

L'ARCIPELAGO DEL DIRITTO

LEZIONI PER I FUTURI NAVIGANTI

*In ricordo del decennale della
Cattedra Galante Garrone*

a cura di MASSIMO VOGLIOTTI

Rosenberg & Sellier

L'arcipelago del diritto

Lezioni per i futuri naviganti

**In ricordo del decennale
della Cattedra Galante Garrone**

**a cura di
Massimo Vogliotti**

Rosenberg & Sellier

La pubblicazione del volume è stata promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze Politiche, Economiche e Sociali dell'Università degli Studi del Piemonte Orientale e si avvale di un finanziamento della Fondazione Cassa di Risparmio di Alessandria, che si ringrazia per il contributo.



© 2022 Rosenberg & Sellier



prima edizione italiana: dicembre 2022
ISBN 979-12-5993-155-9

LEXIS
Compagnia Editoriale in Torino srl
via Carlo Alberto 55
I - 10123 Torino
rosenbergesellier@lexis.srl
www.rosenbergesellier.it

Rosenberg & Sellier è un marchio registrato utilizzato per concessione di Traumann s.s.

Indice

9 Presentazione e ringraziamenti

Inaugurazione della Cattedra (Alessandria, 16 giugno 2010)

- 17 *Messaggio del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano*
19 *Programma*
21 *Un giurista inquieto*
Massimo Vogliotti
25 *Le battaglie civili di Alessandro Galante Garrone*
Paolo Borgna

I primi dieci anni della Cattedra (2010-2020)

- 35 *I corsi*
37 *Le conferenze*
39 *I dialoghi*
41 *Le letture*
43 *Dieci anni dopo. L'eredità di Alessandro Galante Garrone*
In ricordo del decennale della morte (Torino, 30 ottobre 2003)
45 *Quale formazione, per quale giurista?*

Introduzione

- 49 *Perché una Cattedra intitolata ad Alessandro Galante Garrone?*
La crisi dello Stato costituzionale di diritto, la distopia nichilistica e
l'esigenza di una nuova educazione giuridica
Massimo Vogliotti

Le lezioni

- 85 *Il futuro della Costituzione*
Gustavo Zagrebelsky
- 105 *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*
Francesco Palazzo
- 135 *Sull'insegnamento del diritto*
Luigi Ferrajoli
- 147 *Dal 'popolo costituito' al 'popolo costituente':
immagini della respublica fra medioevo ed età moderna*
Pietro Costa
- 201 *Tra globalizzazione e post-globalizzazione:
la complicata geografia del nostro tempo*
Maria Rosaria Ferrarese
- 225 *La verità degli enunciati normativi: tre teorie*
Franca d'Agostini
- 247 *I disaccordi interpretativi profondi
fra metaetica e filosofia del diritto*
Vittorio Villa
- 303 *La magistratura italiana e la giustizia di transizione (1943-1953)*
Antonella Meniconi
- 341 *Labolizione della pena di morte.
Cronache di un'avventura illuminista (1764-1797)*
Ettore Dezza
- 371 Gli Autori

«Uno studio che non ti anima né ti appassiona
è il peggior nemico»

Alessandro Galante Garrone
Agendina, 1928

«Il compito del magistrato non è assecondare gli impetuosi (e in sé certo salutari) moti di indignazione e di disgusto dell'opinione pubblica di fronte a certi preoccupanti e dilaganti fenomeni di scorrettezza amministrativa; ma piuttosto un accurato sceverare l'illecito penale dal magma indistinto della disonestà. A lui non si addice il vigoroso colpo di scopa, che manda tutto per aria in un nugolo di polvere, ma piuttosto il freddo e prudente ago della bilancia. [...]

Questo male, che la sentenza ci addita con parole tanto accorate, e che non è ancora delitto, ma ne costituisce la premessa e il clima, tocca a tutti noi estirparlo, a ogni livello, nelle sedi più appropriate. [...] Un paese dove questo male comincia ad avvertirsi così acutamente, e suscita reazioni allarmate, e non affoga più nel torpido scetticismo di qualche anno fa, è, a ben guardare, un paese vivo».

Alessandro Galante Garrone
La scopa e la bilancia, «La Stampa», 1964

Presentazione e ringraziamenti

I primi dieci anni di una Cattedra universitaria atipica come questa – non mi risulta che in Italia un’esperienza simile sia presente in altri corsi di laurea in Giurisprudenza – meritavano di essere ricordati con un’iniziativa che non restasse confinata all’interno di un’aula del nostro Dipartimento. Tra le varie idee, è subito prevalsa quella di chiedere, ai docenti cui la Cattedra è stata affidata in quell’arco di tempo, di scrivere un breve saggio a partire dai temi affrontati nelle loro lezioni. Ogni contributo del volume è preceduto dalle prime due pagine del pieghevole che ospitava il programma del relativo corso.

Quando, nella primavera del 2010, proposi al Consiglio di Facoltà della mia giovane Università di istituire una Cattedra intitolata ad Alessandro Galante Garrone non avrei mai potuto immaginare di ascoltare, da quella Cattedra e per tutti questi anni, le lezioni di tanti illustri Maestri.

Non che mancassero buone ragioni per essere ottimisti. Innanzitutto, l’incoraggiamento di Gustavo Zagrebelsky, il primo a cui mi rivolsi per saggiare il mio progetto e da cui ottenni la disponibilità a tenere il primo corso della Cattedra e l’assenso a far parte del comitato scientifico. Poi, l’entusiasmo contagiante di Paolo Borgna – autore di un’appassionante biografia del “mite giacobino”¹ – che mi mise subito in contatto con la figlia di Galante Garrone, Giovanna, e con Loris D’Ambrosio, il consigliere giuridico dell’allora Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, che ebbe la sensibilità e la cortesia di indirizzarci parole di apprezzamento e di auguri per l’iniziativa². Infine, *last but not least*, il pieno e convinto sostegno del Preside, Salvatore Rizzello, e del Direttore del Dipartimento, Roberto Mazzola.

¹ P. Borgna, *Un Paese migliore. Vita di Alessandro Galante Garrone*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

² Il testo del telegramma del Presidente Napolitano è riprodotto *infra* in questo volume.

L'origine remota del progetto risale, però, a una ventina di anni fa, quando, nell'anno accademico 2001-02, ottenni l'affidamento del corso di «Théorie du droit» presso l'Université Libre de Bruxelles (ULB), lasciato scoperto dal suo titolare, Benoît Frydman, in anno sabbatico a Oxford. Il mio nome gli era stato suggerito da François Ost, con cui collaboravo da qualche anno all'Università Saint-Louis, dopo averlo avuto come professore al master dell'Académie européenne de théorie du droit di Bruxelles. Era per me il primo affidamento di un intero corso universitario e ricordo ancora la contentezza per la fiducia in me riposta, ma anche la preoccupazione, accresciuta dalle parole di Ost che mi avvertivano di non poter contare su un uditorio particolarmente sensibile a questioni teorico-filosofiche: il corso era all'ultimo anno, rivolto a studenti già proiettati verso il mondo del lavoro e provenienti da un *cursum studiorum* costellato di corsi di diritto positivo nazionale, impartiti secondo un approccio tradizionale, marcatamente positivistic. Il suo prezioso consiglio fu di tenermi ben ancorato al terreno della concreta esperienza giuridica, facendo ricorso al metodo casistico e partecipativo. Seguì il suo consiglio e, dopo le prime lezioni in cui dovetti conquistare la fiducia dell'uditorio, prevenuto nei confronti di un giovane con l'accento italiano, che non di rado scivolava sulle bucce della grammatica e della pronuncia, l'esito fu pienamente soddisfacente, come potei anche constatare dalle valutazioni degli studenti.

Per una felice coincidenza, il mio corso coincise con le lezioni della prestigiosa “Chaire Perelman”, quell'anno affidata ad Antoine Garapon, che tenne un corso sui crimini contro l'umanità.

Rimasi particolarmente colpito da quell'iniziativa che, dal 1990 – anno in cui fu istituita la Cattedra – si ripete ogni anno, raccogliendo attorno a sé studenti e professori di diverse discipline che hanno il privilegio di ospitare per un certo periodo di tempo personalità di spicco del mondo della cultura, accomunati dall'aver fornito importanti contributi nell'ambito degli studi coltivati dal filosofo della “*nouvelle rhétorique*” che insegnò all'ULB fino al 1978. Tra i docenti della Cattedra, inaugurata dalle lezioni di Marc Fumarioli, anche due grandi filosofi italiani: Remo Bodei ed Enrico Berti.

Il ricordo di quell'esperienza rimase chiuso nel cassetto della memoria fino a quando il collega Roberto Mazzola, da poco eletto Direttore del Dipartimento della Facoltà di Giurisprudenza, propose di intitolare il Dipartimento a Galante Garrone. Apprezzai immediatamente la scelta di quell'intitolazione che capitava in un momento particolarmente critico della vita del nostro Paese,

che l'anno successivo – al termine di una legislatura segnata dai sistematici tentativi del presidente del consiglio di sottrarsi ai suoi processi – avrebbe dovuto assistere alla fine drammatica dell'ultimo governo Berlusconi, affondato dallo spread, quando vibrava ancora nell'aria l'indignazione collettiva per gli scandali suscitati dal caso Ruby e dalle “cene eleganti” nella villa di Arcore.

Come ebbi modo di ricordare nel mio intervento alla cerimonia di inaugurazione della Cattedra il 10 giugno 2010³, la proposta del collega Mazzola mi spinse ad approfondire la conoscenza di quel personaggio che evocava in me la figura di un intellettuale moralmente integro e civilmente impegnato a costruire un «Paese migliore», come recita il titolo della biografia di Paolo Borgna già ricordata. Andai subito ad acquistarla e mi misi a leggerla con grande passione, scoprendo, come scrive Borgna nel testo della sua comunicazione a quella cerimonia, «un ampio e profondo giacimento culturale», «un bene comune per tutti gli Italiani» che si sarebbe potuto sfruttare a fini educativi, dedicando a quel giovane, inquieto, studente di Giurisprudenza, poi diventato un grande magistrato e uno storico per vocazione, una Cattedra universitaria che indicasse a studenti e professori, con la forza e la chiarezza dell'esempio, la direzione culturale, etica e civile verso cui orientare l'insegnamento del diritto.

Un progetto di questo tipo non può avere successo senza la collaborazione, l'incoraggiamento e il contributo di tanti. Vorrei quindi esprimere il mio più vivo ringraziamento a tutti coloro che, a vario titolo, hanno reso possibile questa iniziativa, a cominciare dai Professori a cui la Cattedra è stata affidata, senza i quali il suo progetto educativo non avrebbe potuto realizzarsi e con cui ho condiviso momenti belli e per me molto arricchenti.

Rivolgo, poi, un pensiero riconoscente a tutti i componenti del Comitato scientifico, che hanno sempre seguito con affetto e partecipazione la vita della Cattedra: Paolo Borgna, Franca D'Agostini, Simona Forti, Maurilio Guasco, Roberto Mazzola, Marco Revelli,

³ Il testo del mio intervento è riprodotto *infra* in questo volume, seguito da quello di Paolo Borgna, dedicato – in quella stessa occasione – alle battaglie civili di Galante Garrone. A questi due interventi segui la relazione di Edmondo Bruti Liberati (*Il male della corruzione nella riflessione di Alessandro Galante Garrone*) con cui l'allora procuratore della Repubblica di Milano presentò la nuova edizione – uscita nel 2009 per i tipi di Aragno, con una prefazione dello stesso Bruti Liberati – del libro di Galante Garrone, *L'Italia corrotta 1895-1996. Cento anni di malcostume politico* (la prima edizione, pubblicata da Editori Riuniti, era del 1996).

Salvatore Rizzello e Gustavo Zagrebelsky. Dallo scorso anno, il primo – ci si augura – di altri dieci anni felici della Cattedra, si è aggiunta Chiara Colombini, ricercatrice dell'Istituto piemontese per la Storia della Resistenza, subito coinvolta in un evento formativo: la presentazione, il 4 maggio scorso, del suo saggio *Anche i partigiani però*, edito da Laterza nel 2021.

Un ringraziamento particolare va a Giovanna Galante Garrone per l'attenzione che ha sempre rivolto all'iniziativa, partecipando ad alcuni eventi della Cattedra, a partire dalla cerimonia di inaugurazione, e per aver messo a nostra disposizione l'archivio del nonno, Domenico Riccardo Peretti Griva, importante magistrato antifascista, maestro e suocero di Sandro Galante Garrone.

Ai documenti dell'archivio ha attinto una studentessa della Cattedra, Lorena Ponassi, autrice di una bella tesi, da me diretta, sul magistrato Peretti Griva che le è valsa la dignità di stampa nella seduta del 12 dicembre 2016. Un capitolo della tesi, intitolata *Resistere giudicando. Il magistrato Domenico Riccardo Peretti Griva*, venne presentato dalla giovane laureata al convegno «Domenico Riccardo Peretti Griva: una spina dorsale», tenutosi il 19 aprile 2017 all'Archivio di Stato di Torino. Il testo dell'intervento, «Un giudice all'ascolto di una società in trasformazione: la giurisprudenza della Corte d'appello di Torino in materia matrimoniale», è stato pubblicato nel volume *Una spina dorsale. Domenico Riccardo Peretti Griva: magistrato, antifascista, fotografo*, a cura di Francesco Campobello, Torino, 2017, pp. 103-123.

Desidero inoltre esprimere la mia profonda gratitudine alla Fondazione Cassa di Risparmio di Alessandria, nelle persone dei suoi Presidenti, Pier Angelo Taverna e, dal 2019, Luciano Mariano, per aver creduto nel progetto, assicurando in tutti questi anni le risorse finanziarie necessarie per la sua realizzazione. Anche la pubblicazione del presente volume si deve alla sensibilità e alla generosità della Fondazione.

Analoga gratitudine va alla Fondazione Cariplo che, grazie ai buoni uffici dell'allora Segretario generale Pier Mario Vello, ha sostenuto le iniziative del primo anno della Cattedra e, in parte, del secondo e del terzo.

Vorrei anche ricordare e ringraziare gli enti che hanno voluto sostenere l'iniziativa tramite la concessione del loro patrocinio: l'Associazione Nazionale Partigiani d'Italia, il Centro Gobetti, l'Istituto piemontese per la Storia della Resistenza e della Società Contemporanea "Giorgio Agosti" (Istoreto), il Comitato della Regione Piemonte

per l'affermazione dei valori della Resistenza e dei principi della Costituzione repubblicana e l'Unione delle Comunità Ebraiche Italiane.

La mia riconoscenza va poi agli editori Laterza ed Einaudi per il dono dei libri che ogni anno vengono consegnati in premio ai due studenti della Cattedra autori dei migliori lavori scritti.

Un grazie particolare va anche all'editore Nino Aragno per aver donato alla Cattedra un numero considerevole di copie del libro di Galante Garrone, presentato alla cerimonia di inaugurazione e già ricordato (v. nota 3).

Ringrazio, infine, i Colleghi del Dipartimento per aver sostenuto e seguito le iniziative della Cattedra in tutti questi anni, contribuendo in vario modo alla loro riuscita, e gli Studenti del Corso di laurea in Giurisprudenza, che hanno sempre manifestato un vivo interesse per l'offerta formativa della Cattedra, comprendendone e condividendone il significato.

Torino, primavera del 2022

Inaugurazione della Cattedra
(Alessandria, 16 giugno 2010)

Messaggio del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano

POSTE ITALIANE S.P.A. - 001391 - ALESSANDRIACURIELCPD Pagina 1 di 1

ZCZC 498/RCC NGC/A2295 RIF20100614-21A-20001401
IGAL CO IGRM 128
00100 ROMAQUIRINALE 128 14 2001

PROF.MASSIMO VOGLIOTTI -RESPONSABILE (RLB201006)
SCINETFICO DELLA CATEDRA ''ALESSANDRO
GALANTE GARRONE''DIP.TO SCIENZE GIUR.CHE
ECO.CHE UNIV.TA'P.TE ORIENTALE
V.MONDOVI'8
15100 ALESSANDRIA

ESPRIMO VIVO APPREZZAMENTO ALL'UNIVERSITA' ''AMEDEO
AVOGADRO'' E AL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE ED
ECONOMICHE PER LA INTITOLAZIONE DI UNA CATEDRA AL NOME E
ALL'INDIMENTICATO MAGISTERO DI ALESSANDRO GALANTE GARRONE.
IL SUO LUNGO, FECONDO E ORIGINALE PERCORSO SPECULATIVO HA
OFFERTO AGLI STUDI GIURIDICI INNOVATIVI CONTRIBUTI DI ANALISI
E DI DOTTRINA, ARRICCHITI DA UNA LUCIDA CAPACITA' DI INDAGINE
STORICA. L'IMPEGNO RIGOROSO DELLO STUDIO E' STATO
COSTANTEMENTE SORRETTO DA UNA PROFONDA TENSIONE ETICA E DA
UNA COERENTE PASSIONE CIVILE CHE COSTITUISCONO ANCORA OGGI, A
SETTE ANNI DALLA SCOMPARSA, UNA PERZIOSA EREDITA' MORALE E
INTELLETTUALE PER L'INTERO PAESE.
NEL FORMULARE SENTITI AUGURI PER IL PIENO SUCCESSO DEL NUOVO
CORSO D'INSEGNAMENTO INVIO A LEI E AI DOCENTI DEL
DIPARTIMENTO, AGLI ILLUSTRI RELATORI E A TUTTI I CONVENUTI IL
MIO CORDIALE SALUTO.
GIORGIO NAPOLITANO

MITTENTE:
SEGRETARIATO GENERALE DELLA PRESIDENZA DELLA
REPUBBLICA
PALAZZO DEL QUIRINALE
00187 ROMA

15/06/2010 08.56
NNNN

Programma

«Non si può comprendere senza amare»*

10.00 – Saluti istituzionali

Salvatore Rizzello – Preside della Facoltà di Giurisprudenza

Roberto Mazzola – Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche ed Economiche

10.30 – Interventi

Un giurista inquieto

Massimo Vogliotti – Responsabile scientifico della Cattedra

Le battaglie civili di Alessandro Galante Garrone

Paolo Borgna – Procuratore aggiunto della Repubblica di Torino

Il male della corruzione nella riflessione di Alessandro Galante Garrone

Edmondo Bruti Liberati – Procuratore della Repubblica di Milano

* La frase, riportata sul pieghevole del programma, è di Gaetano Salvemini. Galante Garrone la ricorda e la fa propria nell'*Introduzione agli Scritti vari. 1900-1957* di Salvemini (pubblicati a cura di G. Agosti e A. Galante Garrone, Milano, Feltrinelli, 1978).

Un giurista inquieto

Massimo Vogliotti

Quando Roberto Mazzola propose di intitolare il nostro Dipartimento alla figura di Alessandro Galante Garrone la mia reazione istintiva fu di vivo compiacimento perché il nome di Galante Garrone evocava in me una costellazione di valori positivi che in questi ultimi anni appaiono sempre più sfibrati quando non sono deliberatamente e vigorosamente calpestati.

E tuttavia, questo primo moto di soddisfazione lasciò subito il posto ad una sensazione di disagio. Il disagio di avere di fronte a me un simbolo piuttosto che il profilo di un uomo in carne e ossa. Conoscevo certamente qualche tratto della biografia del “mite giacobino”, ricordavo la sua firma sulla *Stampa* e avevo in mente il suo volto elegante e gentile riprodotto sulla copertina del libro che gli ha dedicato Paolo Borgna. L'avevo vista, qualche anno prima, al Salone del Libro di Torino: stava in cima ad una bianca colonna di ponderosi volumi. Eppure quelle che avevo in mano erano ben poche tessere del mosaico: i contorni della sua figura mi apparivano decisamente sfocati.

Andai quindi a comprare il volume di Paolo la cui lettura mi accompagnò per diverse sere. A mano a mano che ne sfogliavo le pagine, mi accorgevo che la penna appassionata dell'Autore tracciava non solo il ritratto di un uomo straordinario, ma restituiva un'atmosfera culturale e civile irripetibile, una rete di relazioni e di amicizie davvero eccezionale che sentirete rievocare tra poco nell'intervento di Paolo.

Io mi limito qui a ricordare un tratto meno noto di Galante Garrone che, però, per noi docenti di una Facoltà di Giurisprudenza, risulta particolarmente significativo.

Alludo al difficile rapporto che Galante Garrone ha sempre avuto con il diritto. Prima come studente di Legge, poi come giudice. Il suo diario è una continua testimonianza di un disagio mai risolto nei confronti dello studio del diritto: «Uno studio che non ti anima né ti appassiona è il peggior nemico», annota in una pagina del 1928; un

disagio che, nei momenti di maggior sconforto, si manifesta con toni particolarmente forti, di vera e propria insofferenza, come quando si sfoga: «Che imbecille sono stato a studiare legge!».

E il disagio non scema con la maturità, così come i toni, che si mantengono accesi come nella giovinezza: «In questi giorni ho sentito che, se io continuassi a fare il giudice per tutta la vita, sarebbe come se mi suicidassi», scrive nel 1947 alla moglie Miti al termine del suo primo soggiorno a Parigi per studiare, durante le ferie, i suoi amati giacobini.

Ce ne sarebbe abbastanza per dissuadere chiunque volesse intitolare a Galante Garrone una Cattedra di una Facoltà di Giurisprudenza! E, invece, devo confessare che è stata proprio la scoperta di questo tratto della biografia di Galante Garrone che mi ha spinto a vincere le ultime esitazioni. Non solo perché in quella irrequietezza di giovane studente di Legge vi ho ritrovato delle consonanze che hanno suscitato in me un istintivo moto di simpatia per quella figura che cominciava finalmente a prendere corpo grazie alle belle pagine di Paolo Borgna.

Quel disamore per lo studio del diritto – che gli faceva annotare, al termine di un'intera giornata passata sui libri di diritto commerciale e di medicina legale: «Non altro. Disgustoso, questo arido studio senza vita» – quel disamore, dicevo, non gli impedisce di portare a termine con successo i suoi studi di Legge, ottenendo agli esami risultati sempre brillanti. Supera, ad esempio, con il solito 30 anche il tanto vituperato diritto commerciale, successo, questo, che gli vale il simpatico sarcasmo dell'amico di sempre Giorgio Agosti: «I tuoi gusti letterari e storici, la tua passione per la poesia, per la musica, per le cose belle, il calore con cui ne parlavi, tutto è falso! È maschera ipocrita sotto cui si è sinora celato il tuo vero gusto, la tua vera tendenza, la tua vera aspirazione, la tua vera passione: il diritto commerciale!!!». È lo stesso Agosti, anch'egli irrequieto studente di Giurisprudenza, che in una lettera spedita a Sandro da Varsavia nel settembre del 1930, commentando il nero stato d'animo dell'amico di fronte ai libri di diritto, parla della «uggiosa insipidezza di un lavoro per cui non siamo tagliati».

È questo uno dei tanti esempi di quell'etica laica del dovere, della regola “fai quel che devi” che ispirerà sempre la vita di Sandro e che segna un primo punto a favore della scelta di intitolare una Cattedra di una Facoltà di Giurisprudenza a quello studente che, malgrado le insoddisfazioni che lo studio del diritto gli recava, tien fede all'impegno preso con se stesso il giorno dell'iscrizione a Legge.

Il 28 ottobre del 1927 annota nel suo diario: «*Alea iacta est*. È ormai passato il tempo dei dubbi e delle recriminazioni: ho scelto inequivocabilmente... Stasera ho scritto la domanda di iscrizione a Legge».

La seconda ragione che ha fatto svanire gli ultimi dubbi è proprio quell'irrequietezza del giovane studente, quella pervicace ricerca di uno studio che lo appassionasse, quella curiosità intellettuale che lo spingeva a frequentare, parallelamente alle lezioni di diritto, altri corsi universitari. È proprio seguendo una lezione alla Facoltà di Lettere che conosce Leone Ginzburg, «un coetaneo – come scriverà nella prima pagina de *I miei maggiori* – che in realtà fu per me, come per altri della mia generazione, un saldo punto di riferimento, intellettuale e soprattutto morale»¹.

Come nota Paolo Borgna, la «lotta continua fra lo studio dell'arido diritto e l'amore per la musica, la letteratura e la storia è una costante che accompagna tutta la sua giovinezza»². La lettura di *Anna Karenina*, scrive nel suo diario, «fa finire il Diritto Romano sotto l'uscio». Oppure: «Oggi non ho concluso nulla. Cosa ho fatto? Ho letto Tolstoj e ho sentito Wagner: ecco la mia giornata. Ho fatto male forse, ma l'incanto delle cose belle è per me irresistibile».

Questa vivacità intellettuale, questo amore per le «cose belle» che lo spinge a oltrepassare gli angusti recinti del diritto per frequentare altre discipline umanistiche così importanti per la piena formazione del giurista sono un messaggio pedagogico fondamentale per i nostri giovani studenti di Giurisprudenza e, aggiungo, per il giurista in generale, che negli anni passati – ma in parte ancora oggi – è stato logorato «da un morbo sottile che da sempre è stato il suo vizio occulto, la pigrizia, la pigrizia intellettuale»; sono, queste, le parole che Paolo Grossi, con la sua consueta schiettezza, ha pronunciato in una conferenza di qualche anno fa sulla formazione del giurista³.

Etica del dovere, curiosità intellettuale, strenua difesa dei valori su cui poggia la nostra Costituzione repubblicana: una “religione civile” che la nostra Facoltà di Giurisprudenza ha voluto incarnare in questa Cattedra dedicata ad Alessandro Galante Garrone con

¹ A. Galante Garrone, *I miei maggiori*, Milano, Garzanti, 1984, p. 7.

² P. Borgna, *Un Paese migliore. Vita di Alessandro Galante Garrone*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 96.

³ P. Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 32, 2003, p. 29.

l'auspicio che quella religione civile possa improntare di sé l'attività quotidiana di noi insegnanti e lo studio dei nostri studenti.

