva e la solitudine indispensabile a progettare il proprio modello abitativo. Perciò, anche la variabilità culturale e individuale dei progetti domestici è espressione di libertà in quanto, a differenza delle altre specie, gli esseri umani costruiscono in modi del tutto indipendenti dalle costrizioni biologiche¹⁰¹.

Entrare in casa d’altri è, allora, anche un’esperienza “turistica”, in quanto viaggio esplorativo sul modo in cui l’altro concepisce la vita intima “aumentata” dal dispositivo casa. Perciò, ci si affeziona alle case in cui si abita o si è abitato poiché, in qualche misura, sono il nostro “corpo più grande”¹⁰² o addirittura, potremmo dire, «la nostra anima esposta»¹⁰³. Una semplice finestra illuminata nel buio della notte sembra un’entità vivente e corporea che veglia nel cuore di una casa.

Se, perciò, non pare trascurabile il profilo della tutela che la riservatezza garantisce proprio alla luce della delicatezza della progettualità e del valore dell’intimità, tanto più è necessario garantire, a chi non ne ha la disponibilità, uno spazio domestico adeguato perché, se le case, di per sé, non assicurano, per ovvi motivi, la felicità, esse si rapportano a noi come «promesse di felicità

chiave filosofica DANANI 2013.

⁹⁴ CACCIARI 2021. Sui grandi progetti estetici e urbanistici si veda MILANI 2015. Sulla rinnovata attenzione sugli studi urbani nell’assetto globale si veda LABRIOLA 2016; EAD 2018, 5 SS.; NITRATO IZZO 2017. Per una lettura critica dello spazio urbano nella sua “apparente neutralità” e, perciò, sui temi dell’inclusione, della vulnerabilità, dell’accessibilità e delle istanze di emancipazione si veda BERNARDINI, GIOLO 2021.

⁹⁵ COCCIA 2021, 8 s.

⁹⁶ BACHELARD G. 2006 [1957], 32.

⁹⁷ COCCIA 2021, 34.

⁹⁸ La complessità di rinvenire un ordine nel mondo accompagna la riflessione filosofica da Aristotele a Kant attraverso il concetto di categoria per la formulazione dei giudizi.

⁹⁹ Si ricordi il mito di Prometeo nel *Protagora* di Platone per cui tecnica e politica suppliscono alle carenze naturali dell’uomo.

¹⁰⁰ Non a caso, in un passaggio di drammatico realismo all’inizio del romanzo, Jack London racconta la necessità di comprare abiti usati per potersi addentrare nel “tugurio senza fine” dell’East End londinese LONDON J. 2021 [1903], 11-20.

¹⁰¹ INGOLD 2022, 181.

¹⁰² GIBRAN 1925 [1923], 37: «Your house is your larger body. It grows in the sun and sleeps in the stillness of the night; and it is not dreamless. Does not your house dream?». Si veda altresì TETI 2022, 72: «Ogni casa ha una sua personalità, un carattere distintivo, una somiglianza spiccata con il contesto e con il suo proprietario».

¹⁰³ GIACALONE 2012, 17.

tà condivisa»¹⁰⁴. Dimore inadeguate, perché insicure, insalubri e precarie tratteggiano le planimetrie dell'abbandono che, invece, il diritto alla casa intende contrastare se lo consideriamo come diritto «a non essere lasciati soli/e».

Nel promuovere, perciò, la solidarietà sociale e i diritti che da essa discendono, a ciascuno sia dato di gustare «cedri canditi e pistacchi» all'ombra del proprio giardino senza il recinto di una muraglia che abbia «in cima cocci aguzzi di bottiglia»¹⁰⁵. Così si può superare il rischio di un avvitamento solipsistico dei diritti fondamentali che, nella loro lettura interdipendente, sono il *pharmacon* giuridico della felicità.

¹⁰⁴ COCCIA 2021, 21 s.

¹⁰⁵ Il richiamo è alla poesia di Eugenio Montale, *Merigiare pallido e assorto*, 1925.

Riferimenti bibliografici

- ACKERMAN B.B. 1980. *Social justice in the Liberal State*, Yale University Press.
- ALBANESE R.A. 2023. *La resilienza del diritto all'abitare. Bisogni abitativi e tutele proprietarie tra diritto italiano e fonti europee*, in «Politica del diritto», 1, 2023, 33 ss.
- ALPA G. 2022. *Solidarietà. Un principio normativo*, il Mulino.
- ANSUÁTEGUI J. 2014. *Rivendicando i diritti sociali*, Edizioni Scientifiche Italiane.
- ARENDT H. 2003. *Vita activa. La condizione umana*, Bompiani (ed. or. 1958).
- BACHELARD G. 2006. *La poetica dello spazio*, Dedalo (ed. or. 1957).
- BALDASSARRE A. 1989. *Diritti sociali*, in «Enciclopedia giuridica», XI, 3, Treccani.
- BALDINI M. (ed.) 2013. *Le politiche sociali per la casa in Italia*, in «Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Quaderni della ricerca sociale», 22, 2013.
- BARBERIS M. 2008. *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea*, il Mulino.
- BASSANELLI F., FORINO I. (eds.) 2024. *Gli spazi delle donne. Casa, lavoro, società*, DeriveApprodi.
- BEARDSLEY E. 1971. *Privacy: Autonomy and Selective Disclosure*, in PENNOCK J., CHAPMAN J. (eds.), *Nomos, XIII: Privacy*, 56 ss.
- BECCARIA C. 2010. *Dei delitti e delle pene*, RCS (ed. or. 1764).
- BERNARDINI M.G., GIOLO O. (eds.) 2021. *Abitare i diritti. Per una critica del rapporto tra giustizia e spazi urbani*, Pacini Editore.
- BLAIS M.C. 2012. *Solidarietà. Storia di un'idea*, Giuffrè.
- BOBBIO N. 1997. *L'età dei diritti*, Einaudi.
- BOBBIO N. 2009. *Teoria generale della politica*, Einaudi.
- BOCK G., DUDEN B. 2024. *Lavoro d'amore-amore come lavoro. La nascita del lavoro domestico nel capitalismo*, Ombre Corte.
- BODEI R. 2017. *Geometria delle passioni*, Feltrinelli.
- BODEI R., PIZZOLATO L.F. 1997. *La politica e la felicità*, Edizioni Lavoro.
- BODIN J. 1577. *Les Six Livres de la République*, Jacques du Puys, Libraire Iuré à la Samaritaine (ed. or. 1576).
- BOUGLE C. 1907. *Le Solidarisme*, Giard et Brière.
- BOURGEOIS L. 2008. *L'ordine della solidarietà. Rapporto di Léon Bourgeois al Congresso d'Educazione Sociale del 1900*, in «Scienza e politica», 38, 2008, 16-26.
- BRECCIA U. 1980. *Il diritto all'abitazione*, Giuffrè.
- BROGI D. 2022. *Lo spazio delle donne*, Einaudi.
- BURKE E. 2021. *Lettera a John Farr e John Harris (Sceriffi della città di Bristol)*, in PRICE R., *La libertà civile. Scritti politici*, Rubbettino.
- CACCIARI M. 2021. *La città*, Pazzini Editore.
- CALVINO I. 1972. *Le città invisibili*, Einaudi.
- CARETTI P. 2005. *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli.
- CASADEI T. (ed.) 2015. *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Giappichelli.
- CASADEI T. 2012. *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Firenze University Press.
- CASADEI T. 2023. *Fuori dall'invisibilità? Donne e lavoro in Italia: un approccio di lunga durata*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 2023, 49-66.
- CASADEI T., GIOLO O., POZZOLO S., RE L. (eds.) 2022. *Tra società e diritto. L'impatto degli studi di genere*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2, 2022, 289 ss.
- CHIARELLA P. 2017. *Solidarietà e diritti sociali. Aspetti di filosofia del diritto e prassi normative*, Cedam.
- CHIARELLA P. 2022. *Domus aurea: abitare in pandemia tra diritti e privazioni*, in «Politica del diritto», 2, 2022, 199 ss.

- COCCIA E. 2021. *Filosofia della casa. Lo spazio domestico e la felicità*, Einaudi.
- CONSTANT B. 2013. *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, Einaudi (ed. or. 1874).
- CORNBURN J., RILEY L. (eds.) 2016. *Slum Health. From the Cell to the Street*, University of California Press.
- COSSUTTA C. 2023. *Domesticità. Lo spazio politico della casa nelle pensatrici statunitensi del XIX secolo*, Edizioni ETS.
- DANANI C. 2013. *Abitanti, di passaggio*, Aracne.
- DE BONI C. (ed.) 2007. *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. L'Ottocento*, Firenze University Press.
- DE LUISE F., FARINETTI G. 2001. *Storia della felicità. Gli antichi e i moderni*, Einaudi.
- DE MASI D. 2022. *La felicità negata*, Einaudi.
- DE VITA A. 1990. *Il diritto alla casa in diritto comparato*, in «Digesto discipline privatistiche», Utet, IV, 1990, 34 ss.
- DELLA SCALA M.G., SANTANGELO S. (eds.) 2023. *Diritto all'abitare e questione abitativa*, Giappichelli.
- DI SANTO L. 2020. *Per un'ermeneutica dei diritti sociali. I quattro pilastri. Famiglia, Lavoro, Partecipazione, Salute*, il Mulino.
- DICIOTTI E. 2004. *Stato di diritto e diritti sociali*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 4, 2004, 49 ss.
- DIMITRI N. 2024. *La crisi della solidarietà. Condizioni del legame sociale e paradossi europei*, Castelvecchi.
- DOVEY K., VAN OSTRUM M., SHAFIQUE T., CHATTERJEE I., PAFKA E. 2023. *Atlas of Informal Settlements. Understanding Self-Organized Urban Design*, Bloomsbury.
- DUGUIT L. 2003. *Le trasformazioni dello Stato*, Giappichelli (ed. or. 1901).
- DUGUIT L. 2007. *Sovranità e libertà*, Giappichelli.
- FACCHI A. 2007. *Breve storia dei diritti umani*, il Mulino.
- FACCHI A., GIOLO O. 2023. *Una storia dei diritti delle donne*, il Mulino.
- FEDERICI S. 2015. *Calibano e la strega*, Mimesis.
- FEDERICI S. 2020. *Genere e capitale. Per una lettura femminista di Marx*, DeriveApprodi.
- FERRAJOLI L. 2001. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza.
- FERRAJOLI L. 2008. *Principia iuris*, Laterza.
- FERRAJOLI L. 2013. *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, il Mulino.
- FERRARA G. 1994. *Dell'eguaglianza*, in LUCIANI M. (ed.), *La democrazia alla fine del secolo*, Laterza.
- FERRERA M. 2016. *Teoria empirica della politica e dei diritti sociali*, in «Ragion Pratica», 2, 2016, 475 ss.
- FILICE F. 2022. *Genere e oppressione sociale*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2, 2022, 353 ss.
- FOUCAULT M. 2013. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi (ed. or. 1975).
- FOUILLÉE A. 1909. *La propriété sociale et la démocratie*, Alcan (ed. or. 1883).
- GIACALONE F. 2012. *Presentazione. La casa come narrazione*, in PESENTI R. *Racconti di casa. Il linguaggio dell'abitare nella relazione tra generi e generazioni*, Edizioni junior, 15 ss.
- GIAMMARINARO M.G. 2022. *L'influenza trasformativa delle prospettive femministe. Vulnerability e Agency*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2, 2022, 339 ss.
- GIANFORMAGGIO L. 2005. *Eguaglianza, donne, diritto*, il Mulino.
- GIANNINI M.S. 1986. *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, il Mulino.
- GIBRAN K. 1925. *On Houses*, in *The Prophet*, Alfred A. Knopf (ed. or. 1923).
- GIOLO O. 2023. *L'invisibilità (giuridica) del lavoro delle donne. Esclusione, protezione, confinamento ed espropriazione*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 2023, 67 ss.
- GIUBBONI S. 2022. *Solidarietà. Un itinerario di ricerca*, Editoriale Scientifica.

- GRIMM D. 2023. *Sovranità. Origine e futuro di un concetto chiave*, Laterza.
- GROSSI P. 1992. *Il dominio e le cose*, Giuffrè.
- GURVITCH G. 2004. *La dichiarazione dei diritti sociali*, Rubbettino (ed. or. 1944).
- HEGEL G.G. F. 1863. *La fenomenologia dello spirito*, Rossi Romano (ed. or. 1807).
- HÉRITIER F. 2012. *Il sale della vita*, Rizzoli.
- HOBBS T. 1651. *De Cive*, XIII, 4, Printed by J.C. for R. Royston, consultabile online al link <http://www.public-library.uk/ebooks/27/57.pdf>.
- HOLMES S., SUNSTEIN C.R. 2000. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, il Mulino.
- INGOLD T. 2022. *The Perception of the Environment. Essays on Livelihood, dwelling and skill*, Routledge.
- LABRIOLA G.M. 2016. *La città come spazio politico. Tessuto urbano e corpo politico: crisi di una metafora*, Editoriale Scientifica.
- LABRIOLA G.M. 2018. *Città e diritto. Brevi note su un tema complesso*, in «Istituzioni del federalismo», 1, 2018, 5 ss.
- LEE H. 2023. *Il buio oltre la siepe*, Feltrinelli (ed. or. 1960).
- LENOIR F. 2021. *La felicità. Un viaggio filosofico*, Bompiani.
- LOCKE J. 2007. *Due trattati sul governo*, Plus (ed. or. 1689).
- LONDON J. 2021. *Il popolo dell'abisso*, Robin Edizioni, (ed. or. 1903).
- MARTINES T. 2000. *Opere. Libertà e altri temi*, IV, Giuffrè.
- MATTEUCCI N. 2006. *Lo Stato*, il Mulino.
- MCKEON M. 2005. *The Secret History of Domesticity: Public, Private and the Division of Knowledge*, The Johns Hopkins University Press.
- MCMAHON D.M. 2006. *Happiness: A History*, Grove Press.
- MILANI R. 2015. *L'arte della città. Filosofia, natura, architettura*, il Mulino.
- MOLLER OKIN S. 1979. *Women in Western Political Thought*, Princeton University Press.
- MORONDO TARAMUNDI D. 2022. *Il contributo degli studi di genere al diritto. Orizzontale, obliquo o tangenziale?* in «Rivista di filosofia del diritto», 2, 2022, 305 ss.
- MORRONE A. 2020. *Stato sociale e diseguglianze. Persistenze costituzionali e problemi aperti*, in «Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale», 4, 2020, 707 ss.
- NICOLETTI M. 2020. *Per una storia del concetto di oikos*, in «Studia patavina», 67, 3, 1 ss.
- NITRATO IZZO V. 2017. *Gli spazi giuridici della città contemporanea. Rappresentazioni e pratiche*, Editoriale Scientifica.
- NOZICK R. 2004. *La vita pensata. Meditazioni filosofiche*, Bur.
- NUGNES F. 2024. *Povertà abitativa e Costituzione*, Giappichelli.
- NUSSBAUM M. 2002. *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, il Mulino.
- NUSSBAUM M. 2004. *La fragilità del bene*, il Mulino (ed. or. 1986).
- NUSSBAUM M. 2009. *L'intelligenza delle emozioni*, il Mulino.
- NUSSBAUM M. 2014. *Emozioni politiche. Perché l'amore conta per la giustizia*, il Mulino.
- NUSSBAUM M. 2017. *Rabbia e perdono. La generosità come giustizia*, il Mulino.
- OLIVITO E. 2016. *Il diritto costituzionale all'abitare: spunti teorico-dogmatici e itinerari giurisprudenziali*, in «Politica del diritto», 3, 2016, 337 ss.
- ORWELL G. 2018. *Senza un soldo a Parigi e a Londra*, Mondadori (ed. or. 1933).
- PATEMAN C. 2003. *The Disorder of Women*, Polity Press (ed. or. 1980).
- PERLINGIERI P. 1991. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane.
- PESCAROLO A. 2019. *Il lavoro delle donne nell'Italia contemporanea*, Viella.
- PESCAROLO A. 2023. *Il lavoro delle donne nell'Italia contemporanea. Una replica*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 2023, 79 ss.

- PINO G. 2016. *Diritti sociali. Per una critica di alcuni luoghi comuni*, in «Ragion pratica», 47, 2016, 495 ss.
- POGGIO T. 2008. *La casa in proprietà nella stratificazione sociale*, in «Meridiana», 62, ABITARE, 2008, 53 ss.
- POLANYI K. 1974. *La grande trasformazione*, Einaudi (ed. or. 1944).
- PORTINARO P.P. 1999. *Stato*, il Mulino.
- PRICE R. 2021. *La libertà civile. Scritti politici*, Rubbettino (ed. or. 1776).
- PROVASI G. 2019. *Dai Trenta gloriosi all'affermazione del neo-liberalismo: forme di integrazione e grandi trasformazioni*, in «Stato e mercato», 2, 2019, 175 ss.
- PULCINI E. 2020. *Tra cura e giustizia. Le passioni come risorsa sociale*, Bollati Boringhieri.
- RAWLS J. 1971. *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press.
- RE L. 2023. *Dallo sfruttamento alla cura? Una discussione a partire da Il lavoro delle donne nell'Italia contemporanea di Alessandra Pescarolo*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 2023, 5 ss.
- RICCIUTO V. 2022. *L'equivoco della privacy. Persona vs dato personale*, Edizioni Scientifiche Italiane.
- RIGO E. 2022. *L'impatto degli studi di genere sul diritto. Riproduzione sociale, lavoro non retribuito e cura sotto la lente della pandemia*, 2, 2022, 319 ss.
- RITTER G. 1996. *Storia dello Stato sociale*, Laterza.
- RODOTÀ S. 1981. *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, il Mulino.
- RODOTÀ S. 1997. *Libertà e diritti in Italia dall'Unità ai nostri giorni*, Donzelli.
- RODOTÀ S. 2014. *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza.
- ROSANVALLON P. 2013. *La società dell'uguaglianza*, Castelvecchi.
- RUDAN P. 2011. *Il centro eccentrico. Le donne, il femminismo e il soggetto a sesso unico*, in «Filosofia politica», 3, 2011, 365 ss.
- RUDAN P. 2020. *Donna. Storia e critica di un concetto polemico*, il Mulino.
- SALAZAR C. 2000. *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli.
- SCANLON T. M. 2017. *Why Does Inequality Matter?*, Oxford University Press.
- SCHIAVELLO A. 2022. *Il futuro del costituzionalismo (se il costituzionalismo ha un futuro)*, in «Teoria e storia del diritto privato», num. spec. Ombre del diritto, 2022, 1 ss.
- SORRENTI G. 2023. *Diritti senza dimora: le politiche abitative del Terzo Millennio tra Pnrr e livelli essenziali delle prestazioni*, in «Politica del diritto», 4, 2023, 443 ss.
- STEECK W. 2013. *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli.
- STEINBECK J. 2017. *Furore*, Bompiani (ed. or 1939).
- STOLZI I. 2023. *Il lavoro delle donne. I tortuosi sentieri dell'eguaglianza*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 2023, 17 ss.
- STOWE H.B. 1992. *La capanna dello zio Tom*, Peruzzo Editore (ed. or. 1852).
- TARABORRELLI A. 2012. *La felicità nel dibattito politico inglese del '600. Hobbes e i suoi critici*, in «Filosofia politica», 3, 2012, 383 ss.
- TARELLO G. 1973. *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive. Corso di Diritto Civile 1972-1973*, Edizioni Culturali Internazionali.
- TEN DOMÉNECH M. 2024. *La felicidad a la luz de los principios de la modernidad*, Key Editore.
- TETI V. 2022. *La restanza*, Einaudi.
- TOMASI DI LAMPEDUSA G. 2010. *Il Gattopardo*, Feltrinelli (ed. or. 1958).
- TOSI A. 2017. *Le case dei poveri. È ancora possibile pensare un welfare abitativo?*, Mimesis.
- TRAMPUS A. 2015. *Il diritto alla felicità. Storia di un'idea*, Laterza, Edizione digitale.
- VALLAURI M.L. 2023. *Sui lavori delle donne*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 2023, 33 ss.

- VANTIN S. 2021. *La Rivoluzione e il diritto. Olympe de Gouges e Mary Wollstonecraft*, in CASADEI T., MILAZZO L. (eds.), *Un dialogo su Olympe de Gouges. Donne, schiavitù, cittadinanza*, Edizioni ETS.
- VECA S. 2000. *Felicità pubblica e felicità privata*, in *La "città" dei filosofi. Il concetto di felicità nel pensiero filosofico*, Atti del corso residenziale di aggiornamento sulla didattica della filosofia, Ferrara 14-19 febbraio 2000, consultabile online al link <https://digilander.libero.it/eruffaldi/filosofi/filosofi6.htm>.
- VEGETTI FINZI S. (ed.) 2000. *Storia delle passioni*, Laterza.
- VERGA G. 2020. *I Malavoglia*, Newton Compton (ed. or. 1881).
- VOLTAIRE 2013. *Candido o l'ottimismo*, Newton Compton (ed. or. 1759).
- WARREN S.D., BRANDEIS L.D. 1890. *The right to Privacy*, in «Harvard Law Review», IV, 5, 1890, 193 ss.
- WESLEY J. 2021. *Alcune considerazioni sulla libertà sollecitate da un recente trattato*, in PRICE R., *La libertà civile. Scritti politici*, Rubbettino.
- WESTIN A.F. 1967. *Privacy and Freedom*, Atheneum.
- WOOLF V. 2013. *Una stanza tutta per sé*, Feltrinelli (ed. or. 1929).
- ZAGREBELSKY G. 2007. *Imparare democrazia*, Einaudi.
- ZAGREBELSKY G. 2017. *Diritti per forza*, Einaudi.
- ZANETTI G. 1998. *Diritto, felicità, amicizia. Due argomenti sul perfezionismo giuridico*, Carocci.
- ZANETTI G. 2000. *Felicità*, in M. LA TORRE, G. ZANETTI, *Seminari di filosofia del diritto*, Rubbettino, 81 ss.
- ZINCONE G. 1992. *Da sudditi a cittadini*, il Mulino.
- ZULLO S. 2013. *La dimensione normativa dei diritti sociali. Aspetti filosofico- giuridici*, Giappichelli.

Perché il paternalismo giuridico è sbagliato? Una riformulazione della teoria espressiva

Why is Legal Paternalism Wrong? A Restatement of the Expressive Theory

FRANCESCO FERRARO

Università degli Studi di Milano.

E-mail: francesco.ferraro@unimi.it

ABSTRACT

Il saggio si propone di offrire una riformulazione della c.d. teoria “espressiva” del paternalismo, offerta da N. Cornell, concentrandosi sulla spiegazione del perché il paternalismo appare *prima facie* moralmente problematico. Si esporranno le principali debolezze di tale teoria e si sosterrà che esse possono essere superate inserendo la spiegazione espressiva all’interno di una dottrina etica comprensiva di stampo espressivo o, in alternativa, di una dottrina etica di tipo consequenzialista.

The essay aims to offer a reformulation of the so-called ‘expressive’ theory of paternalism as proposed by N. Cornell, focusing on the explanation of why paternalism appears *prima facie* morally problematic. The main weaknesses of this theory will be exposed and it will be argued that they can be overcome by embedding the expressive explanation within a comprehensive expressive ethical doctrine or, alternatively, a consequentialist ethical doctrine.

KEYWORDS

paternalismo, teoria espressiva, autonomia, consequenzialismo, *nudging*

paternalism, expressive theory, autonomy, consequentialism, *nudging*

Perché il paternalismo giuridico è sbagliato?

Una riformulazione della teoria espressiva

FRANCESCO FERRARO

1. *Introduzione: la rinuncia a una ridefinizione di “paternalismo”* – 2. La teoria espressiva – 2.1. *Il paternalismo come offesa* – 2.2. *Una falsa pista?* – 3. *Una proposta di riformulazione* – 3.1. *Le carenze della teoria espressiva di Cornell* – 3.2. *La famiglia delle teorie espressive* – 3.3. *Una versione consequenzialista della teoria espressiva* – 4. *Conclusioni*.

1. *Introduzione: la rinuncia a una ridefinizione di “paternalismo”*

È stato osservato che la letteratura filosofica degli ultimi decenni si è concentrata sul paternalismo come fenomeno moralmente connotato, in senso ovviamente negativo: si parte considerando l'assenza di paternalismo come condizione iniziale non bisognosa di giustificazione e, successivamente, si argomenta cercando di identificare casi particolari di forme limitate e giustificabili di paternalismo. Tuttavia, alcune di queste forme sono già ampiamente accettate e diffuse nelle nostre società, cosicché, nello spettro delle valutazioni sul paternalismo in generale, anche le posizioni a esso più ostili si limitano a sostenere che si tratta di un fenomeno solo presuntivamente sbagliato¹.

Naturalmente, alla discussione etico-filosofica sul paternalismo in generale gioverebbe grandemente una delimitazione previa del fenomeno, magari con la proposta di una definizione esplicativa del termine in questione: ridefinendo “paternalismo” si preciserebbe il relativo concetto, a tutto beneficio delle discussioni teoriche. Peccato, però, che l'impresa ridefinitoria si riveli immediatamente, in questo caso, assai ardua.

Si consideri, per esempio, la seguente articolata definizione esplicativa offerta da Gerald Dworkin:

«*X agisce paternalisticamente nei confronti di Y facendo (od omettendo) Z [quando]: Z (o la sua omissione) interferisce con la libertà o l'autonomia di Y. X fa questo senza il consenso di Y. X fa questo solo perché X crede che Z migliorerà il benessere di Y (laddove ciò include impedire la diminuzione del suo benessere), o in qualche modo promuove gli interessi, i valori, o il bene di Y*»².

Pur cogliendo indubbiamente le caratteristiche di gran parte dei casi cui si applica comunemente l'etichetta di paternalismo, questa definizione, di cui Dworkin stesso riconosce alcuni aspetti dubbi, è stata criticata riguardo a ciascuna delle tre condizioni che essa pone. Per esempio, si può concepire un'azione paternalistica che non limiti la libertà o l'autonomia di un soggetto, ampliando (pur contro la sua volontà) le possibilità di scelta a sua disposizione³. A meno, quindi, di non concepire l'interferenza in un senso molto ampio, la prima condizione non è necessaria per parlare di paternalismo.

La seconda condizione (l'assenza del consenso del soggetto Y), come è stato chiarito da

¹ Cfr. BEGON 2016, 355.

² DWORKIN 2020 (traduzione mia).

³ Cfr. SHIFFRIN 2000, 214. Il caso concepito da Shiffirin è quello di un'azione su soggetti che non vogliono avere più libertà di scelta, per non essere costretti a decisioni difficili, per non cadere in tentazioni, etc. Tuttavia, si potrebbe replicare a Shiffirin che concepire la libertà in termini di mera quantità di opzioni a disposizione non permette di rendere conto della libertà, negata in questo caso ai soggetti, di sottrarsi alla scelta o di selezionare le opzioni tra cui scegliere. Analogo discorso si può fare riguardo all'autonomia.

Dworkin stesso, non implica che l'azione paternalistica sia necessariamente *contro* il consenso del soggetto, il quale magari può, semplicemente, non essere stato consultato. È stato però fatto notare che si possono dare casi di “paternalismo felice”, nei quali chi subisce l'azione paternalistica è d'accordo con essa; dunque, il paternalismo non richiederebbe l'assenza di consenso, bensì che chi agisce paternalisticamente sia indifferente al consenso di chi subisce l'azione⁴. Se, però, l'azione paternalista può anche svolgersi con il consenso di chi la subisce, allora essa non interferisce necessariamente con la sua libertà, né con la sua autonomia; dunque, la prima delle condizioni nella definizione di Dworkin è messa in discussione⁵.

Infine, la terza condizione è forse la più problematica. L'agente compie l'azione paternalista *perché* crede che essa farà il bene del soggetto che la subisce. Eppure, è possibile che, accanto a questo, l'azione abbia molteplici altri scopi; ciò rende difficile qualificare molte azioni, apparentemente paternaliste, come tali, specialmente quando si tratta di azioni collettive, come (per esempio) nel caso della legislazione⁶. Per esempio, è possibile che alcuni dei parlamentari italiani che hanno votato a favore della legge III dell'11 aprile 1988, che all'art. 23 introduceva l'obbligo di indossare le cinture di sicurezza nei posti anteriori degli autoveicoli, lo abbiano fatto allo scopo di tutelare l'incolumità degli automobilisti; altri parlamentari, invece, potrebbero aver perseguito l'obiettivo di contenere i costi degli incidenti per il sistema sanitario nazionale. Bisogna, allora, concentrarsi solo sulla migliore spiegazione possibile di un'azione (intesa come giustificazione strumentale)⁷? In tal caso, una legge è da considerarsi paternalistica solo se la sua giustificazione più plausibile si basa sul limitare la libertà o autonomia delle persone per il loro stesso bene. Sorge, però, un problema: se il paternalismo si considera *prima facie* come sbagliato, com'è possibile che esso costituisca una ragione – addirittura la *migliore* ragione disponibile – a favore di una certa legge?⁸ Inoltre, questa spiegazione sposta necessariamente il fulcro della ridefinizione, dagli scopi effettivi e soggettivi dell'agente alle giustificazioni disponibili per la sua azione: è possibile, per esempio, che la giustificazione paternalista non sia mai stata realmente offerta né presa in considerazione da nessuno dei legislatori, ma che essa sia cionondimeno la giustificazione più plausibile della legge da loro approvata⁹.

Peraltro, anche senza distaccarsi dalla terza condizione della ridefinizione di Dworkin, che si concentra sulle ragioni soggettivamente intese dall'agente paternalista, occorre chiarire se si sta parlando di ragioni *esplicative* (l'agente paternalista X desidera fare il bene del soggetto Y e crede di poterlo fare) oppure di ragioni *normative* (X ritiene che il bene di Y giustifichi la propria azione paternalista). È stato anche proposto di considerare superfluo sciogliere l'ambiguità, affermando che la presenza di un tipo o dell'altro di ragioni (*disgiuntamente*¹⁰ oppure *congiuntamente*¹¹) sarebbe sufficiente a soddisfare la terza condizione del paternalismo. In un caso e nell'altro, comunque, si starebbe abbracciando una concezione del paternalismo focalizzata solo sulle *azioni*, le quali sarebbero paternaliste in virtù delle motivazioni o giustificazioni che le accompagnano. Un'alternativa sarebbe quella di ritenere che le azioni non possano mai essere, di per sé, paternaliste, ma che solo la loro unione con certe ragioni possa esserlo: un certo complesso “azione A-ragione B” può essere paternalista, mentre un altro complesso “azione A-ragione C” può non esserlo. Ciò permetterebbe, tra l'altro, di rendere conto del paternalismo legislativo: non potreb-

⁴ Cfr. RYAN 2016, 125-131.

⁵ Il caso in cui l'azione paternalista è esercitata su sé stessi, oppure su un altro soggetto con il suo consenso (o persino su sua richiesta), è chiamato «auto-paternalismo» in ALEMANY 2005, 274.

⁶ Cfr. GRILL 2018, 49.

⁷ Come propone HUSAK 2003, 391 s.

⁸ Difficoltà rilevata già in HUSAK 2003, 392 s., dove però si conclude che quella del *best rationale* è al momento la migliore spiegazione disponibile del paternalismo legislativo.

⁹ Cfr. HUSAK 2003, 392.

¹⁰ Cfr. KLEINIG 1983, 10 s.

¹¹ Cfr. DE MARNEFFE 2006, 72 s.

be essere paternalista l'approvazione di una certa legge in sé, ma eventualmente l'approvazione di quella stessa legge unita a un certo tipo di motivazione o giustificazione¹².

Le brevi considerazioni di cui sopra, riguardanti le condizioni definitorie di “paternalismo”, hanno qui due soli scopi: 1) esemplificare la complessità del dibattito in corso, presentando alcune delle principali difficoltà che si incontrano quando si cerchi di precisare una nozione sfuggente come quella in questione; 2) introdurre alcuni dei problemi cui si farà riferimento anche nelle pagine che seguono. Non si è neppure ancora considerata, peraltro, l'ipotesi che il paternalismo non riguardi necessariamente il bene o gli interessi dei soggetti che lo subiscono, ma che possa manifestarsi anche per la tutela di soggetti terzi¹³, o per perseguire altri beni o valori (come i “beni epistemici” della conoscenza o della comprensione, nel qual caso si parla di “paternalismo epistemico”)¹⁴.

Probabilmente, il termine “paternalismo” è caratterizzato da vaghezza combinatoria, cioè è definibile sulla base di combinazioni variabili di proprietà, di cui non è possibile identificare un nucleo immutabile. Un'ipotesi riguardo alla causa di tale impossibilità è che “paternalismo” non sia un termine del linguaggio comune o quotidiano, al quale si cerchi poi di attribuire, per via ridefinitoria, un significato più preciso, adatto agli scopi dell'etica filosofica. Si tratterebbe, invece, di un termine del linguaggio “pseudoquotidiano” utilizzato dalla stampa e dall'oratoria politica, che lo prendono in prestito (o, piuttosto, lo ereditano) da discussioni “colte” – in questo caso, di argomento storico e/o filosofico – e lo utilizzano per la sua forza evocativa e le sue connotazioni negative¹⁵. Nella discussione filosofico-morale, quindi, si cerca invano di precisare una nozione a partire dagli usi ordinari, i quali, a loro volta, rimandano implicitamente all'uso di “paternalismo” fatto nei contesti teorici appropriati: si tratta di un circolo vizioso, insomma.

Invece di addossarsi le fatiche sterili dell'impresa ridefinitoria, in questa sede si cercherà di rendere conto del *male specifico* comunemente associato al paternalismo come nozione moralmente connotata, rispondendo a una domanda del tipo: che cosa c'è di sbagliato nel paternalismo? Offrire una risposta a questa domanda sarebbe di grande utilità anche per comprendere in quali casi il paternalismo è, tutto considerato, giustificato: infatti, se *prima facie* esso si associa a un certo male caratteristico (un aspetto moralmente problematico), è possibile che in alcuni (o anche molti) casi tale male sia meno rilevante, poiché meno presente e/o perché superato, nella giustificazione, da beni che il paternalismo consegue, o da mali maggiori che esso scongiura.

Tra le possibili risposte al quesito, una particolarmente interessante è stata offerta di recente nell'ambito di quella che si può chiamare “teoria espressiva” dal paternalismo.

2. La teoria espressiva

2.1. Il paternalismo come offesa

Nicolas Cornell ha proposto una spiegazione del male specifico del paternalismo in termini di «contenuto espressivo» delle sue manifestazioni¹⁶. Tale spiegazione costituirebbe una «terza teoria» rispetto ad altre due teorie tradizionali e diffuse.

La prima di queste teorie è, secondo Cornell, quella per cui il paternalismo sarebbe caratterizzato da specifici *effetti* negativi e, in particolare, dal male della *coercizione*. Il paternalismo giuri-

¹² Cfr. GRILL 2007.

¹³ Cfr. SHIFFRIN 2000, 215-220.

¹⁴ Cfr. AHLSTROM-VIJ 2013, 39-64.

¹⁵ Questa spiegazione ricalca, pur con alcune lievi modifiche, l'ipotesi presentata da ECO 1984, 199-202, riguardo alla difficoltà di definire con sufficiente precisione il termine “simbolo” per gli scopi della semiotica.

¹⁶ CORNELL 2015, 1297.

dico, caratterizzato dall'impiego di sanzioni come quelle penali per limitare la libertà dei cittadini, è il caso più tipico di paternalismo coercitivo¹⁷. Si tratterebbe – in base a una delle varie accezioni della distinzione tra *hard* e *soft paternalism* – di un paternalismo “duro”, contrapposto al paternalismo “morbido” che, invece, non si esercita tramite coercizione. Com'è noto, Richard Thaler e Cass Sunstein hanno difeso l'impiego del *nudging* o “spinta gentile” nell'ambito dell'“architettura della scelta”, come strumento d'elezione di un paternalismo morbido, di stampo “libertario”¹⁸. Dunque, l'operazione di Thaler e Sunstein riguardo al paternalismo è duplice: escludono la coercizione come condizione necessaria del paternalismo e, al contempo, suggeriscono che il paternalismo è *prima facie* sbagliato solo quando si esercita tramite coercizione¹⁹. Per Cornell, tuttavia, quest'ultimo suggerimento è sbagliato, poiché il problema principale del paternalismo non è la coercizione²⁰. Infatti, in certi contesti – come nelle relazioni affettive – un certo grado di coercizione applicata su qualcuno, per il bene di quella persona stessa, è considerato più accettabile di piccoli accorgimenti e (diremmo) trucchi per orientare le decisioni di quella persona²¹.

In base, invece, a una seconda teoria, il male specifico del paternalismo non risiederebbe in certi suoi effetti (come la coercizione e la conseguente perdita di autonomia)²², bensì nelle *intenzioni* tipiche dell'agente paternalista, oppure nei suoi *motivi*. A questa teoria, Cornell oppone tre tipi di obiezioni.

- 1) In primo luogo, sostiene Cornell, intenzioni e motivi non rendono di per sé sbagliate le azioni: vi possono essere azioni corrette, compiute con intenzioni e/o per motivi normalmente considerati deprecabili. Invece, il paternalismo di per sé rende sbagliate, almeno in certi casi, le azioni che caratterizza: per esempio, il fatto che una certa proposta di legge si presenti come paternalista dovrebbe, almeno *pro tanto*, contare come una ragione contro la sua approvazione²³.
- 2) In secondo luogo, per Cornell si può agire paternalisticamente anche senza averne l'intenzione, proprio come si può, senza volerlo, offendere qualcuno. Per essere più precisi, si può generare il male specifico del paternalismo anche a prescindere dalle intenzioni e/o motivi dell'agente, per negligenza, disattenzione o ignoranza. In questi casi, anche qualora l'agente chiarisse in un secondo momen-

¹⁷ Cfr. MANIACI 2012, 2; sul paternalismo giuridico come principio giustificativo della coazione statale, cfr. anche FEINBERG 1971, 105. Si deve però distinguere tra un senso ampio e un senso stretto di paternalismo giuridico coattivo: in un senso ampio, il paternalismo giuridico è sempre coattivo, poiché risulta dall'esercizio di poteri sui cittadini che ne alterano la posizione giuridica, indipendentemente dal loro consenso individuale; in un senso stretto, però, è coattivo solo il paternalismo che ricorre alle sanzioni come strumento principale (cfr. ALEMANY 2005, 282).

¹⁸ Cfr. THALER, SUNSTEIN 2009, 5 s.

¹⁹ Cfr. CORNELL 2015, 1301.

²⁰ Cornell scarta anche l'ipotesi che il *nudging* paternalista sia moralmente sbagliato in quanto ingannevole: infatti, l'architettura della scelta può essere resa trasparente e i soggetti a cui è applicata possono essere avvisati al riguardo.

²¹ Il caso immaginato da Cornell è quello di un marito preoccupato per la salute della moglie, la quale lavora eccessivamente: trascorre in ufficio più tempo del necessario, lavora anche in casa e nel tempo libero, etc. Il marito potrebbe agire organizzando una vacanza di sicuro gradimento della moglie, mettendosi d'accordo anche con il segretario di questa per modificare opportunamente la sua agenda e comunicando, infine, tutto questo alla consorte solo all'ultimo momento, mettendola di fronte al fatto compiuto; in tal modo la starebbe obbligando, seppur dolcemente. In alternativa, il marito potrebbe cercare di esercitare una pressione gentile (una forma di *nudging*) sulla moglie, rendendole (per esempio) meno comodo lavorare a casa di sera; spingendo la figlia a chiamarla in ufficio quando vi si trattiene più a lungo; tardando nel comunicarle eventuali chiamate di lavoro a casa, etc. Secondo Cornell, pur trattandosi in entrambi i casi di chiare ipotesi di paternalismo, il comportamento del marito nel primo caso sarebbe intuitivamente più accettabile di quello del secondo caso. Dunque, non sarebbe la coercizione di per sé a rendere moralmente problematico o inaccettabile il paternalismo. Cfr. CORNELL 2015, 1305.

²² Cornell, così come altri, non sembra differenziare tra autonomia e libertà nella trattazione del paternalismo. Nelle pagine che seguono, si utilizzerà prevalentemente il solo termine “autonomia”, ma occorrerebbe in (quasi) ogni contesto aggiungere “e/o libertà”.

²³ Cornell chiama quest'ultima la “funzione deliberativa” del giudizio di paternalismo: cfr. CORNELL 2015, 1310 s.

to le proprie reali motivazioni o intenzioni, ciò potrebbe non essere sufficiente a rendere moralmente accettabile l'azione, cancellando il male specifico del paternalismo²⁴.

3) Infine, se il paternalismo dipendesse da intenzioni e/o motivi, sarebbe molto difficile parlare di paternalismo riguardo a leggi e politiche pubbliche, a causa delle note difficoltà (cui si è accennato sopra) legate alla nozione di intenzione legislativa. Alcuni dei membri di un'assemblea parlamentare potrebbero votare a favore di una certa misura avendo in vista il bene di coloro cui è destinata; altri, invece, potrebbero votare a favore della stessa misura con altre intenzioni. Inoltre, anche se si superassero le difficoltà dell'identificare plausibilmente un'unica intenzione legislativa, si incorrerebbe in un altro problema. Come si diceva al punto 1, il fatto che una legge sia paternalistica *costituisce una ragione* a sfavore della sua approvazione; tale fatto non può, quindi, *dipendere dalle ragioni* per cui la stessa legge è approvata²⁵.

Invece, la terza teoria alternativa, che è quella proposta da Cornell, individua nel “contenuto espressivo” il male specifico del paternalismo. Le azioni “dicono” cose – esprimono messaggi – e questo vale anche per le decisioni di natura pubblica e le leggi: per esempio, le leggi penali esprimono atteggiamenti di condanna e sentimenti di indignazione, rivolti verso determinate condotte e chi se ne rende responsabile²⁶. Questa funzione espressiva sarebbe ciò che caratterizza in senso negativo il paternalismo. L'agente paternalista X esprime, con le proprie azioni (od omissioni), l'idea che un altro soggetto Y non sappia qual è il suo stesso bene, o che sia comunque meno competente di X al riguardo. Il paternalista X, insomma, si pone in una posizione di superiorità, esprimendo il messaggio di “saperne di più” riguardo al bene di Y. Questa implicita dichiarazione di superiorità costituisce un'offesa ed equivale a un insulto (*insult*): è questo il male specifico del paternalismo, non i modi in cui si esercita (coattivi o meno), né le intenzioni o i motivi degli agenti. La stessa interferenza con, o limitazione di, libertà e autonomia non è sbagliata di per sé, bensì per ciò che esprime: infatti, la tutela della libertà e autonomia altrui ha un valore simbolico, poiché è indicativa di rispetto²⁷.

Chiaramente, il contesto influenza il contenuto espressivo delle azioni e decisioni. Se, per esempio, un agente X esprime di consueto, con le proprie azioni, grande rispetto e considerazione nei confronti di un soggetto Y, allora un'interferenza puntuale e isolata di X con la libertà e/o autonomia di Y per il bene di quest'ultimo potrebbe non esprimere affatto un'idea offensiva di superiorità, né costituire una mancanza di rispetto²⁸. Inoltre, anche la possibilità di offrire giustificazioni non-paternaliste per azioni che, a prima vista, sembrano paternaliste, influenza il contesto: se una certa legge, che sembra paternalista, può essere giustificata plausibilmente in modi che non hanno a che

²⁴ A questo riguardo, Cornell offre due esempi ipotetici. A) Per proteggere una specie rara di licheni, una guardia forestale può proibire la scalata di una certa parete, che è anche particolarmente e notoriamente pericolosa. Scalatrici e scalatori possono criticare la proibizione in quanto paternalista. B) Un genitore regala alla figlia adulta un abito pensato per un ambiente di lavoro aziendale, ignorando che la figlia non ha alcuna intenzione di intraprendere una carriera aziendale, che è lontanissima dai suoi progetti e ideali di vita. Secondo Cornell, in entrambi i casi non si tratta meramente di un'illusione o parvenza di paternalismo, ma di paternalismo vero e proprio. Inoltre, anche spiegare le intenzioni originali della guardia forestale e del genitore non cancellerebbe (“necessariamente”) il male specifico delle due azioni. Cfr. CORNELL 2015, 1311 s.

²⁵ Più precisamente, sarebbe assurdo che, per valutare se una proposta di legge è paternalista e, quindi, non dev'essere approvata, ogni membro dell'assemblea dovesse indagare le ragioni per cui gli altri membri la sostengono. Cfr. CORNELL 2015, 1313 s.

²⁶ Cornell fa riferimento, al riguardo, a una tra le varie teorie espressive (o comunicative) della pena, quella presentata in FEINBERG 1965.

²⁷ Cfr. CORNELL 2015, 1316 s.

²⁸ Per Cornell, questo è ciò che differenzia i due casi di paternalismo da parte del marito preoccupato per l'eccessiva dedizione al lavoro della moglie, rendendo il primo caso intuitivamente più accettabile del secondo: v. *supra*, n. 21.

fare con la presunta incapacità dei cittadini di valutare e scegliere per il proprio bene, allora la specifica offesa paternalista non si verificherà (non sarà espressa dalla legge in questione)²⁹.

Inoltre, anche quando l'agente paternalista X esprime, con le proprie azioni, una superiore competenza rispetto a Y nel giudicare riguardo al bene di quest'ultimo, non è detto che tale espressione di superiorità sia necessariamente offensiva o insultante nei confronti di Y. In alcuni casi, spiega Cornell, è ragionevole accettare che qualcun altro, in determinate situazioni, sappia meglio di noi che cos'è il nostro bene. Chi possiede la virtù dell'umiltà, dunque, non percepisce come insultanti tutti gli interventi paternalisti che riceve da altri³⁰.

La teoria espressiva del paternalismo permetterebbe, secondo Cornell, di spiegare perché il male specifico del paternalismo si produce anche quando è effettivamente *vero* che l'agente paternalista X sa meglio di un altro soggetto Y quale sia il bene di Y stesso. Infatti, a volte anche l'espressione di una verità può essere insultante. Dunque, anche il paternalismo «empiricamente fondato» (come quello esercitato tramite *nudging*, che assume correttamente la presenza di limitazioni e difetti nei processi cognitivi di tutti gli esseri umani) può risultare insultante. Tale carattere insultante spiegherebbe anche perché certe politiche paternaliste, accettate pacificamente quando applicate generalmente a tutta la cittadinanza, appaiono molto più discutibili quando sono orientate alla tutela di gruppi specifici, specialmente quando si tratta di gruppi già svantaggiati e/o emarginati: al di là delle intenzioni dei promotori, infatti, queste politiche additano al pubblico gli appartenenti a tali gruppi, esprimendo implicitamente la loro inferiorità³¹.

Infine, secondo Cornell la teoria espressiva permette anche di spiegare perché alcune politiche paternaliste coercitive, che limitano significativamente la libertà dei soggetti, sembrano *prima facie* più giustificate di politiche paternaliste “morbide”, che applicano spinte gentili e architetture della scelta per il bene dei cittadini stessi. Infatti, è il contesto formato dalle strutture di potere statali a influire sull'entità dell'insulto paternalista. In una democrazia funzionante, coloro che emanano leggi paternaliste sono anche, in qualità di cittadini, soggetti a tali leggi come tutti gli altri; ciò ristabilisce rapporti di parità tra agente paternalista e soggetto che ne subisce l'intervento. Inoltre, il fatto che sia una maggioranza di individui a esprimere il tipico messaggio paternalista (quello di saperne più di me riguardo al mio stesso bene) rende anche più plausibile il contenuto del messaggio stesso: come si è detto, può essere ragionevole supporre che, in certi casi, qualcuno ne sappia più di noi stessi riguardo al nostro bene³². Invece, in un contesto autoritario e con rigide gerarchie di potere, anche interventi più morbidi esprimeranno, in modo offensivo, che il governo sa meglio dei cittadini stessi qual è il loro bene.

2.2. Una falsa pista?

Una critica estesa della teoria espressiva del paternalismo, nella versione offerta da Cornell, è stata presentata da Jonathan Turner, per il quale tale teoria consiste, in realtà, di due tesi distinte: una prima tesi sulla *natura* del paternalismo, per cui un'azione è paternalista se (e solo se) esprime l'idea che l'agente ne sappia di più della persona che ne subisce l'azione; una seconda

²⁹ Cfr. CORNELL 2015, 1318-1321.

³⁰ Questo non è lo stesso che affermare, come alcuni hanno fatto, che il paternalismo sia accettabile quando si possa presupporre il consenso (anche implicito o ideale) dei soggetti che lo subiscono, magari in un momento futuro (per esempio, quando i figli, una volta divenuti adulti, riconoscono che le misure paternaliste dei loro genitori erano appropriate). Cornell attribuisce quest'ultima giustificazione del paternalismo a John Rawls e a Gerald Dworkin. Cfr. CORNELL 2015, 1322 s.

³¹ Cfr. CORNELL 2015, 1325-1332.

³² Cfr. CORNELL 2015, 1332-1335. Cornell aggiunge anche l'argomento dell'alternanza di maggioranze democratiche: in una democrazia funzionante, a volte gli altri approveranno misure paternaliste che mi colpiscono; altre volte, io stesso mi unirò ad altri per approvare (personalmente o tramite chi mi rappresenta) misure paternaliste verso altri individui. Questa reciprocità contribuisce a far sì che il paternalismo pubblico non sia necessariamente meno accettabile del paternalismo nelle relazioni tra individui.

tesi sulla *inaccettabilità morale* (*wrongness*) del paternalismo, per cui l'azione paternalista è sbagliata quando, e nella misura in cui, l'espressione di tale idea è insultante³³. Dal momento che, come si è detto, in questa sede si lascerà da parte la questione ridefinitoria, ci si concentrerà principalmente sulla critica di Turner della seconda tesi.

Per Turner, la spiegazione espressiva del male specifico del paternalismo non riesce affatto a prescindere da motivi e intenzioni dell'agente³⁴. Ci sono comunque buone ragioni per preoccuparsi delle intenzioni e motivazioni *reali* dell'agente paternalista, indipendentemente dal messaggio espressivo che la sua azione veicola. Infatti, si pensi al seguente caso: un certo governo, noto per il suo rispetto dell'autonomia individuale e per i principi liberali che propugna, adotta una certa misura, giustificandola ufficialmente su basi tipicamente non-paternaliste (per esempio, giustificando l'obbligo di cinture di sicurezza sulle automobili, appellandosi ai costi per la sanità pubblica degli incidenti di chi non indossa la cintura). Ipotizziamo, però, che la misura in questione sia soggettivamente intesa, da parte di coloro che l'hanno approvata, in modo tipicamente paternalista (presupponendo di saperne dei più dei cittadini riguardo al loro stesso bene). Il risultato, secondo la teoria espressiva, sarebbe che non si esprime alcun messaggio offensivo e, quindi, non si verifica il male specifico del paternalismo³⁵. Eppure, spiega Turner, anche in questo caso ci sono buone ragioni per preoccuparsi delle intenzioni e motivazioni autentiche dietro la misura in questione. Anzitutto, è di per sé sgradevole sapere che altre persone ci considerino ignoranti rispetto al nostro stesso bene e, magari, cerchino di correggere aspetti della nostra vita che, invece, non riteniamo debbano essere corretti. Inoltre, è importante per noi sapere se certe politiche sono motivate dalla presunzione di saperne più di noi stessi su qual è il nostro bene: infatti, c'è una forte presunzione a sfavore della correttezza fattuale di tale assunto. È facile che chi pretende di conoscere meglio di noi stessi quale sia il nostro bene, in realtà, si sbaglia.

Il problema fondamentale della teoria espressiva, secondo Turner, è che sembra ridurre il paternalismo a un semplice *fallimento comunicativo*. Un governo può esprimere involontariamente un messaggio paternalista sbagliato, nonostante le sue misure non siano affatto spinte dal presupposto di un' inferiorità o ignoranza dei cittadini. Vale anche il caso opposto: un governo può approvare misure sulla base di tale presupposto, ma se le sue motivazioni e intenzioni rimangono segrete, allora le sue azioni non esprimeranno il messaggio offensivo paternalista. Per la teoria espressiva di Cornell, il paternalismo è *necessariamente trasparente*³⁶. Inoltre, un governo può adottare politiche esplicitamente paternaliste ma convincere, allo stesso tempo, i cittadini che tali politiche non esprimono affatto un'offesa nei loro confronti, ma piuttosto un atteggiamento apprezzabile di cura, di responsabilità e di rispetto. Con una lunga ed efficace campagna di «relazioni pubbliche», il governo può cambiare il clima normativo e quindi il significato sociale delle proprie politiche paternaliste, cancellandone gradualmente ogni connotazione offensiva e, quindi, prevenendo il male specifico del paternalismo. Questo, peraltro, non cambierebbe affatto l'interferenza delle politiche in questione con l'autonomia degli individui, né cambierebbero le motivazioni e intenzioni retrostanti: semplicemente, cambierebbe la percezione di queste, da

³³ Cfr. TURNER 2023, 1.

³⁴ Per Turner, l'attrattività di tale spiegazione potrebbe essere attribuita al desiderio di mantenere l'intuizione per cui c'è qualcosa di sbagliato in ciò che spinge l'agente paternalista, ma senza incorrere in obiezioni come quelle legate all'intenzionalità collettiva. Una certa legge può esprimere il tipico messaggio paternalista – *prima facie* moralmente sbagliato – anche a prescindere dalle motivazioni e intenzioni di chi l'ha approvata (per non parlare delle intenzioni collettive dell'assemblea legislativa, che include coloro che hanno votato a sfavore).

³⁵ A dire il vero, se non si esprime alcun messaggio, per la teoria espressiva (che include, come si è detto, anche una tesi sulla natura del paternalismo) non si tratta neppure di un'azione paternalista. Il risultato assurdo è che la misura diventerebbe paternalista solo qualora qualcuno rivelasse le autentiche motivazioni di chi l'ha approvata, dando luogo così alla trasmissione del messaggio paternalista (il cui contenuto è, come si è detto, che l'agente paternalista ne sa di più di chi subisce la sua azione). Cfr. TURNER 2023, 5-8.

³⁶ Cfr. TURNER 2023, 8 s. L'autore chiama questa «obiezione del paternalismo segreto».

parte di coloro cui si applicano. Ora, sostiene Turner, se il paternalismo è *prima facie* sbagliato ed è caratterizzato eticamente in senso negativo, è quantomeno strano sostenere che un governo possa cancellarne l'aspetto negativo soltanto con un'accorta campagna di comunicazione e di pubbliche relazioni³⁷.

Infine, secondo Turner la teoria espressiva non appare neppure superiore alle teorie che si basano sugli *effetti* dell'azione paternalista e, in particolare, sulla coercizione con cui tale azione si esplica. Come si è detto, Cornell porta esempi a sostegno del fatto che è il significato espressivo dell'azione paternalista a determinarne l'impatto morale, appoggiandosi alla maggiore accettabilità, in determinati contesti, di misure maggiormente coercitive rispetto ad altre di paternalismo "morbido". Tuttavia, obietta Turner, non bisogna tenere in conto solo l'intensità dell'intervento paternalista (che è senz'altro elevata nel caso del paternalismo coercitivo) ma anche la sua estensione o pervasività. Estese politiche di *nudging* possono interferire con l'autonomia in modo molto più significativo rispetto a un uso paternalista del diritto penale, se quest'ultimo è limitato e facilmente individuabile. Per questo, è comprensibile che desti maggiori sospetti un governo paternalista propenso ad applicare misure non coercitive di architettura della scelta: infatti, data l'ampiezza dei suoi ambiti di intervento, è molto più probabile che in certi casi si sbagli rispetto a quale sia il bene dei cittadini su cui interviene. In ogni caso, è lecito sospettare di governi che pretendano di saperne di più dei cittadini in numerosissimi campi³⁸. Insomma, non è il presunto insulto espresso dall'azione paternalista a renderla *prima facie* sbagliata, bensì è l'effettivo impatto sull'autonomia di chi la subisce. L'espressione offensiva di una mancanza di rispetto deriva proprio dalla lesione dell'autonomia e non è indipendente da questa.

Occorre, allora, tralasciare interamente l'aspetto espressivo delle azioni paternaliste? Non è così: ciò che il paternalismo esprime è rilevante e, a seconda dei contesti, può rendere certe forme di paternalismo più accettabili di altre. Tuttavia, ciò non dipende da un presunto messaggio offensivo, bensì da quello che l'azione *rivela*: per esempio, che la relazione tra l'agente paternalista e il soggetto che ne subisce l'azione è fondata sulla manipolazione, sulla sfiducia, etc. L'espressione conta solo nella misura in cui riflette gli atteggiamenti reali dell'agente³⁹.

3. Una proposta di riformulazione

3.1. Le carenze della teoria espressiva di Cornell

Le obiezioni presentate da Turner alla teoria espressiva proposta da Cornell sono convincenti, ma non rimuovono l'esigenza di una teoria del male specifico del paternalismo che eviti sia i problemi delle teorie fondate sui suoi effetti, sia quelli delle teorie fondate sulle motivazioni o

³⁷ Cfr. TURNER 2023, 10. L'autore chiama questa «obiezione delle pubbliche relazioni». Turner sembra però eccessivamente fiducioso nei confronti della capacità dei governi di cambiare il clima normativo e i significati sociali di certi comportamenti, agendo come "impresari normativi" che lanciano nuove norme e simboli nella società. Sulla nozione di *norm entrepreneur*, cfr. SUNSTEIN 1996.

³⁸ A ciò si aggiunge il sentimento di alienazione, derivante dalla percezione che l'intervento pubblico nelle mie scelte è onnipervasivo e, soprattutto, che si effettua in forme che sono fuori dal mio controllo. In ogni caso, afferma Turner, è l'ubiquità stessa dell'intervento paternalista a destare preoccupazione, non ciò che tale ubiquità *esprime*. Cfr. TURNER 2023, 15 s.

³⁹ Cfr. TURNER 2023, 17 s. Nell'esempio del marito preoccupato dall'eccessiva dedizione al lavoro di sua moglie (cfr. *supra*, nt. 21), ciò che rende meno accettabile il comportamento del secondo caso (piccoli interventi occulti di paternalismo "morbido", invece di un intervento più invasivo eseguito con franchezza) è che evidenzia un atteggiamento e un'opinione del marito, nei confronti di sua moglie, decisamente discutibili: invece di considerarla come una compagna con cui confrontarsi ed esporre le proprie ragioni – una sua pari – il marito la considera *evidentemente* come un oggetto da manipolare.

intenzioni che lo caratterizzano. Inoltre, l'intuizione per cui l'azione paternalista esprime un messaggio discutibile, che risulta sbagliato anche a prescindere da eventuali effetti coercitivi e dalle intenzioni di chi la compie, merita di essere tenuta in seria considerazione. Un intervento di un agente X su un altro individuo Y, effettuato per il bene di Y ma senza tenerne nel debito conto il consenso, è comunque criticabile, anche quando (per esempio) non c'è stata interferenza con l'autonomia di Y poiché Y acconsente (all'insaputa di X) all'intervento stesso⁴⁰. Inoltre, possono darsi casi di paternalismo inconsapevole e indipendente dalle intenzioni e motivazioni dell'agente. Per esempio, è possibile che X intervenga su Y, per il bene di quest'ultimo e interferendo di fatto con la sua autonomia, ma senza avere l'intenzione di interferire (perché è convinto, sbagliando, che Y sia d'accordo). Anche in questo caso, l'intervento di X è criticabile (sebbene, tutto considerato, possa essere *scusabile*). Ciò che questi casi hanno in comune è che le azioni di X esprimono un certo messaggio e questo messaggio è, sotto qualche aspetto, sbagliato⁴¹.

Qui si esplorerà la possibilità di una teoria espressiva riformulata, che individui il male specifico del paternalismo nel messaggio espresso da azioni e politiche paternaliste, ma che non pretenda di ridurre il contenuto del messaggio a un unico tipo o modello, come quello dell'insulto. Allo stesso tempo, si cercherà di mostrare perché una teoria espressiva non possa interamente prescindere da riferimenti alle intenzioni o motivazioni dell'agente paternalista, oppure agli effetti delle sue azioni.

Preliminarmente, però, occorre evidenziare alcuni ulteriori problemi e carenze della teoria presentata da Cornell, che non sono stati tematizzati neppure nell'estesa critica di Turner.

(1) In primo luogo, Cornell non tiene in nessun conto una distinzione tradizionale (e necessaria): quella tra *paternalismo dei mezzi* e *paternalismo dei fini*. Il primo si riduce a interventi che permettono agli individui di raggiungere fini che essi stessi si sono posti e che, per varie ragioni, non sarebbero in grado di raggiungere da soli. Il secondo, invece, consiste in interventi tesi al raggiungimento di fini che, secondo l'agente paternalista, sono quelli che gli individui su cui agisce *dovrebbero* porsi, ma che non coincidono con quelli che, di fatto, si sono posti: in altre parole, il paternalista presuppone di conoscere meglio di loro quale sia il loro stesso bene⁴². Ora, l'azione paternalista di X su Y è sicuramente meno insultante, o nient'affatto insultante, se tutto ciò che esprime è che X può aiutare Y a raggiungere dei fini che Y stesso si è posto. Di per sé, questa conclusione non costituisce un problema per Cornell: si può tranquillamente sostenere che il paternalismo dei mezzi non sia mai insultante e, quindi, che sia sempre *prima facie* accettabile. Non si può non ricordare, tuttavia, che Sunstein e Thaler difendono il paternalismo «libertario» che utilizza misure di *nudging* proprio sulla base del fatto che esso rispetterebbe i fini che gli individui stessi si pongono, aiutandoli a prendere decisioni che risultano migliori ai loro stessi occhi⁴³. Cornell, come si è detto, trova invece problematico il *nudging* in molti contesti.

(2) La distinzione tra paternalismo dei mezzi e dei fini conduce, comunque, a un altro problema della ricostruzione di Cornell. Infatti, questi sembra ridurre il messaggio tipico dell'azione paternalista a un contenuto del tipo “l'agente paternalista X ne sa di più dell'individuo Y, che ne subisce l'intervento, riguardo allo stesso bene di Y”. Tuttavia, l'agente paterna-

⁴⁰ Cfr. RYAN 2016, 125 s., dove si modifica la seconda condizione del paternalismo individuata in DWORKIN 2020 specificando che X non agisce necessariamente *senza* il consenso di Y, bensì *senza tenere in conto* tale consenso nel processo decisionale. Cfr. *supra*, p. 2.

⁴¹ Per “sbagliato” non s'intende qui “falso”, bensì che vi sono ragioni normative *pro tanto* per cui il messaggio in questione non dovrebbe essere espresso.

⁴² La distinzione tra *means-related* ed *ends-related paternalism* è così presentata in LE GRAND, NEW 2015, 101-104. Per riferirsi alla stessa distinzione sono stati adoperate anche le espressioni “paternalismo morbido/duro” (in un senso diverso, quindi, da come sono impiegate *supra*, p. 4), “paternalismo debole/forte”, “paternalismo stretto/lasco”. Cfr. FEINBERG 1971; FEINBERG 1986, 12; CONLY 2013, 5; BEGON 2016, 356 s.

⁴³ Cfr. THALER, SUNSTEIN 2009, 5 s.; anche SUNSTEIN 2014, 123-138.

lista non nutre necessariamente una *sfiducia epistemica* nei confronti della competenza dell'altro riguardo al riconoscere il suo stesso bene. X può ritenere che Y sia perfettamente in grado di comprendere quale sia il proprio bene e, inoltre, che Y sappia benissimo come agire per realizzarlo, ma che, al contempo, Y non sia in grado di agire in quel modo: per esempio, per semplice debolezza della volontà (*akrasia*) oppure per problemi di dipendenza. Si potrebbe senz'altro ampliare la teoria di Cornell fino a ricomprendere anche questi casi. Tuttavia, l'offesa o insulto eventualmente espressi dall'azione di X sarebbero di un carattere diverso e, probabilmente, difficilmente evitabili o "disattivabili" per mezzo di un aperto scambio di ragioni con Y. Si pensi al seguente caso: in uno Stato paternalista si tassa l'acquisto di cibo "spazzatura" da parte di (e solo da parte di) persone affette da obesità, presupponendo che molte di queste vorrebbero cambiare le proprie abitudini alimentari, ma che non siano in grado di farlo autonomamente, poiché soffrono di disturbi del comportamento alimentare (come il *binge eating disorder* e la sindrome da consumo notturno). Questa misura esprime un'offesa o insulto nei confronti delle persone obese? Quello che si può ragionevolmente ipotizzare è che essa trasmette il messaggio di una loro inferiorità rispetto a coloro che, invece, riescono a controllare la loro alimentazione e non arrivano all'obesità. Ora, questo messaggio difficilmente può essere "neutralizzato" dal contesto, che può anche essere quello di uno Stato che generalmente esprime rispetto e considerazione per gli individui e le loro scelte (come sostenuto da Cornell). Neppure ci si può appellare alla virtù dell'umiltà e spiegare alle persone affette da obesità che, in fondo, è ragionevole accettare che da sole non sono in grado di combattere la loro condizione e, quindi, l'intervento statale è giustificato. Insomma: una cosa è neutralizzare il contenuto offensivo di un messaggio per cui qualcuno ne sa più di noi riguardo al nostro stesso bene; un'altra, ben più ardua, è neutralizzare un messaggio che esprime la nostra incapacità di controllare le nostre stesse scelte, di resistere alle tentazioni, di perseguire i nostri stessi obiettivi, etc.

(3) Del resto – e questo è un altro aspetto problematico della teoria di Cornell – il concetto di offesa o insulto non è sufficiente a ricomprendere tutto il male che si può fare con la semplice espressione di un certo messaggio, neppure quando ci si limita al caso del paternalismo. Come si è detto, Cornell precisa che, quando le politiche paternaliste sembrano additare alcuni individui particolari o determinati gruppi, il loro "potenziale insultante" è assai maggiore rispetto, invece, a politiche generali, rivolte a tutte le persone. Per esempio, politiche che incoraggiano i disoccupati percettori di sussidi a cercare lavoro, sebbene motivate da intenti condivisibili, possono (in determinate forme e contesti) esprimere il messaggio che queste persone sono pigre e/o mancanti di iniziativa. Queste osservazioni sono del tutto condivisibili nel merito, ma sembrano confondere l'offesa o insulto con lo *stigma*. Il sentimento soggettivo suscitato da un insulto ricevuto è noto, di per sé, come generalmente sgradevole a chiunque sia stato insultato. Esso, tuttavia, è diverso dal tipo di marchio sociale che lo stigma impone su certe categorie di persone: tale marchio influisce sulla vita di queste persone in modo molto più profondo ed esteso di un'offesa puntuale, plasmando le strutture sociali in modo da rendere la loro posizione indesiderabile e (indirettamente) portando le vittime a sviluppare sentimenti di inferiorità e di disprezzo per se stesse. Lo stigma è un elemento caratteristico – per alcuni, concettualmente centrale – della discriminazione⁴⁴. La differenza tra un insulto puntuale, di carattere personale, e lo stigma può anche essere vista come consistente nel fatto che il primo genera un'offesa, il secondo un *danno*, o meglio: un caratteristico insieme di danni, tangibili e intangibili. Ciò fa sì, per esempio, che i discorsi d'odio stigmatizzanti siano normalmente più lesivi dei semplici insulti personali⁴⁵. Del resto, solo quando l'insulto si riferisce a determinate caratteristiche di chi è insultato – come la sua origine etnica o geografica, il suo genere, il suo orientamento sessuale – esso si trasforma nel

⁴⁴ Sulle teorie della discriminazione basate sul concetto di stigma, cfr. per es. KOPPELMAN 1993, 57-76.

⁴⁵ Cfr. BELL 2021.

discorso d'odio, che provoca danni ben superiori al semplice sentimento soggettivo di offesa (che potrebbe persino mancare, nelle vittime di tale discorso). Questo punto si lega, inoltre, al precedente: quando a essere espressa è una sfiducia non meramente “epistemica”, ma riguardante qualità personali come la forza di volontà, la capacità di migliorarsi, etc., allora lo stigma che colpisce le categorie che subiscono l'intervento paternalista è ancora più pesante⁴⁶.

Peraltro, lo stigma è solo un esempio possibile dei messaggi, moralmente sbagliati, che possono essere espressi dall'azione paternalista e che non sono ridicibili all'unico tipo dell'insulto⁴⁷.

(4) Infine, la nozione di insulto od offesa, impiegata da Cornell per identificare il male specifico del paternalismo, è legata alla percezione soggettiva e ai sentimenti personali di chi subisce l'intervento paternalista; non sembra in grado di reggere la concezione “oggettivista” abbracciata da Cornell, per cui in alcuni casi è *ragionevole* ammettere le nostre limitazioni come agenti e accettare, di buon grado, l'intervento paternalista altrui⁴⁸. In altre parole, per Cornell l'insulto *oggettivamente* non si verifica in certe condizioni, per cui se qualcuno si ritenesse insultato od offeso sarebbe irragionevole e presuntuoso (mancando di umiltà). Eppure, è quantomeno problematico sindacare i sentimenti degli altri individui e decidere per loro se si debbano sentire offesi oppure no. Ci sono numerosi motivi e, forse, anche buone ragioni per cui qualcuno può sentirsi offeso pure in circostanze in cui qualcun altro, in una situazione analoga, non si sentirebbe tale. Dire che l'insulto può ritenersi, tutto considerato, come giustificato (per esempio, poiché è del tutto involontario, oppure perché l'intervento paternalista evita danni considerevoli) non equivale affatto a dire che non c'è stato alcun insulto. Del resto, anche qualora l'agente paternalista sia evidentemente più competente di noi stessi riguardo al nostro interesse, rifiutarne comunque l'intervento non è necessariamente sintomo di irragionevolezza o presunzione: magari preferiamo giocarci le nostre possibilità ed eventualmente sbagliare, imparando dai nostri errori, invece di farci indicare da altri il cammino da seguire.

Una teoria espressiva del (male specifico del) paternalismo può superare tali problemi, a patto di essere inquadrata in una dottrina etico-normativa più estesa che spieghi *perché* l'espressione di certi messaggi sia *prima facie* sbagliata. Allo stesso tempo, una teoria espressiva non può prescindere interamente dal riferimento a certi motivi o intenzioni dell'agente paternalista e/o a certi effetti o conseguenze dell'azione paternalista. Di seguito si proporranno due versioni di teoria espressiva, inquadrata in due dottrine etiche comprensive diverse. Non si pretende che queste due versioni esauriscano tutte le possibilità di teorie espressive plausibili, né che siano necessariamente le più convincenti; quello che si sostiene è che entrambe offrono soluzioni accettabili ai problemi evidenziati.

3.2. La famiglia delle teorie espressive

Una prima dottrina etica comprensiva nella quale si potrebbe inquadrare una teoria espressiva del paternalismo è quella delineata, inizialmente, da Elizabeth Anderson come teoria dell'azione razio-

⁴⁶ Sul legame tra stigma e azione paternalista mirata a combattere l'obesità (in particolare, quella infantile), cfr. per es. MERRY 2011.

⁴⁷ Un altro messaggio, per esempio, può essere quello di un'intrinseca debolezza di certe persone, per cui queste sono viste come più bisognose di protezione e aiuto di altre. È il caso, frequente, del paternalismo di genere nei confronti delle donne, che può anche presentarsi in forme non stigmatizzanti e non percepite come insultanti. Cfr. per es. BECKER, WRIGHT 2011 sul “sessismo benevolo” (*benevolent sexism*).

⁴⁸ «The argument from humility, as I will call it, [...] claims that parties cannot reasonably reject the paternalism. If some party makes me do something because it will be in my own interest and this interference is relatively benign—i.e., it doesn't impugn my judgment or threaten my autonomy more generally—then it may be arrogant for me to object that I know what's best for myself. That is, if the paternalism is appropriately benign, then what makes it permissible is not that I consent to it—which I do not—but rather that I cannot reasonably complain about it [...] [N]ot every implied criticism of our judgment should be taken as an insult» (CORNELL 2015, 1323).

nale⁴⁹ e successivamente affermatasi come dottrina “morale”, ossia normativa, del diritto⁵⁰. A volte, tuttavia, è difficile separare nettamente l’aspetto prescrittivo e l’aspetto descrittivo nelle teorie espressive applicate al diritto; per esempio, sia nella dottrina sia nella giurisprudenza costituzionale degli Stati Uniti d’America sono state applicate letture espressive per cui, si sostiene, le leggi e altre regole giuridiche non dovrebbero esprimere certi messaggi, proibiti dalla Costituzione⁵¹. Comunque, la più completa e precisa esposizione degli assunti fondamentali delle teorie espressive è, probabilmente, quella offerta in un saggio scritto da Anderson stessa con il costituzionalista statunitense Richard Pildes, nel quale si spiega che «[a]t the most general level, expressive theories tell actors – whether individuals, associations, or the State – to act in ways that express appropriate attitudes toward various substantive values»⁵². L’espressione, spiegano Anderson e Pildes, consiste nella *manifestazione di uno stato mentale* per mezzo di azioni, parole o altri veicoli. Occorre però distinguere l’espressione sia dalla causazione, sia dalla comunicazione. Infatti, ciò che è espresso non è *causato* da determinati stati mentali o atteggiamenti: si può esprimere disprezzo, per esempio, senza effettivamente disprezzare; viceversa, non tutto ciò che è causato da uno stato mentale esprime quello stato stesso⁵³. Inoltre, l’espressione non equivale interamente alla comunicazione, poiché per comunicare uno stato mentale occorre anche che chi lo esprime abbia l’intenzione di farlo riconoscere da altri e, allo stesso tempo, che altri riconoscano tale intenzione. In altre parole, gli atti comunicativi sono solo un sottoinsieme degli atti espressivi⁵⁴.

Per la teoria espressiva delineata da Anderson e Pildes, un’azione è moralmente sbagliata se esprime atteggiamenti moralmente sbagliati. Atteggiamenti e azioni sono tra loro legati dalle *ragioni* per l’azione: un’azione esprime un certo atteggiamento quando le sue ragioni retrostanti sono quelle fornite da quel determinato atteggiamento. Per esempio, un’azione può esprimere un atteggiamento di benevolenza se essa è compiuta in ragione della benevolenza. Per la teoria espressiva, le norme morali ci dicono quali atteggiamenti esprimere con le nostre azioni, o (che è lo stesso) per quali ragioni dobbiamo – e per quali ragioni *non* dobbiamo – perseguire determinati stati di cose. Per esempio, le norme morali che si applicano ai genitori prescrivono loro di considerare i bisogni dei loro figli come ragioni per prendersene cura. Dunque, una teoria etica espressiva non è consequenzialista, poiché non prescrive il raggiungimento di certi stati di cose; però non equivale, neppure, a una forma “rozza” di etica deontologica (*vulgar deontology*), poiché non proibisce certi tipi di azione senza guardare alle circostanze. Invece, tale teoria collega il perseguimento di certi fini, per mezzo di certe azioni, con gli atteggiamenti che sono espressi,

⁴⁹ A partire da ANDERSON 1993.

⁵⁰ Come osserva ADLER 2000, 1376, le teorie espressive del diritto propriamente dette sono dottrine morali, di carattere prescrittivo, che sostengono la rilevanza morale dei messaggi espressi dalle azioni e decisioni pubbliche: l’espressione di certi messaggi è moralmente illecita. Queste sono distinte da quelle teorie descrittive del diritto che ne sottolineano gli aspetti espressivi (ossia, il fatto che il diritto possa esprimere determinati messaggi). Di recente, la teoria espressiva di Anderson è stata applicata a questioni di paternalismo in BARCLAY 2024. Criticando l’idea che il c.d. “processo decisionale supportato” sia sempre in grado di tutelare la dignità di persone affette da gravi disabilità cognitive, contro indebite interferenze paternaliste, Barclay sostiene invece che in molti casi esprime più rispetto per la persona disabile la decisione surrogata, adottata per suo conto da un tutore. Curiosamente, Barclay non fa alcun riferimento alla teoria espressiva del paternalismo presentata in CORNELL 2015, né alla discussione che ne è seguita.

⁵¹ È il caso, per esempio, di *Lynch v. Donnelly* ([1984] 465 U.S. 668), dove la Corte Suprema USA dovette stabilire se l’esposizione di un presepio su proprietà comunali della cittadina di Pawtucket, durante le festività natalizie, esprimesse adesione alla religione cristiana da parte delle istituzioni, violando quindi l’*Establishment Clause* del Primo Emendamento alla Costituzione. La lettura in chiave espressiva dell’*Establishment Clause* fu applicata, in particolare, nella *concurring opinion* della giudice Sandra Day O’Connor.

⁵² ANDERSON, PILDES 2000, 1504.

⁵³ «[L]awmakers could pass a law that expresses contempt for blacks by denying them the right to vote, even if none of the lawmakers personally feel contempt for blacks and all are merely pandering to their white constituents. Conversely, not everything caused by a state of mind expresses that state of mind. The state of excitement causes some narcoleptics to fall asleep. This does not make sleep an expression of excitement» (ANDERSON, PILDES 2000, 1508).

⁵⁴ ANDERSON, PILDES 2000, 1508 e 1565-1570.

chiedendosi se sono atteggiamenti moralmente giustificabili⁵⁵.

Se è vero che, nella teoria espressiva di Anderson e Pildes, le norme morali prescrivono di esprimere certi atteggiamenti appropriati per mezzo delle nostre azioni, è anche vero che tale espressione non è affidata al criterio soggettivo di ogni agente. Per esprimere adeguatamente un certo atteggiamento, non è sufficiente che intendiamo esprimerlo o che crediamo di averlo espresso: ci sono standard pubblici di adeguatezza, per cui il messaggio che un'azione esprime è socialmente determinato. Si può credere di esprimere un certo atteggiamento e invece esprimerne oggettivamente un altro, oppure esprimere certi atteggiamenti senza rendersene conto. Ciò può avvenire per negligenza, per ignoranza delle convenzioni sociali, o per pregiudizi inconsapevoli. Gli scopi e le intenzioni soggettive degli agenti sono solo uno dei fattori che determinano il messaggio espressivo delle loro azioni (cioè, quali atteggiamenti queste esprimono)⁵⁶. Questa concezione "oggettivista" del messaggio espressivo è abbracciata, tra gli altri, dalla costituzionalista statunitense Deborah Hellman, la quale – a proposito del messaggio "svilente" (*demeaning*) o denigratorio espresso da leggi discriminatorie, come quelle segregazioniste – ha sostenuto che si possono ascrivere significati oggettivi a certe leggi e politiche, indipendenti dalle intenzioni soggettive di coloro che hanno partecipato alla loro promulgazione. Questi sono "significati sociali" (*social meanings*) determinati dal contesto culturale⁵⁷.

La teoria così delineata permette di salvare l'intuizione centrale che caratterizza la teoria espressiva del paternalismo di Cornell, superando gli scogli nei quali questa s'incaglia senza, al contempo, ritornare alle secche della teoria basata sulle conseguenze dell'azione paternalista (come l'impatto sull'autonomia individuale) e della teoria basata sulle motivazioni o intenzioni degli agenti paternalisti. Il male specifico del paternalismo consisterebbe nell'espressione (non di un semplice insulto, ma) di atteggiamenti errati, attraverso le azioni (incluse le decisioni di carattere pubblico). In questo caso, vi sarebbe senz'altro un riferimento alle ragioni dell'agente paternalista. Tuttavia, tali ragioni non corrispondono esattamente a motivi e/o intenzioni, dunque possono contare a favore della, o contro la, giustificabilità delle azioni. Al contempo, l'elemento espressivo oggettivo permette di separare tali ragioni da motivi e intenzioni retrostanti, spiegando così i casi di paternalismo involontario. Inoltre, dal momento che convenzioni e norme sociali determinano oggettivamente (o, almeno, intersoggettivamente) i messaggi espressi da azioni e politiche, non sarebbe necessario fare riferimento alla nozione problematica di intenzione legislativa⁵⁸.

⁵⁵ Cfr. ANDERSON, PILDES 2000, 1510 s.

⁵⁶ Cfr. ANDERSON, PILDES 2000, 1512 s.

⁵⁷ «The claim that racial segregation of public facilities expresses denigration is a claim about the objective meaning of the policy. In other words, segregation has this meaning whether or not the people who enacted the policy or the people carrying out the policy intend to express this meaning and whether or not those affected by it interpret it in this way [...]. The meaning the policy expresses is the objectively best interpretation of it in the particular culture, at the particular time» (HELLMAN 2017, 9). Cfr. anche HELLMAN 2013 e 2017.

⁵⁸ Sebbene Anderson e Pildes difendano una teoria dell'intenzionalità collettiva che permette di attribuire scopi e credenze anche a entità come le assemblee legislative, questo non è indispensabile agli scopi presenti (cfr. ANDERSON, PILDES 2000, 1514-1527). Infatti, non è necessario attribuire a un'intera entità collettiva, come un parlamento, l'espressione di un certo messaggio paternalista sbagliato, per identificare il male espressivo specifico di leggi paternaliste. È sufficiente che tale espressione possa essere associata a membri individuali dell'entità collettiva; a tutti, alla maggioranza o anche solo ad alcuni di loro. Inoltre, dato che l'espressione è oggettivamente determinata da norme e convenzioni sociali, non è neppure necessario che vi sia *realmente almeno uno* dei membri dell'assemblea che abbia, di fatto, atteggiamenti paternalisti. È possibile che nessuno di tali membri abbia tali atteggiamenti, ma che la loro azione di votare a favore di una certa legge li esprima, oggettivamente. Probabilmente, Anderson e Pildes sono, invece, costretti ad adottare una teoria dell'intenzionalità collettiva poiché intendono difendere l'applicazione della teoria espressiva al diritto costituzionale (sostengono, cioè, che le leggi possano esprimere messaggi costituzionalmente proibiti, non solo moralmente sbagliati): serve loro, quindi, che si possa ascrivere un'espressione univoca a un'assemblea legislativa, che sia indipendente dagli atteggiamenti dei singoli membri ma che, al contempo, possa attribuirsi *effettivamente* all'assemblea in sede di *judicial review*.

Ancorando il messaggio paternalista a un fondamento oggettivo o, quantomeno, intersoggettivo, si eviterebbero i problemi derivanti dall'utilizzare una nozione soggettiva come quella di insulto per spiegare il male espressivo specifico del paternalismo. Per esempio, si potrebbe spiegare il male del paternalismo segreto: anche azioni che non sono percepite come paternaliste da coloro che le subiscono possono esprimere atteggiamenti sbagliati. In questo caso, si procurerebbe un *danno espressivo*, che può verificarsi anche qualora le vittime ne siano del tutto all'oscuro⁵⁹. Il danno espressivo è oggettivo e concettualmente distinguibile da danni non-espressivi alla reputazione, all'autostima, a interessi più o meno tangibili, come il danno della stigmatizzazione⁶⁰. In altre parole, non figura tra le conseguenze materiali dell'azione⁶¹. Non è necessario neppure che chi ne è vittima se ne renda conto, poiché il danno espressivo consiste nel negare ad altri la considerazione che meritano⁶².

Quali sarebbero, specificamente, gli atteggiamenti sbagliati espressi dall'azione paternalista? Probabilmente, come suggerisce Daniel Groll, un tipico atteggiamento dell'agente paternalista è quello di non trattare come "strutturalmente decisiva" la volontà degli individui su cui agisce: invece di considerarla come ragione in grado di mettere a tacere tutte le altre, la considera come una ragione (magari molto pesante, ma) da soppesare con altre nella deliberazione pratica⁶³. Analogamente, David Enoch ha applicato la nozione di *ragioni escludenti* di Joseph Raz⁶⁴: il paternalismo è *pro tanto* sbagliato in quanto l'agente paternalista agisce senza considerare l'autonomia altrui come ragione escludente, tale da silenziare o mettere tra parentesi altre ragioni nella deliberazione⁶⁵. Dunque, la teoria morale espressiva può sostenere che il male specifico del paternalismo è l'espressione di un atteggiamento di noncuranza o, comunque, di insufficiente considerazione della volontà o dell'autonomia degli individui, per tramite di azioni intese a fare il bene di quegli stessi individui. Le ragioni espresse dall'azione sono sbagliate, nella misura in cui l'azione non sembra attribuire il giusto valore (quello di ragione escludente) alla volontà e/o all'autonomia altrui. Si noti però che, rispetto alle teorie di Groll e di Enoch, la teoria espressiva si separa dalle intenzioni e motivazioni soggettive ed effettive degli agenti, poiché questi possono esprimere i suddetti atteggiamenti inadeguati anche in maniera del tutto inconsapevole, involontaria e persino indipendente dalle loro effettive intenzioni⁶⁶.

In ogni caso, il messaggio espressivo paternalista contiene un riferimento alla sfiducia dell'agente paternalista X nei confronti della capacità di un altro individuo Y di perseguire il pro-

⁵⁹ «We say that a person suffers an expressive harm when treated according to a principle that expresses an inappropriate attitude toward her» (ANDERSON, PILDES 2000, 1529).

⁶⁰ Cfr. ANDERSON, PILDES 2000, 1527-1531.

⁶¹ «An expressive harm is one that results from the ideas or attitudes expressed through a governmental action rather than from the more tangible or material consequences the action brings about. On this view, the meaning of a governmental action is just as important as what that action does» (PILDES 1998, 755).

⁶² «[P]eople can suffer expressive harms of which they are unaware by being denied standing in certain relationships without their knowledge. For example, the expressive harm of adultery is not found in the knowledge that one has been betrayed, nor in others' knowledge of this betrayal, but in the very fact of betrayal itself. Similarly, the expressive harm embodied in the State regarding its citizens in primarily racial terms does not consist in anyone knowing this, but simply from the fact that by so regarding citizens, the State denies them the primacy of their common identity as fellow citizens» (ANDERSON, PILDES 2000, 1545). La nozione di *expressive harm* è stata applicata per la prima volta all'analisi della giurisprudenza costituzionale statunitense in PILDES, NIEMI 1993.

⁶³ Cfr. GROLL 2012.

⁶⁴ Cfr. RAZ 1990, 39.

⁶⁵ Cfr. ENOCH 2016, 43-47.

⁶⁶ Nel senso che essi possono anche non aver affatto agito sulla base della presupposizione che gli altri individui, che ne subiscono l'azione, siano incapaci di conoscere il loro stesso bene, o di agire per perseguirlo. Per Enoch, ciò che rende *pro tanto* sbagliato il paternalismo non è tale presupposizione, poiché la sfiducia nei confronti di chi subisce l'azione paternalista può essere, di per sé, giustificata; ciò che è sbagliato è *agire sulla base* di tale sfiducia, senza considerare l'autonomia come ragione escludente. Nella versione espressiva, invece, è sufficiente l'espressione dell'agire sulla base di tale sfiducia e del non considerare l'autonomia come ragione escludente.

prio bene senza l'intervento altrui, per relativa incapacità di riconoscerlo (nel senso che X si presuppone più competente al riguardo) e/o di capire come ottenerlo, per debolezza di volontà, o per altre ragioni ancora. Quando l'azione esprime il messaggio per cui tale sfiducia è sufficiente a non tenere nella giusta considerazione l'autonomia e/o la volontà di Y, svilendone lo status morale, allora si produce il male specifico del paternalismo. Che Y si senta effettivamente offeso o che, comunque, percepisca di essere insultato è del tutto irrilevante rispetto al prodursi di questo danno espressivo oggettivo.

3.3 Una versione consequenzialista della teoria espressiva

Una secondo possibile inquadramento della teoria espressiva del paternalismo è all'interno della vasta famiglia delle teorie etiche consequenzialiste. Non è necessario prendere partito a favore di una tra queste teorie; è sufficiente che la valutazione morale negativa dell'azione paternalista sia fatta dipendere esclusivamente dalla considerazione delle sue conseguenze (e non, per esempio, dalle motivazioni dell'agente paternalista, o dagli atteggiamenti che l'azione esprime). Se c'è un male specifico che contraddistingue il paternalismo, questo consiste, dunque, in certe specifiche conseguenze delle azioni paternaliste. Tuttavia, nella teoria espressiva tali conseguenze sono ascrivibili solo *indirettamente* alle azioni e *direttamente*, invece, a ciò che tali azioni esprimono. Si pongono, a questo punto, due questioni: 1) come distinguere concettualmente le specifiche conseguenze negative dell'espressione paternalista, separandole da conseguenze negative di altro tipo (che possono essere causate da azioni che non hanno nulla di paternalista)? 2) Come distinguere concettualmente le conseguenze espressive da altre conseguenze dell'azione paternalista, che non sono causate dall'espressione?

La risposta a entrambe le questioni dev'essere cercata facendo riferimento alla condizione, sopra menzionata, per cui l'agente paternalista X esprime sfiducia nei confronti della capacità di un altro individuo Y di perseguire il proprio bene senza l'intervento altrui. Il messaggio espresso dall'azione paternalista è proprio quello relativo a tale sfiducia. Dunque: 1) riguardo al problema di distinguere le conseguenze negative dell'espressione paternalista, si può sostenere che tali conseguenze sono quelle causate dalla suddetta espressione di sfiducia. Più precisamente, occorre che l'espressione di sfiducia sia condizione *necessaria* del verificarsi di tali conseguenze⁶⁷. Allo stesso modo, 2) per quanto riguarda la distinzione tra conseguenze espressive e conseguenze di altro tipo, saranno da considerarsi come conseguenze espressive quelle che non si verificherebbero senza l'espressione di sfiducia in questione: altre eventuali conseguenze negative, non causate necessariamente da tale espressione di sfiducia (come l'eventuale limitazione dell'autonomia di altri soggetti), non caratterizzeranno il paternalismo e non costituiranno il suo male specifico (poiché possono risultare dall'azione paternalista, ma anche da azioni che non sono paternaliste).

Quali sono, concretamente, le conseguenze negative di tale espressione di sfiducia? Sicuramente, questa può essere percepita soggettivamente come un insulto, nel senso indicato da Cornell; in tal caso, la conseguenza negativa sarà l'*offesa* provocata. Come si è detto, però, occorre distinguere quest'offesa dal vero e proprio *danno* che può consistere, per esempio, nella stigmatizzazione di determinate persone o categorie. Quando lo specifico messaggio di sfiducia è veicolato da decisioni pubbliche, come quelle legislative, esso gode di autorevolezza maggiore ed è particolarmente efficace nel colpire con lo stigma le persone che subiscono l'azione paternalista, peggiorando il loro status sociale e/o bloccandole in posizioni di inferiorità. Esprimere un messaggio di sfiducia (per esempio) nei confronti dei poveri o dei disoccupati, rispetto alla loro capacità di gestire le proprie risorse economiche o di cercare attivamente lavoro, senz'altro pone

⁶⁷ Non occorre, invece, che l'espressione di sfiducia sia condizione *sufficiente* del verificarsi di conseguenze negative: è possibile che altre condizioni siano necessarie affinché si diano tali conseguenze. In alcuni casi, quindi, l'espressione di sfiducia non sarà sufficiente a far sì che si realizzi il male specifico del paternalismo.

questi ultimi in una posizione sociale indesiderabile. Inoltre, quanto più estesa e pervasiva è l'espressione pubblica di sfiducia paternalistica – per cui, per esempio, cittadine e cittadini sono rappresentati come bisognosi dell'intervento statale per conseguire i loro stessi interessi – tanto più si stabilirà un “clima normativo” sfavorevole all'indipendenza e all'iniziativa individuale, conducendo eventualmente a una diffusa “infantilizzazione”⁶⁸. A questo riguardo, il messaggio espressivo del paternalismo di Stato può contribuire a propagare e/o a consolidare stereotipi dagli effetti negativi, come (per esempio) stereotipi di genere, che contribuiscono a cristallizzare ruoli sociali che perpetuano disuguaglianze ingiustificate⁶⁹.

Il messaggio espressivo, quindi, può *causare* conseguenze negative, anche a prescindere dall'effettivo impatto dell'azione paternalista sull'autonomia o la libertà. In questo senso, la teoria espressiva del male specifico paternalista può trovare accoglienza all'interno di una più vasta dottrina morale consequenzialista.

4. Conclusioni

La teoria espressiva del male specifico del paternalismo – in particolar modo, del paternalismo giuridico inteso in senso ampio – promette di superare le difficoltà in cui incorrono le due teorie più diffuse: quella basata sugli effetti negativi dell'azione paternalista (come i danni provocati dalla coercizione) e quella basata sulle intenzioni o i motivi dell'agente paternalista. Infatti, essa permette di spiegare perché il male paternalista possa prodursi anche in assenza di coercizione (cioè, anche nella versione “libertaria” del paternalismo che si esplica tramite *nudging*). Inoltre, essa rende conto del perché il paternalismo possa essere sbagliato anche indipendentemente dalle intenzioni o motivi di chi lo esercita, dunque anche in casi di paternalismo inconsapevole o collettivo (come nel paternalismo di politiche pubbliche). Tuttavia, il male espressivo paternalista non può essere ricondotto esclusivamente alla nozione di insulto. Quest'ultima nozione è, per un verso, eccessivamente soggettiva, per cui richiede comunque di appoggiarsi a considerazioni normative più fondamentali, che spieghino perché e in quali casi la percezione di essere insultati, da parte di chi subisce l'azione paternalista, sia corretta e giustificata (e, quindi, conti come ragione contro l'azione stessa). Per un altro verso, la nozione di insulto è eccessivamente ristretta e non permette di rendere conto di altri messaggi negativi espressi dal paternalismo, come lo stigma (che può verificarsi in modo totalmente indipendente dall'insulto vero e proprio).

Si sono, quindi, offerte due opzioni per mantenere l'intuizione espressiva riguardante il male specifico del paternalismo; entrambe rendono conto di tale male all'interno di dottrine etiche comprensive. La prima opzione consiste nello spiegare il male paternalista in termini di “danno espressivo”, d'accordo con l'espressivismo etico proposto da Anderson e altri. Il danno espressivo consiste nell'agire esprimendo un'inadeguata considerazione degli altri – e della loro autonomia – come meritevoli di rispetto. Dal momento che tale danno può darsi in modo del tutto indipendente dall'effettiva percezione di una mancanza di rispetto e, anche, dalle intenzioni dell'agente, esso può offrire una spiegazione fondamentale del perché il paternalismo è *prima facie* sbagliato. Una seconda opzione, invece, consiste nello spiegare in termini consequenzialisti il

⁶⁸ L'argomento dell'infantilizzazione degli individui che subiscono il paternalismo è presentato in FEINBERG 1986, 24. Una difesa del paternalismo coercitivo contro l'accusa di “infantilizzare” gli individui è in CONLY 2013, 68-71. Ancora una volta, però, bisogna sottolineare che, per la spiegazione espressiva del male paternalista, non sono le conseguenze dell'intervento paternalista in sé a determinare il rischio di infantilizzazione (che per Feinberg è dovuto all'effettiva, ripetuta limitazione della possibilità di scelta autonoma, per cui gli individui perdono la capacità di esercitare tale scelta). Invece, sono le conseguenze di ciò che il paternalismo *esprime* a causare tale rischio.

⁶⁹ Cfr. BECKER, WRIGHT 2011 (anche *supra*, nt. 47), dove si mostra come il sessismo benevolo sia più insidioso del semplice sessismo «ostile»: laddove, infatti, il secondo incoraggia la partecipazione femminile ad azioni collettive per ottenere cambiamenti sociali, il primo invece diminuisce tale partecipazione.

male specifico prodotto espressivamente dal paternalismo. Le conseguenze negative dell'esprimere un messaggio di sfiducia o inferiorità, riguardante chi subisce l'azione paternalista, possono essere di vario tipo e includono eventualmente anche l'insulto, senza però limitarsi a esso.

È il caso, infine, di ritornare brevemente su due obiezioni rivolte da Turner nei confronti della teoria espressiva del paternalismo. La prima è quella del "paternalismo segreto": per la teoria espressiva, se l'azione paternalista non esprime alcun messaggio, perché alcune sue caratteristiche, come le intenzioni dell'agente, sono tenute segrete, allora il paternalismo non è moralmente sbagliato; questo, secondo Turner, è insostenibile⁷⁰. La seconda obiezione è quella delle "pubbliche relazioni": un governo che riuscisse a cambiare il significato sociale delle politiche paternalistiche, rendendole bene accette a cittadine e cittadini e facendo in modo che non siano percepite come insultanti, riuscirebbe anche in tal modo a cancellare il male specifico del paternalismo, pur senza cambiare in alcun modo né la natura delle politiche paternalistiche, né le motivazioni o intenzioni retrostanti. Anche questo, secondo Turner, è insostenibile⁷¹.

Ora, la prima delle opzioni proposte in questa sede – l'inquadramento della teoria espressiva del paternalismo in una più generale dottrina etica espressiva – non incorre nell'obiezione del paternalismo segreto: come si è detto, il danno espressivo è oggettivo e si produce anche se nessuno (neppure l'agente o chi ne subisce l'azione) lo percepisce⁷². Tuttavia, questa opzione teorica sembrerebbe vulnerabile all'obiezione delle pubbliche relazioni: se i significati sociali delle politiche paternaliste cambiassero, tali politiche potrebbero non esprimere più un'inadeguata considerazione dell'autonomia e/o della volontà delle persone che le subiscono. Semplicemente, queste ultime accetterebbero che, in alcuni casi, la loro autonomia e la loro volontà non devono essere trattate come ragioni escludenti o come strutturalmente decisive, ma come ragioni di primo livello, bilanciabili con altre.

Per quanto riguarda, invece, la seconda opzione teorica presentata – ossia, l'interpretazione consequenzialista della teoria espressiva del paternalismo – questa è soggetta a entrambe le obiezioni di cui sopra. I mali causati dall'espressione di sfiducia, tipica dell'azione paternalista, possono essere interamente prevenuti se tale espressione è tacitata, tenendo nascosta l'azione stessa o certe sue caratteristiche (per esempio, mentendo sulle intenzioni originali). Il paternalismo segreto sembrerebbe non fare danni; ammesso e non concesso che nel contesto di politiche pubbliche sia davvero possibile tenere nascoste le motivazioni e intenzioni retrostanti. Inoltre, si applica anche in questo caso l'obiezione delle pubbliche relazioni, poiché è astrattamente concepibile che i significati sociali di certe politiche paternaliste mutino, in modo da non causare più stigma, insulto, espressione di inferiorità, consolidamento di disuguaglianze, etc.

Di fronte alle perplessità che queste obiezioni potrebbero suscitare, però, si consideri nuovamente che qui non s'intende difendere una ridefinizione di "paternalismo" basata su considerazioni espressive, bensì una spiegazione di quale sia il male specifico del paternalismo, cioè di che cosa ci preoccupi moralmente rispetto a esso e ce lo renda, a prima vista, sospetto. Questo male specifico, si so-

⁷⁰ Cfr. *supra*, nt. 36.

⁷¹ Cfr. *supra*, nt. 37.

⁷² È vero che i significati sociali delle azioni, come si è detto, sono (non oggettivi, ma) intersoggettivi: sociali, appunto. Si potrebbe, quindi, obiettare che tali significati dipendono comunque da un "pubblico" e non possono, pertanto, rimanere segreti. Tuttavia, ciò che è oggettivo (almeno secondo chi sostiene la dottrina etica espressiva) è il "danno espressivo": ossia, quello che avviene quando un'azione o decisione pubblica esprime significati inaccettabili. Dunque, l'azione paternalista può rimanere segreta ma, al contempo, produrre un danno espressivo, sulla base dei significati sociali che tale azione esprime oggettivamente. In altri termini, la nozione di danno espressivo presuppone che l'azione esprima, da parte di chi la compie, una considerazione sbagliata di valori come (per esempio) la dignità di coloro che la subiscono, anche se questi ne sono interamente all'oscuro; l'espressione avviene grazie a significati sociali che erano già stabiliti, prima ancora che l'azione si compiesse. Un altro modo ancora per presentare la questione è che i significati sono intersoggettivamente stabiliti per classi di azioni (*type*), per cui non dipendono dal fatto che una determinata azione (*token*) sia nota oppure segreta. Ringrazio l'autrice o autore della valutazione anonima in cui è stato richiesto questo chiarimento.

stiene, è espressivo: consiste in un messaggio di inadeguata considerazione dell'autonomia e della volontà degli individui, o in un messaggio di sfiducia che può dar luogo a offesa, a stigma sociale e ad altre conseguenze negative. Che un'azione segretamente paternalista possa essere, comunque, moralmente inaccettabile è perfettamente possibile, ma non per ragioni specifiche, inerenti *al suo essere paternalista*. Uno Stato che tenga nascoste le motivazioni o altre caratteristiche di politiche pubbliche paternaliste non ci preoccupa per il suo paternalismo, ma per la mancanza di trasparenza, per la manipolazione che esercita, per la mancanza di controllo pubblico sulle sue decisioni, per i rischi di derive autoritarie e per molte altre ragioni che si applicherebbero anche (e forse più) a politiche non paternaliste. Altrettanto possibile è che il paternalismo giuridico ci sembri inaccettabile, nonostante una campagna accorta di propaganda lo renda espressivamente non offensivo, stigmatizzante, etc.; pure in questo caso, però, ciò che ci preoccupa non è il paternalismo in sé, bensì il rischio che le autorità statali valutino erroneamente i nostri interessi, oppure l'impatto negativo sulla nostra libertà e/o autonomia, o altri aspetti ancora che potrebbero benissimo caratterizzare politiche che non hanno nulla di paternalistico.

In conclusione, sembra che si possa difendere con buoni argomenti l'intuizione per cui ciò che ci sembra problematico del paternalismo giuridico in sé e per sé è ciò che esso esprime, anche qualora esso sia empiricamente fondato o consegua risultati positivi. Ci disturba – con buone ragioni – che le autorità statali esprimano il messaggio degradante per cui non siamo adulti responsabili, ma bambini bisognosi di guida e correzione da parte di un genitore premuroso.

Riferimenti bibliografici

- ADLER M.D. 2000. *Expressive Theories of Law: A Skeptical Overview*, in «University of Pennsylvania Law Review», 148, 2000, 1363 ss.
- AHLSTROM-VIJ K. 2013. *Epistemic Paternalism: A Defence*, Palgrave Macmillan.
- ALEMANY M. 2005. *El concepto y la justificación del paternalismo*, in «Doxa», 28, 2005, 265 ss.
- ANDERSON E. 1993. *Value in Ethics and Economics*, Harvard University Press.
- ANDERSON E., PILDES R.H. 2000. *Expressive Theories of Law: A General Restatement*, in «University of Pennsylvania Law Review», 148, 2000, 1503 ss.
- BARCLAY L. 2024. *Paternalism, supported decision-making, and expressive respect*, in «Journal of Ethics and Social Philosophy», 27, 2024, 121 ss.
- BECKER J.C., WRIGHT S.C. 2011. *Yet another dark side of chivalry: Benevolent sexism undermines and hostile sexism motivates collective action for social change*, in «Journal of Personality and Social Psychology», 101, 2011, 62 ss.
- BEGON J. 2016. *Paternalism*, in «Analysis», 3, 2016, 355 ss.
- BELL M.C. 2021. *John Stuart Mill's Harm Principle and Free Speech: Expanding the Notion of Harm*, in «Utilitas», 33, 2021, 162 ss.
- CONLY S. 2013. *Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge University Press.
- CORNELL N. 2015. *A Third Theory of Paternalism*, in «Michigan Law Review», 113, 2015, 1295 ss.
- DE MARNEFFE P. 2006. *Avoiding paternalism*, in «Philosophy & Public Affairs», 34, 2006, 68 ss.
- DWORKIN G. 2020. *Paternalism*, in ZALTA E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (ed. or. 2002). Disponibile in: <https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/> (consultato il 27 maggio 2025).
- ECO U. 1984. *Semiotica e filosofia del linguaggio*, Einaudi.
- ENOCH D. 2016. *II—What's Wrong with Paternalism: Autonomy, Belief, and Action*, in «Proceedings of the Aristotelian Society», 116, 2016, 21 ss.
- FEINBERG J. 1965. *The expressive function of punishment*, in «The Monist», 49, 1965, 398 ss.
- FEINBERG J. 1971. *Legal paternalism*, in «Canadian Journal of Philosophy», 9, 1971, 105 ss.
- FEINBERG J. 1986. *The Moral Limits of Criminal Law, Volume Three: Harm to Self*, Oxford University Press.
- GRILL K. 2007. *The normative core of paternalism*, in «Res Publica», 13, 2007, 441 ss.
- GRILL K. 2018. *Paternalism By and Towards Groups*, in GRILL K., HANNA J. (eds.), *The Routledge Handbook of the Philosophy of Paternalism*, Routledge, 46 ss.
- GROLL D. 2012. *Paternalism, Respect, and the Will*, in «Ethics», 122, 2012, 692 ss.
- HELLMAN D. 2013. *Equality and Unconstitutional Discrimination*, in HELLMAN D., MOREAU S. (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, 51 ss.
- HELLMAN D. 2016. *Two Concepts of Discrimination*, in «Virginia Law Review», 102, 2016, 895 ss.
- HELLMAN D. 2017. *Discrimination and Social Meaning*, in «University of Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper Series», 57, 2017. Disponibile in: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3047432 (consultato il 27 maggio 2025).
- HUSAK D. 2003. *Legal Paternalism*, in LAFOLLETTE H. (ed.), *The Oxford Handbook of Practical Ethics*, Oxford University Press, 387 ss.
- KLEINIG J. 1983. *Paternalism*, Manchester University Press.