Grazie all'affidamento del Corso e della Conferenza annuale a figure significative della comunità scientifica e della società civile, che in vario modo si sono impegnati a difendere la fragile architettura costituzionale, si vorrebbe suscitare nei nostri studenti l'amore per il patrimonio di idee e di valori che Galante Garrone ci ha lasciato in eredità: «Non si può comprendere senza amare», scrive Sandro nell'*Introduzione agli Scritti vari* di Gaetano Salvemini, facendo propria la massima salveminiana⁴.

«Non si può comprendere senza amare» è una massima che ogni insegnante dovrebbe avere sempre presente e che ben può figurare come motto di una Cattedra universitaria.

⁴ Lo ricorda P. Borgna, *Un Paese migliore*, cit., p. 261.

Le battaglie civili di Alessandro Galante Garrone

Paolo Borgna

Una vita normale. Eppure, straordinaria. Quella di Alessandro Galante Garrone, che attraversa l'intero Novecento, non è una vita avventurosa come quella di alcuni suoi amici della giovinezza torinese. Non conosce l'arresto, il carcere o il confino, come lo conobbero Aldo Garosci, Vittorio Foa o Franco Venturi.

Anche per Galante Garrone, nel periodo della Resistenza, non mancheranno le scelte eroiche, che affronterà con coraggio, anche fisico: come quando riuscirà, con un falso ordine di liberazione personalmente consegnato in carcere, a far evadere due ufficiali badogliani prigionieri dei tedeschi. Ma a parte quei venti mesi che Jemolo avrebbe chiamato del "rovetto ardente", l'esistenza di Galante Garrone è assolutamente ordinata, con al centro di tutto lo studio e il lavoro. Una vita trascorsa, dopo gli anni della giovinezza vercellese, nella amata Torino. Al fianco della donna, Mitì, di cui si era innamorato da ragazzo e che lo accompagnerà fedelmente sino agli ultimi giorni. In una cerchia di straordinari amici (Giorgio Agosti, Franco Venturi, Aldo Garosci, Dante Livio Bianco, Vittorio Foa) che si era formata negli anni della giovinezza e che sarà sempre, per lui, una sorta di piccola patria. Una vita passata alla sua scrivania: prima a studiare, poi a scrivere sentenze, poi i suoi libri di storia; tra l'Università e il Tribunale.

Eppure: questa vita così regolare, appare, ai nostri occhi, straordinaria. Perché? Certo, per la tensione morale che sempre l'accompagna. Per le tante persone di eccezionale valore che la fortuna gli fa incontrare: quelli che saranno i suoi maestri e compagni. Non a tutti i ventenni poteva capitare di scrivere sul proprio diario, dopo un'abbondante nevicata in città: «A sciare in collina con Carlo [il fratello], Giorgio Agosti e Aldo Garosci»¹. Tanto meno, non a tutti gli studenti, negli anni del fascismo ormai consolidato, accadeva di poter scrivere con stupefacente *nonchalance*, al termine di una ordinaria

¹ Appunto del 23 dicembre 1929 su agendina personale.

giornata universitaria: «Oggi, dopo il parrucchiere, sono andato da quel simpatico uomo che è Einaudi, poi all'Istituto giuridico e poi da Ruffini...»². O di raccontare, due anni dopo, il proprio lunedì di pasquetta con queste parole: «Stamattina suona il campanello, entra un signore e chiede di me: era il prof. Omodeo. Simpatico: grasso, grosso, non loquacissimo e non molto espansivo: ma affettuoso e gentile. Ci ha portato, me e Carlo, stamattina, da Croce, che ho conosciuto con vivo piacere. Che persona simpatica! Omodeo è stato a pranzo da noi ... Abbiamo conosciuto Elena Croce, la prima figliola. Alla stazione, a salutare Omodeo. C'era Croce»³.

Ripensare la vita e il pensiero di Sandro Galante Garrone – nato nel 1909 e scomparso dopo il passaggio al secolo nuovo – significa ripercorrere l'intero Novecento. La vita di un uomo che, bambino, ha respirato l'aria del Risorgimento nella casa del nonno materno, Luìsin: il professore di matematica, figlio del mugnaio di Palestro, che a quattordici anni, nel 1859, appollaiato su un ciliegio, aveva visto gli Austriaci che scappavano. Ha respirato l'aria dell'interventismo democratico che impetuosamente ha fatto irruzione nella casa di Vercelli, portata dai due zii: quei fratelli Giuseppe ed Eugenio Garrone, che partiranno volontari per la Grande Guerra e moriranno entrambi nella battaglia del monte Grappa. Un uomo – il giovane Sandro – che ha sentito crescere le inquietudini, i sussulti e le paure profonde del primo dopoguerra. Ha visto nascere, trionfare e miseramente cadere il fascismo. Ha incrociato sul suo cammino di ventenne i maestri della cultura liberale italiana di respiro europeo. E in nome di quella cultura non ha ceduto al fascismo, lo ha combattuto; uomo maturo, ha partecipato alla costituzione del Partito d'Azione a Torino e alla Resistenza; e ha poi lottato, nell'Italia repubblicana, per le libertà grandi e piccole dei cittadini. Ha servito lo Stato: prima come magistrato, poi come professore all'università. Amministrando la giustizia, insegnando, scrivendo libri, intervenendo sul quotidiano *La Stampa* per quasi mezzo secolo, ha lavorato per quel Paese migliore che Bobbio chiamava "Italia della ragione".

Penso che, senza affatto sottovalutare lo straordinario impegno di Galante Garrone nella battaglia antifascista, noi possiamo oggi riconoscere che il contributo più eccezionale dato al nostro Paese vada ricercato nel suo ruolo di difensore dei diritti giocato negli anni del dopoguerra. Non solo con i suoi libri ma ancor più nella quotidiana

² Ivi, 11 gennaio 1929.

³ Ivi, 6 aprile 1931.

battaglia intellettuale condotta come pubblicista. Un filo rosso collega i circa mille articoli di Galante Garrone su *La Stampa*, che vanno dal primo editoriale sulla Resistenza agli ultimi interventi dell'inizio del nuovo secolo. È lui stesso ad indicarcelo, citando una definizione di Guido Calogero, nell'introduzione della raccolta che il giornale gli dedicherà nel 1992: «L'ideale della giustizia e dell'eguaglianza è lo stesso ideale della libertà, quando essa sia intesa non come la libertà che si possiede, ma come la libertà che si vuole, cioè come l'altrui libertà. [...] Né la libertà può essere un futuro rispetto alla giustizia, né la giustizia rispetto alla libertà. Entrambe debbono essere presenti e operanti, a garantirsi e a promuoversi a vicenda»⁴. È l'ideale del liberalsocialismo; il tentativo di coniugare libertà e giustizia. Lo stesso anelito che guida i suoi studi storici e le vite dei personaggi da lui raccontati. Lo stesso che ha ispirato l'animoso impegno nella politica, in quella breve stagione del '43-'45 che contrassegnerà l'intera sua lunga vita.

Non c'è articolo in cui non si parli di diritti, di libertà, di leggi. Ma il diritto non è qualcosa di astratto e dogmatico, che riposa in testi polverosi. Il diritto – come avrebbe detto Calamandrei – è un pane che deve essere spezzato tra la gente, perché “vi circolano dentro le lacrime e il sangue degli uomini”. Anche quando tratta dei rapporti tra Stato e Chiesa, di pena di morte, di giustizia e politica – temi a lungo approfonditi da Galante Garrone – egli ne parla sempre partendo da episodi di cronaca, a volte clamorosi, più spesso apparentemente banali. Non scende mai dai massimi sistemi sulla terra. Ma si aggira, con la curiosità del cittadino in mezzo ai suoi concittadini, per discorrere con loro di quei valori comuni che possono tenerli insieme.

Un giovane di oggi può forse sorridere a rileggere le appassionate discussioni che, ancora nei primi anni '60, miravano all'abrogazione delle tante norme arcaiche che segnavano l'Italia del dopoguerra. Ma ci vollero quelle discussioni, durate anni, per incoraggiare e dar voce alla trasformazione intima del modo di sentire degli italiani, per rompere l'immobilità, per superare l'inerzia della Legge di fronte al costume che già era cambiato. L'abrogazione del reato di omicidio per causa d'onore e del matrimonio “riparatore” come causa estintiva del “ratto a fine di matrimonio” si avrà soltanto nel 1981. Quella del reato di adulterio nel 1968. Il divorzio entrerà nel nostro ordinamento, in modo assai controverso, nel 1970. Il nuovo

⁴ A. Galante Garrone, *Libertà liberatrice*, Torino, La Stampa, 1992, p. 14.

diritto di famiglia, che prevede la parità tra i coniugi, sarà introdotto soltanto con la riforma del 1975.

Ciascuna di queste riforme sarà il risultato di battaglie intraprese da minoranze intellettuali che, con qualche anno di anticipo, sanno cogliere un mutamento delle coscienze in atto. Gli intellettuali azionisti, perennemente condannati al minoritarismo, su questi temi seppero invece contribuire a far crescere nuove maggioranze. A sostenere quelle battaglie c'era una robustissima cultura dei valori: una profonda convinzione della loro idoneità a fondare la costituzione materiale di un Paese. Ecco l'insegnamento più attuale di Alessandro Galante Garrone: i valori dell'uomo laico non sono inferiori a quelli religiosi, che pur egli sempre rispetterà ma che non costituiscono un *surplus* a cui necessariamente attingere.

In una famosa conversazione con Vittorio Messori del 1984, Galante Garrone ripropone, come causa del suo «distacco dalla fede familiare», la firma dei Patti del '29 tra il Papa e Mussolini. Ribadisce con forza la sua concezione chiaramente "separatista" dei rapporti tra Stato e Chiesa e la sua insofferenza per le intromissioni ecclesiastiche nella politica. E quando Messori, abbandonando il terreno storico e affrontando di petto la questione religiosa, gli ripropone la scommessa di Pascal sull'aldilà, che la condizione umana imporrebbe a ciascuno di noi – *Il faut parier, vous aussi vous êtes embarqués* – Galante Garrone riafferma radicalmente il proprio agnosticismo: «E invece no. È un problema che non mi voglio porre. Non temo e non spero nulla. So soltanto che ciascuno di noi deve fare ogni giorno, sino all'ultimo, il suo dovere». Bisogna saper «lavorare con umiltà, senza ostentazione, magari anche in attività oscure. [...] Occorre cercare di uscire da sé, occorre vincere il proprio egoismo, servire i più piccoli senza illudersi di trovare sempre e comunque riconoscimento o gratitudine». Perché «la vita ci è stata data per servire, per mostrarci solidali con l'umanità intera battendoci, pur nel nostro piccolo, per gli ideali eterni di giustizia, di libertà, di pace, di progresso».

È l'etica del dovere, la regola del «fai quel che devi», appresa dall'esempio familiare, che diventa imperativo morale, cogente come una fede religiosa: una regola che ha il suo fondamento etico non in una dottrina religiosa ma nel valore sacro di ogni persona umana. Questa morale laica, a cui si sforza di ispirarsi, lo fa sentire – come lui stesso dirà – «solidale con chi ha un ideale religioso». Ma non inferiore. Nonostante la funzione chiaramente "anticipatrice" delle battaglie ingaggiate da Galante Garrone, egli non è mai il fautore di uno Stato-pedagogo che pretenda di insegnare ai suoi cittadini la virtù.

Non ci sono dottrine autosufficienti capaci di dare risposte a tutti i problemi dell'umanità. Al contrario, nella sua concezione, lo Stato deve limitarsi ad indicare precise norme che regolino la libertà della persona: sempre e solo per impedire l'aggressione alla libertà degli altri.

Alessandro Galante Garrone ama le virtù repubblicane. Ma non è tra quei giacobini che difendono la dittatura delle "minoranze virtuose". Il vero Stato liberale – scriverà commentando il libro di Jemolo *I problemi pratici della libertà* – deve «combattere tutti gli ostracismi, educare alla discussione, fare della scuola lo strumento del dialogo», non permettere che una parte dei cittadini sia messa al bando.

Anche i valori migliori, se considerati assoluti, possono portare al sonno della ragione: all'idea infausta che in nome di essi tutto possa essere calpestato. Galante Garrone chiarirà molto bene questa sua idea in un libro del 1989 – *Amalek, il dovere della memoria* – in cui raccoglierà i vari suoi articoli, prefazioni, saggi e scritti dedicati alla difesa degli ebrei e dello Stato di Israele. Ogniqualvolta qualcosa «viene posto al di sopra dell'uomo [...] nella pienezza dei suoi diritti e della sua dignità morale» si intraprende una strada che può portare alla barbarie. Questo "qualcosa" può essere un'idea di per sé inaccettabile: come il «convincimento della superiorità di una razza» o «la volontà di potenza» o il «trionfo rivoluzionario di una classe sulle altre». Ma può essere anche il richiamo ad un valore, normalmente ritenuto positivo, che si trasforma in principio assoluto: «L'appello agli interessi supremi del proprio paese, l'esaltazione della patria al di là del giusto e dell'ingiusto», la "ragion di Stato". In ogni caso è un ideale «che viene sublimato come un valore assoluto, e al quale si ritiene lecito sacrificare i diritti, la libertà, il benessere dei singoli individui». Tutti i campi di concentrazione, da quelli nazisti a quelli del regime staliniano, hanno come germe originario questa esaltazione di principi ritenuti supremi.

Sarà la fedeltà a questi principi a fare, dell'esistenza di Sandro Galante Garrone, una vita straordinaria. Nel suo incontro con i grandi accadimenti del Novecento, Galante Garrone incrocia tutti gli snodi cruciali del secolo: quei momenti particolarissimi in cui avvengono le svolte fondamentali del Paese; le grandi scelte personali che cambiano la vita, i destini delle persone. Può capitare due o tre volte in un secolo. Sono quei momenti in cui umori, idee in formazione, tendenze che sembrano opposte, persone diverse, si incontrano, si mescolano spesso in modo torbido, si intrecciano e poi proseguono: mai uguali a quando si sono incontrate. Spesso, da quegli incontri

nascono tendenze politiche nuove: che a volte portano le persone verso scelte comuni, altre volte le spingono in direzioni opposte. Pensiamo a cosa furono, per i giovani nati a cavallo tra i due secoli, gli anni intorno alla Grande Guerra. Gli interventisti democratici e i nazionalisti che nel 1914 erano insieme nelle piazze italiane e nella primavera del '19 manifestano insieme per Fiume italiana, pochi mesi dopo si incammineranno su strade opposte: alcuni di loro saranno tra i primi squadristi; altri li ritroveremo tra gli antifascisti più intransigenti.

Così sarà nell'autunno del '43: quando uomini che tre anni prima erano partiti, convinti, per la guerra fascista, saliranno in montagna incontrando quegli antifascisti che nel ventennio avevano tenuto acceso il cerino dell'opposizione clandestina al regime. Così sarà trenta anni più tardi, per i giovani nati tra la fine dei '40 e l'inizio dei '50. Quando ragazzi, che tra il 1968 e il 1970 erano stati insieme nel movimento studentesco, prenderanno strade opposte: alcuni intraprendendo quella scalata ad un paradiso impossibile che li porterà al terrorismo; altri trovandosi a difendere, in modo intransigente, le istituzioni democratiche.

Spesso quelle scelte opposte sono il frutto di un incontro con un compagno di scuola, un professore, un amico. A volte, a decidere le sorti di un uomo sono circostanze quasi casuali: l'esser stati presenti ad un certo fatto in un momento particolare, ad una riunione, ad un incontro, un discorso. Un tema, questo, che sempre appassionava Galante Garrone nelle sue discussioni con gli amici. E non per caso. Perché la sua vita si trovò ad incrociare molti di questi snodi cruciali.

Ebbene: quel che noi possiamo dire, voltandoci indietro e leggendo la sua vita, è che sempre Sandro esce da questi incroci intraprendendo la strada giusta. Quella che *oggi* noi sappiamo essere stata la strada "giusta". Ma che non sempre, *allora*, nel momento ineludibile della scelta, era facile capire.

L'eredità culturale dell'interventismo degli zii avrebbe potuto spingere il giovane Galante Garrone a simpatie verso quel fascismo che era sorto, si era nutrito ed ingigantito con il mito del reducismo. Al contrario, quella tradizione alimenterà l'antifascismo di stile e culturale, prima ancora che politico, di Sandro.

La vicinanza con i comunisti, negli anni della Resistenza, avrebbe potuto renderlo indulgente verso i regimi stalinisti; e invece Galante Garrone sarà, anche in questo caso, sempre dalla parte giusta: contro il "colpo" di Praga nel '48; contro i carri sovietici nel '56 ungherese e nel '68 cecoslovacco.

Le simpatie per gli studenti del 1968 avrebbero potuto fargli sottovalutare i rischi dei sussulti violenti del movimento, come accadde a molti intellettuali democratici. E invece Galante Garrone, insieme all'amico Carlo Casalegno, sarà da subito in prima fila a sostenere la risposta ferma dello Stato. A dire che "lo Stato siamo noi"; mentre altri intellettuali proclamavano "né con lo Stato né con le BR". Lo Stato democratico è nelle nostre mani: è fatto dai diritti eguali che ogni giorno sappiamo conquistare e difendere e dai doveri che sappiamo adempiere. Per questo noi possiamo leggere la storia della sua vita e del suo pensiero come la lezione di un grande educatore civile.

Per tutti gli anni Novanta la tradizione culturale dell'azionismo viene attaccata, da una certa pubblicistica, con un'ossessione furibonda. È un filone culturale, più che politico: sopravvissuto alla scomparsa di quella meteora che fu il Partito d'Azione, sciolto nel 1946. Ma quel nucleo culturale ha continuato a covare l'antica idea di un'eguaglianza intesa come lotta per la conquista di pari libertà ed opportunità, di una giustizia che miri al "difficile governo della diversità". Un'idea che sopravvive al comunismo e al fallimento della speranza di una giustizia sociale fondata sull'egualitarismo collettivo. Per questo gli azionisti vengono tirati in ballo a sproposito, citati scorrettamente, spesso derisi. Parole come intransigenza morale, senso dello Stato, serietà nel proprio lavoro, laicità, fedeltà alla Costituzione, antifascismo – che esprimono virtù civiche che dovrebbero essere care a tutti – diventano, se pronunciate dagli azionisti, pericolose parole d'ordine di fanatici e supponenti moralisti.

La vita di Galante Garrone sfata tutti questi stereotipi, cuciti addosso a lui e agli "azionisti torinesi". Da biografie repubblicane come la sua noi possiamo trarre forza ed esempio per l'oggi e per il domani. Quell'insieme di idee, quell'atteggiamento critico, quella continua ricerca di libertà per sé e per gli altri che uomini come lui seppero incarnare rappresentano ancora un ampio e profondo giacimento culturale: un bene comune per tutti gli Italiani, che ancor oggi attende generosamente di essere sfruttato.

I primi dieci anni della Cattedra
(2010-2020)

I corsi

Virtù e vizi della democrazia – 2010/11

Gustavo Zagrebelsky

Professore emerito di Diritto costituzionale nell'Università di Torino.
Presidente emerito della Corte costituzionale

In mezzo al guado: forma e sostanza nella penalistica italiana del dopoguerra – 2011/12

Francesco Palazzo

Professore di Diritto penale nell'Università di Firenze

La democrazia costituzionale e il suo futuro – 2012/13

Luigi Ferrajoli

Professore di Filosofia del diritto nell'Università Roma Tre

La democrazia costituzionale e il suo passato – 2013/14

Pietro Costa

Professore emerito di Storia del diritto medievale e moderno nell'Università di Firenze

Sulla ristrutturazione della giuridicità nel mondo globale – 2014/15

Maria Rosaria Ferrarese

Professoressa di Sociologia del diritto nell'Università di Cagliari

La giustizia degli antichi e dei moderni – 2015/16

Marco Revelli

Professore di Scienza della Politica nell'Università del Piemonte Orientale

Euso della verità – 2016/17

Franca D'Agostini

Professoressa di Logica e filosofia della scienza nell'Università Statale di Milano

Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica –
2017/18

Vittorio Villa

Professore di Filosofia del diritto nell'Università di Palermo

Storia della magistratura italiana: metodi e contesti – 2018/19

Antonella Meniconi

Professoressa di Storia delle istituzioni politiche
nell'Università La Sapienza di Roma

Paradigmi della giustizia penale: la prospettiva storica – 2019/20

Ettore Dezza

Professore di Storia del diritto medievale e moderno
nell'Università di Firenze

Le conferenze

La patria di Alessandro Galante Garrone – 26 ottobre 2010

Paolo Borgna

Procuratore aggiunto presso la Procura della Repubblica di Torino

Politica, memoria e religione civile – 28 novembre 2011

Giovanni De Luna

Professore di Storia contemporanea nell'Università di Torino

La crisi, i diritti e la Costituzione – 9 aprile 2013

Elvio Fassone

Già magistrato e senatore della Repubblica

La lunga marcia della giustizia tra diritti e poteri – 4 marzo 2014

Livio Pepino

Direttore della rivista «Questione giustizia», già magistrato

Le trasformazioni del diritto e della scienza giuridica: quali conseguenze per l'insegnamento del diritto? – 2 marzo 2015

Vincenzo Ferrari

Professore emerito di Sociologia del diritto nell'Università di Milano

Le leggi, gli Stati, gli Islam – 1 aprile 2016

Gianluca Parolin

Professore di Diritto comparato nell'Aga Khan University di Londra

I limiti della democrazia – 10 maggio 2017

Sabino Cassese

Professore emerito di Diritto amministrativo nella Scuola Normale Superiore di Pisa. Giudice emerito della Corte costituzionale

Verità e giustizia di transizione – 27 febbraio 2018

Michele Taruffo

Professore emerito di Diritto processuale civile nell'Università di Pavia

Ragionare di diritto, oggi – 10 aprile 2019

Nicolò Lipari

Professore emerito di Istituzioni di diritto privato
nell'Università La Sapienza di Roma

“Il veleno di una fede feroce”. Antisemitismo di ieri e di oggi –
25 febbraio 2020

Alberto Cavaglion

Professore di Storia dell'ebraismo nell'Università di Firenze

I dialoghi

La legalità penale secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo –

15 maggio 2012

Vittorio Manes

Professore di Diritto penale nell'Università del Salento

Vladimiro Zagrebelsky

Già magistrato e giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo

Costituzionalismo del nostro tempo – 25 marzo 2013

Luigi Ferrajoli

Professore emerito di Filosofia del diritto nell'Università Roma Tre

Gustavo Zagrebelsky

Professore emerito di Diritto costituzionale nell'Università di Torino.

Presidente emerito della Corte costituzionale

Diritto, Verità, Giustizia: convertuntur? – 18 maggio 2017

Franca D'Agostini

Professoressa di Logica e filosofia della scienza nell'Università Statale di Milano

Roberta De Monticelli

Professoressa di Filosofia della persona nell'Università San Raffaele di Milano

Gustavo Zagrebelsky

Professore emerito di Diritto costituzionale nell'Università di Torino.

Presidente emerito della Corte costituzionale

Il Sessantotto cinquant'anni dopo: significati ed esperienze torinesi –

16 maggio 2018

Paolo Borgna

Procuratore aggiunto presso la Procura della Repubblica di Torino

Corrado Malandrino

Professore di Storia delle dottrine politiche nell'Università del Piemonte Orientale

Marco Revelli

Professore di Scienza della Politica nell'Università del Piemonte Orientale

Le letture

La libertà dei servi – 5 marzo 2012

Maurizio Viroli

Professore di Teoria politica nell'Università di Princeton

La comprensione del diritto – 15 aprile 2013

Giuseppe Zaccaria

Professore di Teoria generale del diritto e Rettore dell'Università di Padova

Quale laicità? Europa e Stati Uniti a confronto – 6 maggio 2013

Frederick Mark Gedicks

Professore di Diritto costituzionale nella Brigham Young University di Provo, Utah (USA)

L'idea di Università – 19 marzo 2014

Enrico Zanelli

Professore emerito di Diritto commerciale nell'Università di Genova

Il vero volto del sistema elettorale maggioritario – 21 ottobre 2014

Luciano Canfora

Professore di Filologia greca e latina nell'Università di Bari

Giustizia e conflitto di valori in una società pluralistica – 23 maggio 2017

Emanuela Ceva

Professoressa di Filosofia politica nell'Università di Pavia

1938: leggi razziali e ritorno delle interdizioni – 15 maggio 2018

Alberto Cavaglion

Professore di Storia dell'ebraismo nell'Università di Firenze

*Dieci anni dopo. L'eredità di Alessandro Galante Garrone
In ricordo del decennale della morte (Torino, 30 ottobre 2003)*

Alessandria, 17 dicembre 2013

La Cattedra, quattro anni dopo
Massimo Vogliotti

Il magistrato Alessandro Galante Garrone
Paolo Borgna

La Resistenza e la trasmissione del ricordo
Marco Revelli

Padri e figli
Giovanna Galante Garrone

Quale formazione, per quale giurista?

Alessandria, 19 maggio 2016

In occasione dei primi cinque anni della Cattedra, si è chiesto a Gustavo Zagrebelsky, Francesco Palazzo, Luigi Ferrajoli, Pietro Costa e Maria Rosaria Ferrarese di riflettere su contenuti, metodi e finalità dell'insegnamento del diritto.

L'intervento del Prof. Costa è pubblicato sul sito della Cattedra.

Introduzione

*Perché una Cattedra intitolata
ad Alessandro Galante Garrone?
La crisi dello Stato costituzionale di diritto, la distopia nichilistica e
l'esigenza di una nuova educazione giuridica**

Massimo Vogliotti

1. Le ragioni di allora e di oggi – 2. Un sintomo giusfilosofico del malessere dello stato costituzionale di diritto: la tesi del nichilismo giuridico – 3. Il nichilismo come destino: una lettura positivista della Costituzione – 4. Un modo diverso di guardare alla Costituzione – 5. La distopia di Irti e le responsabilità del giurista

1. Le ragioni di allora e di oggi

L'idea di intitolare, nel giugno del 2010, una Cattedra universitaria alla figura di Alessandro Galante Garrone – giudice, partigiano della formazione “Giustizia e libertà”, storico ed editorialista de «La Stampa» – nasceva come reazione al progressivo indebolimento, nelle istituzioni e nella società, delle basi culturali su cui si fonda la nostra Costituzione.

L'anno successivo, un analogo sentire spingeva Luigi Ferrajoli – a cui nel 2013 la Cattedra venne affidata – a denunciare l'esistenza di un vero e proprio «processo di decostituzionalizzazione del sistema politico italiano»; un processo che si manifestava «nella costruzione di un regime basato sul consenso o quanto meno sulla passiva ac-

* Poco dopo la stesura delle pagine che seguono è scoppiata improvvisamente la guerra in Ucraina, battezzata dal Presidente del Paese aggressore, la Russia, «operazione militare speciale». George Orwell non avrebbe faticato a riconoscere in questa formula un esempio della neolingua da lui descritta nel romanzo distopico *1984* (per un ulteriore esempio di neolingua orwelliana nella nostra storia recente, v. *infra*, par. 1). Questo tragico ritorno della guerra in Europa, nelle vesti di un conflitto che rappresenta il momento geopolitico più pericoloso dai tempi della crisi dei missili a Cuba, rivela tutta la debolezza degli argini giuridici internazionali eretti a partire dal secondo dopoguerra a difesa dei diritti e della pace mondiale e costituisce un forte argomento a favore della tesi nichilistica qui osteggiata. La visione di Natalino Irti appare oggi meno distopica di quando queste pagine sono state concepite.

quiescenza di una parte rilevante della società italiana a una lunga serie di violazioni della lettera e dello spirito della Costituzione». Venti anni di «tentate controriforme costituzionali e di aggressioni alla Carta del 1948 – volta a volta squalificata come vecchia e superata, e addirittura come responsabile dell'inefficienza del sistema politico – hanno prodotto il declino del valore della Costituzione nel senso comune»¹.

Dopo il crollo del sistema dei partiti cui si deve la scrittura della Carta costituzionale, sono stati numerosi e crescenti gli attacchi mossi al fragile edificio dello stato costituzionale di diritto dal primo neopopulismo italiano, che, sfruttando abilmente il medium televisivo, aveva introdotto, sulla scena politica europea, un «oggetto sconosciuto», trasformando «la tradizionale democrazia rappresentativa in “video-politica”»², secondo l'intuizione di Giovanni Sartori³, e avviando il fenomeno, allora inedito, della personalizzazione della politica. La novità era stata subito avvertita da Bobbio, che vedeva in “Forza Italia” il «primo partito personale di massa»⁴ favorito dalla televisione, di cui il suo leader, divenuto presidente del consiglio, aveva un controllo quasi monopolistico. A proposito di questo «passaggio dal voto al partito al voto alla persona», che per Bobbio era il «fenomeno più sconvolgente»⁵ del nuovo assetto politico generato dalla fine della prima Repubblica, Bernard Manin aveva coniato proprio in quegli anni la fortunata formula «democrazia del pubblico», terza forma di democrazia rappresentativa (dopo quella dei notabili e dei partiti di massa) in cui i partiti, travolti in Italia dalle indagini di “manipulate” e dall'ondata di antipolitica, non scompaiono, ma si trasformano in «comitati al servizio di un leader, che sviluppa il rapporto con i cittadini e la società servendosi dei media e delle tecniche del marketing politico-elettorale»⁶. Alla luce della ricostruzione di Manin delle metamorfosi della democrazia rappresentativa, la novità del caso italiano non appare più come un'anomalia tutta nostrana, ma

¹ L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, Laterza, 2011, pp. VII-VIII.

² M. Revelli, *Populismo 2.0*, Torino, Einaudi, 2017, p. 125.

³ G. Sartori, *Homo videns. Televisione e post-pensiero*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

⁴ N. Bobbio, *Tra due Repubbliche. Alle origini della democrazia italiana*, Roma, Donzelli, 1996, p. 134.

⁵ Ivi, p. 120.

⁶ Così Ilvo Diamanti nella prefazione alla traduzione italiana del saggio di B. Manin, *Principi del governo rappresentativo*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. X. La prima edizione in francese è del 1995.

come un fenomeno dalle radici profonde che ha inaugurato una linea di tendenza divenuta mondiale, culminando nel successo di Trump negli Stati Uniti. Come osserva Ilvo Diamanti, la specificità del caso italiano consisteva, semmai, nel suo essere un esempio iperbolico di democrazia del pubblico, e ciò per la forte concentrazione di potere in mano a una sola persona: il Cavaliere di Arcore è stato, infatti, «il capo dell'esecutivo, il leader (assoluto) del partito di maggioranza, il proprietario del maggior gruppo mediatico»⁷.

L'impatto dei mezzi di comunicazione di massa sulla vita politica (dal «tele-populismo»⁸ del ventennio berlusconiano al successivo populismo digitale, interpretato in Italia dal movimento 5 Stelle) e la personalizzazione della politica, seguita alla crisi delle ideologie incarnate dai partiti di massa novecenteschi, creano un terreno favorevole per l'affermarsi di una strategia retorico-argomentativa (*l'avvelenamento del pozzo*) che inquina nel profondo la vita politica e sociale di una comunità, disgregandola. Con questa formula, come ci ricorda Franca D'Agostini – cui, nell'anno accademico 2016-17, fu affidata la Cattedra per tenere un corso proprio su questi temi – si allude alla delegittimazione in anticipo di «qualunque cosa un avversario possa dire, insinuando il sospetto circa la sua cattiva fede, o scarsa correttezza, o scarsa credibilità (scientifica, morale, politica ecc.); l'eventuale verità proposta in seguito dalla persona in questione sarà pubblicamente ignorata, considerata priva di rilevanza, o decisamente accolta come falsità». L'avvelenatore «compie una piccola azione, gli effetti sono disastrosi per la comunità»⁹.

Mentre il primo fattore – l'intreccio di politica e mezzi di comunicazione di massa – ha consentito di rendere pervasiva la propaganda, estendendola a ogni fase della vita pubblica, oltre i confini del momento elettorale, e determinando così «il rapido propagarsi del veleno», il secondo fattore – la personalizzazione della politica – «ha favorito la proliferazione di argomenti *ad personam*: là dove non è più in gioco la verità di una visione del mondo e della giustizia, ci si rivolge all'immagine pubblica degli individui, per umiliarla o esaltarla». Le finalità perseguite dalla strategia dell'avvelenamento (ossia «lo svilimento e l'indebolimento sistematico della credibilità di

⁷ Ivi, p. XVI.

⁸ P.-A. Taguieff, *L'illusion populiste*, Paris, Berg International, 2002 (tr. it. *L'illusione populista*, Milano, Mondadori, 2003).

⁹ F. D'Agostini, *Verità avvelenata. Buoni e cattivi argomenti nel dibattito pubblico*, Torino, Bollati Boringhieri, 2010, p. 11.

qualunque tesi») sono più facilmente raggiunte «dove ad esso non si contrappongono forti convinzioni, ma solo una generica simpatia [...] o un intersecarsi di interessi che convergono su una *leadership*»¹⁰.

Gli esempi di questa strategia sono numerosi durante il ventennio berlusconiano, a cominciare dalla demonizzazione dell'avversario politico sfruttando le pulsioni anticomuniste ancora diffuse in quegli anni nel suo elettorato, malgrado la condanna della storia seguita al crollo del muro di Berlino e dell'impero sovietico: «lui – come ricorda ironicamente Bobbio – è venuto a salvare l'Italia dai comunisti perché i suoi oppositori sono tutti comunisti o alleati dei comunisti [...] Negli ultimi giorni della campagna elettorale», che avrebbe poi portato alla vittoria della coalizione di centro-sinistra nel 1996, «ha usato l'argomento: “Non votate l'Ulivo perché se vincerà non voterete mai più». E aggiungeva: «è incredibile quanti sono oggi gli italiani cui la destra riemersa è riuscita a far credere che era venuta l'ora di cambiare perché la prima repubblica era stata governata dalle sinistre»¹¹.

Il veleno in assoluto più tossico per la tenuta delle istituzioni liberal-democratiche è però rappresentato dalla virulenta e ininterrotta campagna di delegittimazione della magistratura: la retorica delle «toghe rosse», dei giudici «mentalmente disturbati» e «politicizzati», della persecuzione giudiziaria, gli attacchi denigratori mossi a singoli magistrati impegnati nei suoi numerosi processi. Screditare aprioristicamente la giurisdizione – che è la principale incarnazione a livello istituzionale della figura del “terzo” senza la quale nessuna comunità politica può sopravvivere¹² – significa far venir meno l'istanza – che, in uno stato di diritto, si deve presumere imparziale, salvo prova contraria – cui è affidato il compito cruciale di stabilire, nelle forme e nei limiti del diritto, la verità e la giustizia.

In seguito all'irrompere nello spazio pubblico della rete e dei social media, che «mettono in comunicazione diretta i leader con il popolo in un vortice quotidiano di dichiarazioni, commenti e filmati», il decadimento della verità raggiungerà, all'alba della seconda Repubblica, «forme e intensità inedite e inimmaginabili», contaminando tutte le democrazie occidentali¹³. Rispetto al tele-populismo

¹⁰ Ivi, p. 12.

¹¹ N. Bobbio, *Tra due Repubbliche*, cit., p. 136 e 130.

¹² V., in merito, F. Ost, *Le droit ou l'empire du tiers*, Paris, Dalloz, 2021, secondo cui «passer au droit, c'est inscrire la relation sur une scène tierce» (p. 13; il corsivo è dell'Autore).

¹³ M. Ferrera, F. D'Agostini, *La verità al potere. Sei diritti atletici*, Torino, Einaudi, 2019, p. 66.

berlusconiano, con Twitter, Facebook e Instagram la diffusione di *fake news* e di manipolazioni informative di vario genere si è fatta più capillare anche perché con questi strumenti la produzione di falsità può avvenire dal basso, spesso con la complicità di chi la subisce che non attiva gli strumenti di *fact-checking*, pure disponibili nella rete.

Il fenomeno ha raggiunto dimensioni tali da indurre gli *Oxford Dictionaries* ad accogliere nel 2016, sulla scia della campagna referendaria per la Brexit e della battaglia senza esclusioni di colpi che ha consentito a Trump di vincere le elezioni, un nuovo lessema, eleggendolo a parola dell'anno: «post-verità». Secondo l'Accademia della Crusca, con post-verità si allude a circostanze nelle quali «fatti oggettivi sono meno influenti nell'orientare la pubblica opinione che gli appelli all'emotività e le convinzioni personali»¹⁴. Questa forma di indifferenza aletica trova alimento dal «forte calo di fiducia nelle istituzioni come fonti affidabili di informazione. Si sta indebolendo l'argine che la modernità ha faticosamente costruito contro falsità e nascondimenti: la scienza»¹⁵. Il caso dei vaccini durante l'attuale pandemia è solo l'esempio macroscopico di un crescente fenomeno di disaccordi e controversie pubbliche su fatti e questioni rispetto ai quali la comunità scientifica offre dati abbondanti, sperimentati e condivisi. Come osserva Francis Fukuyama in un articolo scritto in occasione dell'anniversario dell'attacco a Capitol Hill da parte dei sostenitori di Trump, se in passato ci siamo sempre divisi intorno ai valori, ora ci troviamo a vivere «in separate factual universes»¹⁶.

Secondo il rapporto annuale 2021 del Censis sulla situazione sociale del Paese, saremmo giunti all'epoca della «società irrazionale», caratterizzata da una «irragionevole disponibilità a credere alle più improbabili fantasticherie, a ipotesi surreali e a teorie infondate, a cantonate e strafalcioni, a svarioni complottisti, in un'onda di irrazionalità che risale dal profondo della società». Si tratterebbe della manifestazione di un disagio «tutt'altro che marginale» che – come il populismo post-novecentesco, di cui ha in comune l'ostilità nei confronti delle élites – ha «radici socio-economiche profonde, secondo una parabola che va dal “rancore” al “sovranismo psichico”», già denunciati nel rapporto del 2019, e che «ora evolve diventando

¹⁴ M. Biffi, *Viviamo nell'epoca della post-verità?*, sul sito internet dell'Accademia della Crusca, 25 novembre 2016.

¹⁵ M. Ferrera, F. D'Agostini, *La verità al potere*, cit., p. 66.

¹⁶ F. Fukuyama, *One Single Day. That's All It Took for the World to Look Away From Us*, in «New York Times», 5 gennaio 2022.

rifiuto *tout court* del discorso razionale». L'irrazionalità non sarebbe «semplicemente una distorsione psichica legata alla pandemia, bensì l'esito dell'erosione del lungo ciclo storico-sociale in cui la ragione costituiva lo strumento per proteggersi dall'incertezza dell'ignoto e dai rischi esistenziali». Oggi, tuttavia, «la realtà razionale tradisce sempre più spesso le aspettative soggettive che essa stessa ha alimentato». Ciò dipenderebbe dal fatto che «siamo entrati in un nuovo ciclo, quello dei rendimenti decrescenti degli investimenti sociali». Per il 66,2% della popolazione si viveva meglio in passato: è il segno, si legge nel rapporto, «di una corsa percepita verso il basso della società e dell'economia». Il caso emblematico – e particolarmente preoccupante – dei rendimenti decrescenti degli investimenti sociali è rappresentato dai percorsi di istruzione e di formazione. Per l'81% degli italiani è oggi «molto difficile per un giovane vedersi riconosciuto nella vita l'investimento di tempo, di energie e di risorse profuso nello studio. Più di un terzo (il 35,5%) è convinto che semplicemente non conviene impegnarsi per laurearsi, conseguire master e specializzazioni, per poi ritrovarsi invariabilmente con guadagni minimi e rari attestati di riconoscimento». Questo diffuso pessimismo circa le aspettative future rappresenterebbe il contesto in cui «irrompe l'irrazionale», che, si precisa, non è riducibile all'effetto «distorto di un digitale pervasivo, l'operazione compiuta da avidi imprenditori delle *fake news* o da imbonitori della politica». Sarebbe piuttosto la conseguenza di cause socio-economiche e psicologiche più profonde: «è una reazione inscritta nella materialità delle vite delle persone convinte che quel che si avrà in futuro non è più l'esito delle attuali scelte razionali. È la convinzione che rinunci, sacrifici, pene e investimenti individuali non porteranno comunque a un futuro migliore»¹⁷.

Come osserva Maurizio Ferrera, il decadimento della verità – che ha nella società irrazionale diagnosticata dal Censis le sue radici profonde – «è una delle più serie minacce che il pensiero e le pratiche liberaldemocratiche devono oggi fronteggiare». Infatti, «la disponibilità di conoscenze e informazioni vere, di un orizzonte fattuale e normativo non distorto o manipolato, è condizione necessaria per usare correttamente la ragione, e dunque scegliere e agire in autonomia e libertà»¹⁸. Più fondamentalmente, la verità, intesa non come contenuto di conoscenza, ma come «funzione concettuale»

¹⁷ Censis, *55° Rapporto sulla situazione sociale del Paese/2021*, in «www.censis.it», 3 dicembre 2021.

¹⁸ M. Ferrera, F. D'Agostini, *La verità al potere*, cit., pp. 113 e 112.

che «attiviamo quando diciamo o pensiamo “è vero”, “è falso”, “non è vero”», «è condizione necessaria per ogni forma di interazione sociale, in particolare di quelle di tipo pratico-cooperativo, le quali presuppongono sempre un certo grado di reciproca fiducia e di accordo su “come stanno le cose”». Il linguaggio – ma lo stesso vale per il diritto – è «una convenzione basata su veridicità e fiducia»¹⁹.

Una grave lesione del bene politico rappresentato dalla verità come funzione concettuale si ha quando si costruisce e si usa un linguaggio in cui non vi è corrispondenza tra parola e cosa, tra significante e significato convenzionalmente stabilito. Tale fenomeno, che ricorda una delle caratteristiche della “neolingua” orwelliana, tipica dei regimi autoritari – quando cioè si usano parole che significano «quasi esattamente l’opposto di quel che appaiono in un primo momento» (come «Minipax», cioè ministero della pace, che significa in realtà ministero della guerra)²⁰ – era già stato denunciato nella pagina progettuale della Cattedra con particolare riferimento alla strategia comunicativa di Silvio Berlusconi. Un esempio per tutti, che fu subito segnalato da Bobbio: il fondatore di Mediaset «guida il Polo per le libertà, ma nel settore decisivo per la garanzia delle principali libertà, la formazione dell’opinione pubblica, la cui libera espressione è il fondamento di uno stato libero, detiene il monopolio delle televisioni private, facendo nascere quella incompatibilità tra la sua attività di imprenditore e quella di protagonista della vita politica che è stata chiamata eufemisticamente “conflitto di interessi”»²¹. Successivamente, la contraddizione si aggraverà ulteriormente per effetto dei numerosi attacchi ai due pilastri fondamentali dello stato liberale, l’indipendenza della magistratura, cui già si è fatto cenno, e la libertà di informazione. È rimasto negli annali di quella triste stagione politica l’«editto bulgaro» con cui si bandì dalla televisione

¹⁹ Ivi, p. 20 e 70. Credere che l’interlocutore pensa ciò che dice, osserva Paul Ricœur, è la base fiduciaria sulla quale si fonda il linguaggio e ogni relazione sociale: «Cete base fiduciaire est la condition institutionnelle de toute relation interpersonnelle» (P. Ricœur, *Le Juste 1*, Paris, Éditions Esprit, 1995, p. 35). Recentemente ha messo bene in luce il fondamento fiduciario che è alla base del diritto Tommaso Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2021. Certo, riconosce l’Autore, «quando la fiducia verrà tradita interverranno rimedi pronti a sostenerci. Ma in prima istanza, [il diritto] ci dice di fidarci e ci chiede di avere comportamenti conseguenti, che possano adeguatamente soddisfare le aspettative di coloro con i quali instauriamo le nostre relazioni» (p. IX).

²⁰ G. Orwell, *1984*, Milano, Mondadori, 1983, p. 337 (la prima edizione italiana è del 1950, un anno dopo la prima edizione inglese *Nineteen Eighty-Four*).

²¹ N. Bobbio, *Tra due Repubbliche*, cit., pp. 135-136.

pubblica un maestro del giornalismo come Enzo Biagi, partigiano di “Giustizia e Libertà” come Galante Garrone.

Linsofferenza per il dissenso e per il complesso sistema di garanzie, controlli e contrappesi della Costituzione – cui si contrappone l'idea del “primato della politica”, in virtù dell'investitura diretta del popolo, rappresentato come entità omogenea e depositario di una sovranità intesa come assoluta – rivela chiaramente la totale estraneità di quella prima forma di neopopulismo non solo nei confronti della Costituzione repubblicana, fondata sull'antifascismo e la resistenza²², ma nei confronti del paradigma stesso dello stato costituzionale di diritto.

Negli anni successivi all'istituzione della Cattedra la salute della nostra democrazia costituzionale non è certo migliorata; è anzi peggiorata, come lo rivela la diagnosi formulata nel rapporto del Censis già ricordato. A quel quadro già di per sé allarmante vanno aggiunti altri elementi che aggravano ulteriormente la situazione: i crescenti rigurgiti neofascisti, culminati nell'assalto squadrista alla sede nazionale della Cgil il 9 ottobre dello scorso anno; il proliferare in tutta Europa di movimenti sovranisti, nazionalisti ed eurosceettici, che continuano a riscuotere ampi consensi nonostante il recente, cospicuo, aiuto finanziario dell'Unione europea per la ripresa delle economie nazionali colpite dalla pandemia; il riacutizzarsi del mai sopito antisemitismo, che obbliga la senatrice a vita Liliana Segre a vivere sotto scorta; il dilagare dei discorsi d'odio sui social; le politiche populistiche delle destre di contrasto all'immigrazione che – alimentando a fini di consenso elettorale paure e ostilità verso i migranti, presenti in larghe fasce della popolazione, specialmente tra quelle più colpite dagli effetti della crisi economico-finanziaria del 2008 e dall'emergenza pandemica, che ha ulteriormente accresciuto le già intollerabili disuguaglianze²³ – si sono spinte fino a calpestare il

²² L'unica volta in cui Berlusconi partecipò, da presidente del consiglio, alle celebrazioni del 25 aprile fu in occasione del terremoto dell'Aquila del 2009, quando si recò a Onna, paese più colpito dal sisma del 6 aprile e teatro di una spietata strage nazista avvenuta l'11 giugno del 1944, due giorni prima della liberazione dell'Aquila.

²³ V., in proposito, il rapporto Oxfam 2022 *La pandemia della disuguaglianza*, pubblicato il 17 gennaio di quest'anno in occasione dell'apertura del World Economic Forum di Davos. Nel rapporto si legge che «il patrimonio netto dei 10 miliardari più ricchi è più che raddoppiato (+119%), in termini reali, dall'inizio della pandemia, superando il valore aggregato di 1.500 miliardi di dollari, oltre 6 volte lo stock di ricchezza netta del 40% più povero, in termini patrimoniali, dei cittadini adulti di tutto il mondo». Nei Paesi di tutto il mondo, si legge ancora nel rapporto, «le politiche economiche e la cultura politica e sociale stanno perpetuando la ricchezza e il potere

principio costituzionale di solidarietà e le leggi scritte e non scritte del diritto internazionale, trasformando in delitto, con la complicità di qualche Procura, l'attività di soccorso in mare dei migranti da parte delle ONG²⁴.

Il malessere a livello globale delle democrazie costituzionali – di cui il fenomeno sempre più consistente dell'astensionismo è sintomo tra i più allarmanti²⁵ – è stato recentemente attestato dal rapporto annuale di *Freedom House*, intitolato significativamente «Democrazia sotto assedio». Nel rapporto dell'organizzazione non governativa americana che fotografa lo stato della libertà sulla Terra, si legge che nel corso del 2020 – il quindicesimo anno consecutivo di declino delle libertà democratiche – «l'equilibrio internazionale» si è spostato «a favore della tirannia». Oltre all'«influenza maligna» dei regimi illiberali come la Cina e la Russia – che cercano di dare credito all'idea secondo cui «la democrazia è in declino perché sarebbe incapace di rispondere ai bisogni della gente»²⁶ – a destare particolare preoccupazione è il diffondersi di politiche autoritarie,

di pochi privilegiati a detrimento della maggioranza dell'umanità e del pianeta. È il sistema economico che strutturalmente produce disuguaglianza, è il modo in cui le nostre economie e società attualmente funzionano».

²⁴ P. Borgna, *Saggi giudizi sul soccorso dei migranti. Fine del reato di solidarietà?*, in «Avvenire», 27 novembre 2021, plaude alla conclusione di alcune vicende giudiziarie che avevano investito persone che si erano attivate per il salvataggio in mare di migranti (il riferimento è a due provvedimenti di archiviazione disposti dal Tribunale di Agrigento nel 2019 e a un terzo provvedimento disposto nel novembre del 2021 dal gip di Bologna). Com'è noto, in Francia, sulla questione della criminalizzazione della solidarietà nei confronti dei migranti (*délit de solidarité*) si è pronunciato il Conseil constitutionnel (*Décision n. 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018*). Fondandosi sugli articoli 2, 72-3 e sul preambolo della Costituzione, il Conseil ha considerato per la prima volta la «fraternité» un principio costituzionale, dal quale discende «la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national» (§ 8). Secondo i giudici francesi, «en réprimant toute aide apportée à la circulation de l'étranger en situation irrégulière, [...] le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public» (§ 13). In merito, v., di recente, A. Lendaro, *Défendre les "délinquants solidaires". Quelles sont les limites de l'engagement des avocats de la cause des étrangers?*, in «Droit et Société», 107, 2021, pp. 67-82.

²⁵ V., in proposito, quanto scriveva Gustavo Zagrebelsky già cinque anni fa, *La disaffezione verso la "politica". Una minaccia per la democrazia*, in «La Repubblica», 23 novembre 2017.

²⁶ Freedom House, *Freedom in the World 2021. Democracy under Siege*, by Sarah Repucci and Amy Slipowitz, pp. 1 e 3. Su questa accusa, v. l'intervista di Lionel Barber del «Financial Times» a Vladimir Putin raccolta il 27 giugno 2019 alla vigilia del G20 di Osaka. Secondo Putin, «the liberal idea has become obsolete. It has come into conflict with the interests of the overwhelming majority of the population».

populiste e nazionaliste in antichi paesi democratici, a cominciare dagli Stati Uniti. Come prova evidente delle precarie condizioni della democrazia americana, il rapporto ricorda il rifiuto di Trump di riconoscere la sconfitta alle elezioni presidenziali nel novembre 2020 e il suo incitamento ai rivoltosi, culminato nell'assalto al congresso il 6 gennaio 2021. Nel già citato articolo scritto sul *New York Times* in occasione dell'anniversario della profanazione di Capitol Hill, Francis Fukuyama osserva che, prima di quel «precedente infausto», eventi di tal fatta potevano verificarsi esclusivamente in «democrazie giovani e non completamente consolidate»²⁷.

Rispetto a trent'anni fa, quando nel saggio sulla «Fine della storia» veniva celebrato il trionfo definitivo delle democrazie liberali occidentali dopo il crollo dell'Unione sovietica²⁸, lo spirito dei difensori della democrazia è profondamente mutato, come l'ha rivelato chiaramente il «summit delle democrazie» organizzato dal presidente americano Joe Biden nel dicembre dello scorso anno. I toni trionfalistici e ottimistici di quegli anni – che, lo riconosce ora lo stesso Fukuyama, erano dovuti alla sottovalutazione di due fattori: «la difficoltà di creare non solo una democrazia, ma anche uno Stato moderno, imparziale e non corrotto» e «l'eventualità di una decadenza politica nelle democrazie avanzate»²⁹ – hanno ceduto il passo a stati d'animo più pessimistici e difensivi, dettati dalla consapevolezza della fragilità delle istituzioni liberali, di cui le democrazie occidentali stanno facendo diretta esperienza, e dalla necessità di ridimensionare i propri obiettivi prioritari: non più l'esportazione della democrazia nel mondo non democratico, anche con la forza delle armi, ma la protezione dai nemici interni e dalle interferenze e destabilizzazioni provenienti dai regimi autoritari, che tentano di accreditare l'idea della «congenita inferiorità»³⁰ della democrazia liberale rispetto alla maggiore efficienza e alla maestà dell'autocrazia. Se dopo la fine della guerra fredda il modello della democrazia costituzionale si era imposto come il criterio universale di giudizio dei sistemi politici, da qualche anno, in seguito alla crescita della Cina come nuova potenza a livello geopolitico e al risveglio delle ambizioni imperiali della Russia, quel modello ha perso il suo primato incontrastato.