- KOPPELMAN A. 1996. *Antidiscrimination Law and Social Equality*, Yale University Press.
- LE GRAND J., NEW B. 2015. *Government Paternalism: Nanny State or Helpful Friend?*, Princeton University Press.
- MANIACI G. 2012. *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli.
- MERRY M.S. 2011. *Paternalism, Obesity, and Tolerable Levels of Risk*, in «Democracy and Education», 20, 2011. Disponibile in: <https://democracyeducationjournal.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1019&context=home> (consultato il 27 maggio 2025).
- PILDES R.H. 1998. *Why Rights Are Not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms, and Constitutionalism*, in «The Journal of Legal Studies», 27, 1998, 725 ss.
- PILDES R.H, NIEMI R.G. 1993. *Expressive Harms, Bizarre Districts, and Voting Rights: Evaluating Election-District Appearances after Shaw v. Reno*, in «Michigan Law Review», 92, 1993, 483 ss.
- RAZ J. 1990. *Practical Reason and Norms*. Princeton University Press.
- RYAN S. 2016. *Paternalism: An Analysis*, in «Utilitas», 28, 2016, 123 ss.
- SHIFFRIN S.V. 2000. *Paternalism, unconscionability doctrine, and accommodation*, in «Philosophy & Public Affairs», 29, 2000, 205 ss.
- SUNSTEIN C.R. 1996. *Social Norms and Social Roles*, in «Columbia Law Review», 96, 1996, 903 ss.
- SUNSTEIN C.R. 2014. *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, Yale University Press.
- THALER R.H., SUNSTEIN C.R. 2009. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, Revised Edition, Penguin Books (ed. or. 2008).
- TURNER J. 2023. *On the expressive theory of paternalism*, in «Jurisprudence», 15, 2024, 307 ss. Disponibile in: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/20403313.2023.2287329> (consultato il 27 maggio 2025).

Proprietà controverse: tra filosofia del diritto e antropologia giuridica

Controversial Properties: Between Philosophy of Law and Legal Anthropology

RICCARDO MAZZOLA

Ricercatore di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Macerata.

E-mail: riccardo.mazzola@unimc.it

ADRIANO ZAMBON

Ricercatore di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Siena.

E-mail: adriano.zambon@unisi.it

ABSTRACT

Lo scopo principale di questo articolo è identificare alcuni tratti del caso paradigmatico di ciò di cui si è o si può essere proprietari. Per farlo, individueremo e discuteremo alcuni casi *borderline* di proprietà, tramite il ricorso sia a studi filosofici sia a studi antropologici sul diritto.

The main aim of this paper is to identify some traits of the paradigm case of what is or can be owned. To do that, we will identify and discuss some borderline cases of property, by appealing to both philosophical and anthropological studies of law.

KEYWORDS

proprietà, proprietario, casi *borderline* e paradigmatici, filosofia del diritto, antropologia giuridica

property, owner, borderline and paradigm cases, philosophy of law, legal anthropology

Proprietà controverse: tra filosofia del diritto e antropologia giuridica

RICCARDO MAZZOLA, ADRIANO ZAMBON

1. Introduzione – 2. Sul termine “proprietà” – 3. L’analisi di Honoré – 4. Alcuni casi centrali: dalla proprietà-soggetto alla proprietà-oggetto – 5. Proprietà impossibili? – 6. La proprietà di sé – 7. Il dono cerimoniale – 8. Possedimenti inalienabili – 9. Analitica dell’inalienabilità – 10. Altre proprietà controverse: proprietà personale e proprietà culturale (cenni) – 11. Conclusioni.

1. Introduzione

Nel presente articolo, intendiamo esaminare alcuni casi controversi di proprietà-oggetto. Chiamiamo “caso controverso di proprietà-oggetto” qualcosa su cui sembra, ma non è fuor di dubbio, che insista o possa insistere un diritto di proprietà. Prima di prendere in considerazione tali casi, indicheremo, nel secondo paragrafo, alcuni possibili riferimenti del termine “proprietà”, fra i quali si colloca la proprietà-oggetto, in modo da distinguere quest’ultima da altri possibili *designata* del termine in questione: la proprietà-diritto, la proprietà-istituto e la proprietà-soggetto¹. Nel terzo paragrafo esporremo l’analisi del termine “owner” proposta da A.M. Honoré. Questo ci permetterà di introdurre la distinzione fra casi paradigmatici, che sono casi non controversi, e casi *borderline*, che sono invece casi controversi, di proprietario e di utilizzarla, nel quarto paragrafo, per distinguere i casi paradigmatici e i casi *borderline* di proprietà che non sono casi (paradigmatici o *borderline*) di proprietà-oggetto. L’utilizzo, per quest’ultima, della distinzione usata da Honoré avverrà invece nel quinto paragrafo. Nel sesto paragrafo esamineremo la proprietà di sé e sosteneremo che essa non costituisce un caso *borderline* di proprietà-oggetto solo se viene caratterizzata in un modo specifico. Questo ci permetterà, nel settimo paragrafo, di mostrare, a partire da alcuni studi di carattere antropologico-giuridico, come un caso *borderline* di proprietà di sé, ossia il dono cerimoniale, costituisca un caso *borderline* di proprietà-oggetto per via del rapporto fra soggetto donante e cosa donata. Per mettere meglio in risalto le caratteristiche di questo rapporto, nell’ottavo paragrafo ci concentreremo, muovendo ancora dalla letteratura antropologica, sulla nozione di inalienabilità, di cui distingueremo differenti *species* nel nono paragrafo. Alla luce di tutto ciò, nel decimo paragrafo, proporremo alcuni cenni relativi ad altri due casi *borderline* di proprietà-oggetto: la proprietà personale e la proprietà culturale.

Pur consapevoli dell’inusuale accostamento tra un’indagine di filosofia analitica e uno studio antropologico della proprietà, riteniamo che l’apporto congiunto delle due prospettive contribuisca ad ampliare e arricchire la riflessione sul tema, consentendo peraltro di contestualizzare storicamente e culturalmente le categorie analizzate. Da un lato, infatti, l’analisi filosofica permette di individuare con chiarezza tali categorie e le relative strutture. Dall’altro lato, l’approccio antropologico permette di mostrare come tali strutture emergano da pratiche sociali e culturali specifiche, talvolta ponendo in discussione la stessa pretesa di universalità di alcune nozioni giu-

* Gli autori hanno lavorato congiuntamente alla stesura dell’articolo, collaborando alla scrittura di ciascun paragrafo. Ai soli fini dell’attribuzione scientifica, Adriano Zambon è da considerarsi autore dei paragrafi dall’1 al 6, mentre Riccardo Mazzola è da considerarsi autore dei paragrafi dal 7 all’11.

¹ La nostra analisi non renderà conto delle differenze tra i modi in cui le quattro nozioni di proprietà che illustriamo sono declinate in ordinamenti giuridici diversi. Così, per esempio, non renderemo conto delle differenze fra la proprietà-istituto per come si presenta nell’ordinamento giuridico italiano e la proprietà-istituto per come si presenta nell’ordinamento giuridico tedesco.

ridiche. In questo senso, l'approccio antropologico non si limita a un complemento descrittivo, ma offre una chiave interpretativa utile a comprendere la natura dinamica e storicamente situata del concetto di proprietà.

2. Sul termine "proprietà"

«“Proprietà” [...] può essere inteso come vocabolo che designa il diritto di proprietà, e come vocabolo che designa i (o dei) possibili oggetti di diritto di proprietà»². Queste parole, scritte da Giovanni Tarello, offrono una prima indicazione importante in merito agli usi del termine “proprietà”. A esse possiamo aggiungere la seguente precisazione: “proprietà” può essere inteso come vocabolo che designa gli (o degli) *effettivi* oggetti di diritto di proprietà. Consideriamo, per esempio, l'espressione “proprietà privata”, quando sia scritta su un cartello apposto sul recinto di un terreno: la parola “proprietà” sarebbe in tal caso usata per designare un effettivo (e non meramente possibile) oggetto di diritto di proprietà. Possiamo allora affermare che il termine “proprietà” è usato per designare un possibile o effettivo oggetto di diritto di proprietà, oltre che il diritto stesso³.

Esiste però anche un terzo uso di questa parola, ben documentato dal brano seguente:

«Noi usiamo correntemente il termine ‘proprietà’ come potente strumento di sintesi nella formulazione di norme, indicando con esso una situazione giuridica assai complessa (proprietà-*diritto*); inoltre, impieghiamo ‘proprietà’ per designare complessi di norme (proprietà-*istituto*) con un certo contenuto, contenuto nella descrizione del quale si ricorre spesso allo stesso termine nell'altro senso, tanto che pare banale l'affermazione che l'istituto della proprietà *ha per oggetto* la proprietà (intesa come diritto). Diciamo, ad esempio, che il diritto italiano contiene l'istituto della proprietà, intendendo con ciò che tra le norme del diritto italiano ve ne sono alcune che attribuiscono il diritto di proprietà (cioè, una certa situazione giuridica complessa) a certi soggetti a certe condizioni»⁴.

Alla luce di questo brano, possiamo dire che, oltre che un diritto o un possibile o effettivo oggetto di tale diritto, il termine “proprietà” può essere usato per designare un insieme di norme relative a quel diritto, ossia un istituto.

Un quarto uso del termine, da prendere in considerazione, è quello che emerge in enunciati come questo: “La proprietà non risponde di eventuali danni o furti subiti dalle autovetture all'interno del parcheggio”. In casi del genere, il vocabolo è usato per designare un soggetto titolare di un diritto di proprietà.

Possiamo allora affermare che il vocabolo “proprietà” è usato per designare, separatamente:

- i. un particolare diritto soggettivo;
- ii. un insieme di norme che riguardano tale diritto (cioè un istituto);
- iii. un (possibile o effettivo) oggetto di tale diritto;
- iv. un soggetto titolare di tale diritto.

² TARELLO 1973, 31.

³ Questo uso è descritto nella sezione semantica 10 della voce *Proprietà* contenuta in BATTAGLIA 1995 [1988], 668: «In senso concreto: bene, in quanto oggetto di attuale appartenenza di un determinato soggetto (in unione con un agg. o con un compl. che specificano tale soggetto). – Anche, in assol.: bene economico, in quanto idoneo ad appartenere ad un soggetto».

⁴ MELA 1993, 16 s. Sulla problematicità del ricorso alla nozione di istituto inteso come complesso di norme ai fini della definizione della parola “proprietà”, si veda però RODOTÀ 1960, 1314-1320.

Di conseguenza, possiamo chiamare questi *designata*, rispettivamente, proprietà-diritto, proprietà-istituto, proprietà-oggetto e proprietà-soggetto⁵.

La diversità non è però l'unica caratteristica ascrivibile agli usi designativi del termine “proprietà”. Per riprendere le parole di Uberto Scarpelli, possiamo dire che questo termine «non è usato in maniera precisa e univoca, e non si può quindi trovarne una definizione lessicale perfettamente corrispondente a ogni uso»⁶. Non risulta dunque insensato ricorrere a un metodo di analisi del termine “proprietà” che rinunci espressamente alla ricerca di una sua definizione di tale genere.

3. L'analisi di Honoré

Nell'ambito degli studi dedicati alla proprietà, la rinuncia alla ricerca di una definizione lessicale perfetta è stata praticata da A.M. Honoré. Egli ricorre alla distinzione, impiegata frequentemente da H.L.A. Hart, fra quello che possiamo chiamare riferimento paradigmatico (o standard, tipico, chiaro, semplice, familiare, centrale) e quello che possiamo chiamare riferimento *borderline* di un'espressione linguistica. Il primo è un caso l'applicazione al quale di quell'espressione linguistica da parte di un parlante competente della lingua a cui quell'espressione linguistica appartiene non è controversa. Il secondo è invece un caso: *i.* che possiede alcune delle, ma non tutte le, caratteristiche del primo caso; *ii.* l'applicazione al quale di quell'espressione linguistica da parte di un parlante competente della lingua a cui quell'espressione linguistica appartiene è controversa. Applicare, così come evitare di applicare, quell'espressione linguistica al secondo caso non è infatti proibito né imposto dalle regole che governano la lingua a cui quell'espressione linguistica appartiene. La possibilità di proporre una definizione lessicale perfetta di essa va dunque scartata. Proporne una significherebbe infatti dire: *i.* o che i parlanti competenti della lingua a cui quell'espressione linguistica appartiene la applicano al secondo caso senza incertezze; *ii.* o che i parlanti competenti della lingua a cui quell'espressione linguistica appartiene rifiutano senza incertezze di applicarla al secondo caso. Quello che si può invece fare è limitarsi a identificare il riferimento paradigmatico e i riferimenti *borderline* dell'espressione linguistica oggetto di analisi⁷. Ed è appunto questo che cerca di fare Honoré, con riguardo alla parola “owner”, che in italiano tradurremmo con “proprietario”, nello scritto intitolato *Ownership*⁸.

Nella parte iniziale di questo testo, Honoré scrive che, se si definisce provvisoriamente la proprietà come il più grande *interest*⁹ possibile nei confronti di una cosa che un sistema giuridico maturo (*a mature system of law*) riconosce, allora si può affermare che ogni sistema giuridico maturo abbia una forma di proprietà. Se i casi di proprietà identificabili in tali sistemi per mezzo di questa definizione vengono messi a confronto, si nota che essi hanno dei caratteri comuni, che sono ulteriori rispetto al carattere consistente nell'essere, all'interno del rispettivo sistema giuridico, il più grande *interest* possibile nei confronti di una cosa che quel sistema (cioè un sistema giuridico maturo) riconosce. Questi caratteri ulteriori sono gli elementi che contraddistinguono i casi semplici di proprietà, in cui non si esiterebbe a dire, per esempio, che una persona è pro-

⁵ Relativamente a questo elenco bisogna precisare che esso non ha nessuna pretesa di esaustività: quando diciamo che il vocabolo “proprietà” è usato per designare la proprietà-diritto, la proprietà-istituto, la proprietà-oggetto, o la proprietà-soggetto, non intendiamo escludere che esistano altri usi designativi di questo termine. Inoltre, non assumiamo che tutti gli usi che abbiamo identificato sarebbero considerati corretti da parte di un qualunque giurista positivo.

⁶ SCARPELLI 1985 [1959], 155.

⁷ Il sintetico resoconto appena presentato si ispira principalmente a: HART 1957, 968; HART 2005 [1958], 60-68; HART 2002 [1961], 6 s., 148 s.; HONORÉ 2006, 132. Per una trattazione più estesa del punto, si veda ZAMBON 2024.

⁸ HONORÉ 1961.

⁹ Il termine inglese “*interest*”, usato da Honoré, è, nel contesto giuridico, «il termine più vasto possibile per indicare un *right* [...], *claim* [...], *title* [...], *share* o quota o partecipazione in un bene o diritto, o il bene o diritto stesso» (DE FRANCHIS 1984, 857).

prietaria di una cosa o che una cosa è proprietà di una persona. A parere di Honoré, tali caratteri sono i seguenti:

- i. il diritto al possesso della cosa¹⁰;
- ii. il diritto all'uso della cosa;
- iii. il diritto di gestione della cosa (ossia il diritto di decidere come e da chi la cosa possa essere usata);
- iv. il diritto al reddito (prodotto dalla cosa);
- v. il diritto al capitale (ossia il potere di alienare la cosa e la libertà di consumarla, sprecarla o distruggerla in parte o nella sua interezza);
- vi. il diritto alla sicurezza (ossia la tendenziale immunità dall'espropriazione);
- vii. la trasmissibilità;
- viii. l'assenza di un termine (ossia l'indeterminatezza della durata dell'*interest* identificabile con la proprietà);
- ix. il divieto di un uso dannoso¹¹ (della cosa);
- x. la soggezione all'esecuzione;
- xi. il carattere residuale (vuol dire che il proprietario è il soggetto a cui verranno conferiti diritti corrispondenti a diritti che insistono sulla sua cosa, dopo che questi ultimi saranno venuti meno: se, per esempio, Tizio è titolare di una servitù di passaggio sulla terra di proprietà di Caio, Tizio ha un diritto di esclusione nei confronti di Caio, ma, quando la servitù di passaggio viene meno, Caio diventa titolare di un diritto di esclusione nei confronti di Tizio)¹².

Relativamente ai caratteri appena elencati, Honoré dice che possono essere condizioni congiuntamente sufficienti perché si sia qualificati come proprietari di una cosa e che non sono condizioni individualmente necessarie perché ciò si verifichi. Non è necessario, cioè, che ognuno di questi caratteri sia presente nei casi in cui un soggetto sia qualificato come proprietario: ciò potrebbe avere luogo anche se non tutti i caratteri elencati ci fossero. Sarà però in casi di quest'ultimo genere che potranno sorgere dispute relative alla questione se un soggetto sia davvero un proprietario oppure no. Queste dispute non riguarderanno quindi il caso in cui sono presenti tutti i caratteri inclusi nella lista, ma altri casi, sempre contraddistinti dalla mancanza di uno o più degli elementi della lista.

4. Alcuni casi centrali: dalla proprietà-soggetto alla proprietà-oggetto

Bisogna chiarire, a questo punto, che rapporto intercorra fra l'analisi realizzata da Honoré e parte di quanto abbiamo detto in merito al termine "proprietà" nel secondo paragrafo. La risposta è che l'analisi di Honoré permette di mettere a fuoco i nostri casi centrali della proprietà-soggetto, della proprietà-istituto e della proprietà-diritto.

Innanzitutto, l'elenco formulato da Honoré può essere usato per identificare il nostro caso centrale di proprietà-soggetto. I casi semplici di cui parla Honoré sono infatti quelli in cui tutti

¹⁰ Relativamente a questo carattere, bisogna precisare quanto segue: «Nel caso in cui la cosa non possa essere posseduta fisicamente, in ragione, per esempio, della sua natura "non corporea", "possesso" può intendersi metaforicamente o semplicemente come il diritto di escludere altri dall'uso o da altri benefici della cosa» (BECKER 1977, 19 [traduzione nostra]).

¹¹ In una versione successiva di *Ownership*, il nono carattere non è più descritto come il divieto di un uso dannoso, ma come il dovere di prevenire il danno (derivante dalla cosa). La ragione di questo cambiamento, scrive Honoré, è che, a suo parere, la prima descrizione risulta troppo restrittiva (cfr. HONORÉ 1987 [1961], 174, n. 1).

¹² In HONORÉ 2006, 134, si afferma che avrebbe potuto essere menzionato anche un dodicesimo carattere, ossia la *liability to tax*.

gli undici caratteri della sua lista sono riuniti in capo a una sola persona: quella persona che, proprio in virtù di tale riunione, qualificheremmo senza esitazione come proprietario.

Tuttavia, la riflessione di Honoré può anche servire a identificare il nostro caso centrale di proprietà-istituto. I caratteri della sua lista possono essere infatti considerati contenuti delle norme giuridiche che formano quel complesso di norme che identificheremmo senza esitare come l'istituto della proprietà. Di conseguenza, in presenza di un caso di istituto che, per noi, non è il caso centrale di proprietà-istituto, ma che condivide uno o più caratteri con quest'ultimo, non possiamo che esitare a considerarlo l'istituto della proprietà; quale sia il grado di esitazione dipende da quanto vicino o lontano sia il caso che si ha di fronte rispetto al nostro caso centrale di proprietà-istituto.

Per rendere il punto più chiaro, consideriamo il seguente passo, in cui Norman Malcolm ricorda una sua passeggiata con Ludwig Wittgenstein:

«Quando era d'ottimo umore, scherzava in modo delizioso, facendo osservazioni volutamente assurde o stravaganti, con un tono e un atteggiamento di affettata serietà. Durante una passeggiata, mi “fece dono” di tutti gli alberi accanto ai quali passavamo a patto che io non li abbattessi né li danneggiassi in alcun modo, e impedissi ai precedenti proprietari di fare altrettanto: a tali condizioni gli alberi sarebbero stati miei»¹³.

Come scrive Malcolm, l'osservazione che gli alberi, alle condizioni indicate da Wittgenstein, sarebbero stati suoi è assurda o stravagante, perché quello prodotto dal “dono” di Wittgenstein è un caso molto lontano dal caso centrale di proprietà-istituto ricavabile dall'analisi di Honoré (che può essere considerato il caso centrale di proprietà-istituto anche nel contesto in cui si collocava Malcolm al tempo della passeggiata e al tempo in cui scrisse il testo che la racconta). Quello descritto da Malcolm è un caso che, attualmente, di sicuro non è identificabile da parte nostra come un caso di proprietà-istituto, dato che le norme formulate da Wittgenstein sono molto lontane dalle norme che formano il nostro caso centrale di proprietà-istituto.

Chiaramente, poiché la proprietà-istituto è il complesso di norme relative al diritto di proprietà, la tesi che gli elementi della lista di Honoré siano qualificabili come contenuti delle norme che danno corpo al nostro caso centrale di proprietà-istituto porta agevolmente alla tesi che tali elementi siano le componenti del nostro caso centrale di proprietà-diritto.

La conclusione a cui possiamo giungere, dunque, è che quelli identificati da Honoré possano essere considerati gli elementi costitutivi dei casi centrali di proprietà-soggetto, di proprietà-istituto o di proprietà-diritto. Cosa dire, invece, degli elementi necessari di quello che, nei sistemi giuridici come il nostro, è considerabile il caso centrale di proprietà come cosa su cui insiste o può insistere un diritto di proprietà, cioè il caso centrale di proprietà-oggetto? Quali sono, cioè, i caratteri che, normalmente, pensiamo che qualcosa debba avere perché sia qualificabile come un possibile o effettivo oggetto di diritto di proprietà? Per capirlo, è utile cercare di individuare i casi *borderline* di proprietà-oggetto, sulla cui qualificabilità come proprietà nutriamo dubbi.

5. Proprietà impossibili?

Un elenco da utilizzare come punto di partenza per la nostra ricerca proviene da una delle edizioni del testo *Salmond on Jurisprudence*, pubblicata nel 1966, in cui P.J. Fitzgerald scrive che certe cose sembrano non poter essere, per natura, oggetto di proprietà:

¹³ MALCOLM 1988 [1958], 46.

«Nel diritto inglese, certe cose si qualificano come possibili oggetti di proprietà ma non come cose che di fatto sono oggetto di proprietà; altre sembrerebbero non in grado per natura di essere oggetto di proprietà. [...] [C]i sono certe cose [...] che per natura non sono possibili oggetti di proprietà: persone viventi; corpi diversi da campioni anatomici; cose comuni a tutti gli esseri umani, come l'aria e il mare; e cose al di là della nostra portata, come il sole, la luna e le stelle»¹⁴.

Subito dopo, significativamente, Fitzgerald afferma: «queste cose non possono essere oggetto di proprietà in principio, [ma] non c'è nulla nel diritto o nella logica che ci impedisca di avere un differente principio»¹⁵. Si tratterebbe dunque di proprietà solo apparentemente impossibili. Fitzgerald utilizza diversi esempi a supporto di questa tesi. Uno di essi è quello della schiavitù («Il nostro diritto potrebbe permettere la schiavitù»¹⁶), che, per Fitzgerald, rappresenta un caso di proprietà su persone viventi e che, a nostro avviso, è preferibile descrivere dicendo, invece di dire che si tratta di un caso di proprietà su persone viventi, che si tratta di un caso di proprietà su esseri umani¹⁷. Per quanto riguarda i corpi celesti (che sono tra le cose che Fitzgerald qualifica come al di là della nostra portata), invece, viene riportato l'esempio di fantasia di un re a cui è conferita per legge la proprietà del sole e che per questo può imporre un tributo a coloro che beneficiano dei raggi solari¹⁸. Infine, Fitzgerald ci invita a considerare le risorse presenti in abbondanza nei luoghi in cui viviamo (le cose che egli qualifica come comuni a tutti), come l'aria e il mare: a prima vista escludiamo la possibilità della proprietà di risorse del genere, ma il diritto potrebbe prevedere la proprietà dell'aria o del mare, per esempio consentendo a una persona di richiedere a chi respirasse l'aria o attraversasse il mare di effettuare un pagamento per il compimento di queste azioni. Secondo noi, bisogna però tenere in considerazione che esiste una differenza importante fra l'aria e il mare: l'aria è una risorsa molto più comune a tutti di quanto non sia il mare. Proprio questa è la caratteristica che fa sì che l'aria sia una proprietà apparentemente impossibile. E questa caratteristica non si riscontra nei casi, già considerati, degli esseri umani e dei corpi celesti.

L'apparente impossibilità che gli enti menzionati da Fitzgerald e di cui abbiamo parlato siano proprietà si può spiegare grazie alla tesi secondo cui essi costituiscono casi *borderline* di proprietà-oggetto? Si può cioè dire che, poiché si tratta di casi *borderline* di proprietà-oggetto, la controvertibilità dell'idea che si tratti di proprietà sia ciò che determina l'impressione, testimoniata da Fitzgerald, che siano proprietà impossibili?

Per rispondere, bisogna innanzitutto rilevare una differenza che intercorre fra il caso degli esseri umani da un lato e i casi dei corpi celesti e dell'aria dall'altro: si può dubitare che abbia senso dire che un essere umano è proprietario di un corpo celeste o dell'aria, ma non si può dubitare che abbia senso dire che un essere umano è o era proprietario di un altro essere umano¹⁹. Ciò significa che l'apparente impossibilità che un essere umano sia proprietà di un altro essere umano è di un genere e che l'apparente impossibilità che un corpo celeste o l'aria sia una proprietà è di un altro genere. Ed è solo questo secondo genere dell'apparente impossibilità che un ente sia una proprietà-oggetto che si può spiegare grazie alla tesi secondo cui l'ente in questione costituisce un caso *borderline* di proprietà-oggetto. La ragione di ciò è che, se non si può dubitare che abbia senso dire che

¹⁴ FITZGERALD 1966, 251 s. (traduzione nostra).

¹⁵ FITZGERALD 1966, 252 (traduzione nostra).

¹⁶ FITZGERALD 1966, 252 (traduzione nostra). Sottolinea la relatività storica del rigetto della proprietà sugli esseri umani anche GAMBARO 2017, 4: «Per millenni gli ordinamenti giuridici hanno coonestato l'istituto della schiavitù, ossia l'idea ributtante in base alla quale un essere umano può essere assegnato in appartenenza ad un altro essere umano. Il ripudio di tale idea è storicamente recente, ma è stato radicale. Gli ordinamenti moderni contraddicono l'idea della appartenenza sugli esseri umani combattendola sin dalle sue più remote radici».

¹⁷ La nostra preferenza dipende dalla differenza fra il concetto di persona e quello di essere umano, in ragione della quale non è escludibile che si usi l'espressione "persona vivente" per riferirsi a soggetti che non sono esseri umani.

¹⁸ FITZGERALD 1966, 252.

¹⁹ Ringraziamo Enrico Diciotti per questa osservazione.

qualcosa è un caso di X, allora quel qualcosa non può essere un caso *borderline* di X, dato che essere un caso *borderline* di X implica essere un caso controverso di X e, se qualcosa è un caso controverso di X, allora si può dubitare che abbia senso dire che quel qualcosa sia un caso di X. Perciò, se non si può dubitare che abbia senso dire che un essere umano è o era proprietà di un altro essere umano, allora il primo essere umano non può essere un caso *borderline* di proprietà-oggetto.

Consideriamo a questo punto il caso dell'aria. La caratteristica che, a nostro parere, rende la proprietà dell'aria qualcosa di apparentemente impossibile è il fatto che essa è alla nostra portata in un grado elevatissimo. Se le risorse di cui noi esseri umani abbiamo bisogno fossero alla nostra portata come lo è l'aria, allora la proprietà di esse non sarebbe necessaria²⁰. Questa idea può collocarsi alla base di ciò che Hart afferma quando parla di una situazione fantascientifica in cui gli esseri umani

«riescano a ricavare il cibo di cui necessitano dall'aria grazie ad un processo chimico interno. In tali circostanze, i cui dettagli possono essere lasciati alla fantascienza, [...] le norme che istituiscono una forma minima di proprietà – con i relativi diritti ed obblighi sufficienti a far sì che il cibo prodotto possa essere detenuto sino alla sua consumazione – non rivestirebbero di certo il carattere necessario che rivestono per noi, visto il mondo in cui viviamo»²¹.

Possiamo allora concludere, in merito al nostro caso centrale di proprietà-oggetto, che una delle sue caratteristiche è quella di non essere alla nostra portata come lo è l'aria.

Che un ente non sia alla nostra portata come lo è l'aria è un conto, che un ente non sia affatto alla nostra portata è un altro. La differenza è importante, perché è proprio quando un ente non è affatto alla nostra portata che diventa controverso se esso sia una proprietà: lo dimostra il caso dei corpi celesti. Con lo sviluppo tecnologico, ovviamente, si è cominciato a pensare ai corpi celesti come a enti non più collocati al di fuori della nostra portata, il che ha reso meno controverso il caso di una proprietà su di essi. Per questo motivo, la questione della loro appropriazione è stata espressamente affrontata in un documento normativo, l'*Outer Space Treaty*, entrato in vigore nel 1967, che, all'articolo II, recita: «Outer space, including the Moon and other celestial bodies, is not subject to national appropriation by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means».

In sintesi, perché un ente possa rientrare nel nostro caso centrale di proprietà-oggetto, è necessario che sia alla nostra portata e che non sia alla nostra portata come lo è l'aria. Si noti la differenza tra i motivi per cui quelle appena indicate sono caratteristiche del nostro caso centrale di proprietà-oggetto. Se un ente è alla nostra portata come lo è l'aria, allora la proprietà su un tale ente risulta inutile, mentre, se un ente è al di fuori della nostra portata, allora risulterebbe impossibile per il soggetto che avesse ottenuto la controversa qualificazione di suo proprietario godere del diritto, incluso nella lista di Honoré, di usare l'ente in questione, data l'impossibilità di accedere fisicamente a esso.

I due caratteri su cui ci siamo soffermati, tuttavia, non sono gli unici che possiamo menzionare per circoscrivere il nostro caso centrale di proprietà-oggetto. Pensiamo, in particolare, che a essi si possa aggiungere un altro carattere, per parlare del quale è però necessario rivolgersi a un caso non incluso nell'elenco di Fitzgerald, ossia quello della proprietà di sé.

²⁰ Cfr. MELA 1993, 10 s.

²¹ HART 2005 [1958], 74. Cfr. HART 2002 [1961], 228 s.: «È un fatto meramente contingente che gli esseri umani hanno bisogno di cibo, di vestiti e di un tetto; e che questi non sono alla loro portata in una quantità senza limiti, ma sono scarsi, devono essere fatti crescere o venire conquistati dalla natura, o essere costruiti con strumenti umani. Questi fatti da soli rendono indispensabile qualche forma minima di istituzione della proprietà (benché non necessariamente della proprietà individuale), e il tipo speciale di norma che ne impone il rispetto». Analogamente si esprime HARRIS 1996, 24, che identifica nella scarsità di una risorsa una condizione normalmente necessaria della soggezione di quella risorsa a un'istituzione di proprietà.

6. La proprietà di sé

Esistono concezioni diverse della proprietà di sé, differenziabili sulla base delle relazioni che ciascuna di esse istituisce fra il soggetto proprietario e l'oggetto di proprietà.

Una prima concezione della proprietà di sé è quella in base alla quale il soggetto proprietario è distinto dal sé che costituisce l'oggetto di proprietà. Un esempio importante di questa prima concezione è l'idea che il sé che costituisce l'oggetto di proprietà sia il corpo e che di esso sia proprietario un soggetto che lo abita. Alla base di questa idea si colloca una distinzione presente in diverse concezioni contemporanee della persona, illustrata da Ian Carter:

«La maggior parte delle concezioni contemporanee della persona sembra assumere che io, una persona, sia qualcosa di distinto dal “mio corpo” – forse una sostanza immateriale, o forse, come sostengono molti neuroscienziati contemporanei, una sostanza materiale consistente in un cervello, o forse solo un fascio di percezioni, cognizioni e volizioni che sopravvivono sul cervello. In base a questa idea, il “mio corpo” è qualcosa che io “occupo”, “abito”, “controllo”, o “uso” al fine di percepire il mondo e agire in esso; sono connesso in un modo intimo a un corpo umano, ma non sono quel corpo; piuttosto, il mio corpo è qualcosa che *ho*»²².

È sulla base di una distinzione come questa che si può affermare che il soggetto che abita il corpo è il soggetto proprietario del corpo, il quale corpo è identificabile con il sé che costituisce l'oggetto di proprietà. Si tratta di un assunto riscontrabile in alcune tradizioni giuridiche, come rileva Antonio Gambaro:

«non mancano nel panorama del diritto globale tradizioni giuridiche inclini a declinare la problematica delle decisioni relative al corpo umano partendo dall'assunto che esso è oggetto di proprietà del soggetto che in un certo senso lo abita»²³.

Una seconda concezione della proprietà di sé rigetta l'idea che il sé che costituisce l'oggetto di proprietà sia distinguibile dal soggetto che ne è il proprietario. Un esempio di questo rigetto si trova in G. A. Cohen: «se la proprietà [*ownership*] richiede la separabilità di ciò che è proprietario [*what owns*] da ciò che è oggetto di proprietà [*what is owned*], allora la proprietà di sé è impossibile»²⁴. Poiché Cohen sostiene la possibilità della proprietà di sé, egli argomenta a favore della tesi che la distinzione fra soggetto proprietario e oggetto di proprietà non sia richiesta dal concetto di proprietà:

«Dire che A gode della proprietà di sé significa semplicemente dire che A è proprietario di A [*A owns A*]: “sé”, qui, esprime una relazione riflessiva. Non vedo nulla nel concetto di proprietà che (come il concetto di paternità) escluda un caso riflessivo di esso. Chiunque dia a intendere di vedere in questo concetto qualcosa che escluda il suo uso riflessivo deve dire che cosa sia»²⁵.

Secondo Cohen, fu Immanuel Kant a raccogliere questa sfida, quando, nelle *Lezioni di etica*, presentò le seguenti considerazioni:

²² CARTER 2019, 99 (traduzione nostra).

²³ GAMBARO 2017, 74. Relativamente all'idea qui illustrata, bisogna segnalare che il problema di stabilire esattamente in cosa consista il soggetto distinto dal corpo e identificato come soggetto proprietario è un problema forse irrisolvibile in modo soddisfacente: cfr. DICIOTTI 2002, 240-244.

²⁴ COHEN 1995, 69, n. 4 (traduzione nostra).

²⁵ COHEN 1995, 211 (traduzione nostra).

«L'uomo non può disporre di se stesso, poiché non è una cosa; egli non è una proprietà di se stesso, poiché ciò sarebbe contraddittorio. Nella misura, infatti, in cui è una persona, egli è un soggetto, cui può spettare la proprietà di altre cose. Se, invece, fosse una proprietà di se stesso, egli sarebbe una cosa, di cui potrebbe rivendicare il possesso. Ora, però, egli è una persona, il che differisce da una proprietà; perciò egli non è una cosa, di cui possa rivendicare il possesso, perché è impossibile essere insieme una cosa e una persona, facendo coincidere il proprietario con la proprietà»²⁶.

A parere di Cohen, l'argomento di Kant è ricostruibile nel modo seguente: poiché l'uomo è una persona e nulla può essere sia una cosa sia una persona, l'uomo non è una cosa; ma, poiché solo le cose possono essere oggetto di proprietà, l'uomo non può essere oggetto di proprietà né proprietario di se stesso²⁷. Cohen si concentra sulla terza delle premesse usate da Kant, ossia sull'idea che solo le cose possano essere oggetto di proprietà: per Cohen, nulla mostra che solo le cose possono essere oggetto di proprietà a meno che non si accetti già che le persone non possano essere proprietarie di se stesse. Kant, dunque, non sarebbe riuscito a mostrare che del concetto di proprietà sia escludibile un uso riflessivo²⁸.

Tenendo a mente quanto appena detto, si può comprendere perché J.P. Day, pur criticando l'idea della proprietà di sé tramite l'appello all'irriflessività delle relazioni fra soggetto proprietario e oggetto di proprietà, affermi che le relazioni in questione sono irriflessive nel caso dei loro usi standard o paradigmatici. Day sostiene, in primo luogo, che «non ha senso dire che A è proprietario di se stesso»²⁹. La ragione di ciò, secondo Day, è, come abbiamo accennato, che «è proprietario di o possiede [owns or possesses] e il suo converso appartiene a [appertains to] sono relazioni irriflessive»³⁰. Sempre secondo Day, le relazioni in questione sono caratterizzabili anche come asimmetriche (domande come “Tom può essere proprietario della Foresta di Sherwood e viceversa?” sono assurde) e intransitive (se A è proprietario di B e B è proprietario di X, allora A non può essere proprietario di X). Tuttavia, Day precisa appunto che «nei loro usi standard o paradigmatici [in their standard or paradigm uses], la relazione binaria è proprietario di e la sua inversa appartiene a sono irriflessive, asimmetriche e intransitive»³¹.

Queste ultime considerazioni supportano la conclusione che vogliamo ricavare dalle osservazioni fatte fino a ora in questo paragrafo: che l'oggetto di proprietà sia pensato come distinto dal soggetto proprietario è un carattere del nostro caso centrale di proprietà-oggetto. Nell'ipotesi in cui questo carattere non vi sia, la figura di proprietà che ci troveremo davanti sarà una figura *borderline* di proprietà, ed è appunto questo che possiamo constatare nel caso della proprietà di sé per come la concepisce Cohen. Ciò significa anche che la proprietà di sé per come la concepisce Cohen non è solo un caso *borderline* di proprietà, ma è anche un caso *borderline* di proprietà di sé, mentre la proprietà di sé per come emerge dalla prima concezione che abbiamo descritto non solo è un caso non controverso di proprietà, ma è anche il caso paradigmatico di proprietà di sé.

7. Il dono cerimoniale

Diamo sostanza alla tesi appena esposta concentrandoci su un caso *borderline* di proprietà di sé, che è tale in quanto la (controversa) proprietà-oggetto non è pensata come distinta dal (contro-

²⁶ KANT 1984 [1924], 189.

²⁷ Qui viene dunque presentato un rapporto fra persone e cose in virtù del quale un enunciato della forma “x è proprietario di y” presuppone che x sia necessariamente una persona e che y sia necessariamente una cosa.

²⁸ COHEN 1995, 211 s. Non ci occuperemo qui di esaminare se l'interpretazione di Kant offerta da Cohen sia corretta.

²⁹ DAY 1966, 216 (traduzione nostra).

³⁰ DAY 1966, 216 (traduzione nostra).

³¹ DAY 1966, 218 (traduzione nostra).

verso) soggetto proprietario: il caso del dono cerimoniale³².

La pratica del dono cerimoniale – sulla quale verte vastissima letteratura di stampo antropologico e filosofico – è originariamente descritta, come è noto, negli studi seminali di MALINOWSKI (2011) e MAUSS (2002). Una definizione essenziale, ai fini della nostra analisi, di “dono cerimoniale”, identifica il referente di questa espressione linguistica con un bene il diritto di proprietà sul quale – impieghiamo provvisoriamente il termine “proprietà” al netto di successive precisazioni – è trasferito da un donante a un ricevente nel contesto di alcuni riti sociali e religiosi. Esempio paradigmatico di dono cerimoniale, tra i più conosciuti nella storia dell’antropologia culturale, sono i beni trasferiti durante il rito del *kula*, documentato da Malinowski e successivamente indagato da Mauss, presso le Isole Trobriand. Qui, gli abitanti dell’arcipelago viaggiavano lungo una rotta “ad anello” (cd. *kula ring*), in senso orario e antiorario, al fine di donare, rispettivamente, collane di conchiglie rosse (*soulava*) e braccialetti di conchiglie bianche (*mwali*). Scopo ultimo, connesso alla circolazione dei gioielli, era il rafforzamento dei legami sociali tra i trobriandesi³³. Questo scopo era raggiunto, in via definitiva, attraverso la restituzione del dono al donante originario, una volta che l’oggetto concludeva, dopo un certo lasso di tempo, il tragitto del *kula ring*. Il fatto che al primo donante fosse restituita la cosa donata contribuiva al soddisfacimento, in particolare, di un’aspettativa sociale alla reciprocità del dono.

Nel suo *Saggio sul dono*, Mauss esplora lo statuto ontologico del dono cerimoniale, muovendo da una constatazione relativa alla dicotomia tra “persone” e “cose” sottesa, secondo Mauss, alla tradizionale concezione della proprietà nel diritto “occidentale”: «noi viviamo in società che distinguono nettamente [...] le persone dalle cose. Questa separazione è fondamentale: essa costituisce la condizione stessa di una parte del nostro sistema di proprietà, di alienazione e di scambio»³⁴.

Non a tutte le culture giuridiche soggiace però, ritiene Mauss, la distinzione tra persone e cose (e dunque, la distinzione concettuale tra soggetto proprietario e proprietà-oggetto)³⁵. Presso alcune società, al contrario, persone e cose “si fondono”³⁶. Ciò vale, ad esempio, per le società ove è diffusa la pratica del dono cerimoniale. In tali contesti, scrive Mauss: «[l]e anime si confondono [*on mêle*] con le cose; le cose si confondono con le anime. Le vite si mescolano [*mêlées*] tra loro ed ecco come le persone e le cose, confuse insieme, escono ciascuna dalla propria sfera e si confondono [*se mêlent*]» (MAUSS 2002, 247).

Marcel HÉNAFF, che in *Il dono dei filosofi* (2012) esamina alcuni concetti in origine illuminati dall’opera di Mauss, contribuisce a delimitare la nozione di dono cerimoniale distinguendo un’ulteriore nozione di dono: il dono cd. “grazioso”, elargito per esprimere l’attaccamento o la stima del donante nei confronti del ricevente, o al fine di renderlo più felice. Paradigma di “dono grazioso” è, nella società occidentale, il regalo di compleanno.

Secondo Hénaff, significativamente, il dono grazioso è una “cosa esterna” rispetto a chi dona, un “oggetto”³⁷. Il dono cerimoniale è, al contrario, qualcosa di “assolutamente proprio” al donan-

³² Nel presente articolo, al fine di indagare il problema dei confini tra soggetto proprietario e oggetto della proprietà, abbiamo scelto di concentrarci su questo esempio “classico” dell’antropologia culturale. Vi sono però, come è noto, moltissimi esempi che aggiornano questa discussione a tematiche oggi rilevanti in ambito giuridico. Per un’analisi di alcuni tra tali esempi cfr., nella letteratura italiana, fra gli altri: RESTA 2021; e la silloge MANIACI 2023 (in particolare la sezione II, sui dati personali, la sezione V, sul corpo umano, e la sezione VI, su animali e clientela, definiti, rispettivamente, “oggetti-soggetto” e “soggetti-oggetto”).

³³ MALINOWSKI 2011, 512-514; MAUSS 2002, 23 s.

³⁴ MAUSS 2002, 240.

³⁵ Sulla coincidenza, nella cultura giuridica occidentale, tra “persona” e “soggetto proprietario”, e tra “cosa” e “proprietà-oggetto” cfr. GROSSI 1988, 67; GRAHAM 2011, 32; ESPOSITO 2014, 32; ma anche il passo di Kant già citato *supra*, par. 6.

³⁶ MAUSS 2002, 240. Per una ricognizione sul modo in cui l’etnografia (dopo Mauss) ha messo in discussione l’universalità della distinzione tra persone e cose, cfr. PEEBLES 2010, 234 (e la bibliografia ivi citata).

³⁷ HÉNAFF 2012, 53. Per una più approfondita analisi della teoria del dono di Hénaff cfr. MAZZOLA 2021.

te, un “soggetto”, «parte del suo essere»³⁸. Proprio la natura “confusa” del dono cerimoniale, che “mescola” la persona del donante alla cosa donata, identifica, nell’interpretazione di Mauss ad opera di Hénaff, l’elemento che permette al dono cerimoniale di raggiungere il proprio scopo: il rafforzamento delle relazioni sociali; ove non, finanche, la creazione di una vera e propria alleanza tra donante e ricevente. Scrive Hénaff, infatti, che «[a]llearsi significa mettere insieme *il proprio del Sé* e l’estraneità dell’altro attraverso [il dono] [...] che invita a entrare nel patto che suggella una fiducia vicendevolmente accordata»³⁹.

Tuttavia, paradossalmente, anche il distacco tra donante e cosa donata è un elemento imprescindibile per il funzionamento del dono cerimoniale. Come afferma Hénaff, a tal proposito, «fatto di notevole importanza» è che il donante partecipi al dono cerimoniale «attraverso la mediazione di una *cosa terza*» (rispetto a donante e ricevente); poiché la cosa assolve alla funzione di “*symbolon*” per il riconoscimento tra le parti, «prova per il futuro dell’accordo»⁴⁰.

Da un lato, dunque, il dono cerimoniale presuppone la possibilità di concettualizzare due entità distinte (il “donante” e la “cosa donata”) la cui separazione – finalizzata alla creazione di un *symbolon* a garanzia del futuro riconoscimento – identifica un aspetto cruciale per il suo funzionamento. Dall’altro lato, tale riconoscimento è però subordinato all’esistenza di un legame indissolubile tra chi dona – che, nel lessico di Hénaff, “mette insieme” se stesso all’altro – e la cosa donata, due entità sovrapposte fino a combaciare in una sola⁴¹.

Come si intuisce, l’ambiguità inerente alla natura del dono cerimoniale rileva, ai fini della nostra analisi, poiché pone in discussione uno dei tratti del caso centrale della proprietà-oggetto: il fatto che la proprietà-oggetto sia pensata come entità distinta dal soggetto proprietario. Ciò spinge a chiedersi: colui che elargisce un dono cerimoniale può essere identificato con il soggetto-proprietario della cosa donata? E, parallelamente, può la cosa donata essere identificata con una proprietà-oggetto?

Mauss, ad esempio, identifica espressamente coloro che, alle Isole Trobriand, donano *mwali* e *soulava* con i “proprietari [*propriétaires*]”⁴² di tali oggetti, senza tuttavia giustificare l’uso di questo termine. Hénaff, al contrario, chiarisce che il dono cerimoniale «non ha nulla a che fare con [...la] proprietà»⁴³ e non deve essere interpretato in termini economico-giuridici, bensì, piuttosto, come mezzo per la costituzione di alleanze.

A favore della possibilità di riconoscere nel donante un proprietario è la sua capacità di distaccarsi fisicamente dalla cosa donata, trasferita nelle mani del ricevente: poiché tale, eventuale, distacco sembra identificare in modo inequivoco donante e cosa donata con entità diverse; contro la possibilità di riconoscere un donante nel proprietario è invece l’esistenza di un legame indissolubile, una “mescolanza di anime”, come sostiene Mauss, tra donante e cosa donata. Al fine di delimitare ulteriormente il perimetro della questione, indaghiamo, nel prossimo paragrafo, la nozione, cruciale, di inalienabilità.

8. Possedimenti inalienabili

Una definizione di base di “alienazione” fa riferimento, in senso filosoficamente neutro⁴⁴, a un evento di separazione tra due entità, generalmente determinato da un atto – designabile con “at-

³⁸ HÉNAFF 2012, 75.

³⁹ HÉNAFF 2012, 76.

⁴⁰ HÉNAFF 2012, 76 (primo corsivo nostro).

⁴¹ Cfr. MAZZOLA 2021, 142 s.

⁴² MAUSS 2002, 18.

⁴³ HÉNAFF 2012, 25.

⁴⁴ “Alienazione”, nel dibattito filosofico – con riferimento, in particolare, alla tradizione hegeliana e marxista –

to di alienazione” – di una delle due entità coinvolte, indicata dal termine “alienante”. È alienabilità, in questo senso, la possibilità di alienazione: la possibilità, dunque, che tale evento di separazione e il relativo atto di alienazione abbiano luogo.

L’alienazione può intendersi sia come evento fisico, sia come fatto sociale: come, cioè, alterazione della realtà sociale che non necessariamente corrisponde a uno spostamento fisico. Così, a un’alienazione fisica non necessariamente corrisponde un’alienazione (che qui chiamiamo) sociale, e viceversa. In relazione allo specifico apparato concettuale della proprietà, è “alienabilità”, ad esempio, la possibilità per il soggetto proprietario di alienare la proprietà-oggetto; al relativo atto di alienazione, tuttavia, non necessariamente corrisponderebbe, ove realizzato, un’alienazione fisica del bene.

Ricalcando la precedente definizione di “alienabilità”, indichiamo, con “inalienabilità”, l’impossibilità di alienazione: è quindi inalienabilità, in generale, l’impossibilità che si verifichi, dal punto di vista fisico o dal punto di vista sociale, un evento di separazione tra due enti determinato da un atto di alienazione. Con specifico riferimento alla proprietà, è dunque inalienabilità l’impossibilità per il soggetto proprietario di alienare la proprietà-oggetto.

Il concetto di inalienabilità ha suscitato particolare interesse in ambito antropologico, ove è stato indagato a partire da studi di carattere etnolinguistico, risalenti alla prima metà del XX secolo. È inalienabilità, in questi studi, una specifica relazione (normativa) tra persone e cose – la cui esistenza è stata desunta dal lessico di alcune lingue umane – che connota il concetto di possesso inalienabile, e non il concetto di possesso alienabile⁴⁵. È bene precisare, prima di approfondire tali concetti, che il lessico impiegato negli studi etnolinguistici menzionati, nella maggior parte dei casi, non distingue – quantomeno non attraverso categorizzazioni che rilevano per gli scopi di questo articolo – la proprietà dal possesso⁴⁶. La nozione di possesso inalienabile va dunque intesa, con riferimento a tale letteratura, come nozione analoga (o che non presenta salienti differenze rispetto) alla nozione di proprietà inalienabile.

Tra i primi studi sul linguaggio dell’inalienabilità v’è, ad esempio, *L’expression de la possession dans les langues mélanésienne* dell’antropologo francese Lucien LÉVY-BRUHL (1914), che illumina il modo in cui, in particolare, le lingue della Melanesia lessicalizzano diverse *species* di relazioni di possesso/proprietà. Queste lingue annoverano, infatti, due classi di sostantivi, che Lévy-Bruhl distingue in base al modo in cui la struttura sintattica della frase pone in relazione le entità da essi designate e colui che le “possiede”.

Una prima classe di sostantivi è preceduta da espressioni del possesso. Ad esempio, in lingua figiana (la lingua parlata alle Isole Fiji), l’espressione “la mia testa” – che designa la testa di animale, staccata dal corpo, di cui qualcuno ha il possesso – è resa con “*kequ ulu*”, ove “*ulu*” significa “testa” e “*kequ*” è composto da “*ke*”, “cosa intima”, e “*qu*”, “mia”.

Una seconda classe di sostantivi è invece, generalmente, accompagnata da suffissi che esprimono possesso, e comprende soltanto determinate categorie di “cose”: ad esempio, le parti del corpo e alcuni oggetti (materiali) che Lévy-Bruhl definisce “familiari” (*objets familiers*), “strettamente correlati” alla vita della persona che li possiede⁴⁷. Ad esempio, ancora in lingua figiana, l’espressione “la mia testa” – che designa, stavolta, non la testa di un animale, ma la parte del mio corpo – è resa con “*uluqu*” (da “*ulu*”, “testa” e “*qu*”, “mia”).

designa comunemente, come è noto, una separazione *problematica* tra due entità che, per varie ragioni (anche sociali o politiche), non dovrebbero essere separate. Cfr. sul punto, fra i molti, LEOPOLD 2022, par. 5.

⁴⁵ La stessa contrapposizione è descritta attraverso terminologie alternative, ma altrettanto eloquenti, rispetto al paradigma “inalienabilità vs. alienabilità”: cfr. le dicotomie “possesso essenziale [*inherent*] vs. possesso incidentale [*accidental*]” (DIXON 1910, 318); “possesso inseparabile [*inseparable*] vs. possesso separabile [*separable*]” (BOAS 1911, 275); “possesso trasferibile [*transferable*] vs. possesso non-trasferibile [*non-transferable*]” (SWANTON 1911, 272 s.).

⁴⁶ Sulle ragioni della mancata distinzione cfr., ad esempio, LÉVY-BRUHL 1910, 79.

⁴⁷ LÉVY-BRUHL 1914, 97 s. (traduzione nostra); cfr. anche LÉVY-BRUHL 1927, 76-82.

Lévy-Bruhl chiama l'insieme degli oggetti designati dalla *prima* classe di sostantivi “proprietà alienabile [*propriété aliénable*]”; chiama, invece, gli oggetti designati dalla *seconda* classe di sostantivi – che esprimono una «solidarietà che non si può rompere»⁴⁸ – “possedimenti inalienabili [*possessions inaliénables*]”. Chiama, infine, la relazione che lega tali oggetti al loro proprietario o possessore “possesso inalienabile”, ma anche (i termini appaiono, in Lévy-Bruhl, intercambiabili) “solidarietà [*solidarité*]” e “interdipendenza [*interdépendance*]”. Come si nota, “solidarietà” e “interdipendenza” non mutuano la nozione di “possesso” – che, come la nozione di “proprietà” per quanto riguarda il soggetto proprietario e l’oggetto di proprietà, implica tipicamente una distinzione concettuale tra chi possiede e la cosa posseduta⁴⁹ – ma inducono, piuttosto, a riflettere sulla stretta correlazione tra possessore o soggetto proprietario e possesso o proprietà oggetto⁵⁰. Non a caso, secondo Lévy-Bruhl, la trasposizione in lingua francese della relazione (che egli chiama) “possesso inalienabile” non implica l’uso del verbo “avere” (o del verbo “possedere”), ma del verbo “essere”. D'altronde, scrive Lévy-Bruhl, una logica analoga è sottesa al modo in cui, anche nella società occidentale, si è soliti designare il rapporto tra le persone e peculiari “possedimenti”: «[q]uando parlo della *mia* testa, non intendo dire che *la* posseggo [*est à moi*], ma che è [parte di] *me* [*est moi*]»⁵¹.

9. Analitica dell'inalienabilità

La natura “inalienabile” dei “possedimenti” descritti da Lévy-Bruhl – “legati” al possessore da una relazione a cui, secondo lo stesso autore, è preferibile riferirsi, sul piano linguistico, attraverso l’uso del verbo “essere” – suscita alcune riflessioni. Non è chiaro, infatti, a quale *species* di inalienabilità lo studio di Lévy-Bruhl faccia riferimento.