²⁷ F. Fukuyama, *One Single Day*, cit.

²⁸ F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, New York, The Free Press, 1992 (tr. it. *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano, Rizzoli, 1992).

²⁹ F. Fukuyama, *One Single Day*, cit.

³⁰ Freedom House, *Freedom in the World 2021*, cit., p. 4.

2. *Un sintomo giusfilosofico del malessere dello stato costituzionale di diritto: la tesi del nichilismo giuridico*

All'inizio del nuovo millennio, quando l'attentato terroristico alle Torri gemelle pareva dare ragione alla tesi di Samuel Huntington dello «scontro di civiltà», formulata come risposta polemica al libro di Fukuyama sulla fine della storia³¹, la crisi del paradigma dello stato costituzionale di diritto trova nel nichilismo giuridico di Natalino Irti la sua formulazione teorica più radicale. Il nichilismo giuridico rappresenta, infatti, la radicale negazione della tradizione europea del costituzionalismo, tradizione che ha percorso, seppur come un fiume carsico, tutta la modernità giuridica³². Il costituzionalismo, con la sua vocazione a porre limiti al potere, è l'antitesi del nichilismo, il quale, nelle pagine di Irti, significa totale riduzione del diritto a potere, *rectius*, a «volontà di potenza», secondo la formula nietzschiana spesso richiamata dal giurista abruzzese.

All'origine del nichilismo vi sarebbe la perdita di ogni fondamento esterno al diritto, perdita che coincide con la fine della tradizione giusnaturalistica, colpita prima – nella versione antica e medievale del “diritto” naturale – dalla rivoluzione scientifica e antropologica e, poi – nella versione moderna dei “diritti” naturali – dal positivismo, dallo storicismo e dalle scienze sociali. Con l'esito positivistico della modernità giuridica, già contenuto *in nuce* nella sua fase giusnaturalistica³³, il diritto positivo «è così caduto nella necessità di auto-fondarsi, di rinvenire in se stesso il principio della propria giustificazione³⁴. Sciolto «ogni legame con la teologia [...] e cadute le garanzie di natura o di ragione, il diritto si aggrappa a *principi intra-mondani*: spirito del popolo, unità dei codici, Stato nazionale, ideologie politiche, e via seguitando. Ma essi si rivelano per ciò che sono: criteri storici ed effimeri, proiezioni della volontà che ha bisogno di appoggiarsi a qualcosa di “vero” e di stabile. E dopo, allorché

³¹ S. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, Simon and Schuster, 1996 (tr. it. *Lo scontro delle civiltà e la nuova costruzione dell'ordine mondiale*, Milano, Garzanti, 2000).

³² V., in merito, il recente affresco di P. Grossi, *Costituzionalismi tra “moderno” e “pos-moderno”*. *Tre lezioni suor-orsoliane*, Napoli, Esi, 2019.

³³ Cfr. P. Piovani, *Giusnaturalismo ed etica moderna* (1961), Napoli, Liguori, 2000, p. 88: «Il diritto naturale moderno [...] non è giusnaturalistico; è la trasfigurazione del diritto naturale come preparazione dell'avvento del diritto positivo quale diritto *tout court*».

³⁴ N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 7.

queste unità e totalità si disgregano e dissolvono, la volontà rimane ancora solitaria». Questa «smarrita solitudine, questa perdita di ogni centro che non sia l'energia della volontà, apre le porte del diritto al "più sinistro fra tutti gli ospiti", il *nichilismo*»³⁵.

Costretto da quest'orizzonte nichilistico, al giurista non resterebbero che due vie da percorrere.

La prima è quella del *formalismo*, che per Irti non è solo l'inevitabile approdo dell'indifferenza contenutistica del positivismo moderno, ma è anche una via di salvezza, l'ultimo «salvagente» con cui affrontare i marosi del nulla in cui il diritto sarebbe sprofondato. Alla «morte di Dio» non resta che il «culto della forma» e la pratica di una «razionalità tecnica», che assicuri il «regolare funzionamento delle procedure»³⁶ e una residuale sicurezza, oggettività e calcolabilità del diritto.

L'altra via che il nichilismo dischiude al giurista è quella della *neo-esegesi*. Il ritorno all'«antico esercizio dell'*esegesi*», che si era spento «con l'impetuoso affermarsi della scuola sistematica», non andrebbe semplicemente ricollegato alla scelta metodologica di una «scuola» o al «gusto di singoli studiosi», ma si imporrebbe come «una *necessità storica*»³⁷ dovuta al fenomeno della decodificazione e alla conseguente impossibilità di «recare, *dal di fuori e dall'esterno*, una razionalità sistematica a cui le norme già non obbediscano nel lor proprio contenuto». In tal modo, il «nichilismo normativo si fa *nichilismo scientifico*»³⁸: il metodo, «abbandonando la pretesa di determinare e produrre il proprio oggetto, si fa tutto adeguato all'oggetto; non si sovrappone, ma si sottopone alla temporale datità delle norme. [...] Le fonti ci offrono la datità delle norme, cioè le norme come insuperabile orizzonte del nostro lavoro. [...] Il giurista non può *apportare*, ossia portare dall'esterno, quello che nel diritto non c'è o più di quello che in esso già c'è»³⁹.

Con la proposta della neo-esegesi – che condivide con il concettualismo il medesimo descrittivismo epistemologico (le costruzioni della dogmatica muovevano sempre da dati giuridici positivi che si assumevano conosciuti nella loro oggettività) – Irti rimane ancora

³⁵ N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 7, 23-24.

³⁶ Ivi, pp. 26-27.

³⁷ N. Irti, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1982, p. VIII: la pagina introduttiva, da cui è tratta la citazione, è intitolata «La proposta della neo-esegesi (a modo di prefazione)».

³⁸ N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 136.

³⁹ Ivi, pp. 15-16.

invischiato nel fraintendimento metodologico in cui è incorso il giurista moderno, fraintendimento che ha determinato la fine di ogni forma di dualismo del diritto e, quindi, l'esito nichilistico della modernità giuridica⁴⁰. Quando afferma, infatti, che il nuovo metodo *imposto* dalle trasformazioni della realtà giuridica «si sottopone alla temporale datità delle norme», che costituirebbero «l'insuperabile orizzonte» della scienza giuridica, e quando sostiene che «il giurista non può *apportare* [...] quello che nel diritto non c'è o più di quello che in esso già c'è», Irti ripropone, in fondo, e seppur con la veste nuova del «*nichilismo scientifico*», il vecchio metodo veritativo, descrittivo e oggettivante delle aristoteliche scienze teoretiche.

Già nel Cinquecento, con la *nova methodus* degli umanisti, e poi con il giusrazionalismo dei due secoli successivi, il giurista moderno abbandona l'insegnamento bimillenario di Aristotele, secondo cui i saperi che hanno come oggetto l'azione dell'uomo (la politica, l'etica, il diritto) non possono darsi il metodo proprio di quelle scienze che hanno per oggetto la natura. Il sapere giuridico, in quanto sapere *pratico*, non può rispecchiare il proprio oggetto, non può farsi «tutto adeguato all'oggetto». L'oggetto delle scienze pratiche non è un *dato* di fronte al quale il giurista deve piegarsi e ad esso sottoporsi, ma una *pratica*, un *progetto* in cui il soggetto conoscente è personalmente e inesorabilmente coinvolto. Come ha finito per riconoscere lo stesso Bobbio, che aveva a lungo aderito al descrittivismo metodologico imperante (aggiornato con il canone dell'*avalutatività*), il sapere giuridico non è un sapere descrittivo e oggettivante, il suo fine non è la verità intesa aristotelicamente come *adaequatio mentis et rei*, ma un sapere produttivo teleologicamente orientato⁴¹. Il giurista, pertanto, non può evitare di «*apportare* [...] quello che nel diritto non c'è», perché l'azione (in ciò, lo ripetiamo, consiste il diritto in quanto oggetto delle scienze pratiche) è sempre determinata dal *contesto* spazio-temporale in cui si compie (si agisce, infatti, sempre qui ed ora) e dal *fine* verso cui tende (che per l'agire giuridico è la giustizia). Le norme non possono quindi costituire «l'insuperabile orizzonte» del giurista che, al contrario, nel suo lavoro di comprensione del

⁴⁰ Su questa vicenda, v. M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 169 ss.

⁴¹ Di Bobbio si veda in particolare il saggio *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in «Rivista di filosofia», 1967, pp. 235-262.

diritto, deve necessariamente attingere alle categorie culturali di senso e di valore presenti nella società in cui vive⁴².

Non attribuendo al giurista il compito e la responsabilità di *costruire il proprio oggetto muovendo da precise e responsabili scelte di valore*, ma anzi, sottoponendolo completamente alla «temporale datità delle norme» e condannandolo, sempre e comunque, ad «adottare il “punto di vista” della legge, l'arbitraria e artificiale trama con cui essa avvolge uomini e cose»⁴³, Irti si preclude la via per traghettare il diritto e la scienza giuridica fuori delle secche del nichilismo. Via che, come vedremo, è stata invece percorsa dalla cultura giuridica del secondo dopoguerra e che consiste nel recupero del metodo *costruttivo* e *valutativo* delle scienze pratiche, condizione necessaria per ristabilire, dopo la parentesi positivista, il dualismo del diritto.

3. *Il nichilismo come destino: una lettura positivista della Costituzione*

Abbiamo visto come la modernità, nel consegnare il diritto interamente nelle mani della nuova figura antropologica che si vuole soggetto libero e autonomo, abbia posto fine al tradizionale dualismo del diritto: la volontà dell'uomo non incontra più limiti esterni, divini o naturali. Sul versante politico e giuridico, il protagonismo della volontà – la più autonoma, auto-referenziale, delle facoltà⁴⁴ – si traduce nella costruzione della categoria inedita della “sovranità”, intesa come potere originario e indivisibile, «che per sua natura sfugge alla dimensione costituzionale del *controllo* e del *bilanciamento* da parte di altri poteri»⁴⁵.

Fino all'esperienza del Terrore, l'«armonia prestabilita»⁴⁶ tra sovranità, legge e diritti – diritti che il primo segmento della modernità era riuscito a non consegnare integralmente al dominio della volontà, ancorandoli alla ragione naturale – celava l'aporia della modernità: l'inconciliabilità dell'idea di un potere sovrano (che

⁴² Per Irti, invece, «il testo normativo ha da essere insieme punto di partenza e punto d'arrivo, poiché non c'è nulla al di sopra o al di sotto di esso: tutto è dentro il suo cerchio». Più avanti aggiunge: «Il testo linguistico è da definire e intendere come il *limitare del diritto*, la soglia per la quale si accede ai significati inclusi nel tenore letterale» (N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 70, 84).

⁴³ N. Irti, *Nichilismo giuridico* cit., p. 136.

⁴⁴ P. Grossi, *LEuropa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 69.

⁴⁵ M. Fioravanti, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 75.

⁴⁶ P. Costa, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Napoli, Esi, 2006, p. 30.

Rousseau e il pensiero democratico moderno attribuiscono al popolo come soggetto unitario) con quella del limite al potere, propria del costituzionalismo antico e moderno. Con il passaggio alla fase positivista della modernità – che ne accoglie pienamente l'anima volontaristica, dando origine a quello che Paolo Grossi ha definito «assolutismo giuridico»⁴⁷ – l'anima del costituzionalismo, che aveva generato la dottrina dei diritti naturali come limite al potere dello Stato e sua giustificazione, viene soffocata, sciogliendo l'aporia a vantaggio di uno dei due poli dialettici della modernità. E tuttavia, se il giurista moderno, venuta meno la narrazione giusnaturalistica, vive, nell'Europa continentale, in un ambiente giuridico “assolutistico”, non si rassegna, però, all'idea di un potere che non incontra limiti.

Diversamente dalla cultura giuridica moderna, che mantiene viva l'esigenza del limite al potere, trovando una prima e imperfetta risposta nella dottrina ottocentesca dello stato di diritto⁴⁸, per Irti non è più concepibile, dopo la fine degli antichi dualismi, un limite *giuridico* alle volontà di potenza: «dal nichilismo normativo il giurista non può uscire»⁴⁹. La «totale disponibilità nei confronti del testo normativo», in cui confluisce, senza alcuna resistenza, il contenuto della vittoriosa volontà di potenza, «l'accettazione del fortuito e dell'occasionale» sono «la sola risposta dinanzi al tramonto di antiche o false unità»⁵⁰. Uomini, «stanchi di storia e di fedi, riparano nelle forme procedurali e non altro ne chiedono che il regolare e produttivo funzionamento». Formalismo e proceduralismo sono «quanto basta al giurista di oggi»⁵¹. Il nichilismo – questo è il messaggio definitivo di Irti – è «il destino del diritto nel nostro tempo»⁵².

Questo destino, secondo Irti, va accettato, non solo come una dolorosa necessità, ma anche come una benefica, seppur amara, medicina. L'annuncio del nichilismo, infatti, nel rivelare che dietro il diritto positivo non c'è un *altro* diritto, ma solo – per riprendere una celebre immagine di Kelsen, uno dei giuristi di riferimento di

⁴⁷ Di recente richiamato in P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, p. XIII.

⁴⁸ Sulla teoria dello Stato di diritto, v. P. Costa, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 89-170.

⁴⁹ N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 135.

⁵⁰ Ivi, pp. 14, 8-9.

⁵¹ N. Irti, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. VI, 25.

⁵² N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 8.

Irti – «la testa di Gorgone della forza»⁵³, da un lato, come si è visto, spinge il giurista a valorizzare la funzione salvifica della forma, che, nel dare veste giuridica alle vittoriose volontà di potenza, le contiene, sottoponendole alla regolarità delle procedure, e, dall'altro lato, funge da «medicina nei confronti di antichi e nuovi morbi: unità, totalità, globalità, universalità ecc. ecc. Il nichilismo ci salva e protegge; smaschera falsi idoli da cui pensavamo di trarre il nostro “valore”»⁵⁴.

E tuttavia, il nichilismo di Irti, se libera il giurista dal giogo unificante e totalizzante delle mitologie antiche e moderne, che impediscono alla realtà di accedere al mondo del diritto in tutta la sua ricchezza, molteplicità e differenza (di soggetti, di culture, di valori, di interessi), lo consegna a una nuova servitù, quella di dover «chinarsi»⁵⁵, inerme, davanti a qualsiasi norma imposta dalle volontà di potenza in lotta per la conquista delle forme del diritto. Perché la diagnosi del nichilismo sia davvero liberatrice occorre trovare una terza via tra le mistificanti e violente totalità dei vecchi fondamenti e il supino positivismo dell'*ita lex* che conduce al «nichilismo scientifico».

Come si è già accennato, le premesse teoriche di Irti – che abbandona il metodo a-storico del concettualismo senza rinunciare, tuttavia, al descrittivismo epistemologico delle scienze teoretiche e ad una nozione troppo “forte” ed esigente del sapere giuridico – gli impediscono di intraprendere questa via, l'unica davvero feconda e salvifica. Per Irti, infatti, «la critica del nichilismo è persuasiva ed efficace soltanto se scopre l'“uscita di sicurezza”, il varco che permetta di raggiungere l'assoluto e l'immutabile»⁵⁶. Se «nichilismo giuridico indica che tutti i contenuti normativi sono possibili, e nessuno necessario; e che essi provengono dal nulla e ritornano nel nulla; allora la critica *deve* opporre un contenuto fermo e immutabile, così forte da resistere a qualsiasi tentativo di nientificazione». Insomma, Irti pone, coerentemente, il suo interlocutore critico di fronte a un «duro e schietto *aul-aut*: o la radicale *immanenza* nella storia, nella finitudine, nella temporalità del divenire; o l'*uscita verso altro*, che sia divinità, o eterna natura, o stabilità ontologica delle “cose”»⁵⁷.

⁵³ H. Kelsen, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, «Quaderno n. 3», Berlin-Leipzig, W. de Gruyter, 1927, p. 53.

⁵⁴ N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 148.

⁵⁵ N. Irti, *Il salvagente della forma*, cit., p. 16.

⁵⁶ Ivi, p. 42.

⁵⁷ Ivi, pp. 44, 52.

Irti non può scorgere l'«uscita di sicurezza» perché continua a guardare l'oggetto “diritto” con gli occhiali del giurista moderno. Questi, alla ricerca di una fondazione solida per il nuovo ordine che stava nascendo sulle ceneri del mondo medievale e non potendo più contare sulle tradizionali garanzie di Dio e della Natura (che, anzi, per varie ragioni, gli appare ora ostile: il *bellum omnium contra omnes* del moderno “stato di natura”), si rivolge al metodo veritativo, descrittivo e oggettivante delle scienze della natura, che tanti successi stavano ottenendo, illudendosi che quel metodo potesse valere anche per un oggetto, il diritto, così diverso dalla natura: l'uno assiologicamente connotato, l'altra, dopo la rivoluzione scientifica moderna, ridotta a pura materia priva di qualsiasi ordine finalistico. Per uscire dall'*impasse* e superare il nichilismo cui conduce il paradigma giuridico moderno, occorre rivalutare l'uso pratico della ragione, ricollocando il sapere giuridico nell'alveo delle aristoteliche scienze pratiche⁵⁸. Come osserva Norberto Bobbio nella prefazione alla traduzione italiana del *Trattato dell'argomentazione* di Perelman e Olbrechts-Tyteca – quello stesso Bobbio che ancora l'anno precedente, il 1965, confermava la sua adesione al positivismo come *approach* avalutativo al diritto⁵⁹ – questa via, imboccata da giuristi come Perelman alla fine degli anni Cinquanta del secolo scorso, «si contrappone alle due posizioni estreme del razionalismo etico, il cui ideale fu la costruzione di un'etica dimostrata da sostituire all'etica rivelata, e dell'emotivismo contemporaneo che reagisce al fallimento del razionalismo (e dello scientismo positivistic) col sottrarre i giudizi morali e in genere i giudizi di valore ad ogni forma di controllo razionale: s'inserisce quindi nell'indirizzo forse più fecondo dei recenti studi di etica, miranti a colmare l'abisso tra i due estremismi, in favore di un “razionalismo critico”, in cui trovi un posto centrale il problema della “giustificazione” delle azioni»⁶⁰.

In particolar modo, gli occhiali di Irti gli impediscono di vedere nelle Costituzioni pluralistiche del secondo dopoguerra la via, l'unica via possibile, allora e oggi, per il ristabilimento del dualismo del diritto dopo la fine della tradizione giusnaturalistica e lo strap-

⁵⁸ In merito, v. F. Volpi, *La riabilitazione della filosofia pratica e il suo senso nella crisi della modernità*, in «Il Mulino», 6, 1986, pp. 928-949.

⁵⁹ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965.

⁶⁰ N. Bobbio, *Prefazione* (1966), in Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1958 (tr. it. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, Einaudi, 1989, p. XVII).

po dei totalitarismi. Per Irti, «la *costituzione è una legge*; anch'essa appartiene al diritto positivo, ed è fatta da uomini per altri uomini, e può tramontare e cadere nel nulla. La volontà umana come l'ha *istituita* così è in grado di *destituir*la»⁶¹. Soltanto «l'uscita verso un immutabile e fermo fondamento sarebbe in grado di rompere la positività del diritto»⁶².

La logica ferrea dell'*aut-aut* – cui lo spingono le sue premesse epistemologiche “forti” e la sua totale adesione al monismo della «costituzione dei moderni», che fa ruotare l'intero diritto intorno al perno della sovranità (incarnata dal popolo la cui volontà deve rimanere libera, pena la violazione della «logica del regime democratico»⁶³) – non gli consente di scorgere nella Costituzione il tentativo di recuperare, in forme necessariamente diverse, la seconda dimensione del diritto, ristabilendo la tensione tra *ratio* e *voluntas*, fondamentale – come già ci ammoniva Sofocle nell'*Antigone* – per la salvezza della *polis*.

Ovvio che, in questa prospettiva, nemmeno l'istituto del «controllo di legittimità costituzionale» delle leggi consente di ripristinare «la distinzione o antitesi fra legittimità e legalità, o, se si vuole, fra diritto e legge, fra *nómos* e *lex*». Il controllo costituzionale è infatti, «a ben vedere, *controllo di validità*, giudizio circa l'osservanza di limiti e vincoli, che *una legge detta ad altra legge*»⁶⁴.

Ma la svalutazione della Costituzione – ridotta a puro atto di volontà, a legge (nella sua accezione moderna), seppur collocata su un gradino superiore della piramide delle fonti – non si arresta qui, mostrando chiaramente l'estraneità di Irti alla tradizione del costituzionalismo. Ridando fiato a voci che, fino alla prima sentenza della Corte costituzionale, avevano messo in dubbio la natura autenticamente giuridica della Costituzione, Irti addebita a questa, in quanto intessuta di principi, ossia di «norme senza fatispecie, enunciatrici di scopi e programmi, descrittive non tanto dell'oggi quanto di un remoto domani», la colpa di «indebolire o abbandonare il concetto di fatispecie», facendo precipitare il diritto nell'«assoluto intuizionismo e volontarismo del giudicante»⁶⁵, con il conseguente naufragio di ogni prevedibilità e calcolabilità delle decisioni. La Costituzione, in

⁶¹ N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 94.

⁶² N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, cit., p. 44.

⁶³ N. Irti, *Il salvagente della forma*, cit., p. 102.

⁶⁴ N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 94.

⁶⁵ N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., pp. 9, 26, 67.

altre parole, non solo non si distingue, per natura, dalla legge, ma è, per giunta, una legge scritta male.

Diversamente dai sostenitori della vecchia dottrina delle norme programmatiche, che, in linea con la cultura giuridica dell'epoca, vedevano nella Costituzione un documento politico rivolto essenzialmente al legislatore, Irti non nega natura giuridica alla Costituzione («le norme costituzionali appartengono bensì al diritto positivo»⁶⁶), ma continua ad osservarla da quella prospettiva culturale che riduceva il diritto a norma dotata di fattispecie (da cui eventualmente il giurista può ricavare principi generali, ma sempre rigorosamente fondati su dati normativi e ad essi sempre riconducibili) e attribuisce al legislatore un ruolo assolutamente protagonista, in quanto direttamente collegato alla fonte della sovranità e perciò dotato, come puntualizzava Carré de Malberg negli anni Trenta del secolo scorso, di «una qualità infinitamente superiore a quella dell'esecutivo e dei giudici»⁶⁷. Il diritto, scrive Irti, «è tutto e solo nella prosa del legislatore, e fuori di esso è frutto di arbitraria o oscura volontà. Principi, indipendenti dai testi legislativi, e dunque né espliciti né impliciti nelle norme, sono entità misteriose, non diversi da valori trascendenti o diritti naturali»⁶⁸.

Per «argina[re] o raffrena[re] [...] la vena di irrazionalità» dovuta al decidere secondo principi, Irti ripropone la vecchia ricetta diretta a disinnescare le norme “programmatiche”, ossia che «norme e principi, generali o universali, si cal[ino] in leggi ordinarie dotate di fattispecie». Solo «la mediazione delle leggi ordinarie impedisce la immediatezza del confronto tra principi (o valori) e fatto concreto». La ferrea (e semplificante) logica dell'*aut-aut* è di nuovo all'opera: «la scelta è fra un *volere creativo di calcolabile oggettività* e un *volere immerso nell'immediato soggettivismo*». Mentre, infatti, «il “pensare (e decidere) per fattispecie” è, in sua indole, sobrio oggettivo impersonale», «il “pensare (e decidere) per valori” è [...] altezzoso soggettivo concreto»⁶⁹.

La logica di Irti è semplificante – e per questo smentita dalla concreta esperienza della giurisdizione che ci mostra una realtà molto più complessa e sfumata – perché, da un lato, il giudice non

⁶⁶ Ivi, p. 26.

⁶⁷ R. Carré de Malberg, *La loi expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931 (tr. *La legge espressione della volontà generale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 155).

⁶⁸ N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., pp. 66-67.

⁶⁹ Ivi, pp. 71, 13-14.

è «solo dinanzi» ai principi e «alle *situazioni di vita*»⁷⁰, ma è parte di una comunità interpretativa, con cui deve necessariamente confrontarsi e che lo controlla, ed è avvolto da una fitta rete di materiali di diversa origine e natura (regole provenienti da svariate fonti – nazionali, sovranazionali, internazionali e transnazionali – precedenti giudiziari, categorie e opinioni dottrinali...) che lo vincolano e lo costringono a fornire convincenti *ragioni* a sostegno della decisione, che non è mai, quindi «pura e nuda»⁷¹; dall'altro lato, la logica di Irti è semplificante perché neppure il decidere per fattispecie, che ci viene presentato secondo il modello – sempre più screditato – della sussunzione, è «oggettivo» e «impersonale»: linee teoriche diverse – e, tra queste, con particolare efficacia, quella ermeneutica – hanno da tempo mostrato come l'applicazione del diritto – quale che sia la sua veste lessicale – alla particolare situazione della vita non è un'attività meramente riproduttiva di un significato preesistente, ma un'attività produttiva orientata dal fatto, influenzata dalle categorie di senso e di valore della comunità cui appartiene e si rivolge il giudice e guidata dalla precomprensione dell'interprete⁷².

L'ingresso dei principi nella vita quotidiana del diritto e il conseguente mutamento del ruolo del giudice non possono che essere giudicati negativamente da Irti. Egli, infatti, osserva l'attuale mondo del diritto con lo sguardo di ieri, di quando il giurista viveva ancora nello stato legislativo di diritto e il giudice guardava alla Costituzione non direttamente, «ma sempre e solo attraverso una legge che la integra, la interpreta, la realizza»⁷³: «il giudice deve applicare le leggi ordinarie, e non la Costituzione»⁷⁴, scriveva Carré de Malberg, dando voce alla *communis opinio* dei giuristi del suo tempo che, secondo Maurizio Fioravanti, sarà ancora, in larghissima misura, «il pensiero dominante tra i Costituenti nel progettare il profilo e le modalità di accesso e di funzionamento del controllo di costituzionalità»⁷⁵. Con

⁷⁰ Ivi, p. 70.

⁷¹ In prospettiva analoga, v. G. Zaccaria, *Riflessioni sul nichilismo giuridico di Natalino Irti*, in «Rivista di diritto civile», 2018, pp. 773-774.

⁷² Per la prospettiva ermeneutica, v. G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

⁷³ M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in «Quaderni costituzionali», 2016, p. 13.

⁷⁴ R. Carré de Malberg, *La legge espressione della volontà generale*, cit., p. 183.

⁷⁵ M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici*, cit., p. 13. «Siamo convinti – osserva più avanti Fioravanti – che presso i Costituenti prevalesse la concezione tradizionale della Costituzione come *loi politique*. [...] Pur nella piena conoscenza del sistema statuni-

quello sguardo antico, Irti non può cogliere il significato autentico della «trasformazione costituzionale» in atto, avviata dalle prime pronunce della Corte costituzionale e dalla nuova figura di giudice che si definisce negli anni Sessanta del secolo scorso, nel serrato e quotidiano dialogo con il giudice delle leggi. Questa trasformazione, che ha posto «la legislazione e la giurisdizione l'una a fianco dell'altra ed entrambe di fronte alla Costituzione»⁷⁶, è il segno evidente del recupero, attraverso la Costituzione, di quella seconda dimensione del diritto che era andata perduta nel corso della modernità giuridica e che ritorna nella veste linguistica che le è propria e, cioè, in forma di principi necessariamente indeterminati come lo erano i contenuti fondamentali del vecchio diritto naturale. Tali principi – che Irti coglie solo nel loro aspetto negativo di norme senza fattispecie e che proprio per questo, invece, sono preziosi e inevitabili per un diritto che ha ristabilito, in forme nuove, l'antico dualismo e vive in un ambiente sociale pluralistico – danno un *sensu* alle forme del diritto e imprimono una *direzione* all'agire giuridico che, grazie alla struttura semantica aperta dei principi, li aggiorna alla luce dei nuovi significati che essi assumono nella società.

Solo ponendo il giudice davanti alla Costituzione e a fianco del legislatore nell'attuazione del progetto costituzionale e avviando, così, una stagione nuova caratterizzata dalla tensione fisiologica e positiva tra legislazione e giurisdizione, si potevano far valere pienamente le ragioni del costituzionalismo.

4. *Un modo diverso di guardare alla Costituzione*

Quando Irti sostiene che «la *costituzione è una legge*», seppur di rango superiore; quando la presenta come il prodotto della volontà umana che, «come l'ha *istituita*, così è in grado di *destituirla*»⁷⁷, essendo le sue norme sempre «trasgredibili modificabili revocabili»⁷⁸, non ci dice cos'è la Costituzione, nella sua *oggettività*, ma ci fornisce una *lettura* delle Costituzioni del secondo dopoguerra che è il risultato di una determinata prospettiva teorica influenzata da precise premesse

tense, si era ancora culturalmente molto lontani dall'idea di una Costituzione come norma giuridica, dotata di forza propria, direttamente utilizzabile nella regolazione del caso» (ivi, p. 14).

⁷⁶ Ivi, p. 17.

⁷⁷ N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 94.

⁷⁸ N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 130.

assiolgiche. Come ammoniva Nicola Matteucci in un noto saggio del 1963 – quando il dogma dell'avalutatività della scienza giuridica, della «neutralità etica», era ancora ben saldo nella comunità giuridica italiana – «dietro ad ogni scienza, [...] per quanto aspiri all'autonomia, al rigore, alla specializzazione, resta sempre, più o meno celata, una premessa etico-politica». Questa premessa, che orienta la lettura irriana delle Costituzioni del secondo dopoguerra, affonda le sue radici nel positivismo statualistico e legalistico dell'Ottocento i cui elementi essenziali sono i seguenti: «L'affermazione del primato della legge su tutte le altre fonti, la negazione di limiti giuridici al potere sovrano, la riduzione del giudice a una macchina capace di compiere perfetti sillogismi: questa è la vera legalità, la sola certezza»⁷⁹.

La lettura di Irti, che vede nello Stato costituzionale una mera «prosecuzione o completamento dello Stato di diritto legislativo»⁸⁰, non solo non ci rivela (non ci può rivelare) la natura della Costituzione, la sua *verità* – il sapere giuridico, come già si è avuto modo di dire, non è un sapere descrittivo e veritativo, ma costruttivo e progettuale – ma non corrisponde neppure alla realtà dell'attuale Stato costituzionale di diritto, *rectius*, alla lettura che si è alla fine imposta della Costituzione del 1947.

Si è già ricordato come, a partire dall'istituzione della Corte costituzionale e poi nel corso degli anni Sessanta, cominci a mutare la prospettiva da cui si guardava inizialmente alla Costituzione: da programma politico la cui attuazione era essenzialmente affidata al legislatore a documento integralmente e pienamente giuridico rivolto anche ai giudici che, riuniti a Gardone nel 1965, rifiutano la concezione «formalistica» dell'interpretazione, «indifferente al contenuto ed all'incidenza concreta della norma nella vita del paese», attribuendo anche alla giurisdizione il compito di realizzare «l'indirizzo politico» della Costituzione⁸¹. È quindi un «grave errore sul piano storico»⁸², osserva Maurizio Fioravanti, considerare l'attuale Stato costituzionale come un mero perfezionamento dello Stato di diritto

⁷⁹ N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo* (1963), ora in N. Matteucci, N. Bobbio, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, a cura di T. Greco, Brescia, Morcelliana, 2021, pp. 141-142 e 136-137.

⁸⁰ G. Zagrebelsky, *Alla fine del mandato di giudice costituzionale di Paolo Grossi e al suo ritorno agli studi universitari*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 47, 2018, p. 546.

⁸¹ Associazione Nazionale Magistrati, *Atti e commenti*, XII Congresso nazionale, Brescia-Gardone, 25-28 ottobre 1965, Roma, Arti grafiche Jasillo, 1966, pp. 309-310.

⁸² M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici*, cit., p. 19.

della tradizione e non invece come «una nuova *forma politica*»⁸³, «un vero e proprio nuovo assetto dei poteri» in cui il legislatore «non è più solo, e dunque in posizione di monopolio, di fronte alla Costituzione. Accanto a lui si pone in posizione ormai sostanzialmente equiordinata il giudice, che è ben altra figura rispetto a quanto voleva il modello della tradizione»⁸⁴.

Ma il “riorientamento gestaltico” nei confronti della Costituzione repubblicana non si arresta qui. Nel decennio successivo matura un’altra svolta epocale che verrà sancita *expressis verbis* dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 1146 del 1988 che *istituisce* la nuova categoria dei «principi supremi», già evocata in diverse pronunce degli anni Settanta. Questi principi, osserva la Corte, appartenendo «all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana», «non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali» (§ 2.1). Non corrisponde, dunque, alla concreta esperienza giuridica l’affermazione di Irti secondo cui le Costituzioni del secondo dopoguerra sarebbero sempre «trasgredibili modificabili revocabili»⁸⁵: al contrario, nel loro nucleo essenziale, che dà *sensu e direzione* alla pratica giuridica, queste Costituzioni non sono trasgredibili da nessuna *auctoritas*, né nazionale né sovranazionale (la c.d. «dottrina dei controlimiti» è stata elaborata dalla Corte già con la sentenza n. 183 del 1973).

Con questo «performativo» – la cui «felicità»⁸⁶ (noi giuristi diremmo “validità”) non dipende da una qualche *Grundnorm* (che, non costretti dalla moderna ipotesi della *purezza*, non è necessario presupporre) o da una volontà di potenza che si appropria della forma costituzionale, ma dal *consenso della cultura giuridica*, fondato su evidenti *ragioni* etico-politiche – la Corte ristabilisce, nell’unico modo oggi possibile, il salvifico dualismo tra *ius* e *lex*.

Dopo la fine degli antichi dualismi, la scienza giuridica non poteva più ricorrere ad un argomento forte com’era quello del diritto naturale per ristabilire la seconda dimensione del diritto; quel tipo di argomento, cioè, che Irti esige dai critici del nichilismo giuridico

⁸³ M. Fioravanti, *Fine o metamorfosi?*, in P. Rossi (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 57.

⁸⁴ M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici*, cit., pp. 8 e 10.

⁸⁵ N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 130.

⁸⁶ J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, Oxford, Clarendon Press, 1962 (tr. it. *Come fare cose con le parole*, Genova, Marietti, 1987).

e che questi non sono più in grado di dare. Dopo la rivoluzione scientifica moderna che separa il fatto dal valore e la concomitante rivoluzione antropologica che fonda la piena autonomia morale dell'individuo, libero artefice della propria sorte, la seconda dimensione del diritto non poteva più essere *concepita* come un *dato oggettivo*, come un ordine che preesiste all'uomo e che da questi deve essere semplicemente *scoperto*. Un tentativo in tal senso fu fatto nell'immediato dopoguerra con l'appello alla categoria del «diritto naturale vigente»⁸⁷; tentativo che si è subito rivelato impraticabile. Anche la via della *tradizione* – mai abbandonata dall'Inghilterra, che, pur aprendosi alla modernità, aveva conservato l'antico dualismo nella forma *common law/statute law*, rappresentandosi la Costituzione con la categoria antica del diritto non scritto – non era più disponibile: dopo la positivistica riduzione del diritto a una sola dimensione, la via della tradizione – che affondava le sue radici nel paradigma giuridico medievale – era stata interrotta e poi definitivamente preclusa dalla lacerazione dei totalitarismi. Irti ha quindi buone ragioni dalla sua quando, a chi tenta di ricavare «da “esperienza”, “società” o consimili laboratori» un'entità «*ulteriore*, un sostrato fermo e profondo» cui ancorare «un “diritto” diverso o avverso alla legge» e sfuggire così «all'accidentalità del nichilismo normativo», risponde che «“esperienza” e “società” dei nostri tempi – *esse prima delle norme* – appaiono vuote di centro e di unità. Non sono un tutto, come forse seguiva nel Medioevo cristiano o in altre epoche storiche, ma scenari di rovine e di frammenti. E se un tutto vuole trovarsi, esso è nella potenza planetaria della tecno-economia; schivato il nichilismo normativo, si cadrebbe nel gelido nichilismo del mercato»⁸⁸.

Come afferma Norberto Bobbio recensendo il saggio di Pietro Piovani *Giusnaturalismo ed etica moderna*, «l'individuo, una volta entrato in scena colla sua pretesa di essere lui solo il responsabile delle proprie azioni», ha «le norme non dietro di sé come un freno o un limite, ma davanti a sé come una aspirazione o un'esigenza». L'antico dualismo del diritto, infranto definitivamente dalla modernità, che libera l'uomo dalla «cattiva etica»⁸⁹ del giusnaturalismo – tra le varie

⁸⁷ R. Angeloni *et alii*, *Diritto naturale vigente*, Roma, Studium, 1951.

⁸⁸ N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., pp. 134-135.

⁸⁹ N. Bobbio, *Giusnaturalismo ed etica moderna in un libro di Pietro Piovani* (1961), ora in P. Piovani, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, cit., pp. 158-159. Cattiva etica perché «legalistica», inficiata da «una inadeguata valutazione dell'uomo, delle sue capacità e possibilità, del suo destino e della sua storia».

forme che assume il diritto, nota Gustavo Zagrebelsky, quello naturale è il più intriso di «violenza» perché «mette in campo valori, principi, regole che si vorrebbero sottrarre alla libera discussione ponendoli sotto l'egida di un feticcio che chiunque disponga del potere può brandire per i suoi fini»⁹⁰ – può essere ricostituito soltanto attraverso l'etica moderna della libertà.

Ci sono momenti tragici della storia in cui l'uomo ritrova «dentro di sé, inaspettata, una lucida chiaroveggenza»⁹¹ che gli rivela la fragilità della sua condizione, spingendolo a porre un limite alla propria libertà affinché quelle tragedie non capitino mai più. Uno di quei momenti di lucidità si è avuto con l'esperienza dei totalitarismi e della Resistenza che, insieme con il Risorgimento, costituisce il «mito fondativo»⁹² della nostra Costituzione e la premessa etico-politica che sta dietro il performativo della Corte costituzionale. La Resistenza, ci ricorda Piero Calamandrei, è stata «riacquisto della fede nell'uomo e in quei valori razionali e morali coi quali l'uomo si è reso capace nei millenni di dominare la stolta crudeltà della belva che sta in agguato dentro di lui»⁹³.

La Costituzione del 1947 non è «figlia di un "potere", o di un "soggetto", che esprima una "volontà", come il popolo sovrano della tradizione rousseauviana»⁹⁴, ma il risultato di un momento costituente in cui forze politiche e spirituali ispirate a tradizioni culturali diverse (cattoliche, liberali, socialiste, comuniste), ma unite dalla comune lotta contro il fascismo, riuscirono a convergere intorno a un nucleo di valori condivisi. Come nota Fioravanti, «con le Costituenti del Novecento l'ordine politico nasce in modo trasparente dalla pattuizione, dalla convergenza di più volontà distinte, non in un punto in cui la volontà si produce ed esplose, ma entro un processo che quella volontà forma, progressivamente determina»⁹⁵.

Diversamente dalle Costituzioni dell'Ottocento, le Costituzioni pluralistiche del Novecento sono «senza autore, e dunque protette dal pericolo che qualcuno possa considerarle come cosa propria, di cui

⁹⁰ G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Torino, Einaudi, 2018, p. 14.

⁹¹ P. Calamandrei, *Desistenza* (1946), in Id., *Lo Stato siamo noi*, Milano, Chiarelettere, 2011, p. 55.

⁹² G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 83.

⁹³ P. Calamandrei, *Desistenza*, cit., p. 55.

⁹⁴ M. Fioravanti, *Costituzione*, cit., p. 153.

⁹⁵ M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici*, cit., p. 17.

poter liberamente disporre»⁹⁶. E tuttavia, non potendo esse presentarsi come ricognizioni di un ordine già dato (divino, naturale, sociale...), e perciò sottratte, per loro natura propria, al potere dispositivo di qualsivoglia *auctoritas*, essendo il prodotto artificiale delle *volontà* e delle *ragioni* di uomini, seppur concepite in un momento della storia particolarmente denso com'è quello costituente, quelle Costituzioni possono davvero soddisfare l'esigenza del costituzionalismo di porre un limite al potere, ristabilendo l'antico dualismo del diritto, solo se riescono a vincere una scommessa che «sta tutta qui: nella capacità della Costituzione, posta come *lex*, di diventare *ius*»⁹⁷. Perché questo accada, non è sufficiente il performativo dei “principi supremi”, per quanto fondamentale, e il relativo consenso della cultura giuridica che quel performativo ha preparato e avallato. La Costituzione, nei suoi principi fondamentali, può diventare effettivamente *ius* solo se «si incarna nella storia viva di un popolo e diventa parte costitutiva della sua cultura»⁹⁸.

Come per la consuetudine, così per le Costituzioni – quando *sono viste* come reincarnazioni della seconda dimensione del diritto – la validità coincide con l'*effettività* e con la *legittimità*: entrambe si fondano sul *fatto normativo* dell'*adesione spontanea*. Ecco perché la Costituzione come *ius* può ben indossare le vesti più dimesse della consuetudine: così è accaduto nel mondo medievale, che ha voluto radicarla nella natura delle cose, e così accade ancora in Inghilterra che ha saputo resistere ai venti del Continente che hanno spazzato via l'antica concezione dualistica del diritto.

5. *La distopia di Irti e le responsabilità del giurista*

Riconoscere che la “buona salute” (questo significa “validità”) della Costituzione dipende, in fondo, dall'*adesione* convinta e diffusa al suo progetto etico-politico significa attribuirle un fondamento *fragile*. La Costituzione non può fondarsi sulla forza di una volontà (se così fosse sarebbe una *legge* costituzionale, secondo il punto di vista del nichilismo) né può trarre la sua forza dai suoi custodi istituzionali: al contrario, è solo presupponendo una Costituzione nel suo insieme legittima ed effettiva che la Corte costituzionale e gli altri

⁹⁶ M. Fioravanti, *Costituzione*, cit., pp. 152-153.

⁹⁷ G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, cit., p. 149.

⁹⁸ G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, cit., p. 82.

organi di garanzia possono esistere ed esercitare le loro funzioni in modo efficace⁹⁹.

È per questa ragione che l'indebolimento, in Italia e nelle altre democrazie liberali, delle basi culturali su cui si fonda il paradigma dello stato costituzionale di diritto deve tanto allarmarci. Una democrazia costituzionale, osserva Luigi Ferrajoli, «può crollare anche senza formali colpi di Stato se i suoi principi sono di fatto violati o contestati, senza che le loro violazioni suscitino ribellione o almeno dissenso». E ricorda l'ultimo articolo della Costituzione francese dell'anno III: «Il popolo francese affida la presente costituzione alla lealtà» dei pubblici poteri e alla «vigilanza dei padri di famiglia, alle spose e alle madri, all'affetto dei giovani cittadini, al coraggio di tutti i Francesi». È su queste due garanzie, continua Ferrajoli, «di carattere politico e sociale – la garanzia politica della “lealtà” dei pubblici poteri e la garanzia sociale della “vigilanza” dei cittadini – che riposa l'effettività delle garanzie giuridiche e con esse dello stato di diritto e della democrazia»¹⁰⁰.

In Italia, la debolezza della cultura costituzionale ha radici profonde. Se nell'Assemblea costituente l'opzione antifascista è netta, nel paese e nelle istituzioni la rottura con il passato è stata assai più faticosa e contrastata. Per gli italiani riconoscersi nei principi della Costituzione, assumerla come casa comune, è stato un processo lento e faticoso, così come lungo e complesso è stato il processo di attuazione del suo disegno istituzionale. La stagione del “disgelo” era da poco alle spalle che già si medita di riformarla: la prima commissione ufficialmente incaricata di redigere la riforma viene varata nel 1983. Da allora il cantiere delle riforme non si è più chiuso e, anzi, a partire dagli ultimi anni del secolo scorso, il tema della riforma assume contenuti sempre più ampi e diventa uno dei punti qualificanti dei programmi dei governi, che trascinano così la Costituzione nel vivo della battaglia politica, spingendola dall'area condivisa dello *ius* a quella conflittuale della *lex*.

Se interpretata alla luce dell'attuale crisi del paradigma costituzionale, la diagnosi irtiana del nichilismo – non corrispondente, come si è visto, alla lettura che si è alla fine imposta nella nostra cultura giuridica e nella concreta pratica del diritto – può essere riscattata intendendola, al di là delle intenzioni dell'Autore, come una riflessione appartenente al genere letterario della *distopia*: con la sua

⁹⁹ Così G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, cit., p. 206.

¹⁰⁰ L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi*, cit., p. VIII.

lettura nichilistica Irti ci metterebbe in guardia, in altre parole, da un futuro possibile e inquietante – di cui già si avvertono le prime avvisaglie – in cui il mondo del diritto, nuovamente ridotto a una sola dimensione, sarebbe preda di volontà di potenza perennemente in lotta per la conquista delle forme giuridiche, un mondo in cui il giurista, di fronte a quelle forme riempite di qualsiasi contenuto, «non [avrebbe] nulla da dire»; solo potrebbe «china[re] il capo e tace[re]»¹⁰¹.

Per scongiurare questo scenario plumbeo, le risorse del diritto positivo non bastano e, anzi, in certi casi possono persino portare acqua al mulino dell'avversario. È il caso della proposta di Luigi Ferrajoli di riformare l'art. 138 della Costituzione per sottrarre al potere di revisione i principi supremi dell'ordinamento¹⁰². Seppur condivisibile nel fine – rendere più solido e forte il fondamento giuridico di quei principi – quella proposta, che finisce per spostare i principi supremi dalla sfera dello *ius* a quella della *lex*, rischia, paradossalmente, di ottenere l'effetto contrario. Una volta reciso il legame con la seconda dimensione del diritto che delimita il perimetro dell'indisponibile, i principi supremi precipitano nel campo della politica: questa, come ha voluto la riforma, così potrà volerne in futuro la sua abrogazione. Breve: la vera forza del performativo della Corte costituzionale non può venire dalla cassetta degli attrezzi del diritto positivo, ma solo dalla cultura costituzionale diffusa e viva tra i giuristi (di cattedra, del foro e delle istituzioni politiche e amministrative) e in seno alla società.

Di ciò, del resto, è ben consapevole lo stesso Ferrajoli il quale, una pagina dopo aver formulato quella proposta – siamo nel 2011 – riconosce che «il superamento della crisi attuale» – «dopo venti anni di deriva populista e di declino ufficiale dei valori costituzionali» – richiede, innanzitutto, «lo sviluppo, a livello politico e sociale, di una cultura costituzionale e di una concezione della democrazia come sistema fragile e complesso di separazioni e di equilibri tra poteri, di limiti e garanzie. [...] La battaglia per la democrazia [costituzionale] è oggi, come sempre, una battaglia soprattutto culturale. In un duplice senso: nel senso che il nesso tra democrazia e Costituzione è un fatto culturale, oggi smarrito nel senso comune, e nel senso, più

¹⁰¹ N. Irti, *Il salvagente della forma*, cit., p. 54.

¹⁰² L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi*, cit., p. 84.

generale, che lo sviluppo della cultura è un fattore essenziale della costruzione della democrazia»¹⁰³.

Questa battaglia culturale richiede un «forte impegno di pedagogia civile»¹⁰⁴ cui i giuristi di cattedra – salvo *rarae aves* – si sono per lunghi anni sottratti. Ciò non stupisce alla luce di quanto si è detto circa la prospettiva culturale da cui si è a lungo guardato al diritto e alla Costituzione. A questo proposito, netta è la chiamata di correità di Gustavo Zagrebelsky: «Per tanti anni, abbiamo trascurato proprio questo aspetto fondativo della vita costituzionale. I costituzionalisti si sono considerati legisti positivi della Costituzione il cui luogo di lavoro erano le biblioteche prima, le istituzioni politiche e giudiziarie poi. Non hanno considerato tra i loro luoghi di lavoro anche quelli appartenenti alla cosiddetta società civile. Così è accaduto che si è formata un'idea debole e retorica della Costituzione, non sostenuta culturalmente, contro la quale hanno avuto buon gioco, incontrando scarse forze di contrasto, tutti coloro – e sono stati tanti, perfino al vertice delle istituzioni costituzionali – che hanno lavorato per demolirne la percezione di validità»¹⁰⁵.

Al contrario, la necessità di questo impegno civile fu subito chiaramente avvertita da Piero Calamandrei. Come osserva Giovanni De Luna nell'introdurre una raccolta di brevi scritti e discorsi del giurista fiorentino, «il Calamandrei “padre della Costituzione”»¹⁰⁶ incontrerà presto, lungo il cammino «dei decenni penosi e ingloriosi della resistenza in prosa»¹⁰⁷, «il Calamandrei impegnato nella costruzione di una nuova religione civile per gli italiani»¹⁰⁸. All'amarezza della «desistenza» e del congelamento della Costituzione, Calamandrei reagì «con una lucida intuizione: costruire una religione civile e dare forza alla Costituzione erano due operazioni così intrecciate da sembrare la stessa cosa: entrambe presupponevano un requisito indispensabile; quello di una partecipazione politica, spontanea, diffusa, dal basso, così come c'era stata nella Resistenza»¹⁰⁹.

Il nesso tra forza della Costituzione e impegno civile per una

¹⁰³ Ivi, p. 85.

¹⁰⁴ Ivi, p. 59.

¹⁰⁵ G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, cit., pp. 87-88.

¹⁰⁶ G. De Luna, *Perché oggi*, in P. Calamandrei, *Lo Stato siamo noi*, Milano, Chiarelettere, 2016, p. XVII.

¹⁰⁷ P. Calamandrei, *Desistenza*, cit., p. 58.

¹⁰⁸ G. De Luna, *Perché oggi*, cit., pp. XVII-XVIII.

¹⁰⁹ Ivi, p. XVIII.

cultura costituzionale viva e diffusa è messo bene in luce da Calamandrei il 26 gennaio del 1955, nel celebre *Discorso ai giovani sulla Costituzione*: «la Costituzione è un pezzo di carta: la lascio cadere e non si muove. Perché si muova bisogna ogni giorno rimetterci dentro il combustibile, bisogna metterci dentro l'impegno, lo spirito, la volontà di mantenere queste promesse, la propria responsabilità¹¹⁰.

Questi compiti e queste responsabilità cui è chiamato il giurista del nuovo millennio esigono un profondo rinnovamento del modello di formazione giuridica che è ancora dominante nelle nostre Università e che era stato concepito in un ambiente culturale così diverso da quello di cui ha bisogno la Costituzione come *ius*¹¹¹. Un rinnovato modello di insegnamento che, come scrive Luigi Ferrajoli nel suo contributo al presente volume, sappia trasmettere agli studenti il «fascino nuovo del diritto quale strumento indispensabile della costruzione della democrazia» costituzionale.

Con l'intitolazione di una Cattedra ad Alessandro Galante Garrone, l'allora Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Piemonte Orientale ha voluto inviare un chiaro messaggio culturale, impegnandosi, allora come oggi, a formare non un mero esperto di cose legali, un tecnico del diritto – come vorrebbero quanti premono, da più parti e con intensità crescente, per una maggiore professionalizzazione degli studi giuridici¹¹² – ma una persona, qual è stata il

¹¹⁰ P. Calamandrei, *Discorso ai giovani sulla Costituzione* (1955), in Id., *Lo Stato siamo noi*, cit., p. 6.

¹¹¹ Come già ricordato all'inizio di questo volume, la Cattedra ha organizzato il 16 maggio 2016 un incontro intitolato *Quale formazione? Per quale giurista?*, invitando i suoi primi cinque docenti (Gustavo Zagrebelsky, Francesco Palazzo, Luigi Ferrajoli, Pietro Costa e Maria Rosaria Ferrarese) a confrontarsi su un tema che è diventato cruciale per le sorti del diritto e della scienza giuridica. Per un approfondimento, ci permettiamo di rinviare a M. Vogliotti, *Per una nuova educazione giuridica*, in «Diritto e questioni pubbliche», 2020, II, pp. 229-259.