Ove si designasse, con il termine “inalienabilità”, un’inalienabilità *fisica*, l’impiego di questo termine per riferirsi alla relazione tra possessore e possesso inalienabile si porrebbe in evidente contraddizione con il fatto che (almeno) alcuni tra i possedimenti inalienabili potevano essere, in effetti, alienati: il possessore poteva quindi disporre in modo tale da separarsene fisicamente – ciò vale, in particolare, per gli oggetti materiali, per quanto “familiari” al possessore⁵². Il titolo di un notissimo e fondamentale studio sul tema delle cd. economie del dono, ad opera dell’antropologa Annette Weiner – che interpreta, significativamente, i beni donati nel contesto del rito del *kula* come “possedimenti inalienabili” –, fa riferimento a tale ambiguità, definita come “paradosso”: *Inalienable Possessions: The Paradox of Keeping-While-Giving* (1992).

Allo scopo di sciogliere detto paradosso, appare pertinente la riflessione della linguista Maura Velasquez Castillo – relativa al popolo Guaraní (Brasile), ma le cui conclusioni possono, a nostro avviso, contribuire a una discussione sul tema in generale – che verte sulla nozione di separabilità (connessa a quella di inalienabilità):

«la separabilità non deve necessariamente essere una proprietà della realtà oggettiva per essere considerata una valida nozione semantica al fine di descrivere il fenomeno dell'inalienabilità. La nozione di “separabilità” [...] attiene più al modo di *interpretare* o *costruire* la realtà, non riguarda le cose nel mondo»⁵³.

⁴⁸ LÉVY-BRUHL 1914, 98 (traduzione nostra).

⁴⁹ Cfr. MOSKO 2000, 379.

⁵⁰ Altri autori, nell’ambito della linguistica francese, scrivono di “stretta associazione [*association étroite*]” o di “associazione intima [*association intime*]” tra possessore o possesso. Cfr., tra gli altri, CREISSELS 1979, 692; cit. in JACQUINOD 1981, 13.

⁵¹ LÉVY-BRUHL 1914, 98 (traduzione e corsivi nostri).

⁵² LÉVY-BRUHL 1914, 95 (traduzione nostra).

⁵³ VELASQUEZ CASTILLO 1996, 32 s. (traduzione e corsivi nostri).

Secondo Velasquez Castillo, la nozione di separabilità non fa sempre riferimento all'impossibilità di separare fisicamente due entità, ma può designare, in alcuni casi, anche l'impossibilità di separare due entità a causa del modo in cui la realtà è, in un certo contesto, "costruita" o "interpretata".

Occorre tuttavia, a nostro avviso, contestualizzare la nozione di separabilità (e quella di alienabilità) a cui si riferisce Velasquez Castillo all'interno di una classificazione che distingue due *species* di inalienabilità, diverse dalla mera inalienabilità fisica e costruite "socialmente": una inalienabilità relativa a regole e una inalienabilità irrelativa a regole⁵⁴.

Con l'espressione "inalienabilità relativa a regole" ci riferiamo all'impossibilità per il soggetto proprietario di perfezionare un atto di alienazione della proprietà-oggetto in quanto tale atto è vietato da una norma⁵⁵. Margaret Radin⁵⁶ ha distinto in questo senso tre *species* di inalienabilità (che chiamiamo) relativa a regole:

- i. *non-vendibilità (nonsalability; vel market-inalienability)*: l'atto di alienazione può essere perfezionato, ma non attraverso un atto di vendita poiché una norma lo proibisce. Ad esempio, l'art. 21 della *Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina* sancisce la non-vendibilità delle parti del corpo umano, stabilendo che «il corpo umano e le sue parti non devono essere [...] fonte di profitto»;
- ii. *non-donabilità (nongiveability)*: l'atto di alienazione può essere perfezionato, ma non a titolo gratuito (sotto forma di dono), poiché, anche in questo caso, una norma lo vieta. Per un caso analogo a questo, si consideri, ad esempio, l'art. 64 del R.D. 267/1942 (*Legge fallimentare*) stabilisce che «sono privi di effetto rispetto ai creditori, se compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione del fallimento, gli atti a titolo gratuito»;
- iii. *non-trasferibilità (nontransferability)*: l'atto di alienazione non può essere perfezionato in nessun caso (v'è un divieto assoluto di alienabilità). Ad esempio, il D.P.R. 309/1990 (aggiornato nel 2024) sancisce la non-trasferibilità, a titolo oneroso o gratuito, in Italia, di alcune sostanze stupefacenti.

Le tre *species* di inalienabilità relativa a regole elencate implicano con ogni evidenza una concezione del soggetto proprietario (al quale è precluso l'atto di alienazione) e della proprietà-oggetto (la cui alienazione non può essere perfezionata) come entità distinte, sul piano esistenziale. In altre parole, nei casi di inalienabilità relativa a regole, "soggetto proprietario" e "proprietà-oggetto" identificano diverse porzioni di realtà, una delle quali (il soggetto proprietario) potrebbe almeno in astratto alienare l'altra (la proprietà-oggetto), se non vi fosse una norma giuridica che lo impedisse.

Con "inalienabilità irrelativa a regole" ci riferiamo invece all'impossibilità per il soggetto proprietario di perfezionare un atto di alienazione della proprietà-oggetto in virtù (non del fatto che un simile atto è vietato da una norma, ma) della natura di soggetto proprietario e proprietà-oggetto. A questo tipo di inalienabilità, ci pare di poter dire, fa riferimento Velasquez Castillo quando scrive di separabilità e inseparabilità attinenti al modo in cui interpretiamo o costruiamo la realtà. Secondo Velasquez Castillo, infatti, in alcuni casi l'impossibilità di alienare un bene

⁵⁴ Recuperiamo questa terminologia, originariamente riferita, più in generale, alla "impossibilità" nel diritto, da CONTE 2015, 46 (anche come "impossibilità nomoforica" e "impossibilità non-nomoforica").

⁵⁵ La definizione può essere ulteriormente specificata in base al tipo di norma che vieta l'atto di alienazione. Seguendo la classificazione dell'impossibilità normativa di Conte, è possibile distinguere un'impossibilità (di alienare) deontica (dovuta, cioè, all'esistenza di una regola deontica), anankastica (dovuta all'esistenza di una regola anankastico-costitutiva), eidetica (dovuta all'esistenza di una regola eidetico-costitutiva). Cfr. CONTE 2015, 48-60 (e gli esempi qui riportati).

⁵⁶ RADIN 1987, 1853; a partire da ROSE-ACKERMANN 1985, 933-935.

non dipende dall'esistenza di una norma che pone un divieto di alienazione, bensì si deve alla relazione di “prossimità [*proximity*]” che lega soggetto proprietario e proprietà-oggetto: due entità che, per la loro natura, risultano “inestricabilmente connesse [*inextricably linked*]”, parti di una relazione “indissolubile [*indissoluble*]”⁵⁷.

Come abbiamo anticipato, nel caso dell'inalienabilità relativa a regole, il soggetto proprietario e la proprietà-oggetto sono pensati come entità distinte sul piano esistenziale; nel caso invece dell'inalienabilità irrelativa a regole il soggetto proprietario e la proprietà-oggetto sono pensati come entità indistinte, “mescolate”, come un'unica entità. Tali entità appaiono, nel mondo fisico, separate (o, perlomeno, separabili), ma esse sono “costruite”, nella realtà sociale, come parti (inseparabili) della stessa entità.

L'inalienabilità irrelativa a regole riflette, come si nota, una peculiare relazione che lega il soggetto proprietario alla proprietà-oggetto, riconducibile a un caso *borderline* di proprietà di sé. L'identità del soggetto proprietario è infatti, nel caso dell'inalienabilità irrelativa a regole, reificata, sulla base di una specifica interpretazione della realtà, in una cosa (proprietà-oggetto), distinta, sul piano meramente fisico, dal soggetto proprietario. La reificazione dell'identità del soggetto proprietario nella proprietà-oggetto – dunque, di fatto, la sua duplicazione o scissione – è presupposto necessario alla sua alienazione fisica. Nel caso del dono cerimoniale, ad esempio, il donante “infondeva” – così spiegano Malinowski e Mauss – la propria identità nella cosa donata, reificando in questo modo la prima nella seconda: così avveniva, presso le Isole Trobriand, prima che *mwali* e *soulava* si distaccassero, fisicamente, da chi ne aveva, in origine, il possesso, e che iniziassero a viaggiare lungo la rotta del *kula ring*. Anche quando tale distacco avveniva, innescando il rito del *kula*, l'alienazione del dono cerimoniale rimaneva tuttavia un'alienazione soltanto fisica: tra donante e cosa donata restava infatti, scrive Weiner, un “legame”⁵⁸ indissolubile, che ne sanciva l'inseparabilità, sia in senso sociale sia, più specificamente, giuridico. Mauss, analogamente, ritiene che *mwali* e *soulava* non fossero “realmente ceduti”⁵⁹: che non avvenisse cioè un definitivo trasferimento del diritto (proprietario, nel suo lessico) sul bene, poiché tale trasferimento era reso impossibile dal fatto che alienante (donante) e cosa alienata (donata) non fossero pensati, in quel contesto sociale, come entità distinte.

10. Altre proprietà controverse: proprietà personale e proprietà culturale (cenni)

Come rileva Nicole Graham, l'inalienabilità (che abbiamo chiamato) irrelativa a regole connota – più che una relazione di proprietà, che, per non essere controversa, richiede che soggetto proprietario e proprietà-oggetto siano pensati come entità distinte – una relazione di identità, che sovrappone due entità: soggetto proprietario e proprietà-oggetto⁶⁰. Adottando il lessico che abbiamo impiegato in questo studio, diremmo che, ove soggetto proprietario e proprietà-oggetto sono pensati come una sola entità, ci troviamo di fronte a un caso di proprietà *borderline*, poiché non presenta una caratteristica del caso centrale della proprietà-oggetto: il fatto che soggetto proprietario e proprietà-oggetto siano pensati come entità distinte; e, inoltre, poiché non presenta una caratteristica del caso centrale della proprietà-soggetto: la presenza di un diritto del sog-

⁵⁷ VELASQUEZ CASTILLO 1996, 32 (traduzione nostra).

⁵⁸ WEINER 1992, 37 (traduzione nostra). Il significato e la portata di tale legame sono, come è ovvio, determinati dallo specifico contesto sociale di riferimento: ad esempio, con riferimento al *kula*, Weiner afferma che la cosa donata è “imbevuta”, in “senso spirituale”, della persona del donante.

⁵⁹ MAUSS 2002, 96. Poiché, come abbiamo accennato, la cosa donata era, in Melanesia, destinata, auspicabilmente, a ritornare, dopo un certo tempo, al donante originale, alcuni autori hanno interpretato la pratica del dono cerimoniale come una forma di prestito. Cfr. GUIDIERI 1990, 40; CAPPELLETTO 2001.

⁶⁰ GRAHAM 2011, 32.

getto proprietario di disporre – anche alienandolo – di ciò di cui è proprietario. Al fine di tracciare un *continuum* tra i due aspetti della questione, l'antropologo Daniel Miller scrive che «la [nozione di] *persona* riposa al centro di ogni [...] concettualizzazione dell'inalienabile»⁶¹. In altre parole, secondo Miller, il rapporto tra soggetto proprietario (la persona) e proprietà-oggetto (la cosa) assume la connotazione dell'inalienabilità quando la proprietà oggetto (la cosa) si identifica con il soggetto proprietario (la persona).

Nell'articolo *Property and Personhood* (1982), Radin sostiene la tesi secondo cui, anche nel contesto della cultura giuridica occidentale (e non solo presso culture distanti, come la cultura dei Trobriandesi studiata da Malinowski e Mauss), vi sono fenomeni che – discostandosi dal caso centrale di proprietà-oggetto – “mescolano” l'identità di persone e cose. Anche tali fenomeni, analogamente al dono cerimoniale, si producono attraverso la “reificazione” del soggetto proprietario nella proprietà-oggetto. Vi sono infatti, scrive Radin, oggetti che manifestano un peculiare legame con l'identità dei loro proprietari: ad esempio, la fede nuziale. Epifenomeno dell'esistenza di tale legame è il fatto che

«la perdita [dell'oggetto] provoca un dolore che non potrà essere attenuato dal suo rimpiazzo. Se è questo il caso, quel particolare oggetto è legato al suo possessore [*holder*]. Per esempio, se una fede nuziale è stata rubata a un gioielliere, l'assicurazione potrà rimborsarla; ma se una fede nuziale è stata rubata a chi, innamorato, la indossa, il prezzo del rimpiazzo non ricostituirà lo *status quo* – forse nessuna somma di denaro potrà farlo»⁶².

Il legame tra lo sposo innamorato e la fede nuziale (altri esempi proposti da Radin sono il cimelio di famiglia, la casa, il ritratto) – che Radin definisce “intuitivo” (*intuitive*) – fa sì che la fede nuziale divenga un caso *borderline* di proprietà-oggetto. Nel caso della fede nuziale, scrive Radin, è possibile infatti affermare che «un individuo è strettamente legato [*bound up*] con una cosa esterna», che tra le due entità – l'individuo e la cosa – vi sia una “connessione”⁶³.

Radin propone, in particolare, di distinguere due *species* di proprietà-oggetto.

La prima *species* coincide con il caso centrale di proprietà-oggetto, che Radin chiama “proprietà fungibile [*fungible property*]”, distinta dalla persona del proprietario e pertanto alienabile (fino all'eventuale intervento di un divieto di alienazione).

La seconda *species* di proprietà-oggetto ne identifica invece un caso *borderline*: Radin la chiama “proprietà personale [*personal property*]”. È una cosa “mescolata” all'identità del proprietario e pertanto inalienabile: ad esempio, la fede nuziale⁶⁴.

Come si evince, la (eventuale) inalienabilità della proprietà fungibile è inalienabilità relativa a regole; la necessaria inalienabilità della proprietà personale (nel senso attribuito a tale espressione da Radin) è invece, primariamente, inalienabilità irrelativa a regole, che prescinde dunque dall'esistenza di un divieto di alienazione⁶⁵.

A partire dalla nozione di proprietà personale elaborata da Radin, John Moustakas⁶⁶ ha distinto due sotto-categorie di “inalienabilità” connessa alla natura “personale” della proprietà-oggetto: inalienabilità determinata da uno “stato-di-persona [*personhood-inalienability*]” e inalienabilità determinata da uno “stato-di-gruppo [*grouphood-inalienability*]”.

⁶¹ MILLER 2001, 95 (traduzione e corsivo nostri).

⁶² RADIN 1982, 959 (traduzione nostra).

⁶³ RADIN 1982, 960 (traduzione nostra).

⁶⁴ RADIN 1982, 978 (traduzione nostra).

⁶⁵ La natura “personale” della proprietà-oggetto e la configurazione della sua inalienabilità – irrelativa a regole – non esclude tuttavia, per forza di cose, l'esistenza di un divieto di alienazione. La dottrina civilistica italiana, ad esempio, riconosce la natura della fede nuziale come bene “di particolare affezione” come presupposto del divieto di pignoramento, sancito dall'art. 514 del Codice civile. Cfr. sul punto MAZZAMUTO 2002, 566.

⁶⁶ MOUSTAKAS 1989, 1184 s.

Moustakas definisce “inalienabilità determinata dallo stato-di-persona” la relazione di inalienabilità tra persona e cosa che dipende dall’esistenza di una relazione di proprietà personale (nel senso specificato da Radin) tra singolo soggetto proprietario e proprietà-oggetto. Esempio di “inalienabilità dovuta allo stato-di-persona” è la relazione, descritta da Radin, tra fede nuziale e sposo.

Nel lessico di Moustakas è invece “inalienabilità determinata dallo stato-di-gruppo” la relazione di inalienabilità tra persona e cosa che dipende dall’esistenza di una relazione di proprietà personale tra soggetto proprietario, stavolta, collettivo e proprietà-oggetto. Questa relazione coincide, secondo Moustakas, con la relazione designata, nel contesto del diritto internazionale, dal sintagma “proprietà culturale” (*cultural property*). Moustakas, che descrive, in particolare, la relazione tra i Marmi del Partenone e il popolo greco, identifica indicatori della natura “personale” della relazione di proprietà: la durata della relazione di proprietà; particolari fattori storici e culturali (il fatto, ad esempio, che il Partenone rappresentasse il culmine dell’arte e dell’architettura greche dei tempi di Pericle e Fidia); il valore simbolico della cosa in relazione all’identità del gruppo (il fatto che il Partenone abbia rappresentato, per duemila anni, il simbolo dell’identità nazionale greca); l’intenzione del creatore della cosa (il fatto che il Partenone, che fu commissionato da Pericle, fosse stato esplicitamente dedicato al popolo greco)⁶⁷. L’insieme di questi fattori ha determinato, secondo Moustakas, il venir in essere di un “legame” (MOUSTAKAS 1989, 1184) tra gruppo e cosa analogo al legame tra (singolo) individuo e cosa nei casi in cui quest’ultima coincidesse con una “proprietà personale” (à la Radin).

Significativamente, larga parte della letteratura sulla “proprietà culturale” ha messo in discussione l’opportunità di utilizzare all’interno di tale espressione il termine “proprietà”: ciò a causa, fra l’altro⁶⁸, del fatto che soggetto proprietario (il gruppo) e proprietà-oggetto (l’opera d’arte) identificano, spesso, entità tra cui v’è un legame, anche esistenziale, che trascende la natura economico-giuridica della tradizionale relazione proprietaria⁶⁹. Con tutta evidenza, anche in questo caso ci troviamo dunque di fronte all’impossibilità di parlare con certezza, ad esempio, dei Marmi del Partenone come della proprietà del popolo greco.

11. Conclusioni

Questo articolo, tramite un approccio analitico, ha cercato di evidenziare la complessità insita nell’uso del termine “proprietà”. L’analisi ha mostrato come tale termine possieda diverse accezioni a seconda del contesto in cui viene impiegato: “proprietà” può essere infatti utilizzato per designare un diritto soggettivo, un istituto, un soggetto o l’oggetto di un diritto. Tra queste accezioni, particolare attenzione è stata rivolta a quella di proprietà come proprietà-oggetto, un significato meno esplorato in filosofia del diritto.

Dopo aver preso atto di tale complessità, l’articolo ha applicato il metodo impiegato da Honoré, in origine finalizzato a descrivere il caso paradigmatico di soggetto proprietario, alla proprietà-oggetto. In questo modo, sono stati individuati i seguenti tratti del caso centrale di proprietà-oggetto: *i.* il fatto che essa sia alla portata del proprietario: che possa, cioè, essere da lui concretamente posseduta e utilizzata; *ii.* il fatto che, pur essendo alla portata del proprietario, non lo sia nello stesso modo in cui lo è l’aria; e infine, *iii.* il fatto che sia pensata come un ente distinto rispetto al soggetto proprietario.

L’articolo si è dunque soffermato su quest’ultima caratteristica, indagata alla luce di celebri studi di antropologia giuridica focalizzati sul fenomeno del dono cerimoniale. Si è evidenziato come,

⁶⁷ MOUSTAKAS 1989, 1197-1201.

⁶⁸ Per una discussione sulle altre cause di incompatibilità tra l’idea di proprietà e le opere culturali cfr., *ex pluribus*, SAX 2001.

⁶⁹ Cfr., ad esempio, BROWN 2003, 63.

in alcune società tradizionali, i doni impiegati in determinati riti sono concepiti non come entità completamente separate dal donante, ma piuttosto come elementi “mescolati” alla sua identità, mantenendo con essa un legame che prescinde dal trasferimento della cosa donata. Studi pionieristici su questo tema, come quelli di Mauss, Malinowski e Lévy-Bruhl, hanno mostrato come la concezione del rapporto tra persone e cose nelle culture non occidentali ponga talvolta in discussione la netta distinzione tra soggetto proprietario e proprietà-oggetto, suscitando perplessità, nell’osservatore che impieghi tali categorie, relative all’opportunità di etichettare tali fenomeni come forme di proprietà. Più recentemente, riflessioni analoghe hanno riguardato la cultura giuridica occidentale, presso la quale Radin ha ipotizzato l’esistenza di una “proprietà personale”, che presuppone uno stretto legame tra soggetto proprietario e proprietà-oggetto; la cui declinazione in senso collettivo identifica, secondo tali studi, la “proprietà culturale”, che nel lessico del diritto internazionale designa, come è noto, beni di valore identitario collettivo.

L’analisi condotta ha così implicitamente messo in evidenza un aspetto, secondo noi, cruciale: quando uno dei tratti attribuiti al caso centrale della proprietà-oggetto viene meno – e in particolare quando non vi è una chiara distinzione tra soggetto proprietario e proprietà-oggetto – l’applicazione del concetto di proprietà a tali fenomeni risulta problematica: non a caso, ad esempio, Radin ha coniato l’espressione “proprietà personale” per distinguere simili fenomeni dalla più tradizionale “proprietà fungibile”. È possibile dunque ipotizzare che la decisione di assimilare relazioni tra persone e cose come il dono cerimoniale, la proprietà personale o la proprietà culturale alla categoria giuridica della proprietà non identifichi il risultato di un vincolo concettuale necessario, ma piuttosto di una scelta normativa, o persino politica. In altre parole, l’inclusione di certi fenomeni all’interno della categoria della proprietà non rispecchia un dato di fatto oggettivo, ma l’esito di una costruzione giuridica dotata, potenzialmente, di implicazioni significative, tanto nella teoria del diritto quanto nelle politiche di regolamentazione e tutela dei beni⁷⁰.

Questa riflessione suggerisce, in ultima analisi, la necessità di un approccio critico e contestualizzato alla nozione di proprietà, che tenga conto della sua plasticità e della sua dimensione normativa. Lungi dall’essere una categoria fissa e universale, la proprietà si configura come un costrutto teorico e sociale, la cui individuazione e applicazione dipendono da coordinate storico-culturali e dagli interessi in gioco nel dibattito giuridico e politico.

⁷⁰ Cfr., ad esempio, sulle implicazioni della qualificazione (o meno) del rapporto tra popoli indigeni e territorio in termini di “proprietà”, MORPHY 2008.

Riferimenti bibliografici

- BATTAGLIA S. 1995 [1988]. *Grande dizionario della lingua italiana*, vol. XIV, rist., UTET.
- BECKER L. C. 1977. *Property Rights: Philosophic Foundations*, Routledge & Kegan Paul.
- BOAS F. 1911. *Tsimshian*, in ID. (ed.), *Handbook of American Indian Languages*, Smithsonian Institution, 283 ss.
- BROWN M.F. 2003. *Who Owns Native Culture*, Harvard University Press.
- CAPPELLETTO F. 2001. *Prestito e dono: l'ambiguità delle categorie*, in «DiPAV», 1/2001, 109 ss.
- CARTER I. 2019. *Self-Ownership and the Importance of the Human Body*, in «Social Philosophy and Policy», 36, 2019, 94 ss.
- COHEN G.A. 1995. *Self-Ownership, Freedom, and Equality*, Cambridge University Press.
- CONTE A.G. 2015. *Deontica dell'impossibilità*, in DI LUCIA P., COLLOCA S. (eds.), *L'impossibilità normativa*, LED, 45 ss.
- CREISSELS D. 1979. *Les constructions dites possessives: études de linguistique générale et de typologie linguistique*, Université de Paris IV (tesi dottorale).
- DAY J.P. 1966. *Locke on Property*, in «The Philosophical Quarterly», 16, 1966, 207 ss.
- DE FRANCHIS F. 1984. *Dizionario giuridico*, 1, Giuffrè.
- DICIOTTI E. 2002. *La proprietà di sé*, in «Studi senesi», 114, 2002, 215 ss.
- DIXON R. 1910. *The Chimariko Indians and Language*, in «University of California Publications in American Archaeology and Ethnology», 5, 1910, 293 ss.
- ESPOSITO R. 2014. *Le persone e le cose*, Einaudi.
- FITZGERALD P.J. 1966. *Salmond on Jurisprudence*, Sweet & Maxwell.
- GAMBARO A. 2017. *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, 2^a ed., Giuffrè.
- GROSSI P. 1988. *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Giuffrè.
- GUIDIERI R. 1990. *Saggio sul prestito*, in ID., *Voci da Babele*, Guida, 37 ss.
- HARRIS J.W. 1996. *Property and Justice*, Oxford University Press.
- HART H.L.A. 1957. *Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer*, in «University of Pennsylvania Law Review», 105, 1957, 953 ss.
- HART H.L.A. 2002 [1961]. *Il concetto di diritto*, Einaudi.
- HART H.L.A. 2005 [1958]. *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in SCHIAVELLO A., VELLUZZI V. (eds.), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli (rist. emendata), 48 ss.
- HÉNAFF, M. 2012 [2011]. *Il dono dei filosofi. Ripensare la reciprocità*, ETS.
- HONORÉ A.M. 1961. *Ownership*, in GUEST A.G. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, 107 ss.
- HONORÉ T. 1987 [1961]. *Ownership*, in ID., *Making Law Bind: Essays Legal and Philosophical*, Clarendon Press, 161 ss.
- HONORÉ T. 2006. *Property and Ownership: Marginal Comments*, in ENDICOTT T., GETZLER J., PEEL E. (eds.), *Properties of Law: Essays in Honour of Jim Harris*, Oxford University Press, 129 ss.
- JACQUINOD B. 1981. *La notion de possession inaliénable et les langues classiques*, in «L'information grammaticale», 10, 1981, 12 ss.
- KANT I. 1984 [1924]. *Lezioni di etica*, Laterza.

- LEOPOLD D. 2022. *Alienation*, in ZALTA E. N., NODELMAN U. (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2022 Edition). Disponibile in: <https://plato.stanford.edu/entries/alienation/> (consultato il 13/04/2025).
- LÉVY-BRUHL L. 1910. *Les fonctions mentales de sociétés inférieures*, Alcan.
- LÉVY-BRUHL L. 1914. *L'expression de la possession dans les langues mélanésienne*, in «Mémoires de la Société de Linguistique de Paris», 19, 1914, 96 ss.
- LÉVY-BRUHL L. 1927. *L'âme primitive*, Alcan.
- MALCOLM N. 1988 [1958]. *Ludwig Wittgenstein*, Bompiani.
- MALINOWSKI B. 2011 [1922]. *Gli argonauti del Pacifico occidentale*, Bollati Boringhieri.
- MANIACI A. (ed.) 2023. *Nuovi beni e new properties*, Pacini.
- MAUSS M. 2002 [1923-1924]. *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, Einaudi.
- MAZZAMUTO S. 2002. *La responsabilità patrimoniale e le garanzie*, in ID. (ed.), *Manuale di diritto privato*, Giappichelli, 565 ss.
- MAZZOLA R. 2021. *Sulla natura della composizione. A partire dalla (meta)teoria del dono di Marcel Hénaff*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 98, 2021, 129 ss.
- MELA A. 1993. *Il concetto di possesso. Un'indagine di teoria generale del diritto*, Giappichelli.
- MILLER D. 2001. *Alienable Gifts and Inalienable Commodities*, in MYERS F. (ed.), *The Empire of Things: Regimes of Value and Material Culture*, School of American Research Press, 91 ss.
- MORPHY F. 2008. *Enacting Sovereignty in a Colonized Space: The Yolngu of Blue Mud Bay Meet the Native Title Process*, in FAY D., JAMES, D. (eds.), *The Rights and Wrongs of Land Restitution: "Restoring What Was Ours"*, Routledge, 31 ss.
- MOSKO M. 2000. *Inalienable Ethnography: Keeping-While-Giving and the Trobriand Case*, in «The Journal of the Royal Anthropological Institute», 6, 2000, 377 ss.
- MOUSTAKAS J. 1989. *Group Rights in Cultural Property: Justifying Strict Inalienability*, «Cornell Law Review», 74, 1989, 1179 ss.
- PEEBLES G. 2010. *The Anthropology of Credit and Debt*, in «Annual Review of Anthropology», 39, 2010, 225 ss.
- RADIN M.J. 1982. *Property and Personhood*, in «Stanford Law Review», 34, 1982, 957 ss.
- RADIN M.J. 1987. *Market-Inalienability*, in «Harvard Law Review», 100, 1987, 1849 ss.
- RESTA G. 2021. *Contratto e diritti fondamentali*, in *Enciclopedia del diritto. I tematici*, I, Contratto, Giuffrè Francis Lefebvre, 291 ss.
- RODOTÀ S. 1960. *Note critiche in tema di proprietà*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 14, 1960, 1252 ss.
- ROSE-ACKERMANN S. 1985. *Inalienability and the Theory of Property Rights*, «Columbia Law Review», 85, 1985, 931 ss.
- SAX J.L. 2001. *Playing Darts with a Rembrandt: Public and Private Rights in Cultural Treasures*, University of Michigan Press.
- SCARPELLI U. 1985 [1959]. *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Giuffrè.
- SWANTON J.R. 1911. *Haida*, in BOAS F. (ed.), *Handbook of American Indian Languages*, Smithsonian Institution, 205 ss.
- TARELLO G. 1973. *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive*, ECIG.
- VELASQUEZ CASTILLO M. 1996. *The Grammar of Possession: Inalienability, Incorporation and*

Possessor Ascension in Guarani, John Benjamins.

WEINER A. 1992. *Inalienable Possessions: The Paradox of Keeping-While-Giving*, University of California Press.

ZAMBON A. 2024. *Analysis and Paradigm Cases in Philosophy of Law: An Essay on H.L.A. Hart's and A.M. Honoré's Method*, Giappichelli.

Distanza di salvataggio: Celano e i diritti in grappoli

Rescue Distance: Celano and the Rights in Clusters

JOSÉ JUAN MORESO

Universitat Pompeu Fabra.

E-mail: josejuan.moreso@upf.edu

ABSTRACT

In questo lavoro intendo di fornire una risposta al problema seguente: spesso, quando ci troviamo di fronte a un conflitto fra diritti, l'azione che si rivela decisiva, considerando tutti gli elementi rilevanti della situazione, non impedisce all'orientamento che non viene preso in considerazione di lasciare un residuo che talvolta, si sostiene, genera un dovere di compensazione. Il presente lavoro si propone di fornire una risposta a questa domanda nell'ambito dello specificazionismo. A tal fine, nella seconda sezione verrà delineata questa posizione; nella terza sarà presentata e discussa una concezione alternativa, che distingue tra violazione di un diritto e compressione (*infringing*) di un diritto, sostenendo che si può non violare un diritto, pur avendolo compresso, e verranno sollevate alcune obiezioni in merito; nella quarta sezione si proporrà una soluzione diversa, che implica che non c'è compressione di nessun diritto se si accetta anche di avere il dovere di risarcire l'altra parte – ciò significa che l'altra parte ha il diritto di essere risarcita; nella quinta sezione verranno tratte le conclusioni.

In this paper, I intend to provide an answer to the following problem: often, when we are faced with a conflict between rights, the action that proves to be decisive, considering all the relevant elements of the situation, does not prevent the orientation that is not considered from leaving a residue that sometimes, it is argued, generates a duty to compensate. This paper aims to provide an answer to this question in the context of specificationism. To this end, in the second section this position will be outlined; in the third section an alternative conception will be presented and discussed, which distinguishes between violating a right and infringing a right, arguing that one may not violate a right, even though one has infringed it, and some objections will be raised; in the fourth section a different solution will be proposed, implying that there is no infringement of any right if one also accepts that one has a duty to compensate the other party – this means that the other party is entitled to be compensated; in the fifth section conclusions will be drawn.

KEYWORDS

Celano, conflitto di diritti, specificazionismo, violare un diritto, comprimere un diritto

Celano, conflict of rights, specificationism, violating a right, infringing a right

Distanza di salvataggio: Celano e i diritti in grappoli

JOSÉ JUAN MORESO

1. *Introduzione* – 2. *Specificare i diritti* – 3. *Comprimere un diritto senza violarlo* – 4. *Distanza di salvataggio* – 5. *Per concludere*.

Sed quia multi sunt necessitatem patientes, et non potest ex eadem re omnibus subveniri, committitur arbitrio unius cuiusque dispensatio propriarum rerum ut ex eis subveniat necessitatem patientibus. Si tamen adeo sit urgens et evidens necessitas ut manifestum sit instati necessitati de rebus occurrentibus esse subveniendum putatum imminet personæ periculum et aliter subveniri non potest; tunc licite potest aliquis ex rebus alienis suæ necessitati subvenire, sive manifeste sive occulte sublati. Noc hoc proprie habet rationem furti vel rapinæ.

TOMMASO D'AQUINO
Summa Theologiæ, IIaIIæ, q. 66, a.7¹

1. *Introduzione*

Nelle settimane che hanno preceduto questo giorno, in cui il vostro affettuoso invito mi onora, permettondomi di inaugurare l'aula che porta il nome di Bruno Celano, ho riletto molti dei libri di Bruno e ho potuto constatare ancora una volta in che misura molte questioni cruciali della filosofia del diritto le abbiamo pensate insieme. Egli dedicò molti sforzi alla questione della natura dei diritti e qui voglio ricordare uno dei passaggi che è al cuore delle mie riflessioni di gi²: «[...] i diritti si presentano in grappoli, e [...] sono possibili sia conflitti fra più diritti, sia conflitti interni a un diritto, o alle sue diverse possibili specificazioni».

In diversi lavori³, ho difeso una concezione specificazionista dei diritti, adatta, a mio avviso, a rendere conto dei conflitti tra diritti e dei modi adeguati per risolverli. Tuttavia, non mi sono mai riferito fino ad ora a un problema rilevante che una tale concezione deve affrontare. Il problema è il seguente: spesso, quando ci troviamo di fronte a un conflitto fra diritti, l'azione che si rivela decisiva, con-

* Questo testo è stato presentato come la lezione di inaugurazione dell'aula Bruno Celano dell'Università di Palermo, il giorno 17 maggio 2023, a distanza di un anno dalla dipartita di Bruno. Ringrazio le attente osservazioni fatte da Marco Brigaglia, Diego Papayannis e Miguel Fernández a una versione precedente di questo lavoro – infatti, una prima versione di questo lavoro fu pubblicata in un libro edito da Miguel, (vedi Moreso 2022); purtroppo non posso occuparmi di tutte queste osservazioni, tuttavia esse sono d'aiuto per migliorare questa versione e per continuare a pensare a questa questione. Questo lavoro è stato scritto sotto il patrocinio di due progetti di ricerca, concessi rispettivamente da “Agencia Española de Investigación” PID2020-115041GB-I00 e da “Generalitat de Catalunya”, 2017 SGR 00823.

¹ Siccome però sono molte le persone in necessità, e non è possibile soccorrere tutti con una medesima fortuna personale, è lasciata all'arbitrio di ognuno l'amministrazione dei propri beni, per soccorrere con essi chi è in necessità. Se però la necessità è così urgente ed evidente da esigere il soccorso immediato con le cose che si hanno a portata di mano, come quando una persona versa in un pericolo tale da non poter essere soccorsa diversamente, allora uno può soddisfare il suo bisogno con l'appropriazione, sia aperta che occulta, della roba altrui. E ciò non ha propriamente natura di furto o di rapina.

² CELANO 2013, 90.

³ MORESO 2009 (terza parte, saggi 16, 17, 18, 19 e 20); MORESO 2011, MORESO 2017, MORESO 2018, MORESO 2020 (seconda parte, saggio 12).

siderando tutti gli elementi rilevanti della situazione, non impedisce che la norma che viene soppiantata lasci un residuo che, talvolta, si sostiene, genera un dovere di compensazione.

Consideriamo un esempio ormai famoso⁴: un escursionista viene sorpreso da una pericolosa tempesta di neve in montagna e ha bisogno di ripararsi, con grande rischio per la sua vita. Trova un rifugio, rompe una finestra e vi rimane per tre giorni, utilizzando il cibo e le bevande contenute nella credenza, e riscalda il rifugio accendendo il camino con la legna conservata dal proprietario. Il nostro senso comune sembra indicarci che l'escursionista sia autorizzato a mettere in atto questi comportamenti, ma suggerisce anche che l'escursionista debba scusarsi con il proprietario del rifugio e risarcirlo per i danni che ha causato. Tuttavia, se l'escursionista ha il diritto di ripararsi nel rifugio, sembra si debba concludere che il proprietario del rifugio non ha il diritto di chiedere un risarcimento all'escursionista. Se, invece, il proprietario ha diritto ad essere risarcito, allora pare che sia perché l'escursionista ha in qualche modo violato il suo diritto.

Il presente lavoro si propone di fornire una risposta a questa domanda nell'ambito dello specificazionismo. A tal fine, nella seconda sezione verrà delineata questa posizione – lo specificazionismo; nella terza sarà presentata e discussa una concezione alternativa, che distingue tra violazione di un diritto e compressione (*infringing*) di un diritto, sostenendo che nel caso dell'escursionista, egli non ha violato il diritto del proprietario del rifugio, pur avendolo compresso, e verranno sollevate alcune obiezioni in merito; nella quarta sezione si proporrà una soluzione diversa, che suggerisce che l'escursionista non ha compresso alcun diritto del proprietario entrando nel rifugio se accetta anche di avere il dovere di risarcirlo – ciò implica che il proprietario ha il diritto di essere risarcito; nella quinta sezione verranno tratte le conclusioni.

2. Specificare i diritti

È estremamente affascinante concepire una teoria della giustizia – una teoria di ciò che dobbiamo agli uni agli altri – fondata sui diritti che abbiamo tutti come agenti morali, sarebbe questo ciò che ci rende intrinsecamente degni di valore. Innanzitutto, siamo tutti consapevoli che, almeno apparentemente, i nostri diritti sono in conflitto. In questo senso, sono rilevanti due tipi di conflitto: i conflitti nell'esercizio dello stesso diritto – conflitti intra-diritto – ad esempio: A ha diritto alla vita e anche B, ma se A attacca illegittimamente B per privarlo della vita e l'unico modo per B di respingere l'aggressione è causare la morte di A, il diritto alla vita di A è in conflitto con il diritto alla vita di B. Ci sono anche, naturalmente, conflitti tra diritti, come nel caso dell'escursionista che si è smarrito nella tempesta di neve. L'escursionista, Caio, ha il diritto di entrare nel rifugio, supponiamo di proprietà di Sempronia, per proteggere il suo diritto alla vita, ma in questo modo il diritto di Sempronia alla proprietà del suo rifugio viene, a quanto pare, violato.

Di fronte a situazioni di questo tipo, esistono almeno due strade percorribili: ridurre la forza dei diritti o ridurre la portata. Nelle parole di Russ SHAFER-LANDAU⁵: «Quando sembra che i nostri diritti siano in conflitto con altre considerazioni morali, compresi altri diritti, possiamo risolvere la tensione o riducendo la portata del diritto o riducendo la sua forza».

Ridurre la forza dei principi significa considerare che i principi riguardano i casi anche se essi sono fra loro in conflitto, accade così che uno dei principi prevale sull'altro e, in questo modo, mentre il primo conserva la sua forza, il secondo no (o viceversa), dal momento che il secondo perde la sua applicabilità nel caso specifico. Chiamiamo questo approccio “generalista”⁶.

4 FEINBERG 1978, 102.

5 SHAFER-LANDAU 1995, 225.

6 Generalista, in quanto i diritti in conflitto continuano a riguardare tutti i casi cui si riferiscono. Nei punti citati all'inizio di questo articolo ho chiamato questa strategia proporzionalista, perché l'ho analizzata nella versione di

Il secondo approccio cerca di modificare la portata dei principi, pur preservandone la forza. Lo fa considerando le formulazioni dei principi come incomplete, il che consente di ampliarle o, equivalentemente, di specificarle in modo da renderle compatibili con gli altri principi in apparente conflitto. Questo è l'approccio specificazionista.

La mia difesa dello specificazionismo ha alcune caratteristiche peculiari che ripropongo in questa sede poiché sono rilevanti per quanto dirò di seguito. Esse riguardano il ragionamento giudiziale, ma sono applicabili anche al ragionamento morale.

Supponiamo un caso di conflitto tra la libertà di informazione e il diritto all'onore, come il caso del "prete di Hío", un caso deciso nel 1992 dalla Corte costituzionale spagnola⁷ in un ricorso costituzionale in cui il prete di Hío citò in giudizio il quotidiano "El País", che nel 1984 aveva pubblicato un articolo in cui si diceva che il prete di quella parrocchia guidava, bastone alla mano, una manifestazione contro dei soggetti che praticavano il nudismo in alcune spiagge della Galizia. Si scoprì che, nonostante la diligenza del redattore del notiziario nel verificare i fatti, il sacerdote di Hío non era coinvolto in quella circostanza. Come risolvere il conflitto tra le ragioni costituzionali che favoriscono la libertà di informazione e quelle che favoriscono il diritto all'onore? In questa occasione, la Corte Costituzionale spagnola ha optato per la libertà di informazione, con l'argomento che i giornalisti si ritengono giustificati non solo con la verità delle notizie che pubblicano, ma anche con la loro veridicità. Secondo questo secondo criterio, è sufficiente che la notizia, se falsa, sia stata diligentemente comprovata.

L'obiettivo della strategia specificazionista è mostrare con chiarezza che nell'ultima fase del procedimento si genera una regola che consente la sussunzione. Si tratta di una via secondo la quale il bilanciamento è l'operazione che permette di passare da norme che stabiliscono diritti fondamentali, che hanno la struttura di principi – linee guida con condizioni di applicazione aperte – a regole – linee guida con condizioni di applicazione chiuse –, con le quali è possibile effettuare la sussunzione, nell'ambito di un determinato problema normativo. Cercherò di mostrare quali sono le fasi di tale operazione, prendendo come presupposto il caso del "prete di Hío".

La prima fase consiste nella delimitazione del problema normativo, ovvero quello che ALCHOURRÓN e BULYGIN hanno chiamato l'universo del discorso⁸. Delimitare chiaramente l'ambito del problema normativo permette innanzitutto di renderlo gestibile: non ci si riferisce più all'insieme di tutte le possibili azioni umane, ma solo a un insieme molto più piccolo di azioni umane. Nel caso del "prete di Hío", l'universo del discorso potrebbe essere il seguente: azioni di informazione nei media su temi che interessano la gente.

La seconda fase consiste nell'individuare le linee guida *prima facie* applicabili a questa sfera di azioni. In questo caso, sono ovviamente applicabili il principio che sancisce la libertà di espressione e di informazione e il principio che tutela il diritto all'onore delle persone.

La terza fase consiste nel considerare alcuni casi paradigmatici, reali o ipotetici, del campo normativo precedentemente selezionato nella prima fase. I casi paradigmatici hanno la funzione di limitare l'ambito delle ricostruzioni ammissibili: sono ammissibili solo quelle ricostruzioni che interpretano adeguatamente i casi paradigmatici. I casi paradigmatici costituiscono lo sfondo, spesso inarticolato, su cui si svolge il ragionamento pratico. Nel problema normativo delimitato nella prima fase a titolo esemplificativo, potremmo considerare come casi paradigmatici i seguenti: a) pubblicare la notizia falsa, senza alcuna verifica della sua veridicità, che l'arcivescovo di Barcellona è coinvolto in un giro di prostituzione minorile è l'esempio di un caso in cui la libertà di informazione cede al diritto all'onore e b) pubblicare la notizia vera che, ad esempio, un ministro del governo ha ricevuto dieci milioni di euro da una certa azienda in cam-

Robert Alexy che la definisce così. Si veda una versione sintetica e approfondita in ALEXY 2005. La distinzione in questi termini e con riferimento a questo dibattito si trova in LIBERTO 2014.

7 STC 20/1992, 14 febbraio.

8 ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971.

bio della concessione per la costruzione di un'autostrada è un caso in cui la libertà di informazione prevale sul diritto all'onore.

Nella quarta fase si stabiliscono le proprietà *rilevanti* di questo universo di discorso. La definizione delle proprietà rilevanti deve consentire di determinare le soluzioni normative. Nel nostro caso, sono chiaramente rilevanti le seguenti proprietà: la rilevanza pubblica della notizia, che la notizia sia veritiera (come intesa da molte alte corti, che sia vera o, se falsa, che sia stata diligentemente comprovata)⁹.

Il quinto e ultimo stadio consiste nella formulazione delle regole che risolvono in modo univoco tutti i casi dell'universo del discorso. Una regola, che mi sembra indiscutibile, è la seguente:

R1: Sono ammesse informazioni pubblicamente rilevanti e veritiere.

Anche una seconda regola, a mio avviso indiscutibile, è la seguente:

R2: le informazioni non rilevanti per il pubblico o prive di veridicità sono vietate e, se si verificano, generano il diritto ad essere risarcite.

Ovviamente, le ultime tre fasi sono strettamente correlate. La definizione delle regole deve essere controllata in base alla loro capacità di ricostruire i casi paradigmatici. La selezione delle proprietà rilevanti deve essere perfezionata nella misura in cui tale obiettivo non venga raggiunto e, sulla base di una nuova selezione, si deve procedere alla formulazione dell'insieme di regole che disciplinano il problema normativo.

Queste cinque fasi costituiscono un modo di concepire il bilanciamento che lo rende compatibile con la sussunzione e con la generalità limitata. Le regole che emergono da una ricostruzione come quella proposta sono applicate in modo sussuntivo e permettono di articolare e dare coerenza alla funzione giudiziaria, pur riducendo la portata dei principi. Quando un tribunale risolve un caso appartenente a tale ambito normativo, risolve, con la sua ricostruzione, tutti i casi individuali dello stesso ambito.

Va notato che la generalità qui rivendicata è circoscritta all'universo delimitato e alle proprietà rilevanti identificate dalle linee guida in questione. Se cambiamo l'universo del discorso o modifichiamo l'insieme delle proprietà rilevanti, le conseguenze normative saranno diverse¹⁰. Dal momento che l'epigrafe di questo testo è un passo di TOMMASO D'AQUINO, in cui risolve un conflitto tra il diritto alla sussistenza e il diritto alla proprietà a favore del diritto alla sussistenza, questa idea di un generalismo limitato è forse in accordo con quanto egli afferma in proposito, anche nella *Secunda Secundæ* della *Summa Theologica*¹¹:

«Proprio perché la ragione umana non è in grado di abbracciare l'infinità dei singolari le nostre previsioni sono incerte (Sap 9, 14). Tuttavia mediante l'esperienza i singolari infiniti si riducono ad alcune determinate situazioni che capitano ordinariamente, e la cui conoscenza è sufficiente per la prudenza umana».

⁹ Si tratta della dottrina del tribunale supremo degli Stati Uniti in *New York Times v. Sullivan* 376 US 254 (1964), in cui viene applicato il cosiddetto "malice test": «knowledge of falsehood or reckless disregard for falsity». Si tratta di una dottrina riconosciuta da molti Tribunali Costituzionali europei. In Spagna (che, d'altra parte, nel proprio testo costituzionale, nell'art. 20.1 d) riconosce esplicitamente il diritto a «comunicar o recibir libremente información veraz») si rimanda, a titolo esemplificativo, alle seguenti sentenze del Tribunal Constitucional: STC 6/1988, 21 gennaio, STC 40/1992, 30 marzo e STC 240/1992, 21 dicembre.

¹⁰ La ricostruzione qui presentata segue attentamente Moreso (2020: seconda parte, saggio 12) nel quale discutevo le idee di ATIENZA 2017 (anche ATIENZA 1998, 2010, 2013).

¹¹ TOMMASO D'AQUINO 1888: IIaIIæ, 47.3. «Quia infinitas singularium non potest ratione humana comprehendere, inde est quod sunt incertæ providentiæ nostræ, ut dicitur Sap. IX. Tamen per experientiam singularia infinita reducuntur ad aliqua finita quæ ut in pluribus accidunt, quorum cognitio sufficit ad prudentiam humanam».

D'altra parte, come si può vedere nel mio esempio, R₂ afferma che in caso di violazione del diritto specificato – cioè il diritto determinante – è dovuto un risarcimento. Tuttavia, non può esistere un diritto al risarcimento anche quando il diritto non è determinante?

Nell'approccio generalista, come vedremo, si sostiene che a volte, anche se il diritto è stato superato da considerazioni a suo sfavore, ci sono motivi per concedere un risarcimento, poiché il diritto – si sostiene – è stato compresso anche se non è stato violato. Partendo da un approccio specificazionista, sembra più difficile sostenere che occorra procedere con il risarcimento e questo, come vedremo, è uno degli aspetti più criticati di questo approccio ed ha il fine di rigettarlo.

3. *Comprimere un diritto senza violarlo*

Uno degli aspetti più affascinanti del concepire una teoria della giustizia che si fondi sui diritti è che essa dà spazio alla nostra intuizione, secondo cui ciascuno di noi ha un valore intrinseco che, per dirla con NOZICK, «riflette il fatto che siamo esistenze separate»¹², e quindi i diritti operano come vincoli collaterali. Essi costituiscono uno spazio protetto, una riserva, uno spazio morale, una sfera dell'indecidibile¹³. Quindi, se ho il diritto di fare ϕ : gli altri devono permettermi di fare ϕ , in alcuni casi alcune persone devono procurarmi ϕ , e io sono autorizzato a fare ciò che mi permette di procurarmi ϕ per me stesso. Prendiamo un caso banale: compro un panino nella mensa della facoltà, poi altri devono permettermi di mangiarlo, il cameriere a cui ho pagato il prezzo del panino ha il dovere di darmelo, e io posso sedermi tranquillamente e mangiarlo. Se qualcuno cerca di prenderlo, posso ovviamente cercare di fermarlo, ma non in qualsiasi maniera: se un terzo lo afferra e scappa, non mi è permesso tirargli un oggetto contundente in testa, che è una reazione non proporzionata alla sua azione.

Queste cose sono ben note. Tuttavia, lo spazio di ciò che posso fare in virtù dei miei diritti può entrare in collisione con lo spazio di cui altri godono a loro volta. Torniamo al caso dell'escursionista Caio, perso in montagna nel bel mezzo di una tempesta di neve. La proprietaria del rifugio, Sempronia, ha un diritto esclusivo sul rifugio e può impedire a terzi di entrarvi senza autorizzazione. Può anche, proprio esercitando il suo diritto, autorizzare qualcuno a entrare; supponiamo che dia a Caio la chiave del rifugio e lo autorizzi a usarlo. In questo caso, i diritti di Caio e Sempronia sono rispettati. È ovvio che se Caio irrompe nel rifugio in una giornata di sole, attratto da una bottiglia di vino che intravede attraverso la finestra, allora viola il diritto di Sempronia in modo ingiustificato. Ma cosa succede quando, nel bel mezzo della tempesta, Caio si introduce nel rifugio di Sempronia rompendo la finestra? Probabilmente, Caio esercita il suo diritto a ripararsi in caso di grave pericolo per preservare la sua integrità fisica e, sembra, il diritto di Sempronia alla proprietà viene violato.

Per FEINBERG¹⁴, quest'ultimo caso cerca di essere risolto distinguendo le azioni o le omissioni che violano un diritto, come il caso dell'escursionista che irrompe nel rifugio per bere una bottiglia di vino in una giornata di sole, dalle azioni o omissioni che comprimono un diritto ma non lo violano, come il caso della tempesta di neve, in cui Caio invade legittimamente lo spazio protetto del diritto di Sempronia. Questa concezione è stata sviluppata e difesa da THOMSON¹⁵.

Secondo THOMSON, una concezione del genere è in grado di rendere conto adeguatamente di tre delle nostre intuizioni fondamentali in materia: (a) che i diritti non sono assoluti, (b) che ci sono momenti in cui senza violare un diritto generiamo un residuo morale, che comporta il do-

¹² NOZICK 1974, 33.

¹³ Rispettivamente, GARZÓN VALDÉS 1989; OBERDIEK 2004; FERRAJOLI 2007, II, cap. 13.

¹⁴ FEINBERG 1978.

¹⁵ THOMSON 1990. In THOMSON 1971, aveva difeso una concezione specificazionista che poi non considerò soddisfacente.

vere di risarcire, e (c) che in questo modo preserviamo la forza esplicativa dei diritti, il loro posto come premesse nel ragionamento pratico¹⁶.

Per quanto riguarda il primo punto, (a), THOMSON afferma chiaramente¹⁷:

«la tesi secondo cui tutti i diritti [*claims*] sono assoluti può essere espressa come segue: qualsiasi compressione di un diritto è una violazione dello stesso. Abbiamo respinto questa tesi, poiché talvolta è corretto dire che, sebbene Y abbia compresso un diritto di X nei confronti di Y, Y non ha violato quel diritto. E possiamo, se vogliamo, porre la questione non con le parole “Quando è lecito violare un diritto”, ma con queste altre parole “Quando la compressione di un diritto non è una violazione dello stesso”?».

Per quanto riguarda la terza questione, (c), si sostiene che lo specificazionismo non è in grado di rendere conto del potere esplicativo dei diritti. Nei termini in cui lo pone OBERDIEK¹⁸:

«Secondo Thomson, nessuna versione dello specificazionismo può essere corretta perché le persone impegnate in un dibattito morale sui loro diritti li usano come giustificazione di ciò che è o non è moralmente permesso. Secondo Thomson, però, in base allo specificazionismo non si può giustificare la permissibilità di un comportamento sulla base di un diritto, perché specificare il contenuto del diritto significa precisamente specificare ciò che è e ciò che non è permesso. Di conseguenza, i diritti non possono essere utilizzati come fulcro per ottenere la permissibilità morale. Un altro modo di formulare l'obiezione è che, secondo lo specificazionismo, i diritti sono conclusivi, non giustificativi; sono il risultato finale dell'argomentazione morale, non le sue premesse».

Si tratta di obiezioni rilevanti, anche se penso che possano ricevere una replica (e le hanno ricevute)¹⁹, ma il mio scopo qui è quello di offrire un'argomentazione contro l'obiezione (b), secondo cui lo specificazionismo non può fornire una risposta all'idea che a volte, compiendo un'azione permissibile, generiamo comunque un diritto al risarcimento.

THOMSON²⁰ immagina una situazione in cui un bambino soffre di una terribile carenza di proteine e morirà se non verrà nutrito. L'unico cibo disponibile è una bistecca che qualcun altro tiene in un frigorifero chiuso a chiave. Una terza persona rompe il lucchetto e cucina la bistecca per il bambino. In questo caso, sostiene THOMSON, questa persona ha fatto qualcosa di permissibile, anche se il proprietario del frigorifero ha diritto a essere risarcito. Egli la mette in questi termini²¹:

«Il fatto che il risarcimento sia dovuto dimostra (e mi sembra che lo dimostri in modo inequivocabile) che ho fatto qualcosa che voi avevate il diritto di non farmi fare. Come si fa a far quadrare questo fatto con il fatto che non ho agito in modo sbagliato o ingiusto? Credo sia meglio ammettere che ci siano casi in cui un diritto può essere compresso senza essere violato, ovvero casi in cui si compie un'azione che l'altro ha il diritto che non venga compiuta, e tuttavia in tale caso non si viola quel diritto».

Si tratta di una manovra che non è alla portata dello specificazionista. Nel caso del bambino senza proteine, se – come sembra ragionevole – consideriamo permissibile rompere la serratura del frigorifero per accedere alla bistecca, allora uno specificazionista deve concludere che la per-

16 Si veda una perspicua analisi di queste ragioni e una difesa dello specificazionismo contro di loro in OBERDIEK 2004.

17 THOMSON 1990, 122.

18 OBERDIEK 2004, 339. Si veda a proposito anche THOMSON 1976.

19 OBERDIEK 2004 e PARENT, PRIOR 1996 per la terza.

20 In THOMSON 1976.

21 THOMSON 1976, II. PAPAYANNIS (2014, 56) lo dice in questi termini: «i diritti possono essere lesi anche da azioni giustificate». Le considerazioni su come questo possa generare doveri di riparazione e la loro traduzione nella sfera giuridica sono molto ben illustrate in questo lavoro, che non posso trattare qui con l'attenzione che meritano.

sona in questione aveva il diritto di rompere la serratura e il proprietario del frigorifero il diritto di sopportare questo inconveniente²².

Non c'è quindi spazio per la distinzione tra compressione e violazione di un diritto, le compressioni dei diritti specificati sono tutte violazioni di tali diritti.

Questa conclusione implica che non c'è spazio per il risarcimento in questi casi, che il proprietario del frigorifero, o Sempronia, la proprietaria del rifugio, non hanno diritto a essere risarciti? Questa è la posizione difesa da OBERDIEK²³:

«Nel caso del rifugio, del resto, tutti concordano sul fatto che l'escursionista si sia comportato in modo giustificato occupandolo. Pertanto, nessun dovere di riparazione può fondarsi su una obbligazione che è stata elusa, poiché non c'è stata una tale obbligazione. Si tratta piuttosto di una breccia nel diritto di proprietà del proprietario del rifugio, in questo caso di necessità, che consente pienamente all'escursionista di occupare il rifugio».

OBERDIEK aggiunge quanto segue²⁴:

«Secondo questo approccio, l'escursionista avrebbe una ragione per risarcire il proprietario del rifugio; in particolare, per compensare il fatto che una o più ragioni si oppongono a ciò che ha fatto, anche se era giustificato. Ma, va notato, si ha solo una ragione per risarcire. Non anche un dovere».

Mi sembra, tuttavia, che lo specificazionismo non debba necessariamente accettare questa conclusione. Consideriamo una variante del caso del rifugio. Caio entra nel rifugio e trova alcune bottiglie di Petrus nella credenza. Caio è molto ghiotto di vino e, dato che c'è anche del cibo, durante i tre giorni di permanenza nel rifugio, irroria i suoi pasti con tre bottiglie di Petrus, anche se la credenza conteneva acqua, birre e vini molto più economici. Credo che tutti diremmo che Caio ha violato i diritti di Sempronia sulle bottiglie di Petrus, che lei conservava per un'occasione molto speciale, e l'azione di Caio costituisce un'appropriazione indebita, in diritto, anche un illecito penale. Nella prossima sezione cercherò di rendere conto di questa più che sensata intuizione.

4. *Distanza di salvataggio*²⁵

L'idea che voglio introdurre è molto simile alla soluzione del caso offerta da PARENT e PRIOR riguardo all'ipotesi del bambino con deficit proteico²⁶:

«Se rompo il tuo frigorifero e poi mi offro di risarcirti per la tua perdita, allora agisco in modo giusto; se rompo il tuo frigorifero senza offrirti un risarcimento, agisco in modo ingiusto (anche se questo atto è preferibile al lasciare morire il bambino). Secondo lo SM [lo specificazionismo morale] il tuo diritto a non veder rotto il tuo frigorifero ingiustamente include il diritto a ricevere un risarcimento per tale rottura che non può essere altrimenti giustificata. Pertanto, in base allo SM, hai un diritto che verrebbe violato se io rompessi il tuo frigorifero senza risarcirti per averlo fatto: il diritto di ricevere un risarcimento per la rottura».

22 Sicuramente, questa sembra essere anche la posizione di Tommaso d'Aquino nel paragrafo che apre questo contributo: in casi di necessità, questo comportamento non è un furto.

23 OBERDIEK 2008, 142.

24 OBERDIEK 2008, 143 s.

25 L'espressione è tratta dal titolo del romanzo SCHWEBLIN (2015), che l'autrice usa per riferirsi alla distanza con cui una madre si considera in grado di proteggere la figlia piccola dal pericolo. Tale idea ha ispirato l'utilizzo che ne faccio.

26 PARENT, PRIOR 1998, 840.

Cioè, applicato al caso dell'escursionista nella tempesta di neve, Sempronia, la proprietaria del rifugio, non ha il diritto di far sì che Caio non occupi il suo rifugio in quella situazione di estrema necessità, ma tale circostanza fa sorgere un altro diritto, il diritto di Sempronia nei confronti di Caio a ricevere scuse e un risarcimento per riparare la finestra e riacquistare gli effetti personali presenti nell'armadio.

I nostri diritti cambiano con le circostanze e non si presentano da soli, ma sono raggruppati e intrecciati tra loro, come le ciliegie, se posso usare la similitudine, "in grappoli", come diceva Celano e come io ricordavo all'inizio di questo contributo. In questo senso, i diritti sono il risultato di un ragionamento morale, sono le conclusioni di tale ragionamento. Questo non significa che i diritti non hanno un posto tra i fondamenti del nostro ragionamento pratico. I diritti, così come li intendiamo comunemente (il diritto alla vita, il diritto alla proprietà, la libertà di parola e tutti i diritti), sono ragioni potenziali, invariabilmente ragioni contributive, per il nostro ragionamento pratico. Sono ragioni che si attivano quando si verificano determinate circostanze di fatto, modificando così il nostro universo morale. Nel caso del frigorifero, il diritto alla vita del bambino modifica il diritto alla proprietà del mio frigorifero, che diventa in questo caso solo un diritto ad essere risarcito per le mie perdite.

Le circostanze di fatto modificano continuamente il perimetro dei miei diritti, che non possono essere stabiliti in anticipo. Non tutti i modi di esercitare un diritto apparente sono rispettosi di queste ragioni potenziali, essi devono soddisfare determinate condizioni. Caio ha il diritto di entrare nel rifugio nel bel mezzo della tempesta di neve, ma non può bere le bottiglie di Petrus, non ne ha il diritto. E il fatto di entrare nel rifugio fa sorgere un diritto che Sempronia non aveva prima, il diritto di essere risarcita per le perdite causate dall'intrusione di Caio.

L'esercizio dei propri diritti ha, per così dire, una distanza di salvataggio, costituita dalle condizioni che il titolare deve rispettare per conservare il diritto, condizioni oltre le quali il diritto svanisce. Poiché la concezione nozickiana dei diritti come vincoli laterali evoca un'idea spaziale – NOZICK dice che «una linea (o un iperpiano) circonda un'area di spazio morale intorno a un individuo»²⁷ –, forse l'idea della distanza di salvataggio può completarla.

Quindi, l'esercizio dei diritti ha una distanza di salvataggio. E possiamo dire che:

La distanza di salvataggio del diritto di X a φ è quell'insieme di condizioni che X deve soddisfare quando fa φ .

Se non soddisfa queste condizioni, allora il diritto di X a φ svanisce, anche se questo può innescare altri diritti e doveri.

5. Per concludere

Su una questione affine a quella in oggetto, cioè sulla distinzione tra limitare un diritto e violarlo, CELANO afferma²⁸: «di per sé, qualificare una proibizione come semplice limitazione, anziché come violazione, di un diritto, è una mossa verbale, che non ha altro valore se non retorico». Forse lo stesso si può dire della distinzione tra la compressione di un diritto e la sua violazione. Nel caso del rifugio e delle bottiglie di Petrus, Caio non comprime né viola il diritto di proprietà del rifugio di Sempronia, il che, specificato, non comporta l'esclusione del diritto di Caio in quel caso. Ma viola la proprietà esclusiva di Petrus sulle bottiglie. Nel caso standard del rifugio, Caio

²⁷ NOZICK 1974, 57.

²⁸ CELANO 2013, 140. Una volta disse la stessa cosa in riferimento alla distinzione fra la compressione di un diritto e la sua violazione: «e gli argomenti [...] – ad esempio, la distinzione fra la (legittima) "compressione" di un diritto, e la sua (illegittima) "violazione" – poggiano su mosse meramente verbali». CELANO 2020, 192.

non viola il diritto di proprietà di Sempronia, ma le sue azioni fanno sorgere il diritto di Sempronia ad essere risarcita.

Forse può essere d'aiuto quanto segue: supponiamo che Sempronia abbia un rifugio in un luogo dove ci sono molte tempeste di neve e che il rifugio sia spesso occupato da escursionisti che hanno bisogno di un riparo. La proprietaria decide allora di collocare sulla porta della baita un dispositivo che avvisa gli escursionisti che se depositano 50 euro – ad esempio con una carta di credito – la porta si aprirà e potranno entrare nel rifugio. Se questo dispositivo ci sembra una misura ragionevole, allora la soluzione proposta acquista, forse, plausibilità.

Per integrare questa posizione specificazionista con l'idea di distanza di salvataggio si dovrebbero dire molte cose. Si tratta di considerazioni che includono la concezione che essa assume delle ragioni dell'azione, il tipo di ragioni che sono quelle che ho chiamato ragioni potenziali nell'universo delle ragioni e il posto preciso delle ragioni basate sui diritti. Dovremo lasciare questo argomento per un'altra occasione. Tuttavia, forse queste considerazioni sono rilevanti per le nostre dottrine giuridiche su ciò che la responsabilità civile richiede nei casi di necessità, per esempio.

Concludo tornando al caso del “prete di Hío” dell'inizio. La dottrina della libertà d'informazione di solito sostiene in questi casi che il comportamento di un media nel pubblicare notizie veritiere e non diffamatorie non comporta alcun tipo di responsabilità. Ma perché dovremmo accettare questa tesi? Va bene, è chiaro che i redattori della storia non hanno violato il diritto di una persona pubblicando la storia. Ma perché tale pubblicazione non comporta almeno il diritto del giornale di pubblicare una notizia che spieghi la falsità commessa senza colpa? O, più precisamente,²⁹ perché non creare un fondo pubblico per risarcire le vittime di danneggiamento da notizie false? Sono strategie che mostrano questa natura granulare dei diritti³⁰, che merita di essere approfondita e che richiama un'idea di Bruno, con il quale purtroppo non ho più potuto discutere di queste ultime idee: peccato!

29 Si veda SCHAUER 1992. Lo spiegavo in MORESO 1997.

30 Il che si avvicina a quello che recentemente (ZYLBERMAN 2022, 556 ss.) è stato chiamato olismo specificazionista: «la concezione secondo la quale i diritti morali sono assolutamente tassativi, ma il loro contenuto è limitato attraverso la sistemazione reciproca dei diritti morali».

Riferimenti bibliografici

- ALCHOURRÓN C.E., BULYGIN E. 1971. *Normative Systems*, Springer.
- ALEXY R. 2005. *Balancing, Constitutional Review, and Representation*, in «International Journal of Constitutional Law», 3, 2005, 572 ss.
- ATIENZA M. 1998. *Juridificar la bioética*, in «Isonomía», 8, 1998, 71 ss.
- ATIENZA M. 2010. *A vueltas con la ponderación*, in «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 44, 2010, 43 ss.
- ATIENZA M. 2013. *Curso de argumentación jurídica*, Trotta.
- ATIENZA M. 2017. *Algunas tesis sobre el razonamiento judicial*, in REGLA J.A., GRÁNDEZ CASTRO P.P. (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Palestra, 205 ss.
- CELANO B. 2013. *I diritti nello Stato costituzionale*, il Mulino.
- CELANO B. 2020. *Col senno di poi: perplessità, elucubrazioni, ritrattazioni (poche, non molto importante, tranne una) e repliche*, in MALDONADO M., LUQUE P. (eds.), *Discutendo con Bruno Celano*. Vol. II, Marcial Pons.
- FEINBERG J. 1978. *Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life*, in «Philosophy & Public Affairs», 7(2), 1978, 93 ss.
- FERRAJOLI L., VITALE E. 2001. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza.
- FERRAJOLI L. 2007. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 vol., Laterza.
- GARZÓN VALDÉS E. 1989. *Representación y democracia*, in «Doxa», 6, 1989, 143 ss.
- LIBERTO H. 2014. *The Moral Specification of Rights: The Restricted Account*, in «Law and Philosophy», 33(2), 2014, 175 ss.
- MORESO J.J. 1997. *Come far combaciare i pezzi del diritto*, in «Analisi e Diritto», 7, 1997, 79 ss.
- MORESO J.J. 2009. *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons.
- MORESO J.J. 2011. *Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism*, in «Ratio Juris», 25(1). 2011, 31 ss.
- MORESO J.J. 2017. *Moral Complications and Legal Structure*, in BOROWSKI M., PAULSON S.L., SIECKMANN J.R. (eds.) *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System*, Mohr Siebeck, 359 ss.
- MORESO J.J. 2018. *Reconciling Virtues and Action-Guidance in Legal Adjudication*, in «Jurisprudence», 9, 2018, 89 ss.
- MORESO J.J. 2020. *Lo normativo: variedades y variaciones*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MORESO J.J. 2022. *Distancia de rescate: especificando los derechos*, in FERNÁNDEZ NÚÑEZ M. (ed.), *Materiales para una teoría de los derechos. Ensayos de filosofía analítica*, Marcial Pons, 329 ss.
- NOZICK R. 1974. *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books.
- OBERDIEK J. 2004. *Lost in Moral Space: On the Infringing/Violating Distinction and its Place in the Theory of Rights*, in «Law and Philosophy», 23, 2004, 325 ss.
- OBERDIEK J. 2008. *Specifying Rights out Necessity*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 28(1), 2008, 127 ss.
- PAPAYANNIS D. 2014. *La práctica del alterum non laedere*, in «Isonomía» 41, 2014, 19 ss.
- PARENT W.A., PRIOR W.J. (1996). *Thomson on the Moral Specification of Rights*, in «Philosophy and Phenomenological Research», 56(4), 1996, 837 ss.

- SCHAUER F. 1992. *Uncoupling Free Speech*, in «Columbia Law Review», 92(6), 1992, 1321 ss.
- SCHWEBLIN S. 2015. *Distancia de rescate*, Literatura Random House.
- SHAFFER-LANDAU R. 1995. *Specifying Absolute Rights*, in «Arizona Law Review», 37, 1995, 209 ss.
- THOMSON J.J. 1971. *A Defense of Abortion*, in «Philosophy and Public Affairs», 1, 1971, 47 ss.
- THOMSON J.J. 1976. *Self-Defense and Rights*, The Lindley Lecture.
- THOMSON J.J. 1990. *The Realm of Rights*, Harvard University Press.
- TOMMASO D'AQUINO 1888. *Summa Theologiæ, Textum Leoninum Romæ 1888 editum*.
Disponibile in: <http://www.corpusthomisticum.org/sth1001.html> (Versione italiana *La Somma Teologica*. Eds. Frati Domenicani).
- ZYLBERMAN A. 2022. *Moral Rights without Balancing*, in «Philosophical Studies», 179(2), 2022, 549 ss.

From Ecological Description to Political Prescription. Some Challenges among Theories for Environmental Change

GIULIA SAJEVA

Ricercatrice RTD-B in Filosofia Politica, Dipartimento Culture e Società, Università degli Studi di Palermo.

E-mail: giulia.sajeva@unipa.it

ABSTRACT

After briefly reviewing the evolution of the link between philosophy and the natural sciences, the article, with no aspiration to be comprehensive, analyses a small sample of the many philosophical proposals generated to respond to the need to change the relationship between humanity and planet Earth. *Vis à vis* the rhetoric of the environmental “crisis”, the three theories here chosen – Ecological Integrity, Earth Jurisprudence and the Ecology of Law – propose changes in the relationship between politics and law and the natural sciences. They suggest the use of the natural sciences as an unquestioned guide not simply to ground political and legal decisions – i.e. inspiring science-based decision-making – but rather to provide apparently unpolitical responses to current environmental challenges, concealing normative and value-based decisions under a veil of scientific neutrality. Using Chakrabarty’s distinction between the global and the planetary dimensions, the article describes the three theories and proposes some overarching critiques of their common approach towards the science-politics relationship.

KEYWORDS

science, ecology, earth jurisprudence, ecology of law, ecological integrity

From Ecological Description to Political Prescription. Some Challenges among Theories for Environmental Change

GIULIA SAJEVA

1. *From global to planetary and back* - 2. *Who believes in science?* - 3. *And so it was crisis* - 4. *Looking for answers* - 5. *Some common critiques* - 6. *Searching certainties, finding none.*

«[I]n the era of the Anthropocene, we need the Enlightenment (i.e., reason) even more than in the past»¹.

1. *From global to planetary and back*

Whether one calls it Anthropocene, Chutlucene, Capitalocene, Plantatiocene or Humansphere, whether one considers it a new geological epoch² or a mere epistemic tool³, it is difficult to deny that we are in a moment in the history of the human and the planet that is characterized by a new «socio-natural entanglement»⁴ that requires to rethink through our way of «staying with the trouble»⁵ or of «staying with the present»⁶. Faced with a modernity founded on the binary distinction between the human and the natural, a sense of disorientation emerges⁷ in a humanity that rediscovers itself as a geological agent capable of impacting the planet on previously unthinkable scales⁸. As data show, modern civilization is affecting the very functioning of the

* A Spanish version of this article has been accepted for publication and will be published by the Journal *Isegoría. Revista de Filosofía moral y política* in number 72, enero-junio, 2025, 1671 ff. This article developed within the framework of the research funded by the PRIN 2022, *Exploring Resilience: Vulnerability, Social Security, Political Inclusion. Promoting a Sustainable Transition based on Local Practices and Governance*, n. 2022YK45F9 _001 – CUP B53D23010990006, Università degli Studi di Palermo.

¹ CHAKRABARTY 2021, 34.

² On the 21st of March 2024, the International Union of Geological Sciences and the International Commission on Stratigraphy (ICS) approved the vote of the ICS's Subcommittee on Quaternary Stratigraphy that rejects the proposal for an Anthropocene Epoch as a formal unit of the geologic time scale (see the official website: <https://stratigraphy.org/news/152>). Nevertheless, the Commission and the Union recognize the value of the term as a rhetorical descriptor of human impact on the Earth system.

³ ARIAS-MALDONADO 2019, 50.

⁴ ARIAS-MALDONADO 2019, 51.

⁵ HARAWAY 2016.

⁶ CHAKRABARTY (2023, 71 ff.) uses the expression to indirectly respond to HARAWAY (2016) by emphasizing the importance of finding a way – not necessarily utopian or post-apocalyptic – to answer the question “what is to be done?”. He also notes that proactively finding an answer to this question is a uniquely human task (CHAKRABARTY 2023, 17).

⁷ CHAKRABARTY 2023, 70.

⁸ CHAKRABARTY (2021, 30 f.) notes how this is the result of population growth combined with technological development. HARAWAY (2016, 99) wonders when a change in degree becomes a change in quality (it becomes geological and no longer biological – CHAKRABARTY 2021, 31) and proposes to conceive the Anthropocene as a moment of rupture due to the biocultural, biotechnological and biopolitical (99) effects of human actions that have destroyed «places and times of refuge for people and other critters» (100). The author remains highly critical – and angry (HARAWAY et al. 2016) – at the use of the term Anthropocene, believing it fails to see that the contemporary world is not an exclusively human product – «a human species act» (539) – but the product of the interaction between millions of different creatures.

Earth, to the point that humans are no more «*bystanders* to our own drowning»⁹ nor «spectators of a natural drama to which we adapt»¹⁰. Humanity influences the planet through decisions and «impersonal and unconscious»¹¹ collective actions at an unprecedented scale. Philosophy and politics¹² thus have become overtly ecological¹³, and ecology¹⁴ (and other natural sciences and technology) has become overtly political.

The relationship between natural sciences, philosophy and politics has indeed always been a relevant one: just as for *Homo neanderthalensis* the management of the natural resources of the place of settlement was a political issue, and a change in rainfall was fraught with important political implications for community decisions, it is difficult to imagine the rapid expansion of contemporary representative democracies without access to energy resources (from coal to oil and beyond)¹⁵. To fully understand the contemporary shift in these interactions it is in fact necessary to dwell a little further in the details of the matter. For this purpose, the distinction proposed by Chakrabarty between the *planetary* dimension and the *global* dimension¹⁶ appears to be particularly valuable. The two dimensions are instruments to read the present and the past by focusing on different – though interacting – elements that allow us to focus on diverse aspects that might otherwise be confused and overlapped losing their depth and relevance. The planetary dimension is embodied in a «new historical-philosophical entity called the planet»¹⁷ that represents the entire Earth system and is distinguished from the global dimension that represents instead a «humanocentric construction»¹⁸. The two categories are connected and interact with each other continuously, but they have different horizons. The planetary is a whole, a *unicum*, which concerns the natural history of the planet, with its geological time scales and natural evolution, while the global concerns (the brief) human history and its evolution between capitalism, imperialism and colonisation. The global dimension contemplates many worlds, cultures and histories and must be approached considering the differences between countries, economies, peoples, colours, genders, and the like – being for example able to show the «racialized impact of climate change»¹⁹. The global is inherently political and plural because it concerns humanity in its interaction with itself through its own history. It is the dimension that can hardly be flattened on the idea of Anthropocene that «proclaim[ing] the language of species life – *anthropos* – through a universalist geologic commons, [...] neatly erases histories of racism that were incubated through the regulatory structure of geologic relations»²⁰. In the planetary dimension, instead, the global (of *global warming* for example) refers to the Earth system as an «abstract scientific construct»²¹ that requires Earth System

⁹ SAVRANSKY 2021, 270.

¹⁰ BIERMANN, LÖVBRAND 2019, 1.

¹¹ CHAKRABARTY 2021, 3.

¹² See PRICE, PREITE 2023 for a reconstruction of some of the political-philosophical, ethical-legal and socio-anthropological responses that have been proposed.

¹³ KELLY 2019, 2.

¹⁴ Ecology is understood here as the science that studies the “totality of nature” (KELLER, GOLLEY 2000, 1) whether through animal ethology (including *homo sapiens*), genetics, geology, developmental biology or climatology. This meaning was first attributed to the term ecology by Ernst Haeckel in 1866. To be noted that, ecology is often confused with an ecological/ecologist view of reality that refers to an *environmentally friendly* thought, vision and lifestyle that is not necessarily based on ecology as a science (KELLER, GOLLEY 2000, 3). At the same time, ecologists are not necessarily attentive or interested in promoting an ecological/ecologist view.

¹⁵ Fundamental, as KELLY (2019, 13) notes, to the creation of the communication and transport systems and other infrastructures needed to manage the functioning of contemporary democratic institutions.

¹⁶ CHAKRABARTY 2021; 2023.

¹⁷ CHAKRABARTY 2021, 3.

¹⁸ CHAKRABARTY 2021, 4.

¹⁹ YUSOFF 2018, 3.

²⁰ YUSOFF 2018, 2.

²¹ CHAKRABARTY 2021, 11.

Science²² and other natural sciences to be fully understood. Its study allows us to understand the causes, consequences and necessary actions to counter the environmental crisis. Within the planetary, humanity *is provincialized* and reduced to one of many biological and geological agents that have inhabited the planet's million-of-years-long history: its behaviour is analysed, understood and recounted as (a tiny) part of the Earth's natural history rather than as an element that distinguishes and separates from it. The separation between the planetary and the global allows us to dismiss the use of levelling terms like the Anthropocene to talk about political responsibilities and ways forward while permitting science (Earth System Science, geology, climatology and the like) to focus on the whole of the planet and on human *collective* actions.

Importantly, the recent capacity for geological human impact²³ turned humanity into a relevant actor (though not a protagonist²⁴) no longer only for the global history but also for the planetary history. To understand this interaction, it is therefore necessary to combine the tools, scales of analysis and data of natural history with the tools, scales of analysis, data and political implications of the global. From this newly relevant and currently inescapable interaction emerges the need to question the relationship between philosophy and the natural sciences in order to better orientate in the relationship between the political dimension and the human's transformed ability to influence the planetary. In Chakrabarty's words, this new entanglement between the planetary and the global dimensions of history requires us to re-think through «what did it mean for humanities to engage with ESS [Earth System Science]?»²⁵.

This article, with no aspiration to be comprehensive, will analyse a small sample of the philosophical proposals generated to respond to the need to change the relationship and framework of interpretation between humanity and planet Earth *vis à vis* the need to acquire the appropriate tools to answer the question «what is to be done»²⁶. Starting with James Lovelock's writings describing the Earth as a single organism – Gaia – and moving on from Aldo Leopold's *Land Ethic*, the article will examine three theories that propose changes in the paradigm of the relationship between philosophy, politics and law and the natural sciences: Ecological Integrity, Earth Jurisprudence and the Ecology of Law. The three were selected not because they represent the whole plethora of the foundations and *modus operandi* of the current theories for environmental change, nor because they are the most important ones (though the first two have a very big resonance in the current debate), but because they respond to the need for change by proposing a specific shift. They suggest the use of the natural sciences as an unquestioned guide not simply to *ground* political and legal decisions – i.e. inspiring science-based decision-making – but rather to provide apparently unpolitical responses to the above-mentioned question «what is to be done», concealing political and value-based decisions under a veil of scientific neutrality. After concisely reviewing the relationship between philosophy and the natural sciences, the three theories are presented and followed by a brief critique of their common threads.

2. Who believes in science?

Before moving into the analysis of the three theories, it is useful to dwell for a brief while on the role and perception of the natural sciences and technology and how they have changed dramatically over time, responding to the evolution of both natural sciences and philosophy.

²² CHAKRABARTY 2021, 1.

²³ Whether it is in the form of the *Great Acceleration* or at other moments in global history, see STEFFEN et al. 2015; SUBCOMMISSION ON QUATERNARY STRATIGRAPHY 2019.

²⁴ CHAKRABARTY 2021, 78.

²⁵ CHAKRABARTY 2023, 1.

²⁶ CHAKRABARTY 2023, 17.

The scientific discoveries of the Enlightenment and the elaboration of the scientific method brought the celebration of the natural sciences as the tool for reason to escape the dominance of myth and magic. With this celebration came the question as to what shall be left for philosophy to take care of since empirical methods seemed to provide for all but non-existent entities²⁷. Scientific realism²⁸ or naturalism described nature as an objective entity knowable through observation and experience: nature emerged as a set of magnificent and complex but predictable mechanisms without an end or purpose (mechanical philosophy). The natural sciences and the scientific method thus appeared as generators of predictions and certainties. The fear of the uncertain was *radicalised* into the illusion of having defeated it forever²⁹ and the natural sciences were unquestionably elevated to the «pre-eminent form of knowledge creation» whose contents are presented as absolute and universal³⁰. So-called empiricists or positivists regarded science as the only real generator of knowledge and philosophical work was left to pick up the crumbs³¹. The products of scientific research emerged as correct, without hesitation, and in no need of social explanations or arguments³².

But scientific predictions and theories were used also to explain and justify the domination over nature and peoples – at times described as *scientifically* inferior and less human³³ – so, demonstrating how science could not properly be kept separate from political enterprises, providing answers that invaded the political dimension. «Science knows, science prescribes, technology puts into operation»³⁴ and so *does politics* through techniques of governing markets, factories and «relations between sexes, races and peoples»³⁵. Thus, science *did* politics, but without presenting itself as such, evading political contention³⁶, and hiding under a veil of certainty and objectivity.

From the first half of the twentieth century onwards, the downsides of this rhetoric began to be unveiled within the School of Frankfurt³⁷. The Constructivist thesis took shape, according to which accounts – whether scientific, historical or else – are necessarily influenced by the social context in which they develop³⁸: there was no longer full belief in the possibility of knowing reality and nature through the scientific method alone because it – like any other process of discovery – is inexorably influenced by the perspective (social constructions, biology, religion, ideology) of the observer³⁹. Practices of discourse and matter were revealed to be present in scientific research, and denying their influence on scientific accounts was eventually exposed as a way to hide power dynamics⁴⁰. It was also unveiled how the increase in economic, energy, and military productivity made the most *efficient* groups disproportionately superior to the others⁴¹: «in the impartiality of scientific language the powerless [lose] completely the power to express themselves»⁴². The destruction caused by fascisms and atomic bombs, both of which were interpreted as ignited by a universalist fire and desire to dominate nature (whether human or

²⁷ GUTTING 2005, 1.

²⁸ See CHAKRAVARTTY 2017.

²⁹ HORKHEIMER, ADORNO 2010, 22.

³⁰ COLLINS, EVANS 2017, 9.

³¹ GUTTING 2005, 1.

³² COLLINS, EVANS 2017, 10.

³³ BAZZICALUPO 2023, 471.

³⁴ BAZZICALUPO 2023, 471.

³⁵ BAZZICALUPO 2023, 472.

³⁶ BAZZICALUPO 2023, 472.

³⁷ GUTTING 2005, 2.

³⁸ COLLINS, EVANS 2017, 10.

³⁹ KELLER, GOLLEY 2000, 1.

⁴⁰ PIASENTIER 2024, 7.

⁴¹ HORKHEIMER, ADORNO 2010, 6; WILLIAMS 2002, 4. In the dystopian scenario imagined by HUXLEY (1932) in *The brave new world*, the quest for maximum efficiency goes so far as to biologically programme people to make them better suited to the social (and productive) role they play.

⁴² HORKHEIMER, ADORNO 2010, 30.

otherwise)⁴³, forced into a reflection on the self-destructive drift of an Enlightenment faith – traitor to itself and prey to (or predator of) formless masses prone to racist paranoia⁴⁴.

The – at times obsessive – search for certainty turned into suspicion and distrust⁴⁵. Partial, self-absolving and ideological historical narratives – such as those that described the processes of colonisation as the realisation of moral superiority⁴⁶ – were slowly unwrapped, and alleged scientific truths – such as those concerning the existence of human races and their supposed hierarchies – were questioned. Recognition of the existence of the influence of social forces on the pursuit of knowledge⁴⁷ unfolded a veil of scepticism on the natural sciences, on which validation tools typical of the social sciences started to be – not infrequently – imposed, to the point of denying the epistemic role of science itself⁴⁸. Predictions were uncovered as myths themselves⁴⁹ and the denial of science as indispensable to the conquest of knowledge was accompanied by the insinuation of a *crisis* in science itself⁵⁰. At the School of Frankfurt, it was shared understanding that «one could gain just as much insight concerning the condition of social life through a critique of science as by the empirical means of social research»⁵¹. While philosophers began to pretend to understand science by observing its mere surface, «just as the colonialists and Victorian anthropologists were said to be able to understand the world of the natives without direct experiences»⁵² so it spread «the remarkable assumption that the sociology of knowledge is in a better position to deliver the truth about science than science is to deliver the truth about the world»⁵³. If, in fact, history cannot be contrasted with the search for historical facts and if the results of scientific research cannot be contradicted through the scientific method, no approximation to truth can ever be achieved. The denunciation of any canon of interpretation, any research, any premise or research question as an ideological imposition led to thinking that knowledge is, by definition, dictated by power⁵⁴.

This attitude of distrust has not meant the disappearance of the opposite attitude. It has simply given rise to a more heterogeneous distribution of the perceptions of scientific knowledge. Today, *vis à vis* the increased perception and fear of environmental challenges, we witness a double tendency. On one extremity the post-modernist and post-structuralist analysis of philosophy, casting doubt on the very existence of truth⁵⁵ (scientific, historical and otherwise), and leading to surrender to romantic flirtations with folk wisdom, returns to naturalism, extravagant trusts in gut-instinct and intuition, and foraging an increased distrust in technocracy and the demand for the participation of “non-experts” in decision-making procedures. On the other extremity, the remaining of uncritical belief that science and technology will solve contemporary crises providing us with the apolitical (because natural, *ecological*) tools necessary to respond to the *what is to be done* question.

As a consequence of the two sides of the coin, science and technology acquire a schizophrenic aspect⁵⁶: they are at once the cause of the current environmental crisis that fosters a mechanistic

⁴³ COLLINS, EVANS 2017, 23.

⁴⁴ HORKHEIMER, ADORNO 2010, 5.

⁴⁵ WILLIAMS 2002, 1.

⁴⁶ COLLINS, EVANS 2017, 3: «The realisation that a sense of moral superiority was often a thin disguise for the exploitation of colonised peoples, and now the fear that the exploitation of the Earth's natural resources is risking our collective future, are causing us to question what we have traditionally thought of as progress».

⁴⁷ WILLIAMS 2002, 3.

⁴⁸ WILLIAMS 2002, 3.

⁴⁹ HORKHEIMER, ADORNO 2010, 20.

⁵⁰ HORKHEIMER, ADORNO 2010, 3.

⁵¹ HONNETH 2005, 295. I am indebted to PIASENTIER (2024, 8) for spotting this citation.

⁵² COLLINS, EVANS 2017, 6.

⁵³ WILLIAMS 2002, 3.

⁵⁴ WILLIAMS 2002, 8.

⁵⁵ WILLIAMS 2002, 1 ff.

⁵⁶ HARAWAY et al. 2016, 535.

and anthropocentric view of nature that promotes its domination and exploitation, but also the bearers of a promise of regeneration that will save humanity and the planet.

Paradoxically, both the illusion of the total sufficiency of sole scientific research and the return to romantic folk wisdom and gut instincts operate through the overlapping of separate levels, crushing science onto politics and vice versa. In both cases, the biggest risk seems to be that of the elimination of the separation (of powers and levels of analysis) between science and politics⁵⁷, between the planetary and the global: a separation that is essential both to allow science to continue to act with the freedom and rigour it needs and to allow political and philosophical issues to be dealt with scientifically *grounded* but not scientifically *determined* political tools.

3. *And so it was crisis*

The separation of domains of science and politics has nowadays been further infiltrated by the rhetoric of the Anthropocene that juxtaposes the (supposed) crisis of the Enlightenment with the (supposed or real) crisis⁵⁸ of the Earth's ecosystems. Indeed, the idea of the Anthropocene utterly sinks into the rhetoric of the environmental *crisis*⁵⁹. Crisis (whether real or imagined) refers to the idea of something short, quick, and immediate that needs – and can only be solved – through quick and timely solutions and actions. The lack of time to act and the vision of an imminent apocalypse move the discourse in search of easy and unambiguous answers because:

«if human beings are out of time to deal with anthropogenic climate change in conventional ways, then perhaps we need a mix of authoritarian and technocratic rule to basically solve problems that we, collectively, are unable to agree upon a course of action about»⁶⁰.

So, authoritarian and technocratic rule emerge as necessary to replace time-consuming political confrontations by proposing, quick and certain, technocratic solutions⁶¹. This path bears the risks of leaving to scientific analysis alone, presented as natural and neutral, issues that would also require profound philosophical and political reflections⁶², with the further risk of using

«the pretext of planetary ecological emergency to promote techno-fixes such as geoengineering, [...] to bypass democratic institutions by supporting technocratic scientific-based modes of decision making and governance»⁶³.

Probably quicker and less time-consuming, scientific and technocratic solutions might appear as solely descriptive and seemingly unpolitical⁶⁴ but they ponder causes and suggest courses of action

⁵⁷ COLLINS, EVANS 2017, 7.

⁵⁸ The use of this term to refer to the current state of the environment is widespread and often unproblematised. Indeed, it appears – as PRICE, PREITE (2023, 25) note – paradoxical to perceive environmental degradation as an emergency, a break from normality, given that its origins and consequences have been known and predicted for quite some time.

⁵⁹ FREMAUX 2019, v.

⁶⁰ KELLY 2019, 16.

⁶¹ See, for example, E.O. WILSON's (2016) proposal to turn half the Earth into a nature reserve to save biodiversity. This proposal – which has had much success – is presented as an exclusively technical issue whose evaluation can be left entirely to conservation science. The author, however, glosses over the important political implications such proposal has, such as for instance the eviction of indigenous peoples and local communities inhabiting the lands to be turned into protected areas.

⁶² BASKIN 2019, 151.

⁶³ FREMAUX 2019, 16. See also HONNAKER 2020, 6.

⁶⁴ ROBBINS 2020, 11-14.

that contain a normative core. They deal with values, principles and interests that apply through institutions and power relations⁶⁵. Issues that appear to be exclusively about stones, plants and animals, percentages, and degrees Celsius have ethical implications regarding both responsibilities and ways of acting. For example, a surrender to «more economic management of the planet, more intrusive technologies, or more artificialization»⁶⁶ and towards forms of change that propose green capitalism and green economy⁶⁷, de-linking⁶⁸, sustainable development⁶⁹, or blue growth⁷⁰, obfuscate the political decision to abandon alternatives such as those proposed by post-development⁷¹ and post-capitalism⁷² or more alternative fabulations such as Haraway's Communities of Compost⁷³.

Using Chakrabarty's terminology, overlooking the differences between states, people and peoples to indulge in *technical* solutions – such as mere climate engineering⁷⁴ – results in the flattening of global issues (i.e. issues that turn around the human, address politics and law, and cut across countries, genders, colours, and states) onto planetary issues (that are centred on the scientific description of the planet and its functioning). The need and urgency to address the planetary dimension obscures, for example, the importance of *also* addressing issues of climate justice⁷⁵. If «scientific knowledge formulates its diagnoses and predictions» that are used to say that «the only possible answer is an efficient techno-political regulation of the environment» there is less «space for a critique that questions the powers involved and the social subjects, which are exposed to risk in a very unequal way»⁷⁶. A political discourse – which refers to the global, not the planetary – is concealed behind a veil of apparent scientificity.

In the discourse and time of the *crisis* of the Anthropocene, the natural sciences thus run the risk of assuming a role that tends to go beyond what is justified by their descriptive interpretations and to trespass towards the proposal of considerations and solutions that traditionally concern the spheres of politics, ethics, and law, forgetting that

«[t]o try to derive any ethical or moral lessons from our new understanding of the Earth system [...] is to try to bring within the grasp of the global (the domain of forms and clauses and therefore of the political) the planetary that not only out-scales the human but also [...] has nothing moral or ethical or normative about it»⁷⁷.

4. Looking for answers

Interestingly, *vis à vis* the rhetoric of the environmental crisis, today's schizophrenic vision of science and technology⁷⁸ has also led some legal and political philosophers to turn to the natural

⁶⁵ A clear example of the political character of an (apparently a-political) ecological description is Malthus' theory of population dynamics (cf. ROBBINS 2020, 14).

⁶⁶ FREMAUX 2019, VIII.

⁶⁷ FREMAUX 2019, 19.

⁶⁸ *De-linking* proposes a renewed confidence in the ability of technology to make the world *smarter* and *greener*.

⁶⁹ See SACHS 2019, xii.

⁷⁰ As BAZZICALUPO 2023 (466) notes, the reaction to the disquiet discovery of the indeterminacy of knowledge and nature takes the form of the «classic modern response: more certainty, more technique, more control» (466).

⁷¹ *Post-development* and other alternatives to development propose radical innovative paths through the abandonment of technocratic and market-based solutions and the rediscovery of local culture and knowledge (ESCOBAR 2006).

⁷² See, for example, the proposals in FREMAUX 2019, chapters 5 and 6; see also KOTHARI et al. 2019.

⁷³ HARAWAY 2016, 168 ff.

⁷⁴ CHAKRABARTY 2023, 17.

⁷⁵ CHAKRABARTY 2023, 99.

⁷⁶ BAZZICALUPO 2023, 465.

⁷⁷ CHAKRABARTY 2021, 90.

⁷⁸ HARAWAY et al. 2016, 535.

sciences in search of (semblance of) certainties that could guide human action. The result is that the above-mentioned tendency for the unpolitical use of the natural sciences to provide solutions (such as technofixes) is accompanied by the recourse to the natural sciences as a place to find normative solutions without recognizing them as such but rather concealing them under a scientific veil: presenting them as unpolitical and hence not in need of philosophical scrutiny. As a result, ecology, Earth sciences, climatology and the like are called upon to provide directives, principles of action, norms and rules of conduct and conflict resolution well beyond their fundamental role as the scientific basis of political decisions. They are presented as ready-made answers to the question «what is to be done» which are *correct, just, good* because they are derived from science, because they are *scientific*.

These theories – three of which are here analysed – refer to science as the source of the normative, as the guide of human action: not just as the building ground to understand how nature works but also to derive how we *should* relate with it. They do so in a new sort of way that combines scientific realism or naturalism with jusnaturalistic approaches, looking for answers to the environmental *crisis* in the realm of a certain and predictable *is* rather than in the combination of the *ought* – necessarily extracted from human attitudes, visions, beliefs, and principles – and the understanding of the *is* – rightfully provided by the natural sciences.

In many cases, such approaches presuppose a *teleological* interpretation of nature⁷⁹. The latter becomes the holder of a goal identified with the preservation of its integrity and its ecosystems. Such positions are often inspired, more or less explicitly, by James Lovelock's *Gaia Hypothesis*, which sees the Earth – biosphere, oceans and soils – as functioning as a single complex entity, an organism, that regulates itself to maintain the conditions necessary for life to continue⁸⁰. Its preservation thus becomes a good that the ecosystem itself (the Earth) pursues. This method leads, as proposed by the philosopher Aldo Leopold, to the development of moral principles derived from ecology itself⁸¹. According to Leopold, those who study and understand nature through ecology come to change their «intellectual emphases, loyalties, affections, and convictions»⁸² to the point where they love and admire the Earth without the need to justify its value. This value is perceived as intrinsic and self-evident as the duty to preserve the «biological community»⁸³ that is «entitled to continuance»⁸⁴. And so the *Land Ethic* that Leopold derives from it can state that «a thing is right when it tends to preserve the integrity, stability and beauty of the biotic community»⁸⁵ because this is the moral attitude people learn to gain.

Moving along these lines, the *Global Ecological Integrity Group* (GEIG) emerged from the promising union of more than 250 philosophers and natural scientists⁸⁶ with the aim of developing scientific methodologies to provide moral guidelines for public decisions⁸⁷. According to these authors, current institutions and policies are not able to protect life on Earth because they are not based on the recognition of the intrinsic value of nature⁸⁸. Grounding on Aristotelian philosophy, Westra establishes the value of life as obvious and intuitive and argues that all of nature unfolds for the eternal continuation of life⁸⁹. Nature thus acquires a goal, an

⁷⁹ See for example ULANOWICZ (1995, 77) according to whom: «the larger notion of integrity [...] entails a secular direction, and endogenous direction (telos)».

⁸⁰ LOVELOCK 1979.

⁸¹ DESJARDINS 2013, 152; 163.

⁸² LEOPOLD 1949, 262.

⁸³ LEOPOLD 1949, 262.

⁸⁴ LEOPOLD 1949, 247.

⁸⁵ LEOPOLD 1949, 262

⁸⁶ WESTRA, BOSSELMAN 2020, v.

⁸⁷ WESTRA et al. 2000, 35.

⁸⁸ WESTRA 1998, 3.

⁸⁹ WESTRA 1998, 42.

end to be achieved: the continuation of ecosystems and their *ecological integrity*. This narrative, which is in fact teleological, presents ecosystems as living beings endowed with moral relevance. The intrinsic value of nature is further reinforced by a holistic view of reality that exalts the interconnections between all-natural elements and emphasises the dependence of human survival and health – present and future – on the preservation of the *ecological integrity* of natural systems⁹⁰. Ecology is elevated to a source of ethical principles based on the recognition of the protection of humankind's habitat as the starting point of moral principles⁹¹ that must be incorporated into constitutions and laws⁹² to preserve *ecological integrity*.

There is no unambiguous definition of *ecological integrity*, but the definitions proposed⁹³ converge around the idea of proximity to the original (*pristine*) state and of the resilience⁹⁴ and developmental capacity of an ecosystem⁹⁵. This integrity is treated as an objective, scientifically definable, quantifiable⁹⁶ and predictive entity «as other scientific concepts are» and, at the same time, as a morally relevant one⁹⁷. This dual nature of *ecological integrity* is what allows the concept to act as a bridge between science and public policy⁹⁸. The *principle of integrity* is in fact described as a foundational element of ethics on a par with happiness and justice⁹⁹ but, unlike them, it is not regarded as a metaphysical construct, but rather as a genuine scientific concept, a phenomenological reality¹⁰⁰. According to this *principle of integrity*, «nothing can be moral that is in conflict with the physical realities of our existence or cannot be seen to fit within the natural laws of our environment in order to support the primacy of integrity»¹⁰¹. From this principle Westra derives two categorical imperatives: act in ways that conform to universal natural laws; act in ways that demonstrate respect for and understanding of all natural laws and processes¹⁰². These imperatives are embodied in eight second-order principles aimed at establishing the scientific, methodological and practical guidelines that must lead individual and collective actions to preserve the *principle of integrity*. Among these – in addition to the duty to adopt an ecological view of reality (abandoning the expansionist tendency of Western societies), respect for areas rich in biodiversity, the organisation of all human activities as if they were taking place in a *buffer zone*¹⁰³, and the adoption of the precautionary principle – the obligation not to cause any damage to *natural systems* stands out as essential. Importantly, according to Westra, its assessment must be carried out based on *post-normal science*¹⁰⁴. *Post-normal science* – developed by Funtowicz and Ravetz¹⁰⁵ as a proposal to overcome classical science¹⁰⁶ – starts from the assumption that «[t]he standard of proof that should be required of regulatory decisions is a public policy and ethical question, not a scientific one»¹⁰⁷. It

⁹⁰ WESTRA 1998, ch. 2; WESTRA 1995, 17.

⁹¹ WESTRA 2016, ch. 1.

⁹² WESTRA 2016, ch. 2.

⁹³ See the various definitions proposed in WESTRA, LEMONS 1995.

⁹⁴ WESTRA 1995, 17.

⁹⁵ Westra argues that «everything that is either added to or removed from an original ecosystem, at least in principle, is a threat to its continued existence, in its natural, optimal form» (WESTRA 2016, ch. 2).

⁹⁶ The integrity or health of an ecosystem is measured *quantitatively* (WESTRA et al. 2000, 26) through comparison with the “original” state of an ecosystem (i.e. without human influence) or through complex systems theory (WESTRA et al. 2000, 22 f.).

⁹⁷ WESTRA 1998, 8 f.

⁹⁸ WESTRA et al. 2000, 22.

⁹⁹ WESTRA 1998, 8 f.

¹⁰⁰ WESTRA 1998, 10.

¹⁰¹ WESTRA 1998, 11.

¹⁰² WESTRA 1998, 24.

¹⁰³ Area usually created next to protected areas to protect the latter from potentially harmful activities.

¹⁰⁴ WESTRA 1998, 27 f.

¹⁰⁵ FUNTOWICZ, RAVETZ 1993, 739 f.; 2000, 16.

¹⁰⁶ FUNTOWICZ, RAVETZ refer to the *normal science* described by KHUN (1962).

¹⁰⁷ WESTRA, LEMONS 1995, 10.

aims to overcome the difficulties in proving the cause-and-effect relationship between human activity and environmental damage. Faced with the impossibility of science to provide certainty in decision-making – only predictions of possible damage may be formulated¹⁰⁸ –, faced with the high level of environmental risks and with the urgency and the intermingling of many political decisions with ethical questions, Funtowicz and Ravetz propose to overcome the old dichotomies between facts and values and between knowledge and ignorance and to expand the peer community to be involved in the process of scientific discovery so as to include not only scientists but also ordinary citizens, institutions, and social movements¹⁰⁹. The result of the application of *post-normal science* and the *principle of integrity* is the assumption that the conservation of ecosystems should be treated as a primary objective over human preferences and rights¹¹⁰. This leads to the necessity to reevaluate democracy itself¹¹¹: law-making and politics need – to respect the *principle of integrity* – to acquire «ecological eyes» that shall enable them to pursue «an ideal goal or “good”, rather than represent the haphazard implementation of voters’ preferences»¹¹². In order to suggest who can determine what this «ideal goal or “good”» is and how it can be achieved, Westra mentions an imaginary return to a kind of Platonic guardians trained to see *the good* and dedicated to a monastic life far removed from «normal» citizens¹¹³. Such decision-makers – whether they remain individuals or take the form of supranational institutions – should, according to Westra¹¹⁴ – implement a basic «triage» that prioritises the preservation of life on Earth over other problems, such as racism or gender discrimination.

On a similar note, the *Earth Jurisprudence* movement – initiated by Thomas Berry¹¹⁵, later followed by Cormac Cullinan¹¹⁶ – is concretised in the proposal of a new theory of law that also refers to Aldo Leopold and James Lovelock, as well as to the cosmology of some indigenous peoples¹¹⁷. According to the promoters of Earth Jurisprudence, the new theory of law must be interspecific¹¹⁸: that is, addressed to the entire *Earth community* and based on the recognition of ecosystems as sacred and inviolable¹¹⁹. The theory that emerges is a theory of natural law that seeks to interpret the content of law through the observation of nature. Indeed, through the rediscovery of an «intimate relationship» with the Earth¹²⁰, there emerges, according to Berry, the recognition of all living and non-living beings as endowed with intrinsic value¹²¹ and entitled to specific rights¹²². Human rights then become relative and limited by balancing them with the rights of other members of the *Earth community*¹²³ and once this communal relationship is recreated, it becomes impossible to act in ways that harm nature¹²⁴. In line with the *Land Ethic*, the central maxim to be pursued will be: «[w]hatever preserves and enhances this meadow in the natural cycles of its transformation is good: whatever opposes this meadow or denies it is not good»¹²⁵.

¹⁰⁸ FUNTOWICZ, RAVETZ 1993, 742.

¹⁰⁹ FUNTOWICZ, RAVETZ 1993, 753.

¹¹⁰ WESTRA 1993, 125.

¹¹¹ WESTRA 1993, 125 f.

¹¹² WESTRA 1993, 128.

¹¹³ WESTRA 1993, 130.

¹¹⁴ WESTRA 1993, 130.

¹¹⁵ BERRY 1987; 1991; 1999; 2006; 2009; SWIMME, BERRY 1992.

¹¹⁶ CULLINAN 2002. For an interesting and comprehensive exploration of Earth Jurisprudence, see BURDON 2015.

¹¹⁷ CULLINAN 2011, 22.

¹¹⁸ BERRY 2006, 20.

¹¹⁹ BURDON 2011, 14.

¹²⁰ BERRY 1999, x, 19.

¹²¹ BERRY 1999, 4; BURDON 2015, 47.

¹²² BERRY 1999, 5.

¹²³ BERRY 1999, 5.

¹²⁴ MASON 2011, 40.

¹²⁵ BERRY 1999, 13.

Although there is no single theory of Earth Jurisprudence, all authors converge in elevating nature as the main source of law¹²⁶ and ethics. Jurists are called upon to read law from nature and «become aware of it»¹²⁷ keeping in mind the concept of *ecological integrity*¹²⁸. *Vis à vis* this task, humanity must awaken its ability to listen to nature using scientific research and technological skills that – through understanding the principles and laws that describe the workings of the natural world¹²⁹ – serve as a path to wisdom¹³⁰. Berry and Cullinan both developed a list of Principles of Earth Jurisprudence in which the universe and existence itself are regarded as normative and as the «primary law-givers»¹³¹. The Universe and the sciences that interpret it become the supreme arbiters of good and evil, and, centrally, any positive law that violates the Principles of Earth Jurisprudence is, in fact, *non-law*¹³².