¹¹² Sul vecchio interrogativo se l'insegnamento universitario del diritto debba avere una finalità teorico-culturale o pratica-professionalizzante, parole chiare e attualissime furono pronunciate da Uberto Scarpelli in una relazione, tutta da rileggere – presentata nel 1967 a un convegno su “Scienze sociali, riforma universitaria e società italiana” – in cui è netta la presa di posizione per «un'impostazione “culturale”, assai più accentuatamente “culturale” di quella di oggi, dell'insegnamento del diritto». Scarpelli osserva giustamente che non si addice all'università il compito di «procurare immediatamente specifiche abilità professionali»; ad essa spetta piuttosto il compito di «produrre intelletti scientificamente allenati e capaci di acquisire e modificare abilità professionali: che è poi, fra l'altro, il solo modo per procurare le abilità professionali occorrenti in diversi ruoli oggi e nel futuro, non essendo possibile coprire nell'insegnamento la gamma troppo vasta delle specifiche abilità professionali e prevedere con sicurezza le abilità professionali che le trasformazioni

“mite giacobino”, dotata di una più ampia cultura, nutrita di studi umanistici e animata da una forte tensione morale¹¹³.

L'impegno quotidiano per un insegnamento del diritto ispirato a quella figura di intellettuale che, nella sua attività di magistrato, di storico e di pubblicista, ha sempre lottato per gli ideali di giustizia e libertà, è un primo passo – che ogni giurista insegnante può compiere – per allontanare dall'orizzonte, su cui incombono nubi tanto minacciose, la distopia nichilistica.

sociali richiederanno agli studenti di ora fra un po' di anni o qualche decennio». E aggiunge, significativamente, che l'insegnamento del diritto deve «tendere a far sentire i mille legami che congiungono la cultura giuridica alla cultura generale, a dare conoscenza, e soprattutto attitudine ad acquisire conoscenza con i metodi appropriati, delle materie regolate dal diritto, a rendere consapevoli dei valori morali, politici e sociali, a fare intendere e apprezzare forme e tecniche giuridiche prodotte da tradizioni giuridiche diverse dalla nostra e a procurare così la coscienza della relatività e della mutabilità del diritto in rapporto a condizioni storiche diverse» (U. Scarpelli, *L'educazione del giurista*, in «Rivista di diritto processuale», 1968, p. 22-24).

¹¹³ Per un forte e autorevole richiamo alla necessità che il giurista - e in primis il giudice - coltivi la sua «cultura generale e, in particolare, la conoscenza dell'uomo e dei fenomeni sociali», v. il contributo di Francesco Palazzo in questo volume.

Le lezioni

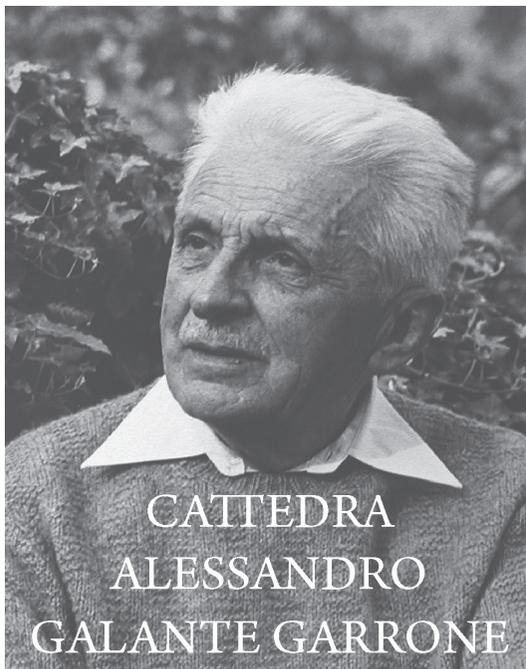
Università degli Studi del Piemonte Orientale "A. Avogadro"

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE ED ECONOMICHE

"A. GALANTE GARRONE"

Anno accademico 2010 - 2011



Il Corso

GUSTAVO ZAGREBELSKY

Virtù e vizi della democrazia

8 novembre - 6 dicembre 2010

Palazzo Borsalino

Via Cavour 84, Alessandria

“Non c'è per l'uomo preoccupazione più ansiosa che di trovar qualcuno a cui affidare al più presto quel dono della libertà, col quale quest'essere infelice viene al mondo. Ma s'impossessa della libertà degli uomini solo colui che rende tranquille le loro coscienze. Col pane”

(F. Dostoevskij, *I fratelli Karamazov*)

Gustavo Zagrebelsky, Presidente emerito della Corte costituzionale, ha insegnato "Diritto costituzionale" nell'Università di Torino. Editorialista di «La Repubblica», è autore di numerose pubblicazioni. Tra i suoi libri: *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, 1992; *Il «Crucifige!» e la democrazia*, Einaudi, 1995; (con Carlo M. Martini) *La domanda di giustizia*, Einaudi, 2003; (con G. Caramore) *La leggenda del Grande Inquisitore*, Morcelliana, 2003; *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, 2005; (con G. Preterossi) *La virtù del dubbio*, Laterza, 2007; *Imparare democrazia*, Einaudi, 2007; *Contro l'etica della verità*, Laterza, 2008; *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, 2008; *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, 2009; *Scambiarsi la veste. Stato e Chiesa al governo dell'uomo*, Laterza, 2010; (con G. Napolitano) *L'esercizio della democrazia*, Codice, 2010.

Il futuro della Costituzione

Gustavo Zagrebelsky

1. Premessa – Parte I. *Jurisdictio*: 2. Globalizzazione dei diritti – 3. Rovesciamento di prospettive – 4. Costituzioni responsive – 5. Ermeneutica costituzionale – Parte II. *Gubernaculum*: 6. Diritti e governo – 7. Stato come grande azienda commerciale – 8. Lo Stato sotto tutela – 9. Entropia politica – 10. *Governance* – 11. *Exit*

1. *Premessa*

Tutte le realtà politiche e le relative nozioni hanno carattere storico e non possono essere analizzate se non anche storicamente, oltre che concettualmente. In questa lezione ci proponiamo di riflettere sulla costituzione con riguardo al suo futuro. Ma chi può dire di possedere la scienza dell'avvenire? Possiamo soltanto ragionare su segni che riscontriamo nel tempo presente, ai quali attribuiamo valore di premonizione. In breve: rischiamo di apparire come le fattucchiere che consultano la sfera di cristallo, tanto poco decifrabile in quanto il nostro tempo è incerto, sfuggente, equivoco. E, tuttavia, non possiamo fare a meno di questo rischioso esercizio. Come giuristi, sappiamo che ogni nostra attuale proposizione è sempre rivolta al futuro anche quando è radicata nell'esperienza del passato. Un diritto e una scienza giuridica che non guardino al futuro, che non avanzino pretese di validità per l'avvenire, sono come corpi privi di vitalità. L'occasionalismo che mira ad affrontare puntualmente situazioni isolate nel tempo si addice alla politica dell'emergenza, non certo alla vita del diritto. Le nostre considerazioni, come costituzionalisti, devono quindi cercare di proiettarsi sui tempi lunghi, senza lasciarsi troppo condizionare dalle contingenze e devono tentare di distinguere le cose effimere da quelle durature.

Guardando al futuro, considerando il carattere storicamente relativo della costituzione e prendendo spunto dal tema della lezione – “il futuro della costituzione” – la prima e più radicale domanda che i costituzionalisti devono rivolgere a se stessi è: la costituzione

ha un futuro? S'intende: la costituzione secondo l'accezione che il corso della nostra storia ci ha consegnato e che è sottintesa dai testi scritti che contengono le nostre norme costituzionali. Possiamo iniziare con qualche considerazione in negativo, chiedendoci se i presupposti storici di cui le nostre costituzioni un tempo poterono giovare esistono ancora oggi.

Un saggio di Dieter Grimm del 1991 che porta lo stesso titolo di questo nostro contributo inizia con l'affermazione seguente: «Pare che non vi sia ragione di preoccuparsi per il futuro della costituzione»¹. La diffusione mondiale di ciò che denominiamo costituzione e delle garanzie apprestate per assicurarne la forza vincolante, tra le quali spiccano le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali, il controllo di costituzionalità delle leggi e i pesi e il bilanciamento dei poteri, poteva giustificare quell'affermazione, peraltro prudente o dubbiosa: «pare» soltanto. Infatti, subito dopo, lo stesso Grimm aggiunge che, al di là degli incontestabili successi esteriori, «sono ormai numerosi i segnali che indicano una crescente debolezza intrinseca delle costituzioni e suscitano dubbi su una loro diminuita capacità di regolare la politica»². Resta aperta la risposta alla domanda – scrive alla fine del saggio citato – se il «calo di validità» delle costituzioni odierne potrà essere compensato da qualche mutata concezione, oppure se avremo a che fare con documenti «atrofizzati»³, spinti ai margini della vita politica. Trent'anni prima, d'altra parte, Georges Burdeau aveva definito la nozione di costituzione addirittura come una «survivance», inerme di fronte «à la vie dans ses forces élémentaires et spontanées»⁴.

Possiamo dire che le ragioni di perplessità manifestate in questi due testi, assunti qui come esemplari, sono nel frattempo diminuite? Possiamo dire che la *Wille zur Verfassung* è rimasta quella delle origini, si è nel frattempo rafforzata o non si è invece indebolita? La risposta a queste domande si può forse utilmente tentare sciogliendo la nozione di costituzione e separando la *iusdictio* dal *gubernaculum*. Nell'essenziale è la duplice nozione che leggiamo nell'articolo 16 della *Déclaration* del 1789 il quale, nel definire che cosa è la costituzione,

¹ D. Grimm, *Il futuro della Costituzione* (1991), in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, p. 129.

² *Ibidem*.

³ Ivi, p. 163.

⁴ G. Burdeau, *L'évolution du droit public* (1956), in Id., *Écrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, Textes réunis et préfacés par Jean-Marie Denquin, Collection « Les introuvables », Paris, Éditions Panthéon Assas, 2011, p. 243.

distingue e, al tempo stesso, congiunge i diritti (la loro garanzia) e la moderazione del governo (la separazione dei poteri). Ogni costituzione che si ispira al “costituzionalismo” è uno sviluppo particolare di questi due principi, secondo le condizioni politiche, sociali e spirituali che contraddistinguono le sue fasi storiche. Le congetture circa il “futuro della costituzione” ruotano intorno alla perdurante capacità di fare fronte a queste due permanenti aspirazioni, la garanzia dei diritti e il governo temperato.

Parte I: *Iurisdictio*

2. *Globalizzazione dei diritti*

Tutte le nostre costituzioni contengono dichiarazioni dei diritti più o meno sintetiche o dettagliate. Sintetica, ad esempio, è la costituzione italiana; molto ampia e analitica è la costituzione del Portogallo (articoli 12-79). I diritti costituzionali, insieme ai doveri, contribuiscono alla definizione della posizione giuridica del cittadino, cioè determinano lo *status* di cittadinanza. Si comprende, perciò, che la loro determinazione sia *un*, anzi *il* compito fondamentale d'ogni costituzione. Lo Stato moderno è nato determinando la cerchia dei soggetti dai quali la sovranità è tratta e sui quali è esercitata. Non è improprio parlare, per quella fase storica, di “stato costituzionale-nazionale chiuso”. La sua chiusura su una cerchia umana definita era condizione di legittimità ed efficacia del governo. È comprensibile che la definizione dello *status* di cittadinanza non potesse derivare che dalla volontà dello Stato sancita dalla costituzione. L'idea che la definizione dei diritti e dei doveri di cittadinanza potesse derivare da fuori della costituzione dello Stato sarebbe parsa una assurdità, una contraddizione.

Senonché, questo punto di partenza rigorosamente “Stato-centrico” appare oggi completamente trasformato. Se c'è un campo del diritto odierno in cui il punto di vista “chiuso” è stato progressivamente sostituito da un punto di vista “aperto”, questo è il diritto costituzionale, precisamente con riguardo alla *iurisdictio* dei diritti. A questo riguardo, la branca originariamente più gelosamente nazionale del diritto, quella costituzionale, è diventata così quella più sovranazionale o internazionale. Per vero, fin dall'inizio la storia delle costituzioni che si avviò dalla fine del '700 è stata un fenomeno largamente imitativo con circolazione di “modelli” stranieri, ma tale circolazione presupponeva liberi atti costituzionali sovrani. Limita-

zione derivava dall'omogeneità dei bisogni e delle risposte. Ciò che vediamo oggi non è imitazione, ma formazione progressiva di una sorta di orizzonte di diritto costituzionale comune in cui i singoli ordinamenti nazionali sono attratti e si rispecchiano. A tal proposito si è parlato di un "diritto costituzionale internazionale" che intacca la sovranità degli Stati in materia di diritti risucchiandola per così dire in alto, in luoghi dalla sovranità incerta, anzi senza sovranità⁵.

Si tratta di una vicenda che non può sorprendere. I soggetti delle costituzioni contemporanee sempre meno sono "gli Stati" che sono venutisi configurando in cinque secoli di accentrimento del potere politico, ma sono sempre più evidentemente le società di individui, singoli e aggregati, che pretendono diritti per soddisfare bisogni e aspirazioni che ignorano i confini statali; che, anzi, li considerano intralci. La "famiglia umana" di cui è arrivata a parlare la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948 è fatta di persone e le persone sono uguali tra loro, a differenza dei gruppi etnico-culturali, ciascuno segnato da caratteri propri di cui gli Stati nazionali sono espressione. I diritti, dunque, possono "scorrere naturalmente" dovunque vi siano esseri umani, fino a costituire patrimoni morali e giuridici dell'umanità tutt'intera. Che questa sia una realtà, una illusione e perfino un auto-inganno, è altra questione che riguarda l'efficacia di questo odierno diritto costituzionale "oltre gli Stati".

In secondo luogo, i beni proclamati come diritti fondamentali dalle costituzioni, anche nei casi in cui siano testualmente attribuiti ai soli cittadini, hanno una naturale propensione universale, coincidente con la cerchia degli esseri umani. La dignità, la sicurezza, la libertà e i relativi diritti in tutte le loro espressioni non si prestano alle separazioni; sono, come si dice, indivisibili. Inoltre, le formulazioni costituzionali sono aperte, in quanto norme di principio che incorporano concetti che, per assumere valore pratico, devono essere determinati per mezzo di concezioni. Le concezioni stanno al di là della positività costituzionale. Attingono la loro concreta fisionomia da quell'ampia sfera di bisogni, di convinzioni e di esperienza che chiamiamo cultura. La cultura in generale, e la cultura costituzionale del nostro tempo, almeno per ora, non è nazionalistica.

⁵ Per far fronte alle innumerevoli crisi e minacce globali che affliggono l'umanità (sanitarie, ambientali, economiche...), Luigi Ferrajoli ha promosso l'idea di una «Costituzione della Terra in grado di imporre limiti e vincoli ai poteri selvaggi degli Stati sovrani e dei mercati globali, a garanzia dei diritti umani e dei beni comuni di tutti» (L. Ferrajoli, *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Milano, Feltrinelli, 2022, p. 13).

Infine, parliamo di cultura come se fosse una dimensione disincarnata dello spirito. Essa, invece, è una funzione di concrete forze storiche egemoni di cui essa è la ipostatizzazione astratta. Possiamo parlare enfaticamente di “famiglia umana”; meno enfaticamente, ma più realisticamente, dovremmo parlare di poteri e interessi del più vario genere, economico-finanziario in primo luogo, che si intrecciano, si alleano, si combattono anche con l’arma del diritto e dei diritti. Nel tempo nostro, queste forze aspirano alla dimensione globale o, almeno, sovranazionale. Le giurisprudenze costituzionali sono sempre meno nazionali e sempre più influenzate o addirittura condizionate dalla cornice sovranazionale in cui operano. Il cosiddetto “dialogo tra le Corti” che da qualche decennio si svolge attraverso incontri, scambi di esperienze, diretto apprendimento e citazioni di decisioni tratte da altri ordinamenti omogenei, rappresenta un fenomeno di superamento delle gelosie costituzionali nazionali che oggi, a differenza d’un tempo, apparirebbero anacronistiche. Questa è una tendenza spontanea e, per questo, particolarmente significativa del vincolo formale che in Europa gli Stati hanno assunto partecipando alle istituzioni dell’Unione Europea e al sistema di garanzia del Consiglio d’Europa. Nei confronti della giurisprudenza della Corte di giustizia del Lussemburgo e della Corte dei diritti dell’uomo di Strasburgo è generalmente mantenuta una riserva di sovranità costituzionale statale che può operare come “contro-limite” ai limiti della sovranità accettati con la stipula dei relativi trattati e convenzioni sovranazionali. Si tratta, tuttavia, di ipotesi che sono non causa di rotture del tessuto sovranazionale, ma conseguenze di rotture politiche che precedono e che non contraddicono la naturale tendenza dei diritti, nei casi ordinari, a sfuggire dalla dimensione costituzionale nazionale e ad amalgamarsi in contesti di relazioni in cui le costituzioni nazionali degradano in una dimensione secondaria e subordinata.

L’espressione “tutela multilivello dei diritti” è un modo tranquillizzante per indicare un fenomeno di trasformazione riduttiva delle costituzioni. Sebbene la tutela multilivello sia considerata, per lo più, come un supplemento di garanzia e, quindi, come un potenziamento dello Stato di diritto, non è detto che sia sempre così. Potrebbe essere una *alterazione* non rispettosa degli standard di protezione nazionali. Anche se la Carta europea dei diritti precisa che i suoi articoli non possono essere interpretati contro i livelli assicurati dagli ordinamenti statali, i rapporti tra gli ordinamenti coinvolti sono più complicati e ambigui di quel che fa semplicisticamente pensare

l'idea che i diritti si possano confrontare in termini quantitativi, in termini di più o di meno.

Il “futuro della costituzione” è segnata da questa tendenza non favorevole alla valorizzazione dei caratteri costituzionali originari. Non solo “non favorevole”, ma anche ambigua poiché i luoghi di approdo di questo slittamento, pur corrispondendo all'intima tensione universale dei diritti fondamentali come diritti che spettano all'essere umano come tale, al di sopra delle sue differenziazioni stanziali, sono tuttora deficitari dal punto di vista della trasparenza e della responsabilità di fronte a un'opinione pubblica costituzionale che non c'è o, se c'è, è impotente e disarmata di fronte alla prepotenza dei poteri di fatto.

3. *Rovesciamento di prospettive*

La costituzione e i suoi principi vivono dunque oggi non più “sovranamente”, ma sono immersi in un tessuto normativo più vasto, fatto di accordi, convenzioni, giurisprudenze, influenze, culture costituzionali. Da qui, un mutamento delle decisioni secondo il diritto costituzionale, di cui le giurisdizioni costituzionali sono protagoniste. Non è più vero che il mondo costituzionale ruoti attorno a tanti “centri” esclusivi e che questi siano rappresentati dalle costituzioni. È vero, invece, che questo nostro mondo ha tanti fuochi che attraggono e respingono. La costituzione è piuttosto uno di tali poli di attrazione: importante, certo, ma non esclusivo. L'insieme, si potrebbe dire, non è una costituzione, ma è il costituzionalismo del nostro tempo. È un insieme di elementi dinamici tra cui le nostre giurisprudenze costituzionali si devono orientare per affrontare i casi della vita che sono sottoposti al loro giudizio.

Nella *ius-dictio* costituzionale, dunque, lo *ius* non si esaurisce in quello che si potrebbe pensare di trovare cercandolo solo nelle costituzioni particolari, di cui le giurisdizioni costituzionali nazionali sono organi. Già solo in questo fatto si può constatare quanto siamo lontani dall'idea originaria della costituzione come il frutto in cui si manifesta nel modo più evidente e solenne la sovranità nazionale che statuisce “*pour toujours*”, come ritenevano di poter fare i rivoluzionari di fine-settecento con riguardo ai loro “*principes éternels*”.

Ma c'è altro. Quanto più ci allontaniamo temporalmente e spiritualmente dalla generazione costituente (la generazione dei “padri”) tanto più la presunzione di legittimità *a priori* e incondizionata della costituzione si affievolisce e, conseguentemente, l'ossequio che le è

dovuto diventa problematico. L'idea della giurisdizione come semplice bocca della legge, insostenibile in generale, lo è tanto più evidentemente con riguardo alla giurisdizione che interpreta e applica la costituzione. Con il passare del tempo, per i giudici costituzionali non si tratta più di essere fedeli a un mandato il cui contenuto è nella volontà di chi, una volta per tutte, ha posto la costituzione. Più o meno consapevolmente, si opera un rovesciamento che non condanna la costituzione ma impone una conversione: non è più dalla costituzione che si guarda la realtà da giudicare, ma è dalla realtà che si guarda alla costituzione. Interessa sempre meno la volontà costituente che si è espressa nelle formule costituzionali. Ciò per due diverse ma convergenti ragioni. Innanzitutto, più ci si allontana dal tempo originario, più diventa dubbio il debito di riconoscenza nei confronti dei padri fondatori. Interessa invece se in quelle formule si possa trovare la risposta o, almeno un aiuto per la risposta, ai problemi attuali che la società pone nel tempo presente. Non è allora più la costituzione che comanda, ma siamo noi che la interroghiamo e, così facendo, ci riconosciamo il potere decisivo, quello di formulare le domande che interessano. A ciò deve aggiungersi che nel giro di pochi anni sono sorti problemi che certamente presentano carattere costituzionale i quali non potevano nemmeno essere immaginati pochi decenni fa e altri si proporranno nel prossimo futuro. È perfino superfluo cercare di censire le tante domande che nelle costituzioni non trovano risposte perché al loro tempo non erano formulabili: domande circa lo sviluppo della tecnologia e la sua applicazione in campo informatico, medico e genetico, di generi sessuali, ecologico, eccetera. Solo fino a qualche decennio fa il tema della precauzione nei confronti delle scelte irreversibili che pregiudicano la condizione delle generazioni future, non era nemmeno immaginabile. Si tratta, all'evidenza, di questioni cruciali, dotate di significato altamente costituzionale, la risposta alle quali deve cercarsi nella costituzione, ma non discende dalla costituzione.

4. *Costituzioni responsive*

La vitalità della costituzione di fronte alle tante questioni nuove, attuali e future, dipende dunque dalla possibilità che essa dia risposte adeguate alle aspettative implicite nelle domande fondamentali che le vengono rivolte. Più precisamente, dipende dalla capacità della giurisprudenza e della scienza costituzionali di formulare domande pertinenti e di cercare e trovare le risposte adeguate nella

costituzione. In breve: non si presume che la costituzione dica, ma *si lavora con* la costituzione affinché essa possa rispondere. Il tempo che passa rovescia il senso delle costituzioni: da documenti imperativi a documenti responsivi.

Ciò significa che l'interpretazione della costituzione sempre più chiaramente procede, per dir così, non dall'alto di una volontà costituente sovrana, ma dal basso dei casi costituzionali. Da questi prendono avvio le interrogazioni costituzionali. Sebbene, a quanto sembra, i costituzionalisti per lo più abbiano difficoltà ad ammettere questo rovesciamento che ai loro occhi comporta il rischio di sporcare la purezza della professione giuridica come è da essi concepita, dando rilievo alla bassura dei casi della vita, se ci si interroga su come effettivamente e necessariamente procede la pratica del diritto costituzionale (il diritto non è nulla se non è *scienza pratica*), si comprende che cosa significa l'espressione "uso responsivo della costituzione". Del resto, se non vado errato, il riferimento al canone classico dell'interpretazione secondo il positivismo giuridico – la "intenzione del legislatore" (costituzionale) – è sempre più raro nell'esperienza del diritto, anche perché i casi della vita che pongono problemi da punto di vista dei diritti sono una fabbrica incessante di ipotesi spesso nuove, che non sono previste né avrebbero potuto essere previste *a priori*.

5. *Ermeneutica costituzionale*

Se si pone attenzione alla giurisprudenza costituzionale sui casi nuovi, che sono anche casi difficili perché nascono in territori inesplorati, è facile rendersi conto che alla costituzione ci si rivolge per cercare sempre meno soluzioni precostituite, e sempre più argomenti per soluzioni da costruire. Le antiche teorie dell'interpretazione al servizio della volontà del legislatore o della legge, nel caso della costituzione, sono sempre meno utili. L'ermeneutica, come arte della domanda, è all'opera tutti i giorni e ciò è talmente evidente che spesso nemmeno ce ne accorgiamo.

I testi delle costituzioni odierne relative ai diritti sono particolarmente adatti all'ermeneutica. La loro formulazione tramite norme di principio prive di fattispecie astratta comporta che sia la fattispecie concreta a metterle in moto; l'indeterminatezza circa le prescrizioni conseguenti alla loro violazione comporta che essa debba essere colmata attivamente dall'interprete. In tale attività giocano un ruolo essenziale i canoni del bilanciamento, della ragionevolezza, della

proporzionalità, della prudenza rispetto alle conseguenze, eccetera: canoni che in gran parte hanno sostituito i tradizionali criteri di interpretazione della legge codificati da Savigny.

La vitalità della costituzione dipende così sempre meno dalla legittimità di chi l'ha fatta e ha parlato per mezzo di essa, e sempre più dalla capacità di dare risposte adeguate alla domanda di giustizia costituzionale che sorge dalla società del nostro tempo o, più precisamente, dalla capacità della scienza e della giurisprudenza costituzionale di cercare e trovare quelle risposte argomentandole alla luce della costituzione e della cultura costituzionale che la nutre e ch'essa stessa contribuisce a nutrire.

Questa pare la traiettoria storica: ogni costituzione nasce con l'aspirazione, se non di fermare il tempo *pour toujours* (le "clausole di eternità"), almeno di porre le radici del proprio sviluppo in una ἀρχή al di sopra delle contingenze future. Tuttavia, la legittimità iniziale si inesterisce se non si alimenta di risposte nuove a domande via via emergenti. E qui compare l'ermeneutica costituzionale che fa vivere ciò che altrimenti sarebbe lettera morta, ma contemporaneamente la relativizza storicamente.

Si comprendono le ragioni di diffidenza nei confronti dell'idea della costituzione come testo responsivo, aperto alle influenze dei contesti. Si comprendono altresì le ragioni dell'interpretazione "originalista" contro i rischi della fluidificazione costituzionale e della prostituzione a ragioni meramente politiche contingenti e, alla fine, dell'asservimento della costituzione alla forza di nudi interessi e di rapporti di forza, invece che alla forza delle buone ragioni. Comprendere queste ragioni non significa però che si debbano chiudere gli occhi di fronte a una trasformazione sostanziale della costituzione; significa, invece, che si deve partire da qui per sottolineare ancora una volta la responsabilità della scienza e della giurisprudenza costituzionali, in quanto sono queste le forze che "fanno la costituzione", la costituzione del costituzionalismo, e la rendono operante nei confronti delle forze elementari e spontanee della vita politica e sociale.

Parte II: *Gubernaculum*

6. *Diritti e governo*

La garanzia dei diritti e la forma del governo sono concettualmente distinti. Ma i due concetti sono legati l'uno all'altro in ogni concezione moderata della costituzione, il che è quanto dire: secondo la

tradizione del costituzionalismo di cui noi siamo figli. I diritti sono travolti se hanno di fronte a sé la potenza d'un governo illimitato; d'altra parte, i diritti senza un governo dei diritti si trasformano in poteri dei più forti a danno dei più deboli. Il contenuto e il rapporto dei diritti con il governo è un rapporto storicamente variabile. Nella concezione originaria del costituzionalismo, si trattava dei diritti dei possidenti contro le pretese dei non possidenti che scossero la stabilità dei regimi liberali dell'Ottocento. Il costituzionalismo moderno è stato, all'origine, la difesa d'un ordine sociale classista. Il socialismo riformatore considerava piuttosto i diritti come strumenti di liberazione dall'oppressione, in vista d'un ordine sociale nuovo da costruire attraverso l'allargamento della partecipazione. L'aspirazione (o, forse, l'illusione) della democrazia o dello Stato sociale di diritto è di poter parlare dello Stato al servizio dei diritti di tutti i facenti parte del popolo, un concetto che astrae dall'appartenenza dei singoli a uno o a un altro strato sociale.

Lanzidetto rapporto di reciproco coinvolgimento tra Stato e diritti è rimasto fermo nel tempo, ma sono mutati i contenuti dei due termini. I diritti originariamente erano diritti allo *status quo* instaurato in nome della proprietà e della libertà, e quindi consistevano nella pretesa che lo Stato operasse difensivamente per la garanzia di tenuta dei rapporti sociali instaurati dalle rivoluzioni borghesi. Non è necessario qui fare la storia della trasformazione dello Stato, da garante a promotore di diritti in precedenza sconosciuti, cioè la storia del cosiddetto "stato sociale" che, in vario modo, è raffigurato nelle nostre costituzioni. Lo Stato è venuto a configurarsi come il monopolista non solo della forza legittima, quale era anche in passato, ma anche come il monopolista del "politico", cioè come il titolare delle visioni politiche, progetti, programmi di trasformazione sociale. A sua volta, "il politico" è venuto configurandosi, almeno teoricamente, come la funzione suprema capace di governare "l'economico" e di orientarlo ai suoi fini. Lo Stato liberale dell'Ottocento non impropriamente fu detto il «comitato esecutivo della borghesia»; lo Stato sociale del Novecento tentò di essere, per così dire, un comitato esecutivo della società tutta intera. Ciò implicava che esso potesse ergersi al di sopra delle cause generative delle discriminazioni sociali e, a questo fine, che gli interessi economici che creano disuguaglianza potessero essere orientati, limitati e addomesticati dalla politica a fini sociali. Sempre Stato e diritti, ma nuovi diritti e, conseguentemente, nuova concezione dello Stato.

La trasformazione anzidetta è registrata dalla costituzione nelle sue diverse ma omogenee versioni odierne che sono figlie del co-

siddetto “compromesso socialdemocratico”, cioè del patto di equità tra le componenti della società guidato politicamente dallo Stato. La questione circa il futuro di questo genere di costituzioni è se ne esistono tuttora le condizioni, condizioni che presuppongono il primato della politica sulle altre funzioni sociali.

7. *Lo Stato come grande azienda commerciale*

Per cercare una risposta alla domanda, si può procedere dall'esame di una formula, apparsa nel dibattito pubblico appena qualche decennio fa e che inutilmente cercheremmo nel lemmario dei testi classici del diritto costituzionale: *fallimento dello Stato*. La possibilità che ormai accettiamo come un possibile evento fatale che incombe in misura variabile su tutti gli Stati non indica un loro indebolimento ma un loro mutamento di natura. Dello Stato, nei nostri manuali di diritto costituzionale, si diceva ch'esso è un “ente necessario”. Oggi si dice che può fallire. Dunque non è necessario. Il fallimento è la condizione d'insolvenza verso i creditori che riguarda le società commerciali e che porta alla cessazione dell'attività, al licenziamento dei dipendenti, alla dispersione di quel che resta del patrimonio e alla distribuzione delle spoglie tra gli aventi diritto. Lo Stato poteva attraversare gravi crisi finanziarie e poteva estinguersi, ma per ragioni di diritto pubblico e non di diritto privato: per effetto di guerra civile, di debolezza estrema del governo o di *debellatio*. Mai si sarebbe potuto pensare che fallisse come una società commerciale, precisamente perché non era una società commerciale e disponeva degli strumenti sovrani per difendersi: l'aumento della pressione fiscale e il governo della moneta. Aveva l'ultima parola attraverso il fisco e la zecca, importanti per la sua difesa quanto lo era l'esercito. Il linguaggio della sovranità ha oggi ceduto il passo a quello del commercio e il linguaggio, specialmente quando lo usiamo senza renderci conto delle sue implicazioni, è uno specchio fedele della realtà.

Questo mutamento di natura dello Stato deriva dal peso del suo indebitamento, unito ai limiti della pressione fiscale, e dalla perdita della sovranità sulla moneta. Tanto più è gravato dal debito, tanto più è esposto al potere della finanza della cui benevola attitudine ha bisogno per rifinanziarsi continuamente. A ogni emissione o scadenza di titolo del debito pubblico, c'è un momento di *suspence*. Come reagiranno i mercati finanziari? Ci saranno ancora investitori? Quali tassi d'interesse richiederanno? Sarà lo Stato capace di reggere

una condizione che riscuota la fiducia dei mercati finanziari, cioè non di benefattori ma di speculatori? Lo Stato indebitato (e quasi tutti, più o meno, lo sono) è alla mercé della finanza e può essere soffocato. I centri di potere della finanza globalizzata possono decidere il fallimento dello Stato indebitato, con conseguenze simili a quelle del fallimento delle società commerciali: dall'impossibilità di fare fronte ai debiti contratti al licenziamento dei dipendenti, alla liquidazione dei beni pubblici, alla disoccupazione, alla fine delle misure di protezione dei più deboli, al disastro sociale.

8. *Lo Stato sotto tutela*

Oppure, può aprirsi una strada diversa: le riforme coatte, analogamente a quanto accade nelle società commerciali quando sono poste in stato di "amministrazione controllata", cioè sotto la tutela di commissari *ad hoc*. Tutti noi abbiamo presente ciò che è accaduto in Grecia e a Cipro tra il 2012 e il 2015, ciò che si è prospettato come possibilità in Portogallo, Spagna e Italia negli anni scorsi, e che può rappresentare una primizia di ciò che può accadere ancora in molti altri Stati (Puerto Rico, Venezuela, Brasile, e anche gli Stati dell'area mediterranea) quando le agenzie di *rating*, queste nuove autorità dal potere sconfinato e totalmente incontrollato, ne dichiarano l'insolvenza. Alle conseguenze peggiori si cerca di sopperire con politiche di "ristrutturazione" del debito pubblico, con riguardo specialmente ai Paesi del terzo e quarto mondo. Ma l'insolvenza non deriva solo da cause patologiche (corruzione, clientelismo, sprechi, mala amministrazione). Deriva anche da ragioni strutturali dello Stato sociale, cioè dello Stato del mondo sviluppato al quale apparteniamo, ragioni che si aggravano nelle situazioni di crisi finanziarie. Lo Stato sociale, per la sua natura, è impegnato in politiche il cui costo cresce con le aspettative ch'esso stesso alimenta. Vale anche in questo caso il celebre detto di Ernst-Wolfgang Böckenförde: «*Lo Stato liberale secolarizzato vive di presupposti che non è in grado di garantire*. Questo è il grande rischio che esso si è assunto per amore della libertà»⁶. Se noi sostituiamo "sociale" a «liberale», e "amore del benessere" a «amore della libertà», il motto vale perfettamente con riguardo alle difficoltà finanziarie e alle loro conseguenze. Nel nostro caso, i presupposti che non si possono garantire sono le risorse necessarie di

⁶ E.-W. Böckenförde, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione* (1967), a cura di M. Nicoletti, Brescia, Morcelliana, 2015, p. 68 (il corsivo è dell'Autore).

fronte alle domande crescenti di investimenti sociali. Nel momento in cui esse iniziano a scarseggiare e si prospetta l'incubo della "crisi fiscale dello Stato", si procede attraverso l'indebitamento. Tanto più questo cresce, tanto più diminuisce la libertà dello Stato, costretto dal ricatto dei creditori il cui giogo diventa sempre più pesante in proporzione alla crescita del debito pubblico. Lo Stato china la testa di fronte a una nuova sovranità, la sovranità dei creditori rappresentati dai grandi investitori internazionali. Le loro armi sono la promessa di salvezza o la minaccia di rovina. Lo scenario immediato è la fine della "liquidità" degli istituti di credito, il panico tra i risparmiatori, l'impossibilità per lo Stato di pagare debiti, stipendi, pensioni, la disperazione dilagante; a media scadenza, chiusure e fallimenti d'impresе, disoccupazione, miseria. Chi potrebbe resistere alla forza intimidatrice di una simile catastrofe annunciata e alla forza seduttiva di qualunque prospettiva salvifica, fosse anche accompagnata da condizioni iugulatorie?

Più o meno, come è per le società commerciali. I creditori esigono il pagamento dei loro crediti e, se il debitore è insolvente, possono aggredire lui, facendoselo schiavo, e quello che resta del suo patrimonio, spartendoselo tra loro. Con un'aggravante: mentre il fallimento delle società commerciali è pronunciato da organi indipendenti come sono i Tribunali, il fallimento degli Stati è pronunciato direttamente dai creditori e dai loro "analisti". Sono parti interessate che possono indirizzare le loro politiche finanziarie anche a fini direttamente politici, per indebolire, colpire i governi che entrano nel loro mirino o indurli a determinate politiche di "riforma". Ciò, fanno irruzione direttamente nella vita politico-costituzionale degli Stati.

Inizialmente, si tratta di riforme che riguardano i conti e il risanamento dei bilanci: aumento della pressione fiscale, riduzione delle spese fisse e alleggerimento della macchina burocratica, tagli nei diversi settori della spesa sociale, abolizione della contrattazione sindacale, licenziamenti collettivi, "privatizzazione" di beni pubblici, ipoteche e loro collocazione sul mercato a prezzi di realizzo a favore di coloro che controllano grandi patrimoni finanziari, aliquote Iva, pensioni: un elenco relativo alla Grecia e a Cipro che *Der Spiegel* definì un "catalogo delle atrocità". Ma il condizionamento che la finanza è capace di esercitare s'estende alla formazione dei governi e delle coalizioni che li sostengono, e interferisce con i loro programmi e può mettere nel nulla perfino l'espressione dei diritti politici che si manifesta in elezioni e in referendum popolari, come è accaduto in Grecia. Le compagini ministeriali sono tanto meglio accette quanto

più rinunciano a programmi propriamente politici e si piegano ai vincoli che sono loro imposti. La politica diviene esecuzione di tali vincoli. “Lo chiedono i mercati” è il motto d’una sorta di super-costituzione materiale, e i governi sono costretti a operare come se fossero mossi da un “timone automatico”. I timonieri – i ministri degli affari economici – sono sempre più spesso esponenti della finanza internazionale o, comunque, esecutori bene accetti in quegli ambienti.

Non basta. Sarà bene rammentare la pretesa di condizionare perfino le costituzioni, una pretesa che è indicata a chiare lettere in un *report* degli “analisti” della banca d’affari JP Morgan del 23 maggio 2013 che ha almeno il pregio della trasparenza (mentre ormai sistematicamente i grandi centri finanziari mondiali formulano moniti e chiedono “riforme” del medesimo segno, mascherate sotto il segno della semplice tecnica costituzionale efficientistica). Leggiamo: «I sistemi politici della periferia meridionale dell’Europa sono stati instaurati in seguito alla caduta di dittature e sono rimasti segnati da quella esperienza. Le costituzioni mostrano una forte influenza delle idee socialiste, e in ciò riflettono la grande forza politica raggiunta dai partiti di sinistra dopo la sconfitta del fascismo. Questi sistemi politici e costituzionali del Sud presentano tipicamente le seguenti caratteristiche: esecutivi deboli nei confronti dei parlamenti; governi centrali deboli nei confronti delle regioni; tutele costituzionali dei diritti dei lavoratori [...], licenza di protestare se vengono proposte modifiche sgradite dello *status quo*. La crisi ha illustrato a quali conseguenze portino queste caratteristiche. I Paesi della periferia hanno ottenuto successi solo parziali nel seguire percorsi di riforme economiche e fiscali, e abbiamo visto esecutivi limitati nella loro azione dalle costituzioni (Portogallo), dalle autorità locali (Spagna), e dalla crescita di partiti populistici (Italia e Grecia)».

Qui non interessa discutere il bene e il male, ma interessa prendere atto di ciò che avviene precisamente ai fini della domanda di cui ci stiamo occupando: dove va (meglio: dove va a finire) la costituzione?

9. *Entropia politica*

Le costituzioni democratiche e sociali del secondo dopoguerra prevedono tutte vari strumenti di partecipazione al processo politico finalizzati alla valorizzazione delle norme costituzionali che promettono benessere. Gli autori delle nostre costituzioni erano perfettamente consapevoli dei limiti della democrazia politica, rispetto ai nuovi compiti della democrazia sociale. Perciò furono previsti, precisa-

mente, quegli strumenti di partecipazione che il documento sopra ricordato denuncia come nefasti impedimenti alla “governabilità” delle nostre società. Il carattere propriamente giuridico delle norme costituzionali che prevedono programmi di giustizia sociale è dubbio. Esse con difficoltà possono essere attivate davanti a un giudice. Per valere concretamente devono essere assunte come programmi da partiti politici e forze sociali che operano liberamente. Insomma, i diritti sociali dipendono dalla politica e non viceversa. La politica, a sua volta dipende non solo dagli orientamenti ideali ma anche dalle risorse materiali ch’essa ha disposizione. Non basta l’appello alle norme scritte nei documenti costituzionali.

Qui possiamo toccare con mano la frustrazione attuale della costituzione: la contraddizione tra le promesse e le possibilità. Molti di coloro che insegnano il diritto costituzionale conoscono l’imbarazzo che si prova nell’illustrare le tante norme che promettono a tutti, *come diritti*, lavoro dignitoso, istruzione adeguata, sanità e protezione sociale e altre cose che appartengono all’orizzonte dello Stato sociale: imbarazzo di fronte allo sguardo disincantato delle nuove generazioni che sperimentano sulla loro pelle la distanza tra i proclami e la realtà. Questa distanza tra il fatto e il diritto non è quella tra la norma e la violazione della norma. La percezione di questa distanza è qualcosa di diverso e di più profondo, è il logoramento della legittimità della costituzione. Il diritto, se non è accompagnato almeno dalla speranza di effettività, è un inganno. Se si oscura il carattere progettuale dello Stato sociale, cioè il suo sguardo rivolto al futuro, la costituzione regredisce a garanzia dello *status quo*, delle gerarchie sociali, della divisione tra chi sta in alto e chi in basso. Lo *status quo*, inevitabilmente, si traduce in ordine pubblico; lo Stato amico si traduce in Stato arcigno, autoritario. Parafrasando sant’Agostino potremmo chiederci *remota iustitia, quid sunt regna nisi magna coercitio?*

Tuttavia, le aspettative sociali nei confronti dello Stato non sono affatto superate e sono anzi al centro d’ogni dibattito e campagna elettorale. Una volta entrate nel sangue della democrazia, nessuno potrebbe permettersi semplicemente di accantonarle e presentarsi agli elettori dicendo: ritorniamo all’Ottocento e dimentichiamo la “questione sociale”. Ognuno faccia da sé e per sé. Intorno alle promesse si svolge, infatti, una vicenda politica superficiale, fatta di promesse sempre più difficili da mantenere. Mentre crescono i vincoli dell’economia, la politica si agita e produce entropia. Entropia non significa paralisi. Anzi, può esserci frenesia che, tuttavia, è solo agitazione e non produce altro che diffusa e uniforme tiepidezza,

“sistema”, “medietà” e frustrazione. Coloro che elaborarono le nostre costituzioni nutrivano fiducia circa la capacità del “politico” di governare “l'economico” per orientarlo in senso sociale. In certa misura, in passato è stato così, ma oggi lo è sempre di meno. La costituzione nei suoi aspetti sociali è insidiata e talora sconfitta da una non scritta, ma non perciò meno cogente, “costituzione dell'economia” finanziarizzata e dalle sue ferree leggi di necessità. A sua volta la “costituzione politica”, pensata in funzione della socialità, ha cambiato direzione e sempre più si è orientata alla difesa e al consolidamento degli equilibri economico-finanziari che, a loro volta, comportano squilibri sociali. Significativa è la sostituzione nel nostro lessico della parola “governo” con la parola “*governance*”.

10. *Governance*

Questa parola e il relativo concetto sono perfettamente coerenti con l'entropia politica. Essa allude a un intreccio informale di interessi pubblici e privati che trovano il loro (instabile) equilibrio nella contrattazione tra quelli che riescono di fatto ad accedere ai tavoli delle trattative. Gli interessi deboli anche se diffusi, sono destinati a cedere di fronte agli interessi forti, anche se ristretti. Partiti politici decaduti ad agenzie per l'occupazione di posti di potere, oligarchie di vario genere, gruppi d'interesse, *lobbies*, tutte cose che considerano se stesse abilitate a partecipare alla contrattazione delle pubbliche risorse, spesso in modo sotterraneo, opaco, irresponsabile di fronte al vasto pubblico. In questo genere d'intrecci spiccano le figure dei “facilitatori” o quelle degradate dei “faccendieri” (*brasseurs d'affaires*), figure certo non nuove ma che oggi hanno quasi un loro *status* professionale di esperti in relazioni, ambigue ma necessarie alla *governance*, che insidiano il *governo* secondo legge e costituzione. L'efficacia di tali prestazioni è tanto maggiore quanto più è vasta la materia negoziabile. Perciò esse tendono a estendersi e a fagocitare perfino le regole costituzionali, come quelle che prescrivono l'imparzialità, la legalità delle pubbliche funzioni e la separazione degli interessi pubblici da quelli privati. Nella *governance* la corruzione pubblica trova il suo *habitat* più adatto alla diffusione capillare. All'origine del costituzionalismo stava la congiunzione della *iurisdictio* e del *gubernaculum* nella costituzione, secondo il già citato articolo 16 della *Déclaration*. Si comprende che questa coesistenza diventa tanto più problematica quanto più si afferma la logica invasiva della *governance*. Così, al di là di singoli episodi, si comprende anche l'insofferenza nei confronti

delle magistrature indipendenti e le accuse di “giuristocrazia” che gli uomini della *governance* rivolgono contro di loro.

11. *Exit*

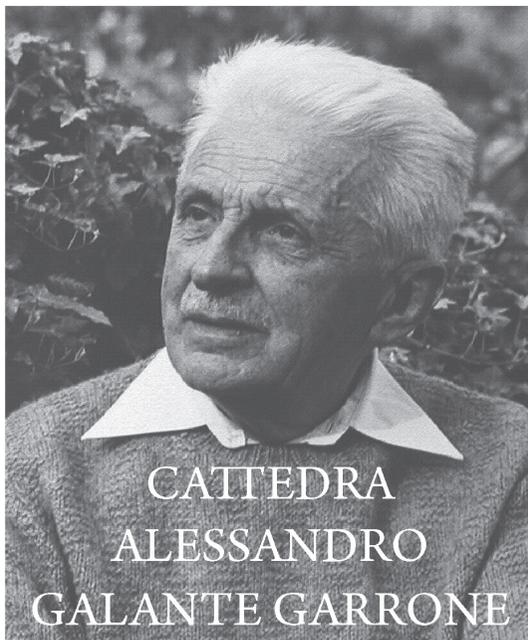
Le difficoltà attuali della costituzione politica giustificano previsioni funeste per l'avvenire? La costituzione è una nozione *dépassée*, secondo la convinzione espressa da Georges Burdeau che si è richiamata all'inizio?

Le previsioni sono sempre rischiose. Ma, se consideriamo illusoria la speranza del liberalismo ottocentesco che i fattori economici (oggi principalmente di natura finanziaria) e i fattori tecnologici lasciati liberi di agire nel mercato assicurino la distribuzione equa delle risorse sociali e siano di per sé produttivi di “bene comune”; se riteniamo che non sia più tollerabile la costante crescita delle disuguaglianze, anche per le tensioni distruttive che ne derivano; se vogliamo batterci per un'effettiva tutela dei diritti e per un'efficace difesa dell'ambiente: se consideriamo tutto ciò, a che cosa d'altro potremmo rivolgerci, quando verrà il momento, per tentare di mettere un qualche ordine nelle nostre società? A che cosa d'altro, se non a una costituzione politica, sia essa nazionale, sovranazionale o, secondo gli auspici di Luigi Ferrajoli, mondiale? Una costituzione che non può che essere *politica*. Che questa, poi, sia una costituzione democratica del tipo che conosciamo, o sia una costituzione autoritaria che faccia appello a un decisore come ultima risorsa dell'ordine, questa è altra questione che esula dalle nostre considerazioni e dalle nostre capacità di previsione.

Università degli Studi del Piemonte Orientale "A. Avogadro"

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA E
SCIENZE POLITICHE, ECONOMICHE E SOCIALI

Anno accademico 2011 - 2012



Il Corso

FRANCESCO PALAZZO

*In mezzo al guado: forma e sostanza nella
penalistica italiana del dopoguerra*

21-22 marzo e 2-3 maggio 2012

Palazzo Borsalino
Via Cavour 84, Alessandria

“La lettera uccide, lo spirito invece vivifica”

(S. Paolo, *Seconda Lettera ai Corinzi*, III,6)

“Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni”

(C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, IV)

Francesco Palazzo, ordinario di “Diritto penale e criminologia” presso l'Università di Firenze, è presidente dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale. Condirettore della *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, di *Studium Iuris* e di *Diritto penale e processo*, fa parte del comitato scientifico di importanti riviste italiane e straniere: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*; *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*; *Revista penal*. È stato componente di più Commissioni ministeriali per la riforma del codice penale e della legislazione penale. Tra le sue più recenti pubblicazioni: *Giuliano Vassalli*, Laterza, 2010; *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Editoriale Scientifica, 2011; *Corso di diritto penale*, IV ed., Giappichelli, 2011.

Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice

Francesco Palazzo

Alessandro Galante Garrone (1909-2003): magistrato, storico, protagonista della Resistenza. Egli fu talvolta considerato il capostipite o il padre spirituale di quei giudici che, dalla metà degli anni '60 del secolo scorso, vollero conformare il diritto, soprattutto quando espresso dalle vecchie leggi penali fasciste, ai risorti valori di libertà, democrazia e giustizia sociale. Disposti anche a condividere un certo giacobinismo giudiziario nello sfidare la gabbia soffocante di una legge incapace di dare voce ai nuovi valori della Repubblica. Un giacobinismo non immune dalla tentazione, in alcuni e secondo alcuni, di indulgere alla "ghigliottina giudiziaria". Ma se Alessandro Galante Garrone fu giacobino, fu un "mite giacobino": lo rivela la sua convinzione espressa a proposito del cambio costituzionale e secondo la quale "non competeva ai giudici (in quanto tali) introdurre una nuova legalità. Perché [...] i loro orizzonti erano e sono segnati dalle leggi esistenti, non dalle leggi della città futura"¹. Giacobino, semmai, e comunque sempre mite, fu nella professione di un'etica del giudice, affermata con convinzione tanto rigorosa quanto umana.

1. Crisi della legge. – 2. Nomofilachia e interpretazione. – 3. Deontologia giudiziaria e indipendenza della magistratura. – 4. Eticità del diritto. – 5. Interpretazione delle norme incriminatrici. – 6. Interpretazione delle norme e degli istituti di parte generale. – 7. Interpretazione e norme costituzionali ed europee. – 8. Diritto giudiziario e democrazia. – 9. Per un'etica dell'interpretazione.

1. Crisi della legge

Chi con rammarico, chi con soddisfazione, tutti però – giuristi, sociologici, politologici – non possono che prendere atto della profonda crisi attraversata dalla *legalità legalistica*². Cioè della perdita di ruolo

¹ A. Galante Garrone, *Il mite giacobino. Conversazione su libertà e democrazia* raccolta da Paolo Borgna, Roma, Donzelli, 1994, p. 96.

² V. il mirabile quadro tracciato da M. Vogliotti, *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, VI, Milano, Giuffrè, 2013, p. 371-435 (una versione aggiornata e parzialmente

e di prestigio della legge nel disciplinamento dei rapporti sociali e nell'orientamento dei comportamenti umani.

Le cause di questo fenomeno sono troppo note per insistervi qui: le diamo per scontate, limitandoci solo a riassumerle molto rapidamente. Su tutte prevale indubbiamente la complessità della realtà sociale e il suo frenetico dinamismo, così che l'involucro tendenzialmente stabile della disciplina legislativa e la sua astrattezza impediscono di tenere dietro a tutte le variegate manifestazioni della vita sociale; di conseguenza, s'innesta una contraria tendenza alla polverizzazione, frammentazione, moltiplicazione della disciplina legale che, seppure in direzione opposta, porta al medesimo risultato dell'incapacità della legge di pre-vedere tutte le "fattispecie" significative. Non è da escludere poi che il tramonto del ruolo della legge si leghi ad una più generale e profonda flessione della *razionalità ordinante*, di cui invece proprio la legge è stata storicamente uno dei prodotti più significativi: venuta meno l'illusione illuministica che la legge potesse condensare razionalmente ogni metro valutativo del reale, si avverte diffusa la tendenza ad elevare i sentimenti e le emozioni a criteri più penetranti e genuini per comprendere la realtà più vera e profonda dei fatti umani³. E così si alimenta un'inclinazione a privilegiare la voce muta ma vibrante e vera del "fatto" rispetto a quella tonante ma vuota e falsa della "legge"⁴.