More recently, Ugo Mattei and Fritjof Capra have proposed a change in the legal paradigm – an eco-legal revolution¹³³ – leading to a new *Ecology of law*¹³⁴ that is founded on a vision of the world and law as a complex system, a network, rather than as a machine composed of separate and separable elements¹³⁵. Drawing a parallel¹³⁶ between the natural sciences and law, Capra and Mattei note a divergence between the two: while from the twentieth century onwards the natural sciences move from a mechanistic model to a systemic model such as that of ecology, the law remains anchored to a rationalist, efficientist and atomistic view of society and rights aimed at serving the interests of individuals and capital¹³⁷. As such, the law remains anchored to that claim of control and predictability that characterised previous centuries of economic and industrial expansion and domination of nature¹³⁸. In their proposal for a new legal system¹³⁹, Capra and Mattei imagine a movement *from capital to commons*¹⁴⁰ that transforms law from a mechanistic order to a bottom-up product of collective sovereignty hinging collective property and social rights. The resulting *ecolaw* thus arises from the encounter between jurists – called upon to translate conservation science, climate science and human ecology into politics and law¹⁴¹ – and communities holding natural resources in common. The management of the commons is seen, through various examples given by the authors, as tending to be more sustainable than the typical management of private property¹⁴². Such an undertaking requires the transformation of jurists and philosophers as well as of citizens into *eco-literate* beings capable of using their knowledge to protect and generate common goods. Capra and Mattei suggest making our values consistent with the continuation of life on Earth and learning from ecosystems themselves how to live sustainably¹⁴³. Ecology, climatology and other contemporary

¹²⁶ HOSKEN 2011, 27.

¹²⁷ HOSKEN 2011, 26 f.

¹²⁸ BURDON 2015, 79.

¹²⁹ CULLINAN 2002, 69.

¹³⁰ BERRY 2006, 125; BERRY 1999, 161.

¹³¹ CULLINAN 2011, 13.

¹³² BURDON 2011, 133 f.; for a critique see DE LUCIA 2013, 174.

¹³³ CAPRA, MATTEI 2015, 188.

¹³⁴ CAPRA, MATTEI 2015, 4.

¹³⁵ CAPRA, MATTEI 2015, 10.

¹³⁶ STASSER 2017.

¹³⁷ VATANPARAST 2017, 305.

¹³⁸ FERRARA 2016.

¹³⁹ STASSER 2017, 2.

¹⁴⁰ CAPRA, MATTEI 2015, ch. 8. The authors define commons as «a common pool of natural and/or cultural resources (communal institutions), open to all members of society» (CAPRA, MATTEI 2015, 194).

¹⁴¹ CAPRA, MATTEI 2015, 181.

¹⁴² STASSER 2017. The debate on the greater or lesser sustainability of resources managed through *commons* or privately owned structures is wide-ranging and not at an end. The basic reference authors remain HARDIN 1968 and OSTROM 1990; BECKER, OSTROM 1995.

¹⁴³ CAPRA, MATTEI 2015, 176.

sciences point us, according to the two authors, to understand the ecological principles of ecosystems as «normative laws for human conduct» in order to overcome the current «global environmental crisis»¹⁴⁴. It follows, therefore, that a certain behaviour is to be considered in line with the ethics of the Earth and thus able to contribute to the sustenance of the web of life if it respects the basic principles of ecology¹⁴⁵. We are therefore all called upon to go through a process of basic ecological literacy¹⁴⁶ to discover the laws of nature and transform law into the expression of a collective agency¹⁴⁷ in which all citizens of the world participate without distinction of «race, class, or gender»¹⁴⁸.

5. Some common critiques

The theories explored so far represent only a small part of the panorama of those developed in recent years on the human-nature relationship. They do not represent the totality, nor the majority of the theoretical approaches used to promote the rights of nature or other ecocentric positions, nor are they to be considered exhaustive in representing alternatives to the rethinking of the human-nature relationship. However, they well exemplify a style and approach typical of part of the literature. Ecological Integrity, Earth Jurisprudence and Ecology of Law – even if different from many points of view – all propose paradigm shifts and evolutions towards new conceptions of law, philosophy and politics and entail some common sets of problems.

First of all, it is necessary to wonder whether it is sufficient to emphasise that ecosystems are structured in such a way as to promote the continuation of life and the existence of species within them¹⁴⁹ in order to claim that they are teleological beings endowed with a purpose. Seeking the teleological nature of ecosystems, be they the Earth's ecosystem or less complex ones, expresses a conception of nature and evolution as directed towards an end in themselves. Such a position forgets that nature tends constantly and slowly towards entropy, disorder, and the absence of potential energy. Moreover, a teleological view is at odds both with Darwinian theory – according to which evolution is nothing more than the result of a combination of luck and the selection of traits best suited to external conditions¹⁵⁰ – and with more recent positions that can be traced back to, for example, the *selfish gene* theory developed by Richard Dawkins¹⁵¹.

It should also be noted that, even if we were to accept a teleological interpretation and define the preservation of ecosystems and their integrity as elementary moral principles, we would still have to wonder whether these principles would prove sufficient to ground the value of maintaining the human species on Earth. Or whether, on the other hand, a vision so broad as to be centred on the paramount priority of the continuation of ecosystems or life on Earth could not be realised even if – or because of – *homo sapiens'* extinction¹⁵² – hence resulting useless (or even dangerous) if used to guide human action.

Secondly, such approaches propose a shift from purely human ethics and law to ethics and law that must respect *natural* principles intended to guide humanity towards a harmonious relationship with nature. The community of the Earth and the ecosystems are thus to be protected from the whims and biases inherent in legal and moral systems through the study and

¹⁴⁴ CAPRA, MATTEI 2015, 19.

¹⁴⁵ CAPRA, MATTEI 2015, 166.

¹⁴⁶ CAPRA, MATTEI 2015, 15.

¹⁴⁷ CAPRA, MATTEI 2015, 16.

¹⁴⁸ CAPRA, MATTEI 2015, 15.

¹⁴⁹ WESTRA 1998, 42; BERRY 2006, 121 f.

¹⁵⁰ SHRADER-FRESCHETTE 1995a, 132.

¹⁵¹ DAWKINS 1976.

¹⁵² On this point, see the brilliant essay by B. WILLIAMS (2006).

understanding of ecology and by treating the universe itself as the source of law and fundamental principles¹⁵³. To derive conclusions about how the relationship between people and nature from descriptive sciences – be it ecology, climatology or observation of the universe – means crossing the boundary between the *is* and the *ought* – as some of these authors explicitly acknowledge¹⁵⁴. While Capra and Mattei claim that their conception does not «separate the law into a domain of facts – how the law *is* – and a domain of values – how the law *ought to be*»¹⁵⁵, Westra hastily dismisses Hume: «[n]o doubt, philosophers may still be cringing at my use of an “is” to generate an “ought”. But, peace Hume, Kant’s support of the infinite value of life, is closer to the approach I have been taking»¹⁵⁶.

Peace for Hume, but peace also for the Enlightenment and the exit from the state of *minority*. Kant’s belief in the unique purpose, resulting from the purification of the intellect that interprets reality directly in accordance with the intellect itself¹⁵⁷, helps the subject to subdue nature and self-preservation. But such a unique purpose, deriving directly from the *is*, does not allow any «objective end» to be deduced, which instead remains an «illusion, a lie»¹⁵⁸. So much so that Kant himself – in order to save the Enlightenment from barbarism – finds himself having to limit his Enlightenment critique¹⁵⁹ by recognising the existence of a moral law (which imposes the principle of «benevolence towards mankind») that, however rational, is recognised as belonging to the realm of the ought-to-be and not of the *is*¹⁶⁰.

Third, even if it was possible to extract value and «principles of ecology»¹⁶¹ from ecosystems and turn them into modern «laws of nature»¹⁶² «as stringent as Newton’s law of gravity»¹⁶³, it is necessary to ask whether such ethical principles would not take the form of romantic (and unscientific) visions of nature such as those according to which «in the delicate balance of nature, there are no zero-sum games»¹⁶⁴, or according to which the basic law of habitats would require each species to limit itself so that none could «overwhelm the other species»¹⁶⁵. Or rather, whether such ethical principles would not turn out to be merely too vague and nebulous indications to guide human actions and state policies. Would they tell us, for instance, how to balance the needs of the global South with the need to limit the use of non-renewable energy? Would they tell us where to place solar panels without falling into a new *land-grabbing* tragedy? Would they tell us how to deal with the problems of human population growth? The principles theoretically derivable from a teleological interpretation of ecosystems may be of great heuristic and inspirational value, but they would in fact appear of little use *vis à vis* the need to resolve real and concrete environmental controversies because they would inevitably remain imprecise and lacking in secondary ethical principles¹⁶⁶. Such «qualitative, unclear, vague» positions¹⁶⁷ are nothing more than – echoing Naes¹⁶⁸ – «basic intuitions» of «normative foundations», which are not submissible to scientific falsification or verification («one either has them or does

¹⁵³ BERRY 1999, 161 ff.; WESTRA 2016, ch. 1, 2; CAPRA, MATTEI 2015, 19.

¹⁵⁴ See for example BERRY 1999, 161 ff.; WESTRA 2016, ch. 1, 2.

¹⁵⁵ BERRY 1999, 161 ff.; WESTRA 2016, ch. 1, 2; CAPRA, MATTEI 2015, 14.

¹⁵⁶ WESTRA 2016, ch 1.

¹⁵⁷ HORKHEIMER, ADORNO 2010, 88.

¹⁵⁸ HORKHEIMER, ADORNO 2010, 88.

¹⁵⁹ HORKHEIMER, ADORNO 2010, 99.

¹⁶⁰ KANT 2012; HORKHEIMER, ADORNO 2010, 107 f.

¹⁶¹ CAPRA, MATTEI 2015, 177.

¹⁶² CAPRA, MATTEI 2015, 176.

¹⁶³ CAPRA, MATTEI 2015, 177.

¹⁶⁴ BELL 2003, 76.

¹⁶⁵ BERRY 2006, 121 f.

¹⁶⁶ SHRADER-FRECHETTE 1995a, 125; 136; 1995b, 621 f.

¹⁶⁷ SHRADER-FRECHETTE 1995a, 128.

¹⁶⁸ NAESS 1973 (cited in SHRADER-FRECHETTE 1995b).

not»¹⁶⁹) and underestimate the imprecision and uncertainty of ecology¹⁷⁰. Such inaccuracy and uncertainty render ecology mute and all too shallow in the face of real controversies such as those facing politics. Such *soft ecology*¹⁷¹ suggests normative positions that are too indeterminate to give guidance on how to behave.

Ecology would, in other words, be elevated to a role that cannot be fulfilled by science alone. Any decision, as technical as it may be, needs to be accompanied by non-scientific assessments¹⁷². More generally, ecology cannot be elevated to the position of a guide for environmental policy-making and decision-making without pre-existing ethical foundations, because it too often not only has to evaluate data, but also to select between different methodologies and theories, to choose which data package to use, or to deal with explicitly ethical questions – such as whether to prioritise the conservation of individual species, ecosystems or biodiversity¹⁷³. In other words, the planetary dimension (as opposed to the global dimension) does not provide ethical answers because «[t]here is nothing in the history of the planet that can claim the status of moral imperative»¹⁷⁴. But to make decisions we need ethical foundations, which must hence be sought elsewhere. Ecology can help ethics to act according to its principles by *combining* «case-specific, empirical, ecological *knowledge*» with ethical positions «dictated by humans»¹⁷⁵. But when natural sciences are consulted and treated as *neutral*, they hide a normative side that is overlooked for the sake of efficiency, though it is nevertheless present. As widely emphasized by the School of Frankfurt, no decision based on ecology or other natural sciences is solely scientific: as soon as a scientific account becomes a guide on «what is to be done», it embeds values and norms. Hence, entrusting ecology, as these theories seem to do, with the sceptre of power attaches to ecology a set of normative principles without acknowledging to do so and requires ecology (or other natural sciences) to be able to give precise enough answers to solve environmental dilemmas.

Finally, such approaches hide a tendency to rely on some seemingly enlightened saviour (like a Platonic guardian¹⁷⁶) who shall be able to detect which is the right *natural* path to follow. Although incredibly reassuring, such positions appear deeply anachronistic in relation to the characteristics of the constitutional rule of law and our democracies. They suggest, more or less explicitly a return to natural law theories¹⁷⁷. What Berry and others outline as characteristics of their new theory of law is quite close to what, for instance, Finnis describes as the natural law tradition¹⁷⁸. But nowadays, considering positive law as true, legitimate, law only if it conforms with natural principles¹⁷⁹ that are to be read by human rationality¹⁸⁰ – whether deduced through the study of science¹⁸¹ or through the observation of the laws that govern the universe¹⁸² and that are as real as mathematical rules¹⁸³ – appears as an excessive and implausible demand. Would it really be possible for modern states and

¹⁶⁹ SHRADER-FRECHETTE 1995b, 627.

¹⁷⁰ SHRADER-FRECHETTE 1995b, 631.

¹⁷¹ On *hard* and *soft ecology*, see PETERS (1995) on the crisis of ecology as a science lacking rigour, predictability and independence from subjective value judgements.

¹⁷² COLLINS, EVANS 2007, 145.

¹⁷³ SHRADER-FRECHETTE 1995b, 624.

¹⁷⁴ CHAKRABARTY 2021, 87.

¹⁷⁵ SHRADER-FRECHETTE 1995b, 634 f.

¹⁷⁶ WESTRA 1993, 130.

¹⁷⁷ For a description of natural law theories (*giusnaturalismo*) see FINNIS 2020a; FINNIS 2020b. For positions in line with natural law theory see CAPRA, MATTEI 2015, 164; CULLINAN 2011, 13; HOSKEN 2011, 27; BERRY 2006, 125. For a critique see DE LUCIA 2013, 174 f.

¹⁷⁸ BURDON 2011, 158; FINNIS 2011, 23.

¹⁷⁹ FINNIS 2011, 23; CULLINAN 2002, 131.

¹⁸⁰ FINNIS 2011, 290.

¹⁸¹ WESTRA 1998, 8 f.; CAPRA, MATTEI 2015, 181.

¹⁸² CULLINAN 2002, 76.

¹⁸³ FINNIS 2011, 24.

contemporary scholars to turn back and accept, once again, to abide by a non-human law that is incontestable and unchangeable because it is what nature prescribes? Could they easily go back to thinking that natural law exists, out there, somewhere in nature, and that the real law shall be received from someone (be it a guardian, a scientist or a philosopher) capable of interpreting from nature the rules that must guide human action?

6. Searching certainties, finding none

The human being who needed «neither science nor philosophy to know what one must do to be honest and good»¹⁸⁴ no longer exists. Faced with the obsolescence of traditional ethics – constructed for a human being incapable of causing lasting damage to the natural order and whose sphere of action is restricted in time and space¹⁸⁵ – the relationship between science and politics fully emerges as a highly problematic issue. In contrast to Jonas, who explicitly proposes a new ethical *categorical imperative* addressed to public policy in a long-term vision (capable, for example, of taking future generations into account¹⁸⁶), the promoters of Ecological Integrity, Earth Jurisprudence and Ecology of Law prefer to build their answers on the natural sciences denying the operation of adding ethical principles to the matter. While this process seems to prize the natural sciences and their role, it in fact denies their freedom to be and remain uncertain, indeterminate, *in fieri*, because it forces them to provide political answers on what needs to be done.

The natural sciences generate scientific knowledge through complex procedures that are continually challenged by new research. Therefore, if, for example, the majority of scientists around the world warns us against the extinction of biodiversity, there is a basis for clamouring for political intervention based on the precautionary principle. Already more than fifty years ago, Jonas proposed revisiting the role of knowledge from a moral perspective (understood as pertaining to the profile of responsibility for the consequences of action), recognising that there is a gap between our «predictive knowledge» and our power to act, which forces us to recognise our ignorance and take it into account as a new element of «knowledge» and evaluation of our actions¹⁸⁷. To cope with this uncertainty, rather than (con)fuse science and politics, Jonas proposed the elaboration of a «science of hypothetical predictions»¹⁸⁸, an idea that actually materialised in the functioning of the International Panel on Climate Change which – recognising that science «if it can deliver the truth, cannot deliver it at the speed of politics»¹⁸⁹ – cyclically produces sets of graphs describing *different hypothetical* scenarios responding to different models and input data that are then submitted to the (often unsatisfactory, it must be admitted) judgement of politics.

There is today a terrible need for enlarging the ability of politics and philosophy to rely on the scientific understanding of reality and not fall prey to pre-Enlightenment positions. At the same time, this reliance needs to draw on what critical theory and the school of Frankfurt taught us, not to the point of dismissing science as “nothing but power”, but to accept that science alone is not enough: it needs philosophical and political considerations – openly presented as such – to guide our futures. The three theories here analysed – though different

¹⁸⁴ KANT 1986, 47, cited in JONAS 1990, 9.

¹⁸⁵ JONAS 1979 [1990], 7. «All the liberties he takes with the inhabitants of the Earth, the sea and the air leave the nature that encompasses these *spheres* untouched and do not affect their generating forces» (JONAS 1979 [1990], 5).

¹⁸⁶ JONAS 1990, 15-17.

¹⁸⁷ JONAS 1990, II f.

¹⁸⁸ JONAS 1990, 34.

¹⁸⁹ COLLINS, EVANS 2007, I.

from the other – all seem to conceal their political positions in scientific analysis rather than simply using science to ground political decisions. Though, as stressed above, they do not represent the globality of philosophical proposals, their common mistakes are important to be underlined because they show the existence of the tendency to rely on an *élite* of subjects to whom the sceptre of true, unique, correct knowledge is handed over.

The need to distinguish between the tools to understand the global and those to understand the planetary is paramount. Their collapse one onto the other denies science the freedom to research and continually regenerate and leaves the doors open to technocratic decisions oblivious of the differences between humans.

Ceasing this rush towards final answers and enlightened saviours – so in line with the currently resurging populist tendencies – we must accept that the only antidote to totalitarianism is a knowledge-based *vita activa* engaged in politics.

References

- ARIAS-MALDONADO M. 2019. *The “Anthropocene” in Philosophy: The Neo-material turn and the question of Nature*, in BIERMANN F., LÖVBRAND E. (eds.), *Anthropocene Encounters: New Directions in Green Political Thinking*, Cambridge University Press, 25 ff.
- BASKIN J. 2019. *Global Justice and the Anthropocene: Reproducing a Development Story*, in BIERMANN F., LÖVBRAND E. (eds.), *Anthropocene Encounters: New Directions in Green Political Thinking*, Cambridge University Press, 150 ff.
- BAZZICALUPO L. 2023. *Natura e politica. Il potere dei saperi: dal certo all’indeterminato*, in «Filosofia Politica», 3, 2023, 465 ff.
- BECKER D.C., OSTROM E. 1995. *Human Ecology and Resource Sustainability: the Importance of Institutional Diversity*, in «Annual Reviews of Ecology and Systematics», 26, 1995, 113 ff.
- BELL M. 2003. *Thomas Berry and an Earth Jurisprudence. An Exploratory Essay*, in «The Trumpeter», 19(1), 2003, 69 ff.
- BERRY T. 1987. *The Dream of the Earth: Our Way into the Future*, in «CrossCurrents», 37(2/3), 1987, 200 ff.
- BERRY T. 1991. *Thomas Berry and the New Cosmology*, Twenty-First Publications.
- BERRY T. 1999. *The Great Work*, Bell Tower.
- BERRY T. 2006. *Legal Conditions for Earth Survival: Reflecting on Earth as Sacred Community*, in TUCKER M.E. (ed.), *Evening Thoughts*, Sierra Club Books, 107 ff.
- BERRY T. 2009. *The Sacred Universe: Earth, Spirituality and Religion in the Twenty-First Century*, Columbia University Press.
- BIERMANN F., LÖVBRAND E. 2019. *Encountering the “Anthropocene”*: Setting the Scene, in ID. (eds.), *Anthropocene Encounters: New Directions in Green Political Thinking*, Cambridge University Press, 1 ff.
- BURDON P.D. (ed.) 2011. *Exploring Wild Law. The Philosophy of Earth Jurisprudence*, Wakefield Press.
- BURDON P.D. 2015. *Earth Jurisprudence: Private Property and the Environment*, Routledge.
- CAPRA F., MATTEI U. 2015. *The Ecology of Law. Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Berrett-Koehler Publishers.
- CHAKRABARTY D. 2021. *The Climate of History in a Planetary Age*, The University of Chicago Press.
- CHAKRABARTY D. 2023. *One Planet, Many Worlds. The Climate Parallax*, Brandeis University Press.
- CHAKRAVARTTY A. 2017. *Scientific Realism*, in E.N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.
- COLLINS H., EVANS R. 2007. *Rethinking Expertise*, The University of Chicago Press.
- COLLINS H., EVANS R. 2017. *Why Democracies Need Science*, Polity Press.
- CULLINAN C. 2002. *Wild Law*, Siber Ink.
- CULLINAN C. 2011. *A History of Wild Law*, in BURDON P.D. (ed.), *Exploring Wild Law. The Philosophy of Earth Jurisprudence*, Wakefield Press, 12 ff.
- DAWKINS R. 1976. *The Selfish Gene*, Oxford University Press.
- DE LUCIA V. 2013. *Towards an Ecological Philosophy of Law: a Comparative Discussion*, in «Journal of Human Rights and the Environment», 4(2), 2013, 167 ff.
- DESJARDINS J.R. 2013. *Environmental Ethics: An Introduction to Environmental Philosophy*, Wadsworth Cengage Learning.

- ESCOBAR A. 2006. *Post-development*, in CLARK D.A. (ed.), *The Elgar Companion to Development Studies*, Edward Elgar, 447 ff.
- FERRARA E. 2016. *The Laws of Nature and the Nature of Law. Book Review: The Ecology of Law. Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, in «Visions for Sustainability», 5, 2016, 37 ff.
- FINNIS J. 2011. *Natural Law & Natural Rights*, Second edition, Oxford University Press.
- FINNIS J. 2020a. *Aquinas' Moral, Political, and Legal Philosophy*, in ZALTA E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.
- FINNIS J. 2020b. *Natural Law Theories*, in ZALTA E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.
- FREMAUX A. 2019. *After the Anthropocene: Green Republicanism in a Post-Capitalist World*, Palgrave Macmillan.
- FUNTOWICZ S., RAVETZ J. 2020. *Post-Normal Science. How Does it Resonate with the World Today?*, in ŠUCHA V., SIENKIEWICZ M. (eds.), *Science for Policy Handbook*, Elsevier, 14 ff.
- FUNTOWICZ S.O., RAVETZ J.R. 1993. *Science for the Post-normal Age*, in «Futures», 25(7), 1993, 739 ff.
- GUTTING G. 2005. *Introduction: What Is Continental Philosophy of Science?*, in ID. (ed.), *Continental Philosophy of Science*, Blackwell Publishing, 1 ff.
- HARAWAY D., ISHIKAWA N., GILBERT S.F., OLWIG K., TSING A.L., BUBANDT N. 2016. *Anthropologists Are Talking About the Anthropocene*, in «Ethnos», 81(3), 2016, 535 ff.
- HARAWAY D.J. 2016. *Staying with the Trouble. Making Kin in the Chthulucene*, Duke University Press.
- HARDIN G. 1968. *The Tragedy of the Commons*, in «Science», 162(3859), 1968, 1243 ff.
- HONNACKER A. 2020. *Environmentalism and Democracy. Pragmatist Perspectives on a Precarious Relation*, in «European Journal of Pragmatism and American Philosophy», 12(2), 2020, 1 ff.
- HONNETH, A. 2005. *Bisected Rationality: The Frankfurt School's Critique of Science*, in GUTTING G. (ed.), *Continental Philosophy of Science*, Blackwell Publishing, 295 ff.
- HORKHEIMER M., ADORNO T.W. 2010. *Dialettica dell'illuminismo*, Einaudi [ed. or. *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, 1949].
- HOSKEN L. 2011. *Reflections on an Inter-Cultural Journey into Earth Jurisprudence*, in BURDON P.D. (ed.), *Exploring Wild Law. The Philosophy of Earth Jurisprudence*, Wakefield Press, 24 ff.
- HUXLEY A. (1932). *The Brave New World*, Chatto & Windus.
- JONAS H. 1990. *Il Principio Responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi [ed. or. *Das Prinzip Verantwortung*, 1979].
- KANT I. 2012. *Risposta alla domanda "Che cos'è l'illuminismo"*, Mimesis [ed. or. *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, 1784].
- KANT I. 1986. *Fondazione della metafisica dei costumi*, in *Scritti morali*, (ed. CHIODI P.), Utet [ed. or. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785].
- KELLER D.R., GOLLEY F.B. 2000. *The Philosophy of Ecology. From Science to Synthesis*, University of Georgia Press.
- KELLY D. 2019. *Politics and the Anthropocene*, Polity Press.
- KOTHARI A. SALLEH, ESCOBAR A., DEMARIA F., ACOSTA A. (eds.), *Pluriverse. A Post-Development Dictionary*, Tulika Books.
- KUHN T.S. 1962. *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press.
- LEOPOLD A. 1949. *A Sand County Almanac. With Essays on Conservation from Round River*, Ballantine Books.

- LOVELOCK J. 1979. *Gaia. A New Look at Life on Earth*, Oxford University Press.
- MASON I. 2011. *One in All: Principles and Characteristics of Earth Jurisprudence*, in BURDON P.D. (ed.), *Exploring Wild Law. The Philosophy of Earth Jurisprudence*, Wakefield Press. 35 ff.
- NAESS A. 1973. *The Shallow and the Deep, Long-Range Ecology Movement. A Summary*, in "Inquiry", 16, 1973, 95 ff.
- OSTROM E. 1990. *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press.
- PETERS R.H. 1995. *A Critique for Ecology*, Cambridge University Press.
- PIASSENTIER M. 2024. *Politica, natura e normatività. Saggi di filosofia e Teoria critica*, Mimesis.
- PRICE J.E.D., PREITE G. 2023. *The Social Construction of the Anthropocene: Theoretical and Ethical Perspectives*, in «Rivista Italiana di Filosofia Politica», 3, 2023, 5 ff.
- ROBBINS P. 2020. *Political Ecology. A Critical Introduction*, Wiley.
- SACHS W. 2019. *The Development Dictionary Revisited*, in KOTHARI A., SALLEH A., ESCOBAR A., DEMARIA F., ACOSTA A. (eds.), *Pluriverse. A Post-Development Dictionary*, Tulika Books, xi ff.
- SAVRANSKY M. 2021. *After progress: Notes for an ecology of perhaps*, in «Ephemera. Theory Politics in Organization», 21, 2021, 267 ff.
- SHRADER-FRECHETTE K. 1995a. *Hard Ecology, Soft Ecology, and Ecosystem Integrity*, in WESTRA L., LEMONS J. (eds.), *Perspectives on Ecological Integrity*, Springer, 125 ff.
- SHRADER-FRECHETTE K. 1995b. *Practical Ecology and Foundations for Environmental Ethics*, in "The Journal of Philosophy", 92(12), 1995, 621 ff.
- STEFFEN W., BROADGATE W., DEUTSCH L., GAFFNEY O., LUDWIG C. 2015. *The Trajectory of the Anthropocene: The Great Acceleration*, in «Anthropocene Review», 2(1), 2015, 81 ff.
- STRASSER K.A. 2017. *Visions of "Eco-law": A Comment on Capra and Mattei, the Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, in «Accounting, Economics and Law. A Convivium», 7(3), 2017, 20160058.
- SUBCOMMISSION ON QUATERNARY STRATIGRAPHY 2019. *Working Group on the Anthropocene*, available online at <http://quaternary.stratigraphy.org/working-groups/anthropocene/>.
- SWIMME B., BERRY T. 1992. *The Universe Story: From the Primordial Flaring Forth to the Ecozoic Era, A Celebration of the Unfolding of the Cosmos*, Harper.
- ULANOWICZ R.E. 1995. *Ecosystem Integrity: a Causal Necessity*, in WESTRA L., LEMONS J. (eds.), *Perspectives on Ecological Integrity*, Springer Science + Business Media, 77 ff.
- VATANPARAST R. 2017. *Book Review: Capra and Mattei, The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, in «Journal of Human Rights and the Environment», 8(2), 2017, 305 ff.
- WESTRA L. 1993. *The Ethics of Environmental Holism and the Democratic State: Are they in Conflict?*, in «Environmental Values», 2(2), 1993, 125 ff.
- WESTRA L. 1995. *Ecosystem Integrity and Sustainability: The Foundational Value of the Wild*, in WESTRA L., LEMONS J. (eds.), *Perspectives on Ecological Integrity*, Springer Science + Business Media, 12 ff.
- WESTRA L. 1998. *Living in Integrity: A Global Ethic to Restore a Fragmented Earth*, Rowman & Littlefield Publishers.
- WESTRA L. 2016. *Ecological Integrity and Global Governance: Science, Ethics and the Law*, Routledge.
- WESTRA L., BOSSELMAN K. 2020. *Preface*, in WESTRA L., BOSSELMAN K., FERMAGLIA M. (eds.), *Ecological Integrity in Science and Law*, Springer, v ff.

- WESTRA L., LEMONS J. (eds.). 1995. *Perspectives on Ecological Integrity*, Springer Science + Business Media.
- WESTRA L., MILLER P., KARR J.R., REES W.E., ULANOWICZ R.E. 2000. *Ecological Integrity and the Aims of the Global Integrity Project*, in PIMENTAL D., WESTRA L., NOSS R.F. (eds.), *Ecological Integrity: Integrating Environmental, Conservation and Health*, Island Press, 19 ff.
- WILLIAMS B. 2002. *Truth and Truthfulness*, Princeton University Press.
- WILLIAMS B. 2006. *The Human Prejudice*, in WILLIAMS B. (ed.), *Philosophy as a Humanistic Discipline*, Princeton University Press, 135 ff.
- WILSON E.O. 2016. *Half the Earth. Our Planet's Fight for Life*, Liveright Publishing Corporation.
- YUSOFF K. 2018. *A Billion Black Anthropocenes or None*, University of Minnesota Press.

Pragmatic Contextualism and Legal Interpretation: Moving Beyond Interpretative Scepticism

NATALIA SCAVUZZO

Assistant Professor (*Profesora Ayudante Doctora*) Universidad Autónoma de Madrid.

E-mail: natalia.scavuzzo@uam.es

ABSTRACT

This paper explores José Medina's Pragmatic Contextualism as a compelling approach to longstanding dilemmas in jurisprudence, challenging traditional theories of legal interpretation. In the legal realm, by highlighting the role of discursive agency, Pragmatic Contextualism not only clarifies legal intelligibility but also illuminates the evolving nature of interpretation and the crucial responsibility of interpreters in the stability and change of legal language.

KEYWORDS

legal interpretation, contextualism, discursive agency, interpretive scepticism, interpretative cognitivism, eclectic theory of legal interpretation

Pragmatic Contextualism and Legal Interpretation: Moving Beyond Interpretative Scepticism

NATALIA SCAVUZZO

1. *Introduction* – 2. *Theories of Legal Interpretation* – 2.1. *Cognitive Theory* – 2.2. *Sceptic Theory* – 2.3. *Eclectic Theory* – 3. *Pragmatic Contextualism* – 4. *How Can Pragmatic Contextualism Contribute to Explain Legal Interpretation?*– 4.1. *The decision/cognition dilemma* – 4.2. *In Abstracto Interpretation* – 4.3. *Intercontextuality* 4.4. *A pragmatic contextualist explanation of legal interpretation* – 5. *Final Remarks: Interpreting from Elsewhere.*

1. *Introduction*

Legal interpretation is a central topic in jurisprudence. In contemporary legal thinking, there are three theories or models of legal interpretation: a cognitive theory, a non-cognitive or sceptical theory, and an eclectic theory¹. These theories present competing views on what legal interpretation is, and in general, they present themselves in opposition to one another. The cognitive theory understands legal interpretation as a cognitive enterprise, whereas sceptics see it as a decisional activity. Eclectics simply position themselves in the middle. They claim that legal interpretation sometimes focuses on cognitive aspects, while at other times it involves decision-making².

José Medina, combining insights from Wittgenstein and Dewey, elaborates a minimal philosophy of language that constitutes an adequate response to semantic scepticism³. Medina calls it Pragmatic Contextualism. As I will argue, applying this theory to the legal context can help improve our understanding of legal interpretation and address the dilemmas arising from debates among traditional theories of legal interpretation.

Although other pragmatic and contextualist proposals have already ventured into similar paths⁴, Medina's theoretical framework has the potential to explain aspects that previous contextualist approaches to legal interpretation could not fully address. Specifically, pragmatic contextualism can explain how legal meaning emerges and how our discursive agency is responsible for its stability and change.

* I would like to thank Edgar Aguilera, Alejandro Calzetta, Pierluigi Chiassoni, Víctor García Yzaguirre, Riccardo Guastini, Lorena Ramirez, and Marco Segatti for reading and discussing previous versions of this work. I also wish to thank the colleagues who discussed this work with me when I presented it at the conference “Analytic Philosophy Meets Legal Theory” at the Jagiellonian Center for Law, Language and Philosophy in Poland; at the “Law and Philosophy Seminar” at Pompeu Fabra University in Spain; in the seminar “Tardes de Filosofía del Derecho en la Merced” at the University of Murcia, Spain; and at the seminar “La Agenda de la Filosofía del Derecho” at IDEJUS, National University of Córdoba, Argentina.

¹ GUASTINI 2011a, 408 ff. For the sake of clarity and brevity, I will speak here of three theories. However, strictly speaking, they are not three *theories*, but three *families of theories*, in each of which we can find different theories (almost one for each author who tries to theorise on this matter), only sometimes coinciding in their theses. Nonetheless, some scholars have challenged this traditional tripartite classification, arguing that it does not fully capture the complexity of legal interpretation, cf. PINO 2021, 72 ff.

² This distinction between understanding interpretation as a cognitive or a decision-making enterprise can also be viewed from the perspective of the result or product of interpretation. In this light, for cognitivists, interpretative statements have a truth value. In contrast, for sceptics, no interpretative statements can have a truth value and, for eclectics, some can and some cannot. See, GUASTINI 2011a, 418-420.

³ MEDINA 2006. Semantic skepticism is understood as doubting whether we know what our words mean and as questioning whether meanings are sufficiently determinate and stable to support communication (MEDINA 2006, 2, 195).

⁴ See VILLA 2010, 2012.

In the European legal tradition, theories of interpretation are associated with ideologies that determine the correct methodology for a judge or a lawyer to interpret legal provisions⁵. This work will not focus on these ideologies but on theories of legal interpretation *stricto sensu*, which attempt to analyse what legal interpretation is conceptually. This work will also refrain from engaging with the debate on the necessity or relevance of adopting (or recognising) a theory of meaning as a prerequisite for a theory of legal interpretation⁶.

This paper begins by briefly summarising the central tenets of cognitive, sceptical, and eclectic theories of legal interpretation (Section 2). Secondly, it elaborates on the main characteristics of pragmatic contextualism (Section 3). Thirdly, it applies this form of contextualism to discussions of legal interpretation to see whether it can overcome the limits of pre-existing theories (Section 4). Finally, it argues that pragmatic contextualism presents an innovative method to explain the difference between traditional theories of legal interpretation and to overcome old debates (Section 5).

2. Theories of Legal Interpretation

As explained, legal philosophers have traditionally distinguished between three main groups of theories concerning the nature of legal interpretation and the characteristics of the interpretative statements it produces. I will now outline the key features of the cognitive, sceptical, and eclectic theories to illustrate the comparative advantages of Medina's pragmatic contextualism⁷.

2.1. Cognitive Theory

Legal Scholars, often concerned with the indeterminacy of law and the discretion of legal officials, attempt to explain that legal meaning does not depend on the choice of the interpreter but rather

⁵ TARELLO 1997, 75 ff. Tarello explains that the term "theory of interpretation" can have multiple meanings. In a technical philosophical sense, a theory is understood as a system of propositions about an object that are true or assumed to be true. However, «in the European legal tradition of the XIXth and XXth centuries (...) the expression "theory of interpretation" often does not designate theories but doctrines (...) mainly directed to singling out a strange entity which would be the "correct", or "exact", or "right" method for the performance of interpretative activity.» (TARELLO 1997, 75). In this sense, these theories are part of the political activity of jurists and thus express an ideology. This is part of Tarello's broader realist approach, which involves identifying traces of "legal politics" in the work of legal scholars who present their work as merely technical, and detached from political considerations, thereby evading their political responsibilities.

⁶ Guastini has argued that adopting a theory of meaning is irrelevant to a theory of legal interpretation. Cf. GUASTINI 2011b, 153-156. He explains that theories of meaning can be properly understood either as descriptive theories (about what meanings are ascribed) or as theories about how meaning should be understood (and therefore not as genuine *theories*). Moreover, he contends that the two existing descriptive theories of meaning, the theory of literal meaning and the theory of meaning as intention, do not correctly describe interpretative legal practices since it is well known that different arguments are used to justify different interpretations, not just legislative intent and literal meaning (arguments based on the ratio legis, arguments from coherence, systematic arguments, and the like). Thus, there is more than one way in which an interpretation may go. A descriptive theory of legal meaning (that does not presuppose *the correct meaning*) will do the same work as the sceptic theory of legal interpretation.

Canale discusses Guastini's position, arguing that every theory of interpretation presupposes a theory of meaning. He argues that a descriptive theory can describe the attributions of meanings (meaning theory) or explain them (theory of meaning). According to Canale, the scholar who wants to describe the meanings that are attributed must necessarily presuppose some conception of what it is that is being attributed – i.e., what meanings are, how they arise, whether they can be known and how. Cf. CANALE 2012.

⁷ I present a general overview of these positions, but it is important to note that this account does not represent all the different positions and views on the matter and that my reconstruction mainly focuses on the approaches of the Genovese school of legal interpretation.

that legal provisions already have a meaning that the interpreter should seek to uncover⁸. In this sense, meaning is viewed as fixed, and interpretation is understood as a cognitive enterprise. Thus, interpretative statements can either be true or false. Different explanations have been proposed regarding the source of this real meaning, such as interpretations based on literal meaning (word meaning) or those based on the legislator's intention (speaker meaning).

There are also very different explanations for literal meaning. For example, some theorists argue that the best available relevant theory determines the meaning of terms used in the law⁹. There are also the so-called interpretative or constructive positions, which consider interpretation as an argumentative activity. Even if argumentation is not just cognition, the goal of interpretation is, in both cases, the same: to reach the correct interpretation. Here, it is therefore a claim of correctness. However, theorists who endorse this view argue that the object of interpretation is not the specific legal provision in question but the law in its entirety¹⁰. Correctness is determined by moral values endorsed by the ideology which is prevalent in the legal order.

The central tenets of the cognitive theory are usually presupposed, perhaps unconsciously, by lawyers or legal scholars, for example, when they argue about *the* correct interpretation of a legal provision. This is one of the main arguments for the theorist to insist on adopting it as an appropriate explanation of how legal interpretation works.

Nevertheless, these theories encounter difficulties in properly accounting for some aspects of interpretative practice, such as changes in interpretations despite unchanged legal provisions or the co-existence of different interpretations of the same terms by different courts or across distinct areas of law.

2.2. Sceptic Theory

Sceptics argue that interpretation is always an act of decision. In every situation, interpreters choose the meaning. Legal provisions do not possess an intrinsic meaning before the interpreter decides which meaning to attribute to them; thus, meaning is the product of interpretation¹¹. Words or phrases do not have a determined and fixed meaning; it is the interpreter who decides on each occasion what meaning to attribute to them.

Different theories associated with legal realism defend a sceptical approach to legal interpretation. Nevertheless, not all sceptics endorse an extreme form of scepticism. For example, Guastini's paradigmatic position. On the one hand, he accepts that generally, there is a frame of possible meanings that the interpreter may identify through cognitive interpretation, from which he then chooses which to attribute to the provision under interpretation. On the other hand, he concedes the existence of a plain, literal, or *prima facie* meaning —corresponding to common usage.

Mostly, sceptics do not want to deny the existence of commonly shared linguistic rules or conventions (or simply habits). If we do deny the possibility of a *prima facie* meaning, «no analysis of legal language would be possible —at least in the legal domain the enterprise of linguistic (logic, philosophical, etc.) analysis would be pointless or even senseless; it would be

⁸ As Tarello explains, this view can be historically associated with the exegetical school and the historical school of jurisprudence from the early 19th century. Cf. TARELLO 1974; TARELLO 1997,76.

⁹ Brink argues that an ideal, correct interpretation depends on a coherence analysis that considers legal principles, constitutional provisions, statutes, and precedents. Since this may be a Herculean task, he proposes that «[r]ather (...), they might try to set out an elaborate theory of law which articulates the structure of our legal system, the values on which it rests, and the relative weight of various legal rules and principles. Given what we have said, constructing such a theory of law would involve determination of the moral and political foundations of civil, criminal, and constitutional law and of the sort of moral and political theory or scheme of which these fundamental values could be a part» (BRINK 1988, 133).

¹⁰ On the matter see, e.g., LIFANTE VIDAL 2019.

¹¹ See GUASTINI 2011; GUASTINI 2011b; TROPER 2006; TROPER 2008, 104.

impossible even distinguishing between senseful and senseless sentences, between ambiguous and non-ambiguous sentences, etc.»¹². Therefore, sceptics about interpretation in the legal context do not necessarily deny the possibility of shared meanings in ordinary language¹³. Nevertheless, they emphasise that due to the characteristics of language in the legal context, a different approach to its analysis must be favoured. Since «assuming or recognising the existence of a pre-existing literal meaning is *not* equivalent either to saying that this is the *unique* (admissible) meaning or that this is the meaning judges (and jurists) *ought* to ascribe to legal texts»¹⁴. Guastini explains that the central thesis of the sceptical theory of legal interpretation is that a legal text almost always admits multiple possible interpretations and that there is no criterion for determining the truth of interpretative statements¹⁵.

2.3. Eclectic Theory

Hart's attempt at finding a middle ground between formalism (or conceptualism) and scepticism in legal interpretation is a paradigmatic example of an eclectic theory¹⁶.

Hart does not explicitly present a theory of legal interpretation. However, he famously distinguishes between easy and hard cases when applying the law; in the former cases, rules are automatically applied, and in the latter, the interpreter must decide if rules should be applied. He explains,

«In all fields of experience, not only that of rules, there is a limit, inherent in the nature of language, to the guidance which general language can provide. There will indeed be plain cases constantly recurring in similar contexts to which general expressions are clearly applicable (...) but there will also be cases where it is not clear whether they apply or not. The latter are fact-situations, continually thrown up by nature or human invention, which possess only some of the features of the plain cases but others which they lack»¹⁷.

Easy cases do not require any deliberate act of interpretation. Thus, there is no explicit account of how the legal operator goes from the legal provision to its application. Hence, theorists pay no attention to or have no interest in distinguishing between a legal provision (the legal text) and the rule it expresses (its meaning). This suggests that there is an exact and clear meaning for each provision¹⁸. Thus, in easy cases, an interpretative statement that applies a legal provision to a case

¹² GUASTINI 2011b, 157.

¹³ See also POGGI 2020.

¹⁴ GUASTINI 2011b, 158.

¹⁵ GUASTINI 2011b, 158, 159.

¹⁶ HART 1994, cap. VII. It is important to note that according to Hart, formalism consists in minimising or concealing the choices of the interpreter when deciding whether a case is to be subsumed under a rule by establishing that the meaning of the legal rule is determined and fixed (HART 1994, 129). In contrast, skepticism embodies the opposite exaggeration, wherein the indeterminacy of legal rules is overstated (HART 1994, 130).

¹⁷ HART 1994, 126. Here, Hart introduces the problem of the *open texture* of natural languages, which indicates that, when applying general terms to cases, their application can eventually be questioned. He then goes on to say, «So far we have presented this, in the case of legislation, as a general feature of human language; uncertainty at the borderline is the price to be paid for the use of general classifying terms in any form of communication concerning matters of fact» (HART 1994, 128).

¹⁸ Another possible explanation is that Hart rejects the existence of linguistic meaning and pays attention only to past uses in a particular context and the sense in its current use. It is interesting how this feature of Hart's theory resembles (or may presuppose?) much of Wittgenstein's insights about meaning. In Recanati terms (RECANATI 2003), Hart, following Wittgenstein, may be a *Meaning Eliminativist*, and thus, adopts a form of Radical Contextualism. Such an idea would not be implausible considering the extent to which Wittgensteinian theses permeate other parts of Hart's work.

or asserts that a legal provision regulates a case can be correct or incorrect, either true or false. However, in hard cases, the interpreter must decide if a legal provision regulates a particular case. Thus, a statement that expresses such a decision cannot be true or false.

Several authors have defended similar eclectic theories, building upon some of Wittgenstein's considerations and emphasising the distinction between understanding and interpreting¹⁹. Their main point is that *understanding* legal rules is quite different than, and conceptually prior to, *interpreting* provisions²⁰. Understanding a rule is not a mental act or state that could be propositionally expressed. Rather, it is the ability to specify which actions or situations conform to a rule under ordinary circumstances. This ability is exhibited in action (i.e., the use and application of the rule)²¹.

These three perspectives shed light on different aspects of interpretative practice—our need for knowledge, our decisions, and the distinctions between different types of cases—while simultaneously overlooking the aspects emphasised by alternative theories.

In this vein, for example, sceptics argued that the cognitive theory incorrectly describes legal interpretative practices since it is not true that the interpreter is engaged in a cognitive enterprise. For sceptics, the eclectic theory also incorrectly describes legal interpretative practices since it has no view on the problem of the ambiguity of legal texts (*in abstracto* interpretation); this suggests that the eclectic theory also endorses a cognitive view on the matter. As Guastini explains, norms can always be indeterminate (in the sense indicated by Hart) and judges will always discretionally decide which cases are instances of those norms. However, he adds that legal texts are always equivocal (i.e., there are different possible interpretations for a text). Guastini distinguishes between the ambiguity or equivocity of a text (i.e., the existence of different permissible interpretations of a text), and its vagueness (i.e., the existence of cases which fall in the penumbra of general terms). The problem with determining meaning, then, is not only the vagueness of general terms but also the ambiguity or “equivocity” of legal texts that come with an *in abstracto* interpretation. It is one thing to ascribe meaning to a legal provision and another to classify cases²². On the contrary, for the sceptic,

«any thesis claiming that interpretative problems admit but one “right” (i.e., true) answer is false, and this is so precisely because of the indeterminacy of the legal system in the sense specified [*in abstracto*], which claims that interpretative sentences have no truth-value»²³.

At the same time, sceptics are criticised for merely describing the variety of possible meanings or the different arguments interpreters use, without recognising the criteria for determining which meaning is correct. An alternative to this approach, it is argued, is to understand interpretation as an argumentative activity that involves a claim to correctness, which must be considered within the realm of practical general reasoning²⁴. Sceptics may have no problem acknowledging the practical nature of legal interpretation but would reject the idea that a theorist should take a stance on the appropriate criteria for correctness. For example, Chiassoni argues that textual interpretation is a practical activity²⁵ in which

¹⁹ See, ENDICOTT 2000; MARMOR 2005, 2014; SANDRO 2022, 245-259.

²⁰ The distinction between understanding and interpreting has a long history in the philosophy of language and legal theory, and, as it has been noted, is usually defended by authors more aligned with the later Wittgenstein.

²¹ Cf. MUFFATO 2017.

²² See GUASTINI 2019. *In abstracto* interpretation has also been referred to as “text-oriented interpretation”, distinguishing it from *in concreto* or “fact-oriented interpretation”. For illustrative examples of interpretative disagreements in both cases, see KRISTAN & PRAVATO 2022.

²³ GUASTINI 2011b, 146. For critiques of Guastini's skeptical thesis regarding the true value of interpretative statements, see, for example, RAMÍREZ LUDEÑA 2012.

²⁴ LIFANTE VIDAL 2019.

²⁵ CHIASSONI 2018, 2019. Chiassoni's “Pragmatic realism” is a sophisticated form of non-cognitivism that assumes

«the meaning of legal provisions is constructed out of pre-existing materials by means of a typically reflexive and holistic process, which involves the use of an *interpretative code* (a discrete set of interpretative rules) and a set of interpretative resources, and depends, ultimately, on each interpreter's cooperative, or non-cooperative, attitude towards the text, the issuing authority and the legal order as a whole, where the attitude may be in turn the effect of the endorsement of some (comprehensive) legal ideology»²⁶.

Chiassoni endorses a constructivist conception of legal meaning, in which the judge always engages in a reflexive and evaluative activity where all interpretative acts are characterised by a practical attitude of conformism towards an existing interpretative code. Even in “clear” cases where interpreters claim they are “discovering” the meaning of the text, they are actually conforming to the culturally dominant doctrine²⁷.

3. *Pragmatic Contextualism*

In *Speaking from Elsewhere*, José Medina proposes a theory of meaning, which offers a deflationary perspective on meaning and interpretation²⁸. His account challenges traditional semantic theories—in particular, semantic realist approaches and semantic scepticism—on the grounds that they tend to reify and decontextualize meaning.

At base, Medina argues that the problem with semantic realists, as well as semantic sceptics, is that they both share a foundational conception of meaning. Whereas semantic realists aim for an overly ambitious ideal of determinate, fixed, and thus discoverable meanings, semantic sceptics are typically too quick to infer that when we fall short of such an ideal, we must, at the same time, give in to radical indeterminacy and naked discretion.

At this point, it is important to clarify that *semantic realism* is not equivalent to *legal realism*. On the contrary, within jurisprudence, legal realist theories typically adopt a sceptical stance towards legal meaning. While semantic realism is generally defended—or at least presupposed—by theorists who endorse cognitive and eclectic approaches to legal interpretation.

The basic tenets of Pragmatic Contextualism are the following:

(i) *A deflationary perspective*

Medina argues that realist semantic theories understand meaning as determinate and fixed (a natural, ideal, or mental entity). Indeed, realists believe that meaning must be determined and fixed for communication to be possible. However, the difficulty of establishing which sort of physical and material, or ideal and transcendental, relations should hold between meanings and the components of the external world has paved the way for the sceptics, who question the very conceivability of determinate and fixed meanings. In this sense, Medina points out, that the realists and the sceptics are foundationalists about the nature of meaning: they both conceive determination and fixity as necessary conditions for the very existence of meanings.

Medinas' pragmatic contextualism, whose purpose is to dissolve metaphysical disputes about meaning, offers an alternative to foundationalism. In his view, meaning is *interactional*, as it depends on the practical engagement of the participants in a discursive practice.

the pragmatic linguistic approach. According to this view, while there is room for knowledge in legal interpretation, it is always and necessarily embedded within a framework of practical decisions and attitudes.

²⁶ CHIASSONI 2018, 32.

²⁷ CHIASSONI 2018, 39.

²⁸ MEDINA 2006.

(ii) *Meaning as a product of our discursive agency*

Meaning is contextual and interactional²⁹. The repetitive agency of speakers constantly regenerates the underlying background consensus. This discursive agency is hybrid because it merges freedom and constraint. The repetitive renewal is the source of semantic innovation and change; therefore, consensus *does not fix meaning* in the context. The consensus or background agreement is established by a training process, where we are taught how to conform to previous linguistic behaviour and a normative attitude toward this behaviour. Moreover, this learning process causes that

«...the meanings that look overdetermined from the perspective of those trained in the relevant practices may appear utterly indeterminate from the perspective of those who do not participate in the consensus of action underlying those practices...»³⁰.

Under this approach, discursive agency generally echoes past uses:

«[the] meaning of our speech acts depends on citational chains, on a constant process of recontextualization that repeats and echoes past uses in new circumstances, but in ways that admit the possibility of modifications and eccentric innovations, which can in turn be echoed»³¹.

According to this form of pragmatic contextualism, meanings are not static; they are in constant transformation. In a discursive practice, there may be more or less stability. The stability of consensus in linguistic action depends on the various dimensions of the practice in which language is used (materiality, performativity, sociality, and temporality). Moreover, it is strongly influenced by materiality, which, as we will see, constrains or establishes the framework within which linguistic actions occur.

In some practices, there are very stable meanings thanks to a series of institutions restricting the possibilities of use. However, the background consensus on the use of language is always open and provisional. Medina emphasises that, «[o]ur tacit agreement in action is subject to a constant process of transformation, and therefore, our semantic negotiations are *always constrained but never determined and fixed*»³².

(iii) *Contextual determinacy*

Pragmatic contextualism attempts to answer semantic scepticism by demonstrating that our linguistic practices do not assume determination and fixity of meanings (contrary to the presuppositions of semantic realists). What it suggests is that our language practices do not presuppose absolute determination or fixity. Therefore, if we are not seeking the foundation of meaning, it is apparent that traditional theories distort language's image. In our linguistic

²⁹ Here, we can observe its connection with other philosophers of language who view language as closely tied to linguistic action and contexts of use, such as Wittgenstein, Austin, Searle, and Grice. However, Medina's theory, by firmly adopting Wittgenstein's rejection of metaphysics, diverges from the Austin, Grice, and Searle's positions and the foundational contemporary debate regarding the facts that determine meaning. A debate between internalism and externalism, which, according to Medina, presents a false dilemma. On the debate between internalism and externalism in the philosophy of language see, SKOCZEŃ 2019, ch. V. Although Medina also regards the idea of language use as a form of action as central, and therefore acknowledges the relevance of language users' agency, his approach can be seen as structural. In this light, it proves helpful in analysing how power relations impact the semantic efficacy of different language uses within both cooperative and non-cooperative practices.

³⁰ MEDINA 2006, 40.

³¹ MUFFATO 2017, 26.

³² MEDINA 2006: 49.

practices, meanings are not fixed. A background consensus of action among language users sustains meanings, but this consensus does not fix meaning.

According to pragmatic contextualism, we know what a word means and that meanings are sufficiently determinate to allow communication³³. Medina does not deny that meaning can be underdetermined but argues that this does not lead us to accept indeterminacy. He proposes a form of contextual determinacy: a transitory and relativised form of determinacy «in particular contexts of communication, given the purposes of communicative exchanges, the background conditions and practices, the participants' perspectives, their patterns of interactions, and so on»³⁴.

To comprehend this contextual determinacy, we should consider the four dimensions of our discursive practices: materiality, performativity, sociality, and temporality, brought together by the tacit agreement in action.

- a) Materiality: language is inextricably interwoven with non-verbal actions and circumstances. The context refers to a heterogeneous whole with verbal and non-verbal elements. This dimension represents the material conditions of the use of language.
- b) Performativity: speaking is part of an activity; language and context of use are action-oriented.
- c) Sociality: meaning should be considered only in the context of a shared practice.
- d) Temporality: meaning must be understood as situated in a specific time and place.

Radical indeterminacy arises when we do not consider all these perspectives and attempt to elucidate meaning without considering language users' background agreement. It is important to stress that this does not amount to a naïve conventionalism, which suggests that meaning is merely what it is agreed upon within a community of speakers:

«The relation between meaning and agreement is more indirect: agreement in practice is the *background condition* for the emergence of meaning. (...) meaning is *constrained but not determined* by the tacit agreement of our practices»³⁵.

Meanings are not localised in a particular space as they are interactional, and agents participate simultaneously in different contexts. Thus, contexts are open³⁶, and intercontextuality is fundamental in the continuous shifting of meanings.

(iv) *Normalcy and Eccentricity in ascriptions of meanings*

In different contexts of use, where we have been trained, we can find both normalcy and eccentricity when ascribing meanings. Generally, normalcy is presupposed, except for some classes of subjects of which we are often suspicious. Without a doubt, we can think, for example, of a foreigner learning a country's language or a student being taught vocabulary during a lesson. However, other individuals are subject to more subtle forms of suspicion—for instance, women in contemporary society, particularly within implicitly patriarchal contexts.

Thus, in these teaching/learning practices, participants are in different positions. Some participants have more authority than others; they are considered teachers and play a fundamental part in maintaining and normalising new uses. Other participants are not

³³ We may say that it is a form of practical knowledge.

³⁴ MEDINA 2006, 16. Medina's Pragmatic Contextualism can be understood as a radical form of contextualism, see RECANATI 2012.

³⁵ MEDINA 2006, 36. It is a precondition.

³⁶ MEDINA 2006, 160 ff.

recognised as such an authority³⁷. This opens the context to becoming a site for the negotiation of our meaning attributions. As Medina explains:

«The assumed normalcy of certain uses of words and courses of action and the assumed abnormality of others provide the requisite normative background in which we can negotiate our semantic interpretations, that is, the normative context in which semantic possibilities are endorsed or rejected»³⁸.

As already seen, not all speakers have the same bargaining power in these negotiations. This is relevant when the speaker makes eccentric new uses of language. For Medina, «What a violation of expected normalcy does is to *shift the burden* onto the shoulders of the eccentric user, who must now prove the meaningfulness of her speech acts. We can call it “the burden of eccentricity”»³⁹. Furthermore, this burden may be rather different considering who the subject that meets it is --that is, whether she has authority in the discursive practice or not.

It is important to stress that

«...this contextualist analysis (...) does not suggest that the normative expectations speakers share, or the violations they incur and the burdens they take up, are conscious moves in our language games that require the explicit recognition of speakers. On the contrary. This analysis tries to make explicit that tacit normative attitudes exhibited in speakers’ actions and reactions»⁴⁰.

Medina explains that pragmatic contextualism «is *not* an *intermediate* position, a *moderate* view between two extremes [i.e. meaning realism and meaning scepticism], but rather, a view that is *beyond* the dichotomy between semantic realism and scepticism, a view that is in a different conceptual space where the common assumptions about determinacy and fixity shared by realists and sceptics are overcome»⁴¹. In the following section, we will explore how pragmatic contextualism offers a distinct explanation of legal interpretation compared to cognitive, sceptical, and moderate theories, and in what ways it can be used to address disputes among these traditional approaches.

4. How Can Pragmatic Contextualism Contribute to Explain Legal Interpretation?

Pragmatic contextualism criticises traditional semantic theories. However, it is interesting to question whether this criticism can contribute to overcoming conflicting positions on legal interpretation. Pragmatic contextualism, I argue, does not merely offer an intermediate position between cognitive (or quasi-cognitive) and sceptical theories of legal interpretation. On the contrary, it provides a new beginning because it discusses various presuppositions on which traditional theories of legal interpretation rest.

4.1. The decision/cognition dilemma

Pragmatic contextualism clearly shows that the dilemma presented to us by the traditional competing theories of legal interpretation —decision or cognition— is truly a false dilemma. There is not always purely cognition, nor purely decision, nor even, as the eclectic view

³⁷ It is crucial to notice that this learning process is based on inequality because there is an unequal distribution of power and authority between the participants of the language practice. Cf. MEDINA 2006, 45.

³⁸ MEDINA 2006, 41.

³⁹ MEDINA 2006, 42.

⁴⁰ MEDINA 2006, 43.

⁴¹ MEDINA 2006, 49.

maintains, merely different cases. In our use of legal language, we find both cognition and decision simultaneously⁴².

Cognition is always operative as one requires training in a particular practice to recognise and distinguish normalcy from eccentricity. It is necessary to have acquired the relevant *Know-how* to apply legal provisions and to translate legal provisions.

In response to legal realists, or more generally, those sceptical about legal interpretation, it can be argued that the understanding of texts necessarily involves a cognitive activity. However, it must also be emphasised, that interpretations —both *in abstracto* interpretations and the subsumptions of cases under specific legal provisions— are acts inherently involving decision-making, just like any form of speech act. Our discursive agency chooses how to go on and whether to continue echoing past uses. The agent, as Chiassoni argues, either adopts a practical attitude of conformity (and, in that case, their interpretation falls within a “normal” use), or adopts a non-conforming attitude (and, in that case, their interpretation falls within an eccentric use).

Moreover, Medina’s pragmatic contextualism demonstrates that not everyone can hold an eccentric interpretation in legal practice. In legal systems, we have specific institutions that control normalcy; even judicial interpretations are subject to the strict control of other judges and ultimately, supreme courts.

Understanding how interpretative arguments can act as tools to legitimise both stability and changes to meanings offers a valuable perspective. In general, some interpretative arguments can be used according to a more conservative function, while others seek a more innovative attitude⁴³.

For example:

- Conservative: *a contrario* argument or appeal to authority.
- Innovative: *a simili* argument or use of the principle of equity.

These arguments may vary from practice to practice, from one legal culture to another, and from time to time. The accepted arguments and the extent to which they are accepted depend on the material dimension of the particular situated legal practice⁴⁴. Consider, for instance, originalism, a theoretical framework positing the interpretation of the Constitution in accordance with the original intentions of its framers⁴⁵. This perspective is commonly associated with a conservative approach to constitutional interpretation.

One of the main objections to applying ordinary language theories to legal interpretation is the peculiarities and differences that language uses have in the legal contexts and how it may differ from other communicative practices. Among these, two particularly puzzling issues are the lack of cooperation between participants⁴⁶ and the authoritative positions of some participants when ascribing meaning.

⁴² In opposition to Villa’s proposal, who argues that we should consider different and progressive moments. For Villa, traditional interpretative theories share a “static vision of meaning”, i.e., visions where meaning is “discovered” or “created” or sometimes one or the other, “all at once”. Instead, he argues that the interpretative activity is a dynamic process, «a process that therefore goes through several phases and touches on both the dimension of discovery and that of creation» (...) meaning is not produced ‘all at once’, but constitutes the result of a process that goes through several phases, or at any rate of a process that can be analytically distinguished into several phases (...) in this process the meaning of a disposition tends to be progressively specified» (VILLA 2010, 106-107).

⁴³ GIANFORMAGGIO 2018, ch. III.

⁴⁴ This may be called the “ideology of legal interpretation”, which determines the content of the interpretative directives. Cf. WRÓBLEWSKI 1992.

⁴⁵ There are different readings of this position, giving prominence either to the actual legislative intent or to the meaning those terms have at the moment of interpretation. See, SCALIA et. al. 1997; TROPER 2008.

⁴⁶ In this vein, Poggi, for example, has discussed «the limits of the applicability of Grice’s theory of conversational implicatures to legal interpretation» (see POGGI 2011, 2020). Similarly, considering the theory of implicatures, Marmor warns about the limited extent of cooperation in cases of strategic speech, such as in legal contexts (MARMOR 2014).

Regarding the first aspect, pragmatic contextualism stresses the role of negotiations. We should pay attention to the contextual material conditions in all our linguistic practices. Those conditions may also differ across practices and over time. This also explains the expected attitude of a participant, which may evolve from a cooperative stance, towards a more aggressive style of negotiation (or even imposition). Moreover, this is strongly connected with the second aspect, which is that participants do not all have the same bargaining power. This aspect may also vary across practices. However, even in ordinary language practices, we can distinguish between teachers and learners, and in legal practice this is also institutionalized, making some subjects more competent to declare if a particular use is “normal” or “eccentric”. As we have already suggested, legal systems have specific institutions that aim to control normalcy.

4.2. *In Abstracto* Interpretation

Another advantage of pragmatic contextualism is that it can explain *in abstracto* interpretation. In legal practice, we often engage in the activity of making interpretative statements about the texts present in legal sources. These interpretative statements help to adjust our uses and explicitly articulate the assumptions we are operating under. Omitting to consider this aspect could constitute a problem for a theory that purports to describe how our interpretative practices work.

Under the theoretical framework of pragmatic contextualism, these *in abstracto* interpretations can be understood as translations. Nevertheless, it is necessary to highlight that just as ostensive definitions or the enumerations of the cases to which the provision is applied, *in abstracto* interpretation cannot fix meaning. Thus, even accepting *in abstracto* interpretations, it is critical to note that, even in these cases, the interpreter does not determine the meaning of the legal provision. The jurist engaged in this activity is translating the legal provision into another text.

The interpreter can translate normally or eccentrically. In the latter case, the result —i.e., its acceptance by the community— depends on the authoritative position the interpreter holds within the practice. If the interpreter lacks the necessary authoritative power to normalise new uses, the interpretation will be considered eccentric, and she will bear “the burden of eccentricity”⁴⁷. Therefore, even in the activity known as *in abstracto* interpretation, there is not only creation. Again: there is always a decision, but there is not always creation. Both interpretations, *in abstracto* and *in concreto*, are abilities that presuppose a *know-how* that enable us to distinguish normalcy from eccentricity, even in the legal context.

4.3. *Intercontextuality*

The reference to intercontextuality also explains certain complexities of the ascription of meanings in law. The context of law is typically related to other contexts since it is known that law is pervasive and regulates almost all areas of human life. The debates that occur in different contexts of life also influence the content of law, its changes, and how we understand it.

Medina presents his proposal to overcome the dilemma between the inside and outside of language⁴⁸. Since contexts are interrelated, agents usually cannot isolate their speech acts. As such, a single act can be understood simultaneously as part of different contexts. In this way, these acts can favour eccentric interpretations within the context of law and, consequently, the transformation of legal practice itself.

⁴⁷ MEDINA 2006, 42.

⁴⁸ MEDINA 2006, 51.

4.4. A pragmatic contextualist explanation of legal interpretation

Pragmatic contextualism does not import a direct difference in how we should interpret; instead, it provides an explanation of how interpretation works. Thus, when facing cases of legal interpretation, adopting pragmatic contextualism will not change the interpretative outcome but rather the explanation of the interpretive activity. The claim here is that the pragmatic contextualist explanation provides a more effective explanatory framework to traditional explanations, as it can account for both stability and change while also, through its emphasis on discursive agency, opening up the debate to the responsibility of interpreters—a responsibility traditionally recognised only by the sceptical theories⁴⁹.

Consider, for example, the former Article 86 of the Argentine Penal Code, which established cases in which abortion was not punishable. The text read as follows:

Abortion performed by a licensed physician with the consent of the pregnant woman is not punishable if:

1. *It is carried out to prevent a danger to the life or health of the mother, and if this danger cannot be avoided by other means.*
2. *The pregnancy is the result of rape or an act of indecency committed against a woman who is intellectually disabled or mentally ill (...).*

While the first paragraph of the article foresaw the case of therapeutic abortion, the legal doctrine debated for decades (since its promulgation in 1921 until 2012, with some temporary alterations during the periods of dictatorial governance) the correct interpretation of the second paragraph, whether it referred to one or two grounds for exemption. Specifically, the question was whether the rape of a mentally healthy woman was also a case of non-punishable abortion. The syntactic ambiguity arises from the use of the connector “or.”

The arguments used in the debate will not be analysed here; instead, this example serves to illustrate how different theories can illuminate certain aspects of interpretative practice while obscuring others in their explanations⁵⁰. As mentioned earlier, a cognitive theory of interpretation is better positioned to explain the stability of interpretations, thus supporting the existence of shared meaning. Nevertheless, based within cognitive theory, the interpretative debate within Argentine legal culture concerned the true meaning of the provision, with jurists engaged in a cognitive effort to determine the correct interpretation. In this debate, some interpreters proposed a literal reading, while others argued for an intentionalist approach, and others endorsed an interpretation aligned with the moral and political values upheld by the Argentine legal system.

On the contrary, in their explanations, sceptics may argue that the arguments chosen to support one interpretation over another were decisions made to favour the preferred outcome of the interpreters, emphasising that interpretations vary over time according to the shifting interests of interpreters. For sceptics, then, there is no right or wrong interpretation since the theory does not account for what interpreters should do but instead describes what interpreters do and stresses the ideological character of their decisions. In this example, a sceptical theorist might argue that interpreters recognise the various possible interpretations of the provision in question and emphasise that the choice of which interpretation to adopt ultimately depends on the interpreter’s decision.

Under the eclectic theory basis, this scenario is a hard case, or, more precisely, given the distinction between interpretation *in abstracto* and *in concreto*, a hard text. Thus, in this case, interpreters were confronted with having to make a choice over which interpretation to adopt:

⁴⁹ TARELLO 1974.

⁵⁰ For an analysis of the interpretative arguments involved in the debate, see ALONSO 2012.

the correct choice not being pre-determined by the syntactically ambiguous legal provision, allowing space for judicial discretion. Then, in the present example interpretation for the eclectic theorist operates in a manner comparable to that of a legal realist.

As previously argued, pragmatic contextualism can explain the stability of meanings in the legal context by considering interpretative decisions that adhere to previous uses of the legal language. Moreover, it can account for cases of change in the interpretative practice as it recognises the possibility of innovative uses, such as in cases of overruling⁵¹. The peculiarity is that in all cases, interpretation works in the same way; it is the discursive agency of the interpreter who chooses whether to echo past uses or to give an excentric interpretation. Thus, under this view, the interpretative activity does not change its character if a case is considered easy or not. The interpretative activity always involves the interpreter's cognitive abilities and the production of a linguistic act of interpretation that involves decision-making.

Pragmatic contextualism may also offer a broader picture of the interpretative practice, which may help analyse interpretative disagreements. In the proposed example, the Argentinean Supreme Court resolved a longstanding debate within criminal law doctrine with an authoritative interpretation. Until the Court decision in 2012⁵², which settled the question and held that there were three types of non-punishable abortion, the narrow interpretation—considering abortion due to a woman's health in cases of rape as punishable—persisted in practice due to the political influence of Catholic and anti-abortion groups. The Court referred to the existing practice as a *contra legem* practice, encouraged by healthcare professionals and validated by various actors within both national and provincial judicial powers. Even though there has been a longstanding disagreement in legal dogmatics due to the syntactical ambiguity of the text, the material conditions of the context, hospital protocols, and local practices of healthcare operators seeking judicial authorisations making it very difficult to apply a broad interpretation, thus making abortion in cases of rape almost unrecognised and unpractised. We can observe how the material conditions of the context influenced the provision's interpretation and how the Court's interpretation changed normalcy in Argentinean legal practice by noting the semantic efficacy of such a decision. In this case, it is easy to see the performative dimension of the Supreme Court's decision that established an authoritative interpretation of the disputed provision.

5. *Final Remarks: Interpreting from Elsewhere*

Another point in favour of adopting pragmatic contextualism is that it highlights a fundamental distinction between the sceptical, the cognitive and eclectic theories in an innovative fashion: they consider the legal practice from different perspectives⁵³.

We can posit that the sceptical theory describes the legal practice from the perspective of an observer who is not necessarily trained in the field, or who intentionally refrains from adopting any normative stance. Consequently, meaning becomes underdetermined, and various, possibly conflicting, interpretations become equally admissible. In this context, the sceptical theory of legal interpretation may be perceived as an external theory of legal interpretation, with sceptics interpreting from an external standpoint. In this sense, sceptical theorists are interpreting *from the outside*.

⁵¹ Consider, for example, the well-known case *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, U.S. Supreme Court, Judgment of 2022, 597 U.S.

⁵² F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva, Supreme Court of Argentina, Judgment of 13 March 2012, Case No. 259.XLVI.

⁵³ For this purpose, I am using Hart's dichotomy between internal and external points of view (HART 1994).

On the other hand, the non-sceptical theories do not recognise the indeterminacy of legal texts, either because they assume a semantically realist view on meaning or because they explain the interpretative practice from the point of view of the participant of the practice, which has been trained and has acquired the relevant normative attitude and can distinguish normal from eccentric uses. These theorists are interpreting *from the inside*.

In particular, the Hartian eclectic theory of legal interpretation may be regarded as an internal theory⁵⁴. It accounts for legal interpretation from the standpoint of those who participate in the discursive practice of interpreting legal provisions. However, it can still be considered an *explanatory theory* of legal interpretation, rather than an ideological stance on how interpretation ought to be conducted. It is a theory that requires one to become a participant to comprehend an interpretative practice.

In conclusion, while cognitive and eclectic theories of legal interpretation focus on the possibility of shared meaning and intelligibility, scepticism underscores the inherent instability of meaning and its susceptibility to the interpretive choices made by authoritative interpreters. This divergence suggests that each theory approaches interpretative practices from distinct perspectives and with varying theoretical objectives.

Pragmatic contextualism emerges as a robust framework for elucidating the dynamics of stability and change within discursive practices, effectively addressing certain challenges posed by traditional theories of legal interpretation. It not only accounts for the intelligibility inherent in legal scenarios, contingent upon ongoing learning processes, but also navigates the intricate terrain of evolving interpretive practices. Crucially, it sheds light on how meaning intertwines with power dynamics, participants' cooperative and non-cooperative stances, and the pervasive intercontextuality of legal practice.

Within discursive agency, pragmatic contextualism reveals the inherent element of choice, enabling an examination of whether specific speech acts or interpretations perpetuate or alter chains of meaning. Consequently, it prompts a consideration of the responsibility of agents for their speech acts and interpretative decisions. In this way, it underscores the significance of normative proposals regarding the obligations of legal interpreters and officials in interpreting legal provisions.

Ultimately, pragmatic contextualism stresses the intercontextuality of legal interpretation, which implies viewing the legal context as inherently polyphonic and the imperative of acknowledging and incorporating the voices of marginalized or overlooked groups, whose interpretations may lack semantic efficacy, in the interpretation of legal provisions. Thus, pragmatic contextualism in legal interpretation brings to the forefront the responsibility of legal interpreters to grapple with the complexities of interpreting legal provisions *from elsewhere*.

⁵⁴ Legal Realists may criticize the idea of an “internal theory”, as they argue that only an external empirical discourse (i.e., an external discourse) can underpin a theoretical discourse. Under this assumption, all internal discourses are sustaining the prevailing ideology. About the possibility of an *internal theory*, see SCAVUZZO 2021.

References

- ALONSO J.P. 2012. *Violación, aborto y las palabras de la ley*, in «Pensar en Derecho», 0, 2012, 301 ff.
- BRINK D.O. 1988. *Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review*, in «Philosophy & Public Affairs», 17, 1988, 105 ff.
- CANALE D. 2012. *Teorie dell'interpretazione giuridica e teorie del significato*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 42, 1988, 155 ff.
- CHIASSONI P. 2018. *Taking Context Seriously*, in «Analisi e diritto», 2018, 31 ff.
- CHIASSONI P. 2019. *Interpretation without Truth. A Realistic Enquiry*, Springer.
- ENDICOTT T. 2000. *Vagueness in Law*, Oxford University Press.
- GIANFORMAGGIO L. 2018. *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Giappichelli.
- GUASTINI R. 2011a. *Interpretare e argomentare*, Giuffrè Editore.
- GUASTINI R. 2011b. *Rule-Scepticism Restated*, in GREEN L., LEITER B. (eds.) *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Oxford University Press, 138 ff.
- GUASTINI R. 2019. *An Analytical Foundation of Rule Scepticism*, in DUARTE D., MONIZ LOPEZ P., SAMPAIO SILVA J. (eds.), *Legal Interpretation and Scientific Knowledge*, Springer, 13 ff.
- HART H.L.A. 1994 [1961]. *The Concept of Law*, 2nd ed., Clarendon Press.
- KRISTAN A. & PRAVATO G. (2022). *Authoritative Disagreements: Meta-Legal Theory and the Semantics of Adjudication*, in CARPENTIER M. (eds.) *Meta-Theory of Law*, Wiley, 149 ff.
- LIFANTE VIDAL I. 2019. *En defensa de una concepción constructivista de la interpretación jurídica*, in «Revus», 39, 2019, 63 ff.
- MARMOR A. 2005. *Interpretation and Legal Theory*, 2nd ed, Hart Publishing.
- MARMOR A. 2014. *The Language of Law*, Oxford University Press.
- MEDINA J. 2006. *Speaking from Elsewhere*, State University of New York Press.
- MUFFATO N. 2017. *Doubting Legal Language: Interpretive Skepticism and Legal Practice*, in POGGI F., CAPONE A. (eds.) *Pragmatics and Law. Practical and Theoretical perspectives*, Springer, 133 ff.
- PINO G., 2021. *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli.
- POGGI F. 2020. *Il modello conversazionale. Sulla differenza tra comprensione ordinaria e interpretazione giuridica*, Edizioni ETS.
- POGGI F. 2011. *Law and Conversational Implicatures*, in «International Journal for the Semiotics of Law», 24, 2011, 21 ff.
- RAMÍREZ LUDEÑA L. 2012. *El desvelo de la pesadilla Una respuesta a “El escepticismo ante las reglas replanteado”*, in «Discusiones», 11, 2012, 87 ff.
- RECANATI F. 2003. *Literalism and Contextualism: Some Varieties*, https://hal.science/ijn_00000371v1.
- RECANATI F. 2012. *Contextualism: Some varieties*, in ALLAN K., JASZCZOLT K. M. (ed.) *The Cambridge Handbook of Pragmatics*, Cambridge University Press, 135 ff.
- SANDRO P. 2022. *The Making of Constitutional Democracy. From Creation to Application of Law*, Hart Publishing, Oxford.
- SCALIA A., WOOD G.S., TRIBE L.H., GLENDON, M.A., DWORKIN R. 1997. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press.
- SCAVUZZO N. 2021. *Positivismismo jurídico interno: ¿epistemología o ideología del derecho?*, in «Isonomía», 54, 2021, 109 ff.

- SKOCZEŃ I. 2019. *Implicatures Within Legal Language*, Springer.
- TARELLO G. 1974. *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metatoria del diritto*, il Mulino.
- TARELLO G. 1997. *Philosophical Analysis and the Theory of Legal Interpretation*, in PINTORE A., JORI M. (eds.), *Law and Language. The Italian Analytical School*, Deborah Charles Publications, 69 ff.
- TROPER M. 2006. *Une théorie réaliste de l'interprétation*, in «Revista Opinião Jurídica», 8, 2006, 301 ff.
- TROPER M. 2008. *La filosofía del derecho*, Tecnos. (or. ed. *La philosophie du droit*, Presses Universitaires de France, translated by M.T. García Berrio).
- VILLA V. 2010. *A Pragmatically Oriented Theory of Legal Interpretation*, in «Revus» 12, 2010, 89 ff.
- VILLA V. 2012. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Giappichelli.
- WITTGENSTEIN L. 1986 [1953]. *Philosophical Investigations*, Blackwell.
- WRÓBLEWSKI J. 1992. *The Judicial Application of Law*, Kluwer Academic Publishers.

DISCUSSIONI

Giurisprudenza sociologica: necessaria e insufficiente (A proposito di Rudolf von Jhering, *Le limitazioni della proprietà fondiaria*)

Sociological Jurisprudence: Necessary and Insufficient

AURELIO **GENTILI**

Professore emerito di diritto civile dell'Università Roma Tre.

E-mail: aurelio.gentili@uniroma3.it

ABSTRACT

Nel suo saggio sui limiti della proprietà fondiaria Rudolf von Jhering elabora la sua metodologia del diritto fondata sulla rilevanza degli interessi. Un esame critico del suo metodo, come applicato al caso, mette in luce che il criterio dell'interesse è però da solo insufficiente a fornire la soluzione dei conflitti, e che lo stesso von Jhering lo integra con elementi normativi.

In his essay on the limits of land ownership, Rudolf von Jhering elaborates his methodology of law based on the relevance of interests. A critical examination of his method, as applied to the case at hand, reveals that the criterion of interest alone, however, is insufficient to provide a solution to conflicts, and that von Jhering himself supplements it with normative elements.

KEYWORDS

interesse, proprietà, limiti, metodo, standard

interest, property, limits, method, standard

Giurisprudenza sociologica: necessaria e insufficiente

A proposito Rudolf von Jhering, *Le limitazioni della proprietà fondiaria*

AURELIO GENTILI

1. Una "recensione" sul metodo ad un saggio del 1863 – 2. Il contesto dello scritto di von Jhering sulla proprietà fondiaria – 3. La tesi in tale scritto sostenuta – 4. Un cenno alla giustizia della tesi jheringiana – 5. Sulla dubbia giustezza metodologica della tesi – 6. Diritto e sociologia giuridica.

1. Una "recensione" sul metodo ad un saggio del 1863

La traduzione in italiano di *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn*¹, pubblicato da Rudolf von Jhering nel 1863 sugli *Jherings Jharbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* offre un'occasione per riflettere, a distanza di più di un secolo e mezzo, su una svolta fondamentale del pensiero giuridico della modernità: l'approccio che fonda sulla considerazione degli interessi delle parti coinvolte la soluzione di un problema giuridico. Di questa svolta Jhering è stato l'autore e, tra adesioni e rifiuti, il suo metodo ha comunque lasciato un'impronta nella giurisprudenza pratica e teorica della tradizione europea continentale, ravvisabile ancor oggi.

Per questo, pur conscio della distanza, credo che non sia del tutto fuori luogo recensire il saggio, come se esso apparisse oggi. Ma non tanto sotto il profilo del merito. Da questo punto di vista poco ci sarebbe da dire, essendo il problema che Jhering tratta oggi per lo più risolto da disposizioni specifiche rintracciabili nelle maggiori codificazioni successive. Quanto nel metodo. Perché ciò che il Maestro di Aurich ha proposto è – e le considerazioni che seguono vorrebbero illustrarlo al lettore – tanto imprescindibile quanto insufficiente. Anticipando: lo specifico apporto di Jhering è stato inaugurare quella che poi è stata chiamata giurisprudenza sociologica. Ebbene, esprimo qui l'avviso che senza la giurisprudenza sociologica il giurista non capisca mai appieno il problema che affronta. Ma che con la (sola) giurisprudenza sociologica non abbia – con buona pace dell'illustre Autore e del suo geniale contributo – nessuna possibilità di risolverlo.

Ma prima di entrare in valutazioni è il caso di considerare quale sia – per quanto notissimo – quel contributo, così come risulta nel saggio in commento e quindi nella prospettiva dei limiti alla proprietà fondiaria.

2. Il contesto dello scritto di von Jhering sulla proprietà fondiaria

Per rendersi conto dell'approccio che Jhering ha inaugurato tra il 1858 ed il 1877² (anno di pubblicazione di *Der Zweck im Recht*) con il saggio qui in esame e con lo scritto del 1860 *Culpa in contrahendo*, basta considerare l'impianto della tesi che egli sostiene.

La tesi è riassunta da lui stesso:

«Posso riassumere la mia opinione in una frase: il diritto sullo spazio, o – diciamo – l'atmosfera della

¹ VON JHERING 2024.

² Sapientemente ricostruito in LOSANO 1972, spec. XXV ss.

proprietà, non si estende oltre la necessità pratica che deve essere soddisfatta per suo tramite³. [...] L'estensione della proprietà deve trovare il suo limite nell'interesse pratico⁴. Il proprietario non può, con i suoi comportamenti, ingerirsi nella sfera di proprietà del vicino, né direttamente né indirettamente, e ciò gli è consentito solo in casi eccezionali con riguardo a quegli atti che l'uso ordinario della proprietà fondiaria porta con sé⁵. Il diritto non può tener conto della sensibilità di persone malate o insolitamente sensibili [...]. Il diritto non può tenere conto degli interessi e dei bisogni propri di strutture del tutto particolari: tintorie, ghiacciaie, ospedali istituti scientifici, ecc. Al contrario esso può operare la scelta in base a ciò che è abituale e normale⁶. Nessuno è tenuto a tollerare le ingerenze indirette da parte dei suoi vicini che danneggino la persona o la cosa o rechino molestia alla persona in misura superiore al grado di tollerabilità ordinaria⁷».

3. La tesi in tale scritto sostenuta

Come quella della frase, la comprensione del discorso dipende (anche) dal contesto. Per comprendere dunque davvero il discorso di Rudolf von Jhering sui limiti della proprietà fondiaria bisogna guardare anche al contesto in cui è nato. Con sguardo duplice. Da un lato al suo pensiero, di cui lo scritto è una tappa. Dall'altro alla cultura del tempo, di cui è un'espressione.

Il suo pensiero. È un risultato acquisito degli studi jheringiani che il pensiero del Maestro di Aurich si sia evoluto per fasi. Due, secondo alcuni⁸ (una prima di adesione allo storicismo ed alla giurisprudenza dei concetti, una seconda dopo il 1858 di sociologismo e di adesione alla giurisprudenza degli interessi). O quattro secondo altri⁹ (una prima storicista, una seconda costruttivista, una terza di emersione della dottrina degli interessi, e una quarta sociologica). Il saggio in discorso, come detto del 1863, si colloca secondo l'una partizione nei primi anni della seconda fase, e secondo l'altra nella terza. È insomma in tutti i casi una manifestazione della nascente *Interessenjurisprudenz*. È cioè espressione del metodo che per fornire la soluzione ad un problema giuridico guarda agli scopi delle parti in conflitto.

La cultura del tempo. È facile constatare che nel settimo decennio dell'ottocento si stava esaurendo l'influsso di von Savigny (lo storicismo) e declinava quello di Puchta (il formalismo). Per ovvia reazione il pendolo scivolava dal lato opposto. Come osserva Wieacker, «Come logica conseguenza necessaria, il formalismo della scienza del diritto [aveva] potuto suscitare, come contrasto, un naturalismo sociale e politico»¹⁰. Nel quale «diritti e situazioni giuridiche [sono] oggetti reali, soggetti alle leggi generali della fisica»¹¹.

Causa prima di questo trionfo del naturalismo sociale il fatto che il giurista tedesco dell'epoca si muoveva non in un sistema legislativo, in cui la norma, il dover essere, avrebbe dominato, ma sapienziale (l'uso moderno del diritto romano), nel quale il compito scientifico non era interpretare una regola già data, ma elaborarla. E allora guardare ai fatti che il diritto era chiamato a regolare.

³ VON JHERING 2024, 55. Una esegesi metodologica in P. Femia, *Sei anni di cammino, sette di divenire. Rudolf von Jhering e la svolta nella scienza del diritto*, Bologna, 2024, p. 163 ss.

⁴ VON JHERING 2024, 58.

⁵ VON JHERING 2024, 74.

⁶ VON JHERING 2024, 86.

⁷ VON JHERING 2024, 102.

⁸ Cui si allinea VIOLA 1974, 23 ss., 28.

⁹ FEMIA, 159, che fa propria la periodizzazione di LLOREDO ALIX, 234 ss.

¹⁰ WIEACKER 1980, 135. Per un approfondimento del pensiero di F. Wieacker su Jhering v. WIEACKER 1942; WIEACKER 1959, 197 ss.; WIEACKER 1973, 73 ss.

¹¹ WIEACKER 1980, 128 s.

La lettura dello scritto sulla proprietà fondiaria, magnificamente tradotto da Tereza Pertot, e acutamente prefato da Angelo Chianale, conferma a mio avviso che esso si colloca perfettamente nel contesto detto.

4. *Un cenno alla giustizia della tesi jheringiana*

Di questa tesi il lettore contemporaneo è indotto a chiedersi nel merito se sia ancora attuale, e nel metodo se sia giusta.

Della sua attualità fa prova il fatto che il *Code civil* è in epoca moderna inteso ed applicato in conformità¹², e che codici posteriori come il BGB ai §§ 905 e 906, ed il codice italiano del 1942 negli artt. 840, 2° c., e 844 la riproducono pressoché invariata.

Della sua giustezza metodologica è più complesso dire.

Intanto preciso che mi occupo qui della giustezza e non della giustizia. Il discorso sulla giustizia non è del tutto estraneo a Jhering. E non potrebbe esserlo: elaborando la regola, e non semplicemente interpretandone una già data, egli non poteva non domandarsi se la costruzione (estendere il diritto a ciò che si ha interesse a fare e non a ciò cui non si ha interesse ad opporsi) fosse capace di *suum cuique tribuere*.

La risposta però non è del tutto conseguente: Jhering non legittima né tutti gli interessi del proprietario a fare (per esempio a inibire interferenze nella sua sfera), né tutti gli interessi a opporsi al fatto altrui (per esempio ad opporsi alle intrusioni che *non* «superano la soglia di ciò che è oggettivamente lecito»)¹³. Seleziona gli interessi, accogliendo e rendendo giuridicamente rilevanti quelli che rientrano in un certo canone (vedremo tra poco quale) e giuridicamente irrilevanti quelli che non vi rientrano, quelli ‘particolari’ perché propri di situazioni soggettive o oggettive del tutto peculiari.

Ma fino a che punto è giusto *non* «tener conto degli interessi e dei bisogni (...) particolari» e «operare la scelta in base a ciò che è abituale e normale»¹⁴? Non è certo giusto per chi, come Jhering, scrive che «La maggior parte dei casi non deve essere decisa in base a un principio teorico: il principio consiste in ciò che essi sono già stati decisi dalla vita»¹⁵. La vita è fatta appunto di casi singoli. E la giustizia è essenzialmente equità, che è la giustizia del caso singolo. Invece qui è proprio la singolarità del caso di vita ad essere sacrificata. Ma tant'è.

Qui vorrei invece occuparmi della giustezza metodologica. E dico subito che essa suscita perplessità. Spiego.

5. *Sulla dubbia giustezza metodologica della tesi*

Il metodo di Jhering è ben espresso dalle sue parole: «il diritto [...] non si estende oltre la necessità pratica che deve essere soddisfatta per suo tramite»¹⁶. [...] L'estensione della proprietà deve trovare il suo limite nell'interesse pratico»¹⁷. Ne deriva, e questo è il *proprium* della *Interessenjurisprudenz*, che l'interesse diventa il criterio per aggiudicare o negare il diritto.

La imprescindibilità di questo metodo mi sembra evidente. È pacifico che il compito immediato del diritto sia guidare comportamenti. Ma non senza ragione. La ragione è prevenire o se-

¹² Cfr. ad es. Cass., 4 fevr. 1971, J.C.P. 1971, II, 16781, nt. Lindon.

¹³ L'espressione è in VON JHERING 2024, 74.

¹⁴ VON JHERING 2024, 86.

¹⁵ VON JHERING 2024, 99 s.

¹⁶ VON JHERING 2024, 55.

¹⁷ VON JHERING 2024, 58.

dare possibili conflitti. E i conflitti sono conflitti di interessi. Dunque senza la considerazione degli interessi il diritto è cieco. Aver reso evidente tutto ciò resta il grande merito di Rudolf von Jhering, ed è sufficiente ad attestarne la grandezza.

Imprescindibile, la giurisprudenza degli interessi è anche sufficiente allo scopo? Questo è un punto assai più discutibile. Affrontarlo in generale condurrebbe ad esaminare un campo di indagine assai vasto¹⁸. Qui, invece si ha di mira un obiettivo assai più limitato, circoscritto al modo in cui Jhering impiega il suo metodo per pervenire alla soluzione del problema considerato. E poiché è ovvio che se il metodo adottato è sufficiente ai suoi scopi allora non patisce intrusioni metodologiche estranee, possiamo affrontare la questione domandandoci: Jhering è fedele al suo metodo?

Fedeltà sarebbe tener sempre fermo che il diritto c'è dove c'è l'interesse e non c'è dove non c'è l'interesse. È così? Bastano le scarse citazioni che sopra ho riportato per rispondere.

In parte sì: concludere che il diritto non si estende *ad sidera, ad infera*, ad intrusioni che non frustrano l'interesse, è coerente al dire che il diritto non c'è dove non c'è l'interesse.

In parte no. Duplicemente.

Jhering anzitutto non è fedele al suo metodo perché non ammette, come l'assunto metodologico invece logicamente richiederebbe, la reciproca: che il diritto c'è dove c'è l'interesse. Egli infatti nega (per dire) che la signora ipersensibile ai rumori possa opporsi alle immissioni sonore, o che il proprietario che per sue ragioni vuol espandersi possa con intrusioni che lo spingano a vendere a buon prezzo indurvi il vicino. Qui il nudo interesse non è più il criterio dell'ascrizione di diritti, e subentra un altro criterio, un criterio estraneo che è una intrusione metodologica nel metodo degli interessi, ma che si rivela indispensabile perché opera una selezione degli interessi che meritano o non meritano tutela e allora possono o non possono fondare il diritto soggettivo. Quale? Non più gli scopi, non più i fatti, non più la vita, ma uno standard astratto, un «parametro oggettivo»¹⁹, che dica cosa è tollerabile e cosa no. Ma uno standard astratto è appunto una norma, quella norma che risulta singolarmente assente nel discorso di Jhering, e che però all'ultimo riappare in quel discorso, come il *deus ex machina* che sbrogia la situazione dove il criterio dell'interesse fallisce.

Jhering poi non è fedele al suo metodo dove da un lato adotta un concetto relazionale, come l'interesse, e allora dovrebbe vedere il diritto soggettivo come *esito* della soluzione di un conflitto (del tipo: se nel caso c'è l'interesse pratico allora il titolare prevale, ha il diritto, altrimenti soccombe), e dall'altro invece assume il diritto soggettivo come una sostanza, una realtà data a priori²⁰, e allora lo vede come il dato che dirime il caso (del tipo: il titolare ha il diritto e allora prevale sugli interessi contrapposti) in senso favorevole al titolare finché si rientra nel suo contenuto, ed in senso sfavorevole quando si sconfinava oltre le sue limitazioni. La reciproca esclusione dei due approcci – che il suo amico Windscheid aveva ben visto quando in contrapposizione al suo sistema inteso come ordinamento dei diritti aveva considerato la possibilità di un sistema che fosse invece un «ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili»²¹, non lo sfiora. Invece, dato il suo approccio fondato sull'interesse, dovrebbe. Se determinante è l'interesse, allora esso giustifica pretese che ottengono tutela. Il diritto soggettivo è il risultato di ciò: è la tutela accordata all'interesse. E c'è o non c'è secondo che l'interesse nel caso concreto prevalga o no su interessi contrapposti. Il diritto è la vittoria nello specifico conflitto. Invece Jhering non mi sembra avere una visione agonistica del diritto²², sebbene ogni tanto la adotti; per lui nonostante il metodo dell'interesse, il diritto c'è, stabilmente, a priori del conflitto, e

¹⁸ È noto che la giurisprudenza degli interessi ha conosciuto varie versioni. Una disamina necessiterebbe quantomeno la considerazione degli scritti di Philipp Heck (e in particolare *Interessenjurisprudenz*, apparso nel 1933).

¹⁹ VON JHERING 2024, 87.

²⁰ Vedo qui il naturalismo sostanzialista proprio del periodo, di cui parla WIEACKER 1980, 128 s.

²¹ WINDSCHEID, MUTHER 1954, 8.

²² FEMIA 2024, 173.

quindi vince, e tutto quello che può accadere è che esso al caso possa incontrare “limiti” (*Beschränkungen*), anche – come appena visto – dove l’interesse pratico ci sarebbe, ma non rientri nello standard.

6. Diritto e sociologia giuridica

Non intendo qui giudicare il pensiero del “secondo” Jhering in base ad un suo singolo scritto, in cui la “svolta” è solo agli inizi, e non completamente maturata.

Ma se lo facessi dovrei osservare che adottare il metodo dell’interesse significa far dipendere il diritto (oggettivo) da un dato di fatto (l’interesse). E un dato di fatto da un lato è imprescindibile per comprendere davvero il fatto che il diritto deve regolare per comporre il conflitto, ma dall’altro è insufficiente a comporlo perché da solo per quanto rilevante nel dirci l’essere non basterà mai a dirci il dover essere, perché non si deriva mai correttamente *deve* da è.

Non a caso anche il saggio di Jhering alla fine deve abbandonare il criterio dell’interesse e introdurre uno standard, cioè un elemento normativo, o per meglio dire deontico, e non ontico come l’interesse.

Mi sembra perciò del tutto giusto il giudizio di Wieacker sul naturalismo della giurisprudenza del secondo ottocento e, per la parte che lo concerne, sull’approccio di Jhering. Che cioè nella visione del tempo – così Wieacker – si finisce «con il perdere di vista che tutti i principi e concetti giuridici si fondano su norme e su complessi di norme e quindi sono affermazioni concernenti un dover essere giuridico e non un essere materiale»²³.

Ammiro dunque la sagacia con cui il Maestro di Aurich elaborando la regola – che nel quadro sapienziale del suo tempo non era data ed andava fissata – ha saputo formularla, tenendo conto degli elementi di fatto e delle ragioni che concorrevano a conformarla. Ma penso che incamminandosi per questa strada, come egli ha poi fatto con opere geniali come *La lotta per il diritto* e *Lo scopo nel diritto*, abbia contribuito – e certo molto – più alla sociologia giuridica, all’antropologia giuridica, insomma alle scienze sociali, che al diritto in sé. È attraverso questi approcci che il diritto, altrimenti cieco, vede. Ma non è in base ad essi che giudica.

²³ WIEACKER 1980, 128 s.

Riferimenti bibliografici

- FEMIA P. 2024. *Sei anni di cammino, sette di divenire. Rudolf von Jhering e la svolta nella scienza del diritto*, il Mulino.
- HECK P. 1933. *Die Leugnung der Interessenjurisprudenz durch Hermann Isay. Eine Erwiderung*, in «Archiv für die civilistische Praxis», 137, 1, 1933, 47 ss.
- LLOREDO ALIX L.M. 2013. *Rudolf von Jhering: Nuestra Tarea (1857). En torno a la jurisprudencia de conceptos: surgimiento, auge y declive*, in «Eunomía. Revista en cultura de la Legalidad», 2013, 234 ss.
- LOSANO M.G. 1972. *Prefazione*, in VON JHERING R. (ed.), *Lo scopo nel diritto*, Einaudi, 1972, VII ss.
- VIOLA F. 1974. *R. von Jhering e la conoscenza del diritto*, in ID., *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Edizioni Celup, 23 ss.
- VON JHERING R. 2024. *Le limitazioni della proprietà fondiaria*, Pacini Giuridica, (trad. it. di T. Perrot; ed. or. *Zur Lehre von dem Beschränkungen des Grundeigentümers*, Fischer, 1863).
- WIEACKER F. 1942. *Rudolf von Jhering. Eine Erinnerung zu seinem 50. Todestage*, Koehler & Amelang.
- WIEACKER F. 1959. *Rudolf von Jhering*, in ID., *Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der neuen deutschen Privatrechtsgeschichte*, Vandenhoeck & Ruprecht, 197 ss.
- WIEACKER F. 1980. *Storia del diritto privato moderno*, II, Giuffrè (trad. it. di S.A. Fusco).
- WIEACKER F. 1973. *Jhering und der "Darwinismus"*, in GOTTHARD P., DIEDERICHSEN U., CLAUS-WILHELM C. (eds.), *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, Beck, 73 ss.
- WINDSCHEID B., MÜLLER T. 1954. *Polemica intorno all'actio*, Sansoni (trad. it. di E. Heinitz e G. Pugliese, ed. or. WINDSCHEID B., *Die "Actio" des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen rechts*, 1856).

RATIO DECIDENDI

a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO

Un espejismo en los Andes: sobre la “jerarquía constitucional” de los instrumentos internacionales de derechos humanos en las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador

A Mirage in the Andes: On the “Constitutional Hierarchy” of International Human Rights Instruments in the Rulings of the Constitutional Court of Ecuador

JORGE **BAQUERIZO MINUCHE**

Càtedra de Cultura Jurídica, Universitat de Girona.

E-mail: jorge.baquerizo@fudgif.udg.edu

ABSTRACT

This article examines a jurisprudential thesis repeatedly upheld by the Constitutional Court of Ecuador, according to which international human rights instruments possess “constitutional hierarchy” by being placed on an equal normative standing with the Constitution. The aim is to elucidate whether this thesis entails a normative equivalence in the sense of an absence of material hierarchy, or rather in the sense of an axiological parity. After arguing for the most reasonable interpretation of this thesis, the article identifies its main consequences from the standpoint of constitutional supremacy.

En el presente trabajo se analiza una tesis jurisprudencial, sostenida recurrentemente por la Corte Constitucional del Ecuador, según la cual los instrumentos internacionales de derechos humanos poseen una “jerarquía constitucional” al tener una “categorización paritaria” a la propia constitución. El objetivo es elucidar si esta tesis postula una equiparación normativa en el sentido de ausencia de una jerarquía material o en el sentido de paridad axiológica. Luego de argumentar cuál es la forma más razonable de comprensión de esta tesis, se identifican sus principales consecuencias desde el punto de vista de la supremacía constitucional.

KEYWORDS

normative hierarchies, international human rights instruments, constitutional supremacy, Constitutional Court of Ecuador.

jerarquías normativas, instrumentos internacionales de derechos humanos, supremacía constitucional, Corte Constitucional del Ecuador.

Un espejismo en los Andes: sobre la “jerarquía constitucional” de los instrumentos internacionales de derechos humanos en las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador

JORGE BAQUERIZO MINUCHE

1. Dos tesis jurisprudenciales sobre el nivel jerárquico de los instrumentos internacionales de derechos humanos – 2. Sobre la tesis de la “jerarquía constitucional” como equiparación en sentido material – 2.1. Inexistencia de fundamento en las normas constitucionales invocadas – 2.2. Existencia de una jerarquía material en virtud de otras normas constitucionales – 3. Una (implausible) variante de la tesis de la equiparación material – 4. Sobre la tesis de la “jerarquía constitucional” como paridad en sentido axiológico – 5. Consecuencias de la equiparación axiológica en la supremacía constitucional (a modo de conclusión).

1. Dos tesis jurisprudenciales sobre el nivel jerárquico de los instrumentos internacionales de derechos humanos

En numerosas ocasiones, a través de diversas sentencias y dictámenes emitidos en los últimos quince años, la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) se ha pronunciado acerca de la relación entre los instrumentos internacionales de derechos humanos y el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para estos efectos, la referida Corte frecuentemente invoca en sus pronunciamientos varias disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), en las que se determina (entre otras cosas) lo siguiente:

- Que los tratados y convenios internacionales tienen una aplicación prevalente respecto a las leyes y demás fuentes infra-legales¹;
- Que, a la par que la constitución, los tratados internacionales de derechos humanos prevalecen sobre «cualquier otra norma jurídica o acto del poder público»²; y,
- Que los derechos y garantías establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos son «de directa e inmediata aplicación»³.

¹ Art. 425 CRE, primer y segundo inciso: «El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior».

² Art. 424, segundo inciso, CRE: «La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público».

³ Art. 11, numeral 3, primer inciso, CRE: «Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte».

Art. 417 CRE: «Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución».

Pues bien, a partir de estas disposiciones constitucionales, la CCE ha asumido dos tesis que usualmente se presentan como intercambiables dentro de su repertorio jurisprudencial, pero que, rigurosamente analizadas, son claramente diversas.

Con la *primera tesis*⁴, la CCE sostiene que los instrumentos internacionales de derechos humanos «gozan de una jerarquía privilegiada» dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano⁵; tal posición de privilegio, según indica la misma Corte, encuentra fundamento precisamente en las disposiciones constitucionales poco antes mencionadas⁶.

Con la *segunda tesis*, en cambio, la CCE sostiene que los instrumentos internacionales de derechos humanos poseen una “jerarquía constitucional” y forman, en su conjunto, un “bloque de constitucionalidad”. En este sentido, la CCE afirma que «el constituyente ecuatoriano dotó de una jerarquía constitucional a las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos»⁷. Ello significa, en palabras de la CCE, que:

«[...] estas normas del ordenamiento jurídico internacional y del derecho internacional de los derechos humanos tienen una *categorización paritaria* a las normas constitucionales, configurándose de esta forma lo que en la doctrina suele denominarse como el bloque de constitucionalidad»⁸.

Art. 426, segundo y tercer inciso, CRE: «Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos».

⁴ La identificación de las respectivas tesis jurisprudenciales mediante la asignación de números ordinales responde a un propósito organizativo y en ningún caso corresponde a alguna nomenclatura utilizada por la CCE.

⁵ Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador n. 987-15-EP/20 del 18 de noviembre de 2020, párrafo 48. En el mismo sentido, véase también la Sentencia n. 1000-17-EP/20 del 23 de septiembre de 2020, voto concurrente de la jueza constitucional Daniela Salazar Marín, párrafo 20; Sentencia n. 1486-14-EP/20, también del 23 de septiembre de 2020, párrafo 16; Sentencia n. 2128-16-EP/21 del 1 de diciembre de 2021, párrafo 47; Sentencia n. 2251-19-EP/22 del 15 de junio de 2022, párrafo 20; Sentencia n. 2256-19-EP/22, también del 15 de junio de 2022, párrafo 24; Sentencia n. 2913-19-EP/22 del 29 de junio de 2022, párrafo 30; Sentencia n. 200-20-EP/22 del 6 de julio de 2022, párrafo 41; Sentencia n. 2422-17-EP/22 del 13 de octubre de 2022, párrafo 38; Sentencia n. 1443-18-EP/22 del 19 de diciembre de 2022, párrafo 24; Sentencia n. 2495-18-EP/22, también del 19 de diciembre de 2022, párrafo 30; y Sentencia n. 7-22-EP/22, igualmente del 19 de diciembre de 2022, párrafo 25.

⁶ Véase la Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador n. 987-15-EP/20 del 18 de noviembre de 2020, nota al pie n. 24 (y texto correspondiente).

⁷ Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador n. 004-14-SCN-CC del 6 de agosto de 2014, p. 25. Véase también la Sentencia n. 031-11-SEP-CC del 21 de septiembre de 2011, p. 11 («En el Ecuador se ha reconocido que los tratados internacionales están al mismo nivel jerárquico que la Constitución»); y la Sentencia n. 14-19-CN/20 del 12 de agosto de 2020, párrafo 14 («[...] estas normas [las normas contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos] tienen el mismo nivel jerárquico que la Constitución, condición de la que deviene la obligación de las autoridades judiciales y administrativas de observarlas y respetarlas»). En el mismo sentido, véase también el Dictamen de la Corte Constitucional del Ecuador n. 0005-09-DTI-CC del 14 de mayo de 2009, p. 29; el Dictamen n. 025-10-DTI-CC del 22 de julio de 2010, p. 23; y el Dictamen n. 001-DTI-CC-2011 del 26 de enero de 2011, p. 16; en todas estas decisiones, la CCE expresa exactamente lo mismo: que «los Tratados que involucran a los Derechos Humanos gozan de una *jerarquía Constitucional*, según lo establece el artículo 424 de la Constitución vigente, frente a lo cual, los operadores judiciales deben aplicar directamente la normativa internacional relativa a la protección de derechos constitucionales» (cursivas añadidas).

⁸ Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador n. 004-14-SCN-CC del 6 de agosto de 2014, p. 25 (cursivas añadidas). Véase también, en el mismo sentido, la Sentencia n. 150-16-SEP-CC del 4 de mayo de 2016, p. 11; Sentencia 001-17-SIO-CC del 27 de abril de 2017, p. 13, nt. 1; Sentencia n. 017-17-SIN-CC del 7 de junio de 2017, p. 12, nt. 4; y Sentencia n. 001-17-SEI-CC del 23 de agosto de 2017, p. 10.