Queste cause per così dire strutturali, profondamente strutturali, del declino della legalità legalistica si accompagnano poi ad un fattore più estrinseco ma che converge nello stesso risultato: la perenne urgenza del decidere e la rapidità della decisione politica fanno sì che l'arte della legiferazione sia scaduta a tecnica arzigogolata che

rimaneggiata della voce è uscita in francese con il titolo *Les nouveaux chemins de la legalité. Au delà de la modernité juridique*, Bruxelles, Pustl, 2019). Più sinteticamente e con una maggiore attenzione al profilo penalistico, Id., *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*, in «Sistema Penale», 3, 2020, p. 45 ss. Nella dottrina penalistica, v. tra i più recenti nell'immensa bibliografia, G. Amarelli, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2018, p. 1406 ss. e M. Ronco, *La legalità stratificata*, *ivi*, p. 1387 ss.

³ Su questo fenomeno, che potrebbe dirsi di "sentimentalismo sociale", v. con specifico riferimento al diritto penale, G. Mannozi, *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di restorative justice*, in «disCrimen», 23 aprile 2020; F. Palazzo, in F. Palazzo, F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, Il Mulino, 2018, p. 102 ss.; F. Palazzo, *Diritti, pena e...Antigone*, in «disCrimen», 20 marzo 2020, p. 2.

⁴ Cfr. M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007.

maneggia le proposizioni normative con una disinvoltura e un'insipienza senza più limiti. Ed è anche difficile addossare interamente la colpa di siffatto andazzo agli uffici legislativi serventi alla politica: troppo complesso e confuso è diventato il groviglio della rete legislativa perché qualunque nuovo intervento non sia condannato a priori ad aggiungere disordine a disordine, non esistendo le condizioni per un gesto di coraggiosa rifondazione dell'assetto legislativo, in nessun settore. L'abbandono di qualunque idea di ricodificazione in materia penale non è che uno dei tanti segnali di questo stato di fatto che ad oggi sembra essere senza ritorno⁵.

Dicevamo che, se la presa d'atto di questo declino della legge è comune e generalizzata, diversa è spesso l'intonazione con cui si reagisce a questo fenomeno epocale. Un senso di rammarico, di sconforto quasi, è diffuso in special modo proprio tra i penalisti: alcuni di loro vedono nella caduta del primato della legge un regresso dalla civiltà del diritto penale, come essa si era finalmente affermata dopo la svolta dell'illuminismo penale col trionfo dello Stato liberale di diritto⁶. Vi è spesso in questo atteggiamento una forte inclinazione al rimpianto e al vagheggiamento del passato, al quale si continua a guardare come all'unico modello – quello liberale appunto – capace di salvare il diritto penale da un'involuzione sostanzialmente autoritaria a prescindere da quale che sia la forma di Stato e di governo esistente in questo o quell'ordinamento.

Per contro, altri studiosi sono inclini a vedere nella crisi della legge statale il segnale di un "ritorno al diritto"⁷. Il trionfo della legge si rivela agli occhi di costoro un doppio e pericoloso "inganno". Da un lato perché non è che un mito la sua incondizionata capacità di regolare i rapporti giuridici, non essendo possibile né auspicabile ridurre il giudice ad un "potere nullo" e far tacere tutte le altre fonti (sostanziali?) del diritto che vengono dalla cultura, dai bisogni sociali, dalla tradizione, dagli usi, dai valori⁸: ridurre al totale si-

⁵ In generale, v. il bel volume di P. Cappellini e B. Sordi (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, Giuffrè, 2002. Con più specifico riferimento all'area penalistica, cfr. G.A. DE Francesco, *Dilemmi e prospettive della codificazione penale. Riflessioni alla luce di un contributo recente*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2005, p. 261 ss.

⁶ Tra le tante voci v. quelle raccolte in *Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale*, "Dibattito", in «Criminalia», 2016, p. 157 ss.

⁷ P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2018; id., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁸ V. efficacemente M. Donini, *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*,

lenzio queste fonti non solo non è materialmente possibile, ma nella misura in cui è possibile equivale a disseccare la profonda vitalità del diritto. Dall'altro lato, il trionfo della legge, sotto le mentite spoglie dell'eguaglianza e della sicurezza giuridica, nasconde una realtà politica ben diversa celebrando l'*assolutismo giuridico* di un sistema giuridico interamente potestativo e interamente imperniato sulla volontà di chi detiene in quel momento il potere legislativo. Sicché l'orientamento legalistico è alla fine assai meno "democratico" di quello che apre alle fonti non legali del diritto⁹.

Pur sentendoci più vicini a questo secondo modo di concepire, oggi, il diritto, non si può ignorare che proprio il diritto penale è pervaso da una insopprimibile *istanza di garanzia* – storicamente consolidatasi con la svolta illuministica – alla quale va data tuttavia una risposta, nonostante quella crisi della legge che non può non investire anche il campo penale. E proprio qui sta il *busillis*, se si vuole rimanere lontani tanto dallo sterile ed anacronistico rimpianto del passato, quanto da una fuga in avanti che ignori a caro prezzo la "specificità" del penale. E questa specificità è presto detta. Il diritto penale, a differenza di ogni altro ramo del diritto e in specie del diritto dei privati e anche di quello amministrativo, non forgia strumenti giuridici per la realizzazione degli interessi degli uomini ma impone limiti coercitivi, con la violenza, alla realizzazione degli interessi individuali. Il volto del diritto penale è sempre necessariamente ostile al soggetto, mentre quello del diritto extrapenale è amichevole: nel primo c'è al fondo un rapporto di antitesi (violenta), nel secondo un rapporto cooperativo e sinergico.

2. *Nomofilachia e interpretazione*

Il nodo centrale della questione aperta dalla crisi della legalità legalistica sta nel mutato rapporto tra legge e giudice: nella complessa economia del processo di produzione della *regula iuris*, il ruolo del giudice sopravanza oggi quello della legge¹⁰. O, come pure si dice, il formante giurisprudenziale insidia la prevalenza del formante

in «Sistema Penale», 20 dicembre 2019.

⁹ Di "assolutismo giuridico" con riferimento al trionfo legalistico, parla da tempo P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

¹⁰ V., nella smisurata letteratura sull'argomento, G. Pino e V. Villa (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2016; B. Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 2014; AA.VV., *Giudici e legislatori*, in «Diritto pubblico», 2, 2016, p. 483 ss.

legislativo. Tanto più vero e acuto è il problema nel diritto penale per la semplice ragione che quest'ultimo è sempre necessariamente ed immancabilmente di applicazione giudiziaria: non esiste una formazione del diritto penale rimessa nelle mani dei privati, della loro autonomia. Il diritto penale s'invera ed esiste nella sua completa efficacia e dimensione coercitiva nel *dictum* del giudice: insomma non c'è un diritto penale stragiudiziale, così che il tema del rapporto tra legge e giudice è qui realmente centrale. In definitiva, l'istanza di garanzia in penale si risolve essenzialmente in un adeguato disciplinamento dei rispettivi ruoli della legislazione e della giurisdizione. Oggi, si dice, la garanzia soffre perché si assiste allo sbilanciamento dell'asse dal diritto penale *legislativo* a quello *giurisprudenziale* o, per dire ancora meglio, *giudiziario*¹¹.

Quali i possibili rimedi per riportare in equilibrio i due assi portanti? O, per meglio dire, per attenuare le conseguenze negative dello squilibrio, cercando così di evitare il completo tradimento dell'istanza di garanzia? Le strategie che sembrano profilarsi sono sostanzialmente due. E, nel presupposto che la crisi della legge sia al momento irreversibile, sono entrambe chiamate ad operare – conseguentemente – sul versante del polo giudiziario, della produzione del diritto penale per mano del giudice.

In primo luogo, vi è la strategia oggi molto caldeggiata che si fonda su una valorizzazione della *nomofilachia*¹². Si tratta di una strategia che opera per così dire dall'esterno dell'attività interpretativa del giudice, nel senso che si tende essenzialmente a realizzare – su un

¹¹ M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in «Diritto penale contemporaneo», 3, 2016; G. Fiandaca, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, Esi, 2008; V. Maiello, *La legalità della legge e il diritto dei giudici*, in «Sistema Penale», 5 marzo 2020.

¹² V. per tutti E. Lupo, *La funzione nomofilattica della Corte di Cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice*, in «Cassazione penale», 2020, p. 911 ss.; G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in «Diritto penale contemporaneo», 6 febbraio 2017; Id., *Crisi della nomofilachia e prospettive di riforma della Cassazione*, in www.dike-giuridica.it; Id., *La funzione nomofilattica fra dissenting opinion ed esigenze di trasparenza*, in «disCrimen», 16 marzo 2020; Id., *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in «Foro italiano», 2012, p. 305 ss. Cfr., inoltre, G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente. Sezioni Unite e principio di diritto*, in «Diritto penale contemporaneo», 29 gennaio 2018; A. Caputo e G. Fidelbo, *Appunti per una discussione su ruolo della Corte di Cassazione e "nuova" legalità*, in «Sistema Penale», 5 marzo 2020; A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, Dike, 2017; Id., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità* Torino, Giappichelli, 2014, 2a ed.; G. De Amicis, *La formulazione del principio di diritto e i rapporti tra Sezioni semplici e Sezioni unite della Corte di cassazione*, in «Diritto penale contemporaneo», 4 febbraio 2019.

piano istituzionale – una stabilizzazione della giurisprudenza al fine essenzialmente di appagare la garanzia di prevedibilità della decisione giudiziaria. Siffatta strategia, in fondo, mentre riconosce il ruolo predominante del diritto giurisprudenziale, tende in qualche modo ad assimilare quest'ultimo alla legge, cercando di conferirgli il carattere più significativo della legge: la sua preesistenza al *dictum* individuale del giudice, possibile in quanto si stabilizzi un prodotto giudiziario dotato di una sua intrinseca vocazione alla generalizzazione dei precetti e, dunque, alla loro previa conoscibilità da parte dei destinatari.

In secondo luogo, vi è la strategia che si fonda sulla valorizzazione di *regole interpretative*¹³. Si tratta di una strategia che opera per così dire dall'interno dell'attività giurisdizionale, in quanto i limiti non provengono da organi e stratificazioni esterni al singolo giudice, come la Cassazione e i suoi precedenti, ma sono destinati ad operare nella loro cogenza nel momento di esercizio dell'attività interpretativa svolta da ogni singolo giudice, conformandola ed indirizzandola. Le regole interpretative possono poi essere eteronome, in quanto espresse in qualche norma positiva, come è ad esempio per il divieto di analogia e, più in generale, per l'art. 12 disp. prel. c.c. Oppure possono essere autonome, in quanto desumibili dagli imperativi deontologici gravanti sul giudice e, come tali, affidate all'efficacia cogente della sua coscienza: quasi che tali regole vengano a costituire una rete di precetti non scritti e anche difficilmente precisabili in formule, ma non meno effettivamente costitutivi quasi di una *formamētis* del giudice e della sua specifica eticità¹⁴.

Orbene, la strategia che punta sulla nomofilachia è, in linea di principio, insensibile all'esigenza di garanzia nei confronti del *contenuto* del *dictum* giudiziale: in sostanza, il risultato nomofilattico è tale quale che sia il contenuto del precedente che si è stabilizzato e

¹³ In fondo tutta la sconfinata letteratura in materia di interpretazione è diretta ad elaborare regole e criteri interpretativi; v. oggi F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2009; G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza 2012. Con più specifico riferimento al diritto penale, cfr. M. Vogliotti (a cura di), *Ermeneutica e diritto penale*, in «Ars interpretandi», 2, 2016; O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, Giuffrè, 2006; A. Manna (a cura di), *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, Libri di Archivio penale, Pisa, PUP, 2016; D. Pulitanò, *Diritto penale e tecniche interpretative*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 65 ss.

¹⁴ M. Vogliotti, *Il risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2015, p. 9 ss.; D. Pulitanò, *Il giudice e la legge penale*, in «Questione giustizia», 9 luglio 2019.

che, conseguentemente, viene a vincolare in modo più o meno formalizzato il singolo giudice. A ben vedere, la strategia nomofilattica è bensì orientata ad appagare un'esigenza garantista dell'individuo in quanto sia messo in condizioni di poter meglio prevedere le conseguenze del suo agire. Ma a questo risultato perviene non già controbilanciando l'asse portante del diritto giurisprudenziale, ma al contrario ulteriormente e definitivamente potenziandolo rispetto a quello del diritto legale.

La strategia delle regole deontologiche interpretative, invece, operando sul processo ermeneutico del giudice e sul rapporto con cui quest'ultimo si pone rispetto al dato interpretativo di partenza, cioè la legge, incide direttamente sull'equilibrio tra asse legale e asse giudiziario. In definitiva, mentre la strategia nomofilattica si concentra nella garanzia dell'individuo nel suo rapporto conoscitivo con le norme¹⁵, la strategia deontologica pare almeno astrattamente idonea a garantire anche un generale contenimento e controllo di quel diritto penale di produzione giudiziaria e della sua naturale tendenza espansiva e onnipervasiva.

Quanto basta per farci convintamente concludere che la strategia nomofilattica, da perseguire senza meno, non può però essere l'unica e soprattutto non può mettere in ombra l'assoluta necessità di coltivare anche la strategia delle regole interpretative deontologiche. Ed invero è abbastanza normale che, in momenti di grave crisi delle più solide strutture sociali (com'è oggi il caso degli alterati equilibri tra i formanti del diritto), solo un appello agli uomini e alle loro coscienze, alla loro etica professionale, può essere, se non il rimedio, almeno l'avvio di un processo di sensibilizzazione più efficace di qualunque operazione ("esterna", appunto) di ingegneria normativa o addirittura costituzionale.

La necessità di non limitare alla sola nomofilachia la strategia orientata a ridurre le conseguenze negative dello sbilanciamento a favore del diritto giurisprudenziale, s'impone altresì per un ulteriore motivo. L'obiettivo di rafforzare la nomofilachia mediante la valorizzazione del "precedente", così da rendere più stabile e più certo il diritto giurisprudenziale, non è operazione facilmente raggiungibile: così che occorre essere ben consapevoli dei limiti che tale strategia

¹⁵ F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in «Diritto penale contemporaneo», 19 dicembre 2016; F. Consulich, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in «Sistema Penale», 10 aprile 2020.

incontra. In estrema sintesi si può dire che il meccanismo imperniato sul “precedente” si articola in due momenti distinti: quello per così ascendente, che si svolge nel senso della formazione del precedente qualificato; e quello per così dire discendente, che, una volta formatosi il precedente qualificato, si dirige verso i giudici “inferiori” vincolandoli a quest’ultimo. Nel nostro sistema, come è ovvio, il precedente più qualificato è quello promanante dalla Cassazione a sezioni unite: oggi, esso è stato munito anche di una speciale forza vincolante mediante la riforma dell’art. 618 c.p.p., in base al quale la sezione semplice che intenda allontanarsi dal precedente delle Sezioni unite deve rimettere la questione nuovamente alle stesse Sezioni unite.

Ebbene, nella fase ascendente è ben possibile che si creino larghi margini in cui il diritto giurisprudenziale domina senza la guida del precedente qualificato o perché, per esempio, si tratta di fattispecie nuova anche per la Sezioni unite della Cassazione oppure perché non si è ancora giunti alle Sezioni unite. Insomma, fino al momento della pronuncia delle Sezioni unite, e sempre ammesso che prima o poi ci si arrivi, i vari giudici non saranno (relativamente) vincolati dal precedente qualificato. Nella fase discendente, poi, l’efficacia (relativamente) vincolante del precedente qualificato è molto compromessa non solo dalla mancanza di un vero e proprio obbligo di remissione per la sezione semplice che intenda discostarsi dal precedente qualificato, ma anche – e soprattutto – dal fatto che i giudici di merito non sono affatto vincolati al precedente qualificato delle Sezioni unite. Senza contare, infine, che il giudice – di merito o di legittimità – che intenda discostarsi dal precedente qualificato sarà portato ad impegnarsi in un lavoro di *distinguishing* per dimostrare che la fattispecie *sub iudice* è sostanzialmente diversa da quella sui cui si è formato il precedente. E, se questo atteggiamento un po’ ribellistico dovesse essere diffuso, è chiaro che il *distinguishing* minerebbe la necessaria vocazione generalizzante del precedente, introducendo motivi di instabilità ed incertezza nel diritto giurisprudenziale.

Tutto ciò non significa – lo ribadiamo ancora una volta – che la strada del potenziamento della nomofilachia non debba essere perseguita. Ma non da sola, come unica panacea di tutti i mali.

3. Deontologia giudiziaria e indipendenza della magistratura

Il nostro discorso si concentrerà ora sulla seconda strategia, che è quella apparentemente più evanescente delle regole interpretative di natura deontologica, dotate di una autonoma forza cogente di

carattere essenzialmente etico. È l'etica del giudice che rilascia una serie di precetti relativi all'esercizio dell'attività ermeneutica quale nucleo centrale dell'attività giurisdizionale.

Il richiamo a regole interpretative, ancorché autonome, e a principi generalissimi che debbono ispirare l'esercizio della giurisdizione, evoca il delicato tema della *responsabilità* del giudice per la loro violazione. E qui nasce l'attrito con il principio dell'*indipendenza* della magistratura. Posto che non possiamo farne a meno e che neppure possiamo ipotizzare di attenuare l'indipendenza della magistratura, non foss'altro per motivi costituzionali, ne viene che la responsabilità per la violazione di tali regole non potrà che essere etica. Del resto, l'esigenza dell'indipendenza si pone con tutta la sua impellenza non già quando il giudice sia "bocca della legge", inchiodato al testo legale secondo una ferrea quanto impossibile logica della legalità legalistica, ma proprio quando la legislazione gli apre spazi di manovra sempre più rilevanti. È allora che si fa più alto il rischio di una giustizia politica, divenendo esso concreto e istituzionalizzato se il giudice dovesse rispondere a qualche superiore istanza istituzionale. Il dilemma apparentemente insolubile tra indipendenza (irrinunciabile) da un lato e responsabilità per l'inosservanza delle regole e principi disciplinanti la giurisdizione, dall'altro, non può che essere risolto col richiamo all'etica del giudice.

Insomma, ed in sintesi, le trasformazioni della legalità penale pongono una forte esigenza di rivalutazione dell'etica professionale del giudice.

4. *Eticità del diritto*

Parlare di etica del giudice rimanda a sua volta all'eticità del diritto, di cui egli è strumento ovviamente non cieco od automatico ma consapevole e partecipe. Con l'ovvia avvertenza, peraltro, che eticità del diritto non è qui intesa come valore che rimandi ai contenuti del diritto, in quanto rintracciabili in principi e postulati metafisici e trascendenti. Nel nostro orizzonte tematico e problematico l'eticità del diritto rimanda essenzialmente alle caratteristiche funzionali del diritto quale strumento ordinante dei rapporti sociali e, soprattutto, alla relazione tra questa intrinseca funzionalità e l'essere umano quale destinatario dei precetti giuridici. A prescindere dai contenuti di questi ultimi.

A noi pare che le proiezioni in cui può manifestarsi l'eticità del diritto siano essenzialmente due, almeno per quanto qui c'interessa

specificamente. La prima è quella che, con Lopez de Oñate, vede nella certezza la “specificità eticità” del diritto¹⁶. E la certezza trova nella legge il suo baricentro e il suo strumento privilegiato. È proprio la generalità e astrattezza della legge che consente al diritto di svolgere la sua funzione ordinante, dando “forma” ai rapporti sociali, e assicura l’individuo dall’arbitrio in cui il diritto degenera quando non uniforma le discipline esponendo invece il destinatario all’incertezza del caso per caso, mettendolo in totale balia del giudicante, specie quando quest’ultimo sia diretta o indiretta espressione del potere politico. Quasi socraticamente, dunque, la legge e la sua certezza della legge sono ciò che garantisce la specifica eticità del diritto anche rispetto alla legge ingiusta: anche quest’ultima insomma ha una sua eticità se ed in quanto costituisce norma uniforme dell’agire umano, senza della quale gli uomini non sono che monadi destinate a vagare per la sopravvivenza senza regola né principi in uno stato quasi animalesco.

L’altra proiezione dell’eticità del diritto, quasi opposta alla prima, ha trovato recentemente espressione nelle parole di Papa Francesco, quando si è rivolto ai penalisti riuniti al Congresso internazionale dell’AIDP (15 novembre 2019)¹⁷. Converrà riportare testualmente i passi più significativi di questo discorso: «Ogni persona chiamata ad assolvere un compito in questo ambito [della giustizia penale] dovrà tenere continuamente presente, da un lato, il rispetto della legge, le cui prescrizioni sono da osservare con un’attenzione e un dovere di coscienza adeguati alla gravità delle conseguenze. D’altro lato, occorre ricordare che la legge da sola non può mai realizzare gli scopi della funzione penale; occorre anche che la sua applicazione avvenga in vista del bene effettivo delle persone interessate. Questo adeguamento della legge alla concretezza dei casi e delle persone è un esercizio tanto essenziale quanto difficile. [...] Solo così la legge – ogni legge, non solo quella penale – non sarà fine a sé stessa, ma al servizio delle persone coinvolte, siano essi i responsabili dei reati o coloro che sono stati offesi». Un messaggio del quale vanno sottolineate due affermazioni. La prima è il richiamo ad un’eticità del diritto costituita dall’imprescindibile «adeguamento della legge alla concretezza

¹⁶ F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968 (ma il libro fu pubblicato per la prima volta nel 1942 e la drammaticità di quei tempi influì sulla genesi ideale dell’opera). Quest’opera dette origine a un alto dibattito la cui eco durò a lungo: M. Corsale, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1970.

¹⁷ *Discorso di Papa Francesco ai partecipanti al Congresso Mondiale dell’AIDP (Città del Vaticano, 15 novembre 2019)*, in «Diritto penale e processo», 2019, p. 1689 ss.

dei casi e delle persone»; l'insufficienza, insomma, della legge come unico metro di giudizio. La seconda è la constatazione che le due proiezioni dell'eticità del diritto – certezza della legge e concretezza applicativa – non sono tra loro alternative, ma costituiscono i poli di quell'unitario processo di disciplinamento dei comportamenti in cui consiste il diritto¹⁸. Certamente, però, quei due poli, quelle due proiezioni dell'eticità del diritto, pur coesistenti e complementari, variano nel tempo il loro peso reciproco: esistono momenti storici, come fu l'illuminismo giuridico, in cui riluce maggiormente il polo della certezza della legge, e momenti, come quello attuale, in cui più forte è l'esigenza dell'adeguamento della legge alla concretezza dei casi e delle persone. Il giudice deve essere consapevole di ciò e deve farsi interprete dello spirito del proprio tempo e non paladino di mutamenti storico-valoriali che non competono a lui.

5. *Interpretazione delle norme incriminatrici*

Per delineare un quadro dell'interpretazione giuridica eticamente fondata sull'osservanza di principi e regole deontologiche è, prima di tutto, necessario conoscere quali sono le caratteristiche fondamentali dell'interpretazione, cioè dei processi ermeneutici in cui essa si attua, all'epoca del tramonto della legalità legalistica. Per fare ciò, seppure sommariamente, ci pare utile procedere distinguendo l'interpretazione penalistica a seconda del suo oggetto. E così sono tre i grandi campi interpretativi che vengono in gioco. Innanzitutto, l'interpretazione delle *norme incriminatrici* previste dalla c.d. parte speciale del diritto penale; poi l'interpretazione delle *norme di parte generale*; ed infine l'interpretazione resa necessaria dalla coesistenza di norme di diverso rango e gerarchia, quali sono essenzialmente le *norme costituzionali ed europee*.

In ordine all'interpretazione delle norme incriminatrici, davvero sono oggi caduti molti miti. È generalmente riconosciuto ormai che qui il processo interpretativo è, nei casi difficili, innescato e governato dal fatto concreto da qualificare più che dall'astratta portata semantica della legge: è il fatto, con le sue peculiarità, ad esprimere un'esigenza assiologica di disciplina, di valutazione normativa che attiva lo sforzo ermeneutico. Così come è ormai acclarato che il processo ermeneutico si svolge essenzialmente mediante analogia,

¹⁸ Si può qui fare riferimento all'equilibrata saggezza dell'editoriale di G.A. De Francesco, *La legge e il giudice: a ciascuno il suo*, in «Legislazione penale», 19 marzo 2020.

cioè mediante il confronto tra il fatto *sub iudice*, della cui qualificazione si discute, e la tipologia di fatti con certezza riconducibili all'ambito applicativo della norma incriminatrice. Indubbiamente, questa consapevolezza del carattere analogico dell'interpretazione ha sconvolto le più ferme convinzioni dei penalisti ancorati al divieto di analogia¹⁹. Ma non dovrebbe esserci ragione di scandalo, poiché – come diremo subito – non c'è contraddizione insanabile tra il carattere analogico del processo ermeneutico e il divieto legislativo di analogia in materia penale²⁰.

L'interpretazione delle norme incriminatrici è, infatti, stretta tra il “tipo” criminoso espresso dalla fattispecie²¹ e il significato linguistico massimo della formulazione verbale. Si tratta di vincoli assai più stringenti di quelli che possono offrire i tradizionali richiami al “bene giuridico” tutelato dall'incriminazione o allo “scopo” perseguito dalla stessa. L'esperienza ha mostrato senza tema di smentita che tanto l'uno quanto l'altro sono strumenti interpretativi usati essenzialmente in chiave di dilatazione dell'ambito applicativo della norma: in quanto entrambi extratestuali, bene giuridico e scopo di tutela non hanno confini predeterminati e sono utilizzati dal giudice per estendere