La primera tesis, en lo principal, parece pacíficamente admisible: pasando por alto el uso un tanto impreciso del término “jerarquía”, y entendiendo que la CCE se refiere más bien a una *posición* o *nivel* jerárquico⁹, puede convenirse que la constitución del Ecuador, en efecto, determina la prevalencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos frente a la ley y, en general, frente a todos los demás tipos de fuentes del derecho inferiores a la ley¹⁰. Esto equivale a decir de manera más precisa que, en razón de una *jerarquía material* instituida por la propia constitución¹¹, las normas de aquellos instrumentos internacionales de derechos humanos (tratados, convenios, etc.) son materialmente superiores frente a cualquier norma legal e infralegal del ordenamiento jurídico ecuatoriano; en consecuencia, de entrar en conflicto con normas internacionales de derechos humanos, las normas legales e infralegales contrastantes resultarían materialmente inválidas¹². Y todo esto, ciertamente, puede caracterizarse a través de la metáfora de una posición “privilegiada” dentro del ordenamiento jurídico en cuestión.

La segunda tesis, por el contrario, es bastante problemática y su análisis reviste mayor complejidad. En la siguiente sección de este trabajo (§ 2) mostraré que, si esta tesis de la CCE postula una paridad o equiparación normativa con la constitución en el sentido de ausencia de una *jerarquía material*, entonces resulta (§ 2.1) carente de fundamento en las normas constitucionales invocadas para el efecto y (§ 2.2) rechazable en virtud de otras normas de la constitución ecuatoriana que instituyen, precisamente, una relación de jerarquía material. Posteriormente (§ 3), argumentaré que esta segunda tesis de la CCE, incluso en una versión más compleja que admita la existencia de una jerarquía material en un cierto momento, pero que postule la equiparación material en un momento sucesivo, tampoco es admisible. Luego de ello (§ 4), sostendré que esta tesis de la CCE es comprensible más bien como una tesis de equiparación normativa *en sentido axiológico*; y, a modo de conclusión (§ 5), examinaré las consecuencias que se siguen al asumir esta tesis, desde la perspectiva de la supremacía constitucional.

2. Sobre la tesis de la “jerarquía constitucional” como equiparación en sentido material

⁹ Dentro del léxico de la teoría general del derecho, una jerarquía es una *relación* entre normas (como en el caso de la jerarquía material y de la jerarquía axiológica) o una *relación* entre normas y actos normativos (como en el caso de la jerarquía formal o estructural); véase, al respecto, PINO 2016, 167-175. Luego, antes que decir que los instrumentos internacionales de derechos humanos tienen una “jerarquía privilegiada” (¿respecto a qué cosa?), resultaría más apropiado decir que aquellos ocupan un “lugar”, una “posición” o un “nivel” privilegiado en la estructura del ordenamiento jurídico, en virtud de determinadas relaciones de jerarquía con otras normas. Con todo, si se entiende razonablemente que la CCE usa el término “jerarquía” al modo de una metonimia, puede aceptarse que se trata de un uso lingüístico bastante inocuo.

¹⁰ Véase *supra*, ntt. 1 a 3.

¹¹ Una *jerarquía material* es una relación entre normas (por ejemplo, N_1 y N_2) instituida por otra norma o conjunto de normas (N_3) que establece cuál de aquellas (N_1 o N_2) resulta inválida si entra en contradicción con la otra (véase, al respecto, PINO 2016, 170). Es pertinente aclarar que una relación de jerarquía material atañe al *contenido* de los enunciados jurídicos y, por ende, no se establece propiamente entre actos normativos sino entre *normas*, lo que evidentemente presupone un acto de interpretación o atribución de significado (véase PINO 2016, 177). Justamente, aquello en lo que consiste una jerarquía material se sintetiza en decir que ciertas normas no pueden válidamente tener un contenido que entre en conflicto (o antinomia) con el contenido de otras normas, que por esta razón se consideran jerárquicamente superiores (GUASTINI 2017, 115, 121).

¹² Prueba de ello es que, según el art. 84 CRE, «La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales [...]». Además, según el art. 428 CRE, «Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma» (cursivas añadidas). Esta posibilidad de anular el acto normativo del que se extrae una norma inválida (bajo la hipótesis de la contradicción con instrumentos internacionales de derechos humanos), caracteriza justamente la función que cumplen las normas que instituyen una relación de jerarquía material (véase, al respecto, PINO 2016, 170-171).

Si la *primera tesis* de la CCE postula una relación de jerarquía material, acorde a la cual las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos son materialmente superiores (tienen una “jerarquía privilegiada”) frente a las normas legales e infralegales, parece intuitivo pensar que la *segunda tesis* jurisprudencial en examen postula – no ya una relación de jerarquía sino – una *ausencia* de relación jerárquica material entre las normas de tales instrumentos internacionales y las propias normas constitucionales. Así, pues, ante esta ausencia, ambos tipos de normas tendrían una “categorización paritaria” o, dicho con mayor precisión, se colocarían en el mismo nivel del ordenamiento jurídico desde el punto de vista de las relaciones de jerarquía material¹³. Por consiguiente, las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos – siempre según esta tesis de la CCE – tendrían una “jerarquía constitucional”.

Sin embargo, si esto es lo que postula la CCE, la *segunda tesis* puede ser desacreditada desde varios puntos de vista.

Por un lado, es importante notar que de la posición “privilegiada” que ocupan las normas internacionales de derechos humanos en el ordenamiento ecuatoriano (*primera tesis*) no se sigue que éstas se sitúen en el mismo nivel que las normas constitucionales desde la perspectiva de la jerarquía material (*segunda tesis*): no se sigue que tengan “jerarquía constitucional”, como lo expresa la CCE. Y ello por la sencilla razón de que la primera tesis es compatible no solo con una supuesta paridad sino también con una hipotética disparidad entre ambos tipos de normas desde la perspectiva de la jerarquía material¹⁴. En rigor, dado que la primera tesis se refiere a la relación entre las normas internacionales de derechos humanos y las normas legales e infralegales del ordenamiento ecuatoriano, nada se puede extraer de esta tesis en lo tocante a la relación entre esas normas internacionales y las normas constitucionales (objeto de la segunda tesis). Por esta misma razón, y como ya se anticipó al inicio de este trabajo, se trata de dos tesis jurisprudenciales distintas que no admiten un uso intercambiable como si postulasen la misma cosa.

Por otro lado, es aún más importante observar que las disposiciones de la constitución ecuatoriana invocadas por la CCE en su *segunda tesis* no son suficientes para fundamentar la supuesta «categorización paritaria a las normas constitucionales» atribuida a los instrumentos internacionales de derechos humanos. De hecho, existen otras disposiciones de la constitución del Ecuador de las que se desprende exactamente lo contrario. De esto me ocuparé en las siguientes subsecciones.

2.1 *Inexistencia de fundamento en las normas constitucionales invocadas*

Como se vio en la sección § 1 de este trabajo, la CCE expone su *segunda tesis* como si estuviera meramente describiendo el derecho vigente: la “jerarquía constitucional” atribuida a los instrumentos internacionales de derechos humanos se presenta como el resultado de una decisión del “constituyente ecuatoriano”, concretada en específicas disposiciones de la constitución del Ecuador¹⁵.

Esta atribución, verosímilmente, se basa en el hecho de que varias disposiciones constitucionales del ordenamiento en cuestión hacen una referencia conjunta a «La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos», «Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos», «las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos», etc.¹⁶; conjunción que es usada con la función de establecer la superioridad material de *ambos* tipos de normas (las normas

¹³ Las normas entre las cuales no existe una relación de jerarquía material se sitúan en el mismo nivel estructurado por ese tipo de jerarquías (véase PINO 2016, 178).

¹⁴ Como se detallará poco más adelante (*infra*, 2.1).

¹⁵ Véase *supra*, ntt. 7-8 y textos correspondientes.

¹⁶ Véase *supra*, ntt. 2-3.

constitucionales y las normas internacionales de derechos humanos) frente a todas las demás normas del ordenamiento, así como con la función de establecer que la aplicación de *ambos* tipos de normas se debe realizar de manera “directa e inmediata”.

Lo anterior, claro está, puede dar la impresión de que *ambos* tipos de normas gozan de la misma “jerarquía constitucional”. No obstante, que dos tipos de normas compartan un rasgo de superioridad material frente a otras normas no implica, por sí mismo, que ocupen la misma posición jerárquica dentro de un ordenamiento. Así, tomando un ejemplo banal a partir del ordenamiento ecuatoriano, las normas de las leyes orgánicas y las normas de las leyes ordinarias comparten el rasgo de ser materialmente superiores frente a las normas reglamentarias, pero esto no significa que los dos tipos de normas legislativas se sitúen en el mismo nivel de la jerarquía material: las normas de las leyes orgánicas, en efecto, son también superiores a las normas de las leyes ordinarias¹⁷.

Asimismo, que dos tipos de normas se refieran a la misma materia, y que compartan unas mismas condiciones exigibles para su aplicación, no implica en absoluto que estén situadas en el mismo nivel jerárquico dentro de un ordenamiento: estas características comunes son perfectamente compatibles con la existencia de diversas relaciones de jerarquía *entre* las normas en cuestión¹⁸.

Por tanto, ninguna de las normas que se extraen de las disposiciones constitucionales típicamente invocadas por la CCE para fundamentar su *segunda tesis* permite concluir que los instrumentos internacionales de derechos humanos posean una «categorización paritaria a las normas constitucionales».

2.2 Existencia de una jerarquía material en virtud de otras normas constitucionales

De otro lado, existen datos importantes del derecho positivo ecuatoriano que, a diferencia de lo que sostiene la CCE con su *segunda tesis*, permiten arribar a la conclusión exactamente opuesta, a saber: que las normas constitucionales y las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos *no* están colocadas en el mismo nivel de la jerarquía material dentro del ordenamiento jurídico de referencia.

Antes de pasar a las indicaciones respectivas, resulta oportuno hacer una aclaración. Hasta ahora se ha dicho que la *segunda tesis* postula la “jerarquía constitucional” de las normas que se extraen de los instrumentos internacionales de derechos humanos; sin embargo, esta tesis solo podría referirse a los instrumentos internacionales de derechos humanos *aceptados por el Ecuador*, esto es, aquellos que hayan sido formalmente suscritos, aprobados y ratificados por el Estado ecuatoriano (lo que incluso ha sido señalado en diversas ocasiones por la propia CCE)¹⁹. De otro modo, no se podría identificar la remisión del ordenamiento ecuatoriano al respectivo instrumento internacional de derechos humanos²⁰, ni se podría afirmar que dicho instrumento debe ser cumplido por el Ecuador conforme lo establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²¹.

¹⁷ Según el art. 133, *in fine*, CRE, las leyes ordinarias «no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica».

¹⁸ Otro ejemplo banal: según el art. 326, numeral 3, CRE, «En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras». Pues bien, que ciertas disposiciones se refieran a la misma materia (el ámbito laboral), y que su aplicación esté sujeta a unas mismas condiciones exigidas por la constitución (deberán aplicarse en el sentido más favorable al trabajador en caso de duda), obviamente no significa que *todas* las normas que se derivan de ese sector del ordenamiento ocupen el mismo nivel o posición jerárquica; por el contrario, es evidente que entre las normas laborales derivadas de las leyes, de los reglamentos y de los contratos de trabajo existen diversas relaciones de jerarquía (lo que ciertamente es irrelevante a los efectos de esta disposición constitucional). En rigor, no tiene nada que ver una cosa con la otra.

¹⁹ Véase, por todas, la Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador n. 1000-17-EP/20 del 23 de septiembre de 2020, voto concurrente de la jueza constitucional Daniela Salazar Marín, párrafo 20: «[...] los derechos consagrados en los tratados internacionales *de los que el Ecuador es parte*, se insertan dentro de la Constitución. Así, [...] cuando el Ecuador *ratifica* un tratado, las normas que emanen de este se consideran imperantes y forman parte del bloque de constitucionalidad» (cursivas añadidas).

²⁰ Sobre el mecanismo de remisión a los instrumentos internacionales de derechos humanos, véase la Sentencia de

Dicho esto, pasaré ahora al análisis de algunas disposiciones del ordenamiento ecuatoriano que hasta ahora no se han mencionado y que son de la mayor relevancia. Ante todo, según la constitución ecuatoriana (art. 419), cuando los tratados internacionales suscritos por el Presidente de la República²² se refieran a los derechos y garantías constitucionales, «su ratificación requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional» (órgano legislativo unicameral)²³. Pero, a su vez, cuando la ratificación de un tratado internacional requiera la aprobación de la Asamblea Nacional, la CCE debe emitir – por así disponerlo el art. 438 de la constitución ecuatoriana – un «dictamen previo y vinculante de constitucionalidad»²⁴.

De la interpretación conjunta de ambas disposiciones se extrae pacíficamente la norma según la cual la CCE debe ejercer un control previo de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales suscritos por el Presidente que se refieran a los derechos o garantías establecidos en la constitución; control que debe ser efectuado antes de que el instrumento internacional respectivo pueda ser sometido a la aprobación de la Asamblea Nacional, es decir, como condición necesaria y antecedente a la correspondiente ratificación. Además, según la ley que regula los procesos constitucionales en Ecuador, este específico tipo de control de constitucionalidad consiste en un examen tanto en sentido formal como en sentido material (o de contenido) del instrumento internacional de que se trate, puesto que comprende²⁵:

- a) La verificación de que el contenido del tratado respectivo resulte conforme con las normas constitucionales;
- b) El examen acerca del cumplimiento de las reglas procedimentales para la negociación, suscripción y aprobación del tratado; y,
- c) El examen acerca del cumplimiento del trámite legislativo correspondiente.

Es más, en lo tocante al control material de constitucionalidad de los tratados internacionales que requieren este dictamen previo (lo que incluye a los tratados que se refieran a derechos y garantías constitucionales), la propia CCE ha señalado en diversas ocasiones que dicho control exige evaluar dos cosas: 1) «la no transgresión de los límites establecidos constitucionalmente»; y, 2) el contenido del tratado o convenio «a fin de establecer si sus disposiciones guardan concordancia con la Constitución»²⁶. Todo esto, por supuesto, implica la posibilidad de que ciertos instrumentos

la Corte Constitucional del Ecuador n. 11-18-CN/19 del 12 de junio de 2019, párrafo 140.

²¹ Art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (*Pacta sunt servanda*): «Todo tratado *en vigor* obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe» (cursivas añadidas).

²² Art. 418, primer inciso, CRE: «A la Presidenta o Presidente de la República le corresponde suscribir o ratificar los tratados y otros instrumentos internacionales».

²³ Art. 419, numeral 4, CRE: «La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: [...] 4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución».

Adicionalmente, según lo determina el art. 120, numeral 8, CRE, la Asamblea puede «aprobar o improbar [sic] los tratados internacionales en los casos que corresponda» (en ciertos países de América Latina se usa el término “improbar” como sinónimo de “desaprobar”).

²⁴ Art. 438, numeral 1, CRE: «La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley: 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional».

²⁵ Art. 108 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: «El control constitucional de los tratados internacionales comprende la verificación de la conformidad de su contenido con las normas constitucionales, el examen del cumplimiento de las reglas procedimentales para su negociación, suscripción y aprobación, y el cumplimiento del trámite legislativo respectivo».

²⁶ Dictamen de la Corte Constitucional del Ecuador n. 13-24-TI/24 del 5 de diciembre de 2024, párrafo 15. Véase también, en el mismo sentido: Dictamen n. 2-23-TI/23 del 28 de julio de 2023, párrafo 27; Dictamen n. 5-23-TI/23 del 16 de agosto de 2023, párrafo 18; Dictamen 2-23-TI/23S del 22 de noviembre de 2023, párrafo 10; y Dictamen 11-23-TI/24 del 13 de marzo de 2024, párrafo 17.

internacionales que se refieran a derechos o garantías sean declarados *inconstitucionales* si su contenido colisiona con determinadas normas de la constitución.

Evidentemente, se trata de una hipótesis de declaración de inconstitucionalidad bastante particular puesto que no tiene (y no podría tener) como efecto la anulación del instrumento internacional o de una de sus partes. El efecto de dicha declaración, más bien, acorde al contexto de un control *previo* de constitucionalidad, es la imposibilidad jurídica de continuar con el procedimiento de ratificación; con lo cual, de mantenerse la contradicción constitucional, y a falta de una remisión válida del derecho interno al instrumento internacional de que se trate, éste no podría ser relacionado de ninguna manera con el ordenamiento jurídico ecuatoriano²⁷.

Se podría aducir que la probabilidad de que un instrumento internacional relativo a los derechos humanos sea contrario en su contenido a las normas de la constitución ecuatoriana (una de las constituciones más generosas del mundo en cuanto a la formulación de derechos y garantías) es bastante baja. Esto es verdad. Pero ello, evidentemente, no elimina en absoluto la posibilidad de que se presente un caso positivo de inconstitucionalidad; y, lo más importante, no elimina en absoluto que la existencia de un mecanismo para controlar la constitucionalidad del *contenido* de este tipo de instrumentos internacionales, implica la subordinación o inferioridad jerárquica de tales instrumentos frente a las normas de la constitución (dentro del ordenamiento jurídico de referencia y desde la perspectiva de la jerarquía material).

Lo anterior se confirma por la propia definición de “jerarquía material” que usualmente se adopta en el ámbito de la teoría general del derecho y que se ha asumido en este trabajo²⁸: si una norma N_1 no puede válidamente tener un contenido que entre en conflicto (o antinomia) con el contenido de otra norma N_2 , por así disponerlo una tercera norma o conjunto de normas N_3 , entonces entre las dos primeras existe una relación de jerarquía material según la cual N_1 resulta jerárquicamente inferior a N_2 ²⁹. Dentro de esta definición, como se puede ver, lo determinante es la existencia del tipo de normas N_3 , que son las que propiamente instituyen la jerarquía material; este tipo de normas puede asumir diversas formas, pero el caso paradigmático es justamente el de aquellas normas que autorizan a un órgano jurisdiccional a inaplicar o incluso a anular las normas del tipo N_1 , que no pueden válidamente contradecir las normas del tipo N_2 ³⁰.

Se sigue de esta definición que, en el ordenamiento del Ecuador, las normas de los tratados y convenios internacionales que se refieran a derechos o garantías constitucionales, por estar sometidas al control judicial de constitucionalidad para verificar su compatibilidad de contenido con las normas de la constitución, resultan inequívocamente inferiores a estas últimas desde el punto de vista de la jerarquía material (instituida claramente por las normas que se extraen de los artículos 419 y 438 de la constitución del Ecuador)³¹. En consecuencia, si efectivamente existe

²⁷ Art. 112, numeral 2, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: «Efectos de las sentencias y dictámenes.- Las sentencias y dictámenes correspondientes tendrán los mismos efectos de las de constitucionalidad abstracta en general, y en particular, los siguientes: [...] 2. Cuando se declara la inconstitucionalidad de uno de dichos tratados *por razones de fondo*, la Asamblea Nacional se abstendrá de aprobarlo hasta tanto se produzca la enmienda, reforma o cambio constitucional. De ser procedentes las reservas, se podrá aprobar cuando se las formule» (cursivas añadidas).

²⁸ Véase *supra*, nt. 11.

²⁹ Como señala Riccardo Guastini, la inferioridad jerárquica de una norma se infiere a partir del hecho de que está destinada a no prevalecer cuando entra en conflicto con otra norma (GUASTINI 2017, 121).

³⁰ Véase, al respecto, GUASTINI 2017, 115; PINO 2016, 170-171.

³¹ Véase *supra*, ntt. 23-24. Es importante advertir que la propia CCE ha emitido numerosas decisiones en las que se lee la siguiente fórmula: «En nuestro medio, la principal fuente de legitimidad a la hora de la suscripción de un tratado o convenio internacional está dada por el respeto a las normas constitucionales. Un tratado internacional que requiera aprobación legislativa, debe someterse al análisis respecto de su adecuación a la normativa constitucional [...]» (véase, por todas, el Dictamen de la Corte Constitucional del Ecuador, n. 007-18-DTI-CC del 4 de abril de 2018, p. 31). Recuerdo y subrayo aquí que, según la constitución ecuatoriana, la clase de los tratados que requieren aprobación legislativa incluye la

en el ordenamiento jurídico ecuatoriano una relación de jerarquía material entre ambos tipos de normas (normas constitucionales y normas internacionales de derechos humanos), mal podría existir entonces una paridad o equiparación normativa en dicho plano.

Por todo lo antes expuesto, lo que aquí se ha denominado *segunda tesis* de la CCE carece de fundamento como tesis de equiparación en el plano de la jerarquía material.

3. Una (implausible) variante de la tesis de la equiparación material

Sin perjuicio de la anterior conclusión, es posible idear una diversa y más articulada forma de comprensión de la *segunda tesis* de la CCE: consistiría en argumentar que, *antes* de que se ponga en práctica el control judicial de constitucionalidad de los respectivos instrumentos internacionales de derechos humanos, efectivamente existiría una relación de jerarquía material acorde a la cual aquellos instrumentos están subordinados a la constitución del Ecuador; pero *después* de que dichos instrumentos son ratificados – en virtud del dictamen previo y favorable de constitucionalidad emitido por la CCE –, éstos se “insertarían” al ordenamiento interno y automáticamente pasarían a tener una posición jerárquica igual a la de la constitución³².

Esta posible variante de la tesis en cuestión (o, más precisamente, la última parte de esta variante) está claramente emparentada con la noción de “bloque de constitucionalidad”, que la CCE – al igual que muchas otras cortes constitucionales latinoamericanas – ha adoptado y desarrollado en su jurisprudencia³³. Dado que excede los propósitos de este trabajo, no entraré aquí a analizar esta noción³⁴. Con todo, la variante recién expuesta puede ser rebatida, en lo principal, argumentando que la “incorporación” o “inserción” de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ordenamiento interno, por vía de su aprobación y ratificación (y mediando un control previo de constitucionalidad), no constituye una razón que permita fundamentar su equiparación jerárquica con la constitución. O por lo menos no desde el punto de vista de las relaciones de jerarquía material. Veamos por qué.

En primer lugar, una relación de jerarquía material no se ve transformada por los *resultados* de un ejercicio específico del control de constitucionalidad. El hecho de que la CCE emita un dictamen favorable de constitucionalidad respecto a un tratado o convenio internacional de derechos humanos, lo que hace es habilitar la continuación del procedimiento de incorporación al ordenamiento interno, pero no lo convierte en una fuente de igual jerarquía que la constitución. En otras palabras, el control previo de constitucionalidad es un mecanismo para verificar la compatibilidad constitucional del instrumento internacional respectivo, no un mecanismo de “ascenso” jerárquico.

En segundo lugar, el hecho de que en el ordenamiento ecuatoriano no exista la posibilidad de un

subclase de los tratados que se refieren a derechos y garantías constitucionales (donde el caso paradigmático es, justamente, el de un tratado o convenio internacional de derechos humanos).

³² Esta posible solución no ha sido sostenida como tal por la CCE; sin embargo, como se verá en la nota sucesiva, al menos la última parte sí puede ser rastreada en varias de sus decisiones.

³³ Véase, por ejemplo, la Sentencia n. 017-17-SIN-CC del 7 de junio de 2017, p. 12, donde se afirma que los instrumentos internacionales de derechos humanos, por haberlo dispuesto la constitución, han sido «incorporados al ordenamiento jurídico interno - bloque de constitucionalidad»; y la Sentencia n. 1000-17-EP/20 del 23 de septiembre de 2020, voto concurrente de la jueza constitucional Daniela Salazar Marín, párrafo 20, donde se lee que: «[...] los derechos consagrados en los tratados internacionales de los que el Ecuador es parte, *se insertan dentro de la Constitución*. [...] cuando el Ecuador ratifica un tratado, las normas que emanen de este se consideran imperantes y forman parte del bloque de constitucionalidad» (cursivas añadidas).

³⁴ En mi opinión, dado que el tratamiento que la CCE ha dado a la noción de “bloque de constitucionalidad” es fragmentario, inconsistente y en no pocas ocasiones contradictorio, sería necesario un estudio aparte para reconstruir críticamente este concepto tan genérico como enigmático.

control de constitucionalidad *posterior* sobre los instrumentos internacionales (y de que, por ende, no se pueda plantear la inconstitucionalidad de los instrumentos internacionales ya ratificados)³⁵, no cambia el estatus jerárquico de éstos luego de su incorporación al ordenamiento interno. Y es que tal incorporación es autorizada *precisamente* por no contradecir la constitución: si se permite tal cosa es justamente por considerar que, tanto en sentido formal como en sentido material, la supremacía constitucional no se ve afectada. Dicho de otro modo, el instrumento internacional de que se trate – incluso si se trata de un instrumento internacional de derechos humanos – debe su incorporación en el ordenamiento interno gracias a la comprobación de que la superioridad jerárquica de la constitución viene respetada; por tanto, si bajo tal condición es que ingresa al ordenamiento, no se ve cómo un instrumento internacional podría cambiar “automáticamente” de posición jerárquica³⁶.

En tercer lugar, es la existencia de relaciones jerárquicas con la constitución – y no la supuesta equiparación jerárquica – lo que permite identificar un fundamento de validez jurídica al acto de incorporación de un tratado o convenio internacional de derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Así, dicha incorporación encuentra un fundamento *formal* de validez en el respeto de las normas constitucionales que establecen el procedimiento de ratificación del respectivo tratado o convenio internacional (normas que son estructural o formalmente superiores a tales instrumentos, en el sentido de que predeterminan la forma en que éstos se incorporan al derecho interno); y también encuentra un fundamento *material* de validez, identificable en la compatibilidad – comprobada por la CCE a través del dictamen previo de constitucionalidad – entre las normas del instrumento internacional de que se trate y las normas constitucionales pertinentes (que son materialmente superiores a las primeras en el sentido de que operan como parámetros de validez sobre su contenido)³⁷. En cambio, si se sigue la *segunda tesis* de la CCE (incluyendo la variante que aquí se analiza), se llegaría a la extraña y asombrosa conclusión de que los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados al ordenamiento ecuatoriano, al no estar (en hipótesis) subordinados a la constitución, compartirían con ésta el carácter de “fuente suprema” del ordenamiento y, por tanto, sus normas no serían *ni válidas ni inválidas*³⁸.

En cuarto lugar, finalmente, debe notarse que ni la observancia del procedimiento formal de incorporación al derecho interno, ni la declaración de compatibilidad material de los instrumentos internacionales de derechos humanos a través del correspondiente dictamen de la CCE, podrían funcionar coherentemente como condiciones suficientes para determinar la paridad o equiparación jerárquica de tales instrumentos con la constitución, siempre desde el punto de vista de las relaciones de jerarquía material. Y ello por la sencilla razón de que esas dos condiciones *también* están presentes en la incorporación al ordenamiento ecuatoriano de otros tipos de instrumentos internacionales que no se refieren a derechos y garantías constitucionales pero que, de todos modos, requieren una aprobación legislativa y un dictamen previo de constitucionalidad previo a su ratificación oficial³⁹.

³⁵ En el Dictamen de la Corte Constitucional del Ecuador n. 0001-09-DTI-CC del 17 de febrero de 2009, p. 10, se explica que «el control represivo de constitucionalidad de un tratado internacional no es posible por un deber de coherencia del ordenamiento constitucional interno frente a sus compromisos internacionales y a los principios de *pacta sunt servanda* y *bona fide*» (cursivas en el original).

³⁶ De esta conclusión se sigue que, si la constitución ecuatoriana fuese reformada en el futuro en un sentido incompatible con un tratado internacional de derechos humanos ya ratificado, serían las nuevas normas constitucionales las que prevalecerían en virtud de su superioridad material *desde el punto de vista del derecho interno*; y ello, por supuesto, sin perjuicio de la responsabilidad internacional del Estado por las correspondientes violaciones.

³⁷ Sobre las nociones de validez formal y material, véase GUASTINI 2014, 254; PINO 2016, 26-27.

³⁸ La idea de que dentro de un ordenamiento jurídico existen normas *ni válidas ni inválidas* se remonta al menos a VON WRIGHT 1963, 201. Como señala Giorgio Pino, las normas respecto a las cuales no se pueden identificar normas superiores (porque, en hipótesis, no existen), carecen de parámetros para poder analizar su propia validez; por tanto no pueden ser consideradas ni válidas ni inválidas (PINO 2016, 104). Dicho de otro modo: para que una norma pueda ser caracterizada como “válida” o “inválida” es necesario que existan otras normas jerárquicamente superiores que sirvan como parámetro de su validez (GUASTINI 2014, 255).

³⁹ Se trata, por ejemplo, de tratados internacionales en materia territorial o de límites, o que establecen alianzas

Así las cosas, si se quisiera mantener la coherencia interna en esta variable de la *segunda tesis* de la CCE (examinada en este epígrafe), habría que enfrentarse al siguiente dilema:

- O bien se mantiene que esas dos condiciones son individualmente necesarias y conjuntamente suficientes para que los instrumentos internacionales de derechos humanos se incorporen al ordenamiento ecuatoriano con una posición jerárquica igual a la de la constitución, pero entonces esta “paridad constitucional” se tendría que predicar, aún más extrañamente, *no solo* de ese tipo específico de instrumentos internacionales sino también de *todos* aquellos instrumentos sobre los que recaen las mismas condiciones para ser incorporados al derecho interno;
- O bien se mantiene que *solo* los instrumentos internacionales *de derechos humanos* se incorporan al ordenamiento ecuatoriano con una posición jerárquica igual a la de la constitución, pero entonces las dos condiciones antes señaladas (observancia del procedimiento formal y declaración de compatibilidad material con la constitución) no pueden operar ni individual ni conjuntamente como condiciones suficientes que determinen la supuesta “paridad constitucional” desde el punto de vista de la jerarquía material.

Si se revisan algunos dictámenes previos de constitucionalidad emitidos en los primeros años de funcionamiento de la Corte Constitucional del Ecuador, se intuye que la Corte podría preferir el segundo cuerno del dilema. En este sentido, la CCE ha afirmado que los tratados y convenios internacionales «gozan de una jerarquía infraconstitucional y supralegal, a excepción de los tratados acerca de Derechos Humanos, los que, por su naturaleza tutelar, gozan de un rango similar a la Constitución»⁴⁰. Es decir, la CCE mantiene que *solo* los instrumentos internacionales *de derechos humanos* se incorporan al ordenamiento ecuatoriano con una posición jerárquica igual a la de la constitución, pero no porque la constitución ecuatoriana así lo disponga (como lo ha aseverado en tantas otras decisiones judiciales, incluso mucho más recientes) sino por una cuestión atinente a la “naturaleza” de las cosas⁴¹. Nótese, pues, que la fundamentación de la *segunda tesis* de la CCE en realidad es oscilante: a veces basada en el derecho positivo, a veces basada en asunciones doctrinarias.

Como sea que fuere, si se acepta como plausible la argumentación ofrecida en este apartado, debería concluirse que los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico ecuatoriano, luego de su ratificación, no dejan de estar subordinados a la constitución desde el punto de vista de las relaciones de jerarquía material. Por consiguiente, si acaso se quisiera encontrar todavía una forma de dar sentido a la *segunda tesis* de la CCE, habría que buscarla en relación con algún otro tipo de jerarquía normativa.

políticas o militares, o que comprometen la política económica del Estado, o que comprometen al país en acuerdos de integración y de comercio, entre otros casos (véase el art. 419 CRE).

⁴⁰ Cursivas añadidas. La frase citada se puede identificar, con una formulación casi idéntica, en varias decisiones de la CCE: Dictamen n. 0005-09-DTI-CC del 14 de mayo de 2009, p. 32; Dictamen n. 021-10-DTI-CC del 24 de junio de 2010, p. 25; Dictamen n. 028-10-DTI-CC del 19 de agosto de 2010, p. 13; Dictamen n. 001-DTI-CC-2011 del 26 de enero de 2011, p. 18; y Dictamen n. 002-12-DTI-CC del 2 de febrero de 2012, p. 27. En dos de estas decisiones (Dictamen n. 0005-09-DTI-CC y Dictamen n. 001-DTI-CC-2011), la CCE también expresó que «los Tratados que involucran a los Derechos Humanos gozan de una jerarquía Constitucional» (cursivas añadidas).

Curiosamente, en todas estas decisiones (así como en todas las decisiones mencionadas *supra*, nt. 7), la CCE efectuó un control material de constitucionalidad de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos; lo que implica que, al momento de la respectiva evaluación de contenido, no los podría haber considerado de “rango similar” a la constitución (o con “jerarquía constitucional”), al menos desde la perspectiva de la jerarquía material. Y es que, más allá de la retórica de estas decisiones, lo cierto es que el control judicial de constitucionalidad presupone necesariamente que el objeto examinado sea susceptible de ser declarado inválido por contradicción con las normas constitucionales (normas que, por esta razón, son materialmente superiores).

⁴¹ Algunas críticas sobre la asunción de una “naturaleza jurídica” respecto a ciertas entidades o instituciones, pueden verse en CARRIÓ 2011, 100-103. Véase también BULYGIN 1961, 51.

4. Sobre la tesis de la “jerarquía constitucional” como paridad en sentido axiológico

Descartada desde múltiples perspectivas la *segunda tesis* de la CCE como tesis de equiparación normativa en sentido material, procedo ahora a presentar la que sería, en mi opinión, la única forma sensata de sostenerla: como una tesis que postula una paridad *en sentido axiológico* entre las normas de la constitución y las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Conviene empezar, ante todo, con una definición de “jerarquía axiológica”⁴²: se trata de una relación entre normas (por ejemplo, N_1 y N_2) según la cual una de las normas relacionadas (por ejemplo, N_1) es considerada más importante (o con un valor superior) respecto a la otra norma (N_2) que, en cambio, es considerada menos importante (o con un valor inferior). A diferencia de una jerarquía material, que es instituida por otra norma o conjunto de normas, una jerarquía axiológica es instituida – como su nombre lo indica – por un *juicio de valor* del intérprete de que se trate. Asimismo, una jerarquía axiológica no se relaciona con la *validez* (como ocurre con una jerarquía material, donde la norma inferior es inválida si contradice la norma superior) sino que tiene que ver con la *aplicabilidad*: del juicio de valor del intérprete se sigue la preferencia en la aplicación de las normas consideradas axiológicamente superiores (criterio *positivo* de aplicabilidad) y, simétricamente, la tendencial no-aplicación de aquellas normas que se estimen valorativamente inferiores (criterio *negativo* de aplicabilidad). Además, el juicio de valor que instituye una jerarquía axiológica podría estar basado en la interpretación de determinados textos normativos de donde se extraiga algún criterio de aplicabilidad⁴³; pero también podría ser formulado directamente por el intérprete en un contexto de aplicación del derecho⁴⁴, al momento de argumentar por qué es preferible aplicar una (y no otra) de las normas relacionadas⁴⁵.

Ahora bien, así como es posible que entre dos normas o tipos de normas *no* exista una relación de jerarquía material⁴⁶, también es perfectamente posible que, sobre la base de un juicio de valor que asigne *igual* importancia a dos normas o tipos de normas, un intérprete considere que entre éstas *no* existe una relación de jerarquía axiológica: los dos elementos normativos tendrían el mismo valor o importancia y, por tanto, ninguno de ellos tendría prioridad o preferencia de aplicación respecto al otro. Esta equiparación en el plano valorativo, por cierto, es independiente de otro tipo de relaciones jerárquicas que eventualmente puedan existir – de forma paralela – entre las normas en cuestión; así, por ejemplo, la equiparación axiológica podría realizarse entre dos tipos de normas que, concomitantemente, mantienen entre sí una relación de jerarquía material⁴⁷.

Dicho esto, me parece que una equiparación en sentido axiológico es exactamente lo que postula la *segunda tesis* de la CCE. En efecto, si se revisan con atención algunas decisiones de la CCE emanadas dentro del contexto que se ha venido analizando, la atribución a los instrumentos internacionales de derechos humanos de una “categorización paritaria” a las normas constitucionales (o de una “jerarquía constitucional”) viene usualmente acompañada de apelaciones a la importancia de tales instrumentos internacionales, a su “contenido garantista”, a su “naturaleza tutelar”, a su función de protección del “más alto valor” del Estado, a su relación con la dignidad humana, etc.⁴⁸. Además, la

⁴² La definición que sigue a continuación toma como base algunas ideas expuestas en PINO 2016, 173-175; y GUASTINI 2017, 117-118.

⁴³ Según se expone en PINO 2016, 143, los criterios de aplicabilidad son meta-normas (normas acerca de otras normas) o convenciones interpretativas y argumentativas que tienen la función de indicar, a los órganos de aplicación del derecho, qué actos normativos o qué normas deben aplicar (y no aplicar). Criterios de aplicabilidad y jerarquías axiológicas, según el mismo autor, son dos caras de la misma moneda (PINO 2016, 154).

⁴⁴ Sobre el “contexto de aplicación” (las circunstancias en las que tiene lugar una actividad de aplicación del derecho), véase PINO 2021, 58.

⁴⁵ PINO 2016, 173.

⁴⁶ Véase *supra*, nt. 13.

⁴⁷ Véase, al respecto, PINO 2016, 180.

⁴⁸ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador n. 004-14-SCN-CC, del 6 de agosto de 2014 y Sentencia n. 031-

gran mayoría de decisiones de la CCE en las que se formula directa o indirectamente la *segunda tesis* tienen como propósito sustentar la aplicabilidad directa de los instrumentos internacionales de derechos humanos y no, en cambio, efectuar juicios de validez normativa. En adición, un dato no menor que respalda esta forma de comprensión de la tesis jurisprudencial analizada es que la propia CCE parece haber sostenido exactamente esto y de manera expresa (aunque en realidad lo ha hecho en una sola ocasión y en términos no tan precisos)⁴⁹.

Así, pues, la *segunda tesis* puede ser plausiblemente entendida como una tesis que postula una equiparación normativa en el plano axiológico. Con todo, si se tiene en cuenta que una equiparación de este tipo supone relegar a la indiferencia cualquier criterio positivo o negativo de aplicabilidad que se refiera a las normas equiparadas, nada de esto tendría mucho sentido dentro de un contexto de aplicación jurídica; a menos que, por supuesto, se pretendiese *algo más* con la equiparación axiológica. Es justamente aquí donde se puede descubrir lo que, a mi parecer, constituye el núcleo de la *segunda tesis* de la CCE. Lo analizaré en la siguiente y última parte de este trabajo.

5. Consecuencias de la equiparación axiológica en la supremacía constitucional (a modo de conclusión)

La equiparación jerárquica de las normas constitucionales y de las normas internacionales de derechos humanos, siempre desde el plano axiológico, acarrea varias consecuencias importantes para la supremacía constitucional. Y es que dicha equiparación resulta funcional para: (i) neutralizar una jerarquía material entre esos dos tipos de normas⁵⁰; y (ii) neutralizar un criterio vinculante de aplicabilidad que establece una preferencia entre esos dos tipos de normas. Vamos por partes.

Cuando se equiparan en el plano axiológico dos normas o tipos de normas que, a su vez, no están colocadas en el mismo plano de la jerarquía material, esta última relación jerárquica se “neutraliza”: en un determinado contexto de aplicación, el intérprete puede decidir discrecionalmente qué norma resulta preferible aplicar sin que su elección esté predeterminada por la superioridad material de una de las normas⁵¹. De este modo, si se parte de asumir que las normas constitucionales y las normas internacionales de derechos humanos son equiparables desde el punto de vista axiológico (porque, bajo esta asunción, ambos tipos de normas tendrían igual “valor constitucional”), entonces – en línea de principio – es posible que la CCE, como «máxima instancia de interpretación de la Constitución [y] de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano»⁵², pueda preferir la aplicación de una norma internacional en relación con un caso, incluso si tal norma resulta contradictoria con las normas constitucionales (que, como es obvio, son materialmente superiores desde el punto de vista de la jerarquía material). Esta posibilidad, por cierto, se ha cristalizado ya en un par de decisiones de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana⁵³.

11-SEP-CC del 21 de septiembre de 2011, p. 11, donde se lee que «En el Ecuador se ha reconocido que los tratados internacionales están al mismo nivel jerárquico que la Constitución, así también [se reconoce] *la importancia que estos tienen* y la responsabilidad de que las autoridades, tanto judiciales como administrativas los apliquen de manera directa» (cursivas añadidas).

⁴⁹ Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador n. 11-18-CN/19 del 12 de junio de 2019, párrafo 131: «Por la jerarquía axiológica, si una norma de diferente jerarquía establece derechos más favorables, entonces pasa a tener rango constitucional y prevalece sobre otras normas o interpretaciones. En la jerarquía normativa se aprecia simplemente el lugar de la norma en la prelación constitucional. La Constitución está sobre los instrumentos internacionales de derechos humanos. En cambio, en la jerarquía axiológica, se aprecia el contenido de la norma. Si la norma más favorable a los derechos está en el instrumento internacional, entonces prevalece al derecho reconocido por la Constitución y se incorpora a su texto».

⁵⁰ Sobre esta “neutralización” véase PINO 2016, 180-182.

⁵¹ PINO 2016, 180.

⁵² Art. 436, numeral 1, CRE.

⁵³ Por ejemplo, en el caso 11-18-CN resuelto por la CCE, un tribunal inferior había elevado a la Corte una consulta de

De forma similar, cuando se equiparan en el plano axiológico dos normas o tipos de normas que, a su vez, han sido objeto de un criterio vinculante de aplicabilidad⁵⁴, la consecuencia es que este criterio también se “neutraliza”: si éste determina una preferencia de aplicación entre esos dos tipos de normas, el intérprete en cambio puede considerar que, en razón del mismo valor o importancia que merecen, la aplicabilidad de aquellos debería ser paritaria. En el ordenamiento ecuatoriano, en efecto, el art. 425 CRE impone un orden jerárquico de aplicación de normas en el que los tratados y convenios internacionales (sin más especificaciones) aparecen situados en un distinto y sucesivo “nivel” de aplicabilidad respecto al primer nivel donde aparece la propia constitución⁵⁵; adicionalmente, según lo disponen los arts. 11.3, 424 y 426 CRE, las normas de los tratados y convenios internacionales *de derechos humanos* – al igual que las normas constitucionales – se deben aplicar de manera prevalente, directa e inmediata. Sin embargo, en diversas sentencias de la CCE, donde se ha invocado para el efecto la noción de “bloque de constitucionalidad”, se ha introducido la exigencia de aplicación paritaria a la constitución respecto de *cualquier tipo* de instrumento internacional de derechos humanos (y no solo para los tratados y convenios internacionales formalmente incorporados al derecho ecuatoriano). De este modo, basándose en la idea del “bloque de constitucionalidad”, la CCE concluye que:

«Son fuentes del derecho, entonces, los convenios internacionales de derechos humanos, las declaraciones de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte IDH, las observaciones generales de los comités de derechos humanos, las opiniones consultivas de la Corte IDH, los informes de los relatores temáticos y grupos de trabajo de Naciones Unidas, las recomendaciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, entre otros»⁵⁶.

constitucionalidad (art. 428 CRE - véase *supra*, nt. 12) planteando la cuestión de si la Opinión Consultiva OC24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que reconoce el matrimonio de parejas del mismo sexo, era o no compatible con el artículo 67, segundo inciso, CRE, que establece literalmente: «El matrimonio es la unión entre hombre y mujer». Pues bien, en la respectiva decisión de este caso (Sentencia n. 11-18-CN/19 del 12 de junio de 2019), la CCE sostuvo que «los derechos y las garantías reconocidos en la Opinión Consultiva OC24/17, que interpreta con autoridad la CADH [Convención Americana sobre Derechos Humanos], forman parte de lo que se ha conocido como bloque de constitucionalidad, o, como lo denomina la Corte IDH, son parte del *corpus iuris*, y esto quiere decir que tienen la misma jerarquía normativa constitucional y son directa e inmediatamente aplicables en el sistema jurídico ecuatoriano» (párrafo 39 de la sentencia). Sobre la base de este razonamiento, la CCE concluyó que «no existe contradicción entre el texto constitucional con el convencional sino más bien complementariedad» (punto resolutorio n. 2 de la sentencia); y dispuso que el Tribunal consultante «interprete el sistema normativo a la luz de esta sentencia y ordene [...] el matrimonio de los accionantes, toda vez que no es necesaria una reforma constitucional al artículo 67 de la Constitución».

Se debe señalar que en el “voto salvado” (voto disidente) de la misma sentencia, suscrito por el juez Hernán Salgado Pesantes, se critica el «uso y abuso de la interpretación constitucional» al haberse obviado una contradicción con la constitución que solo podría haberse resuelto «a través de un procedimiento de reforma constitucional y no por medio de diversas interpretaciones»; y se califica la decisión como una «mutación arbitraria que destruye la supremacía de la Ley Fundamental». En el mismo voto disidente, además, se señala que las Opiniones Consultivas (OC) de la Corte IDH «no pueden ser consideradas como “instrumentos” según los artículos 424 y 425 de la Constitución del Ecuador. Esto por cuanto las OC carecen del elemento consensual (*negotium*), en razón de que no nacen de la voluntad de los Estados, sino de la declaración unilateral (y, por añadidura, no vinculante) de un Tribunal internacional».

⁵⁴ Un criterio vinculante de aplicabilidad es aquel que formula una obligación o una prohibición de usar determinados actos normativos o normas; o, más frecuentemente, aquel que establece que es obligatorio o prohibido usar ciertos *tipos* de actos normativos o de normas (véase PINO 2016, 148).

⁵⁵ Véase *supra*, nt. 1. Siguiendo a Giorgio Pino, un criterio jerárquico funciona como criterio de aplicabilidad si es usado para fines distintos a la declaración de invalidez de la norma “inferior”, es decir, si es usado solo para determinar la preferencia de una norma o de un acto normativo respecto a otras normas o disposiciones, con la consecuente inaplicación de las normas consideradas inferiores (PINO 2016, 145, 147). En virtud de lo establecido en el segundo inciso del art. 425 CRE («En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, [...] [las autoridades competentes] lo resolverán *mediante la aplicación de la norma jerárquica superior*» - cursivas añadidas), parece claro que el orden jerárquico establecido en el primer inciso de esa misma disposición constitucional es, en efecto, un criterio de *aplicabilidad*.

⁵⁶ Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador n. 11-18-CN/19, del 12 de junio de 2019, párrafo 141.

Como se puede advertir, a pesar de que los instrumentos mencionados por la CCE son del más variado tipo, *todos* ellos serían “fuentes del derecho” y se deberían aplicar con el mismo carácter preferente que se atribuye a la constitución. Es notorio que la CCE asume aquí una noción *sensu largissimo* de “fuente del derecho”⁵⁷, puesto que incluye no solo fuentes y normas sino también actos de aplicación de normas, interpretaciones, criterios y argumentos interpretativos, y hasta documentos sin ningún carácter vinculante (informes, observaciones, opiniones, recomendaciones, etc.). Se trata, en suma, de una noción de “fuente del derecho” *one size fits all* que incluye prácticamente todo aquello que se produzca en sede internacional de derechos humanos.

En definitiva, los dos tipos de “neutralización” antes detallados, a los que conlleva una equiparación en sentido axiológico entre la constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, tienen un claro impacto en el principio de supremacía constitucional.

Así, en el primer caso, la superioridad material de la constitución sobre los instrumentos internacionales de derechos humanos es debilitada y desplazada a un segundo plano, con la posibilidad de que la referida equiparación axiológica suponga la aplicación de normas internacionales con contenido contrario a la propia constitución. Por su parte, en el segundo caso, el criterio vinculante de aplicabilidad que instruye a los órganos de aplicación a aplicar preferentemente las normas de la constitución sobre *todas* las demás normas del ordenamiento jurídico, es transformado por la equiparación axiológica en un criterio parcialmente diverso; un criterio según el cual, a la par que la constitución, tienen la misma preferencia de aplicación no solo los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, sino también – en general – todos los instrumentos internacionales sobre esta materia, y ello de forma independientemente a su reconocimiento e incorporación dentro del ordenamiento jurídico.

En conclusión, la *segunda tesis* de la CCE que se ha examinado a lo largo de este trabajo, ciertamente, puede explicarse por un contexto de autopercepción de las cortes y tribunales constitucionales como garantes, dentro de cada ordenamiento interno, de un *corpus iuris* compuesto por el derecho internacional de los derechos humanos⁵⁸. Sin embargo, y sin desconocer la importancia que tienen los desarrollos normativos, jurisprudenciales y doctrinarios provenientes de los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos, me parece que el loable objetivo de incorporarlos en los razonamientos interpretativos y aplicativos del derecho interno no debería llevar a las cortes constitucionales al extremo de adoptar interpretaciones (en sentido amplio) que se dirijan a desvirtuar los vínculos y límites impuestos por la propia constitución para garantizar su supremacía⁵⁹.

⁵⁷ Que contrasta con la tradición del *civil law*, donde “fuente del derecho” designa todo acto o hecho al cual una norma jurídica preexistente le atribuye la consecuencia de crear o modificar el derecho positivo (véase al respecto KELSEN 1949, 131-132; GUASTINI 2014, 115-116). La noción de “fuente del derecho” asumida por la CCE, en cambio, solo podría entenderse como el conjunto de todos los factores materiales que influyen en el proceso de atribución de significado a los documentos jurídicos (este sentido laxo de “fuente del derecho” es identificado en PINO 2011, 24-25).

⁵⁸ Véase VON BOGDANDY 2017, 28-29.

⁵⁹ Sobre estos excesos, en relación con la llamada “crisis de las fuentes”, véase BARBERIS 2016, 21.

Referencias bibliográficas

- BARBERIS M. 2016. *Para una teoría realmente realista del derecho*, en «Revus, Journal for constitutional theory and philosophy of law», 29, 2016, 15 ss.
- BULYGIN E. 1961. *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Abeledo Perrot.
- CARRIÓ G.R. 2011. *Notas sobre derecho y lenguaje*, 6 ed., Abeledo Perrot.
- GUASTINI R. 2014. *La sintassi del diritto*, 2 ed., Giappichelli.
- GUASTINI R. 2017. *Filosofía del diritto positivo* (V. VELLUZZI, ed.), Giappichelli.
- KELSEN H. 1949. *General Theory of Law and State*, 3 impr., Harvard University Press.
- PINO G. 2011. *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, en «Ars Interpretandi», 1/2011, 19 ss.
- PINO G. 2016. *Teoria Analitica del Diritto I. La norma giuridica*, ETS.
- PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli.
- VON BOGDANDY A. 2017. *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Observations on Transformative Constitutionalism*, en VON BOGDANDY A. et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, 27 ss.
- VON WRIGHT G.H. 1963. *Norm and Action. A logical enquiry*, Routledge & Kegan Paul.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador consultada:

a) Sentencias:

- Sentencia n. 031-11-SEP-CC del 21 de septiembre de 2011
- Sentencia n. 004-14-SCN-CC del 6 de agosto de 2014
- Sentencia n. 150-16-SEP-CC del 4 de mayo de 2016
- Sentencia 001-17-SIO-CC del 27 de abril de 2017
- Sentencia n. 017-17-SIN-CC del 7 de junio de 2017
- Sentencia n. 001-17-SEI-CC del 23 de agosto de 2017
- Sentencia n. 11-18-CN/19 del 12 de junio de 2019
- Sentencia n. 14-19-CN/20 del 12 de agosto de 2020
- Sentencia n. 1000-17-EP/20 del 23 de septiembre de 2020
- Sentencia n. 1486-14-EP/20 del 23 de septiembre de 2020
- Sentencia n. 987-15-EP/20 del 18 de noviembre de 2020
- Sentencia n. 2128-16-EP/21 del 1 de diciembre de 2021
- Sentencia n. 2251-19-EP/22 del 15 de junio de 2022
- Sentencia n. 2256-19-EP/22 del 15 de junio de 2022
- Sentencia n. 2913-19-EP/22 del 29 de junio de 2022
- Sentencia n. 200-20-EP/22 del 6 de julio de 2022
- Sentencia n. 2422-17-EP/22 del 13 de octubre de 2022
- Sentencia n. 1443-18-EP/22 del 19 de diciembre de 2022
- Sentencia n. 2495-18-EP/22 del 19 de diciembre de 2022
- Sentencia n. 7-22-EP/22 del 19 de diciembre de 2022

b) Dictámenes previos de constitucionalidad:

- Dictamen n. 0001-09-DTI-CC del 17 de febrero de 2009
- Dictamen n. 0005-09-DTI-CC del 14 de mayo de 2009
- Dictamen n. 021-10-DTI-CC del 24 de junio de 2010
- Dictamen n. 025-10-DTI-CC del 22 de julio de 2010
- Dictamen n. 028-10-DTI-CC del 19 de agosto de 2010
- Dictamen n. 001-DTI-CC-2011 del 26 de enero de 2011
- Dictamen n. 002-12-DTI-CC del 2 de febrero de 2012
- Dictamen n. 007-18-DTI-CC del 4 de abril de 2018
- Dictamen n. 2-23-TI/23 del 28 de julio de 2023
- Dictamen n. 5-23-TI/23 del 16 de agosto de 2023
- Dictamen 2-23-TI/23S del 22 de noviembre de 2023
- Dictamen 11-23-TI/24 del 13 de marzo de 2024
- Dictamen n. 13-24-TI/24 del 5 de diciembre de 2024

Realizzato da rospeinfrantumi
per conto di Diritto & Questioni pubbliche (PA)
nel giugno 2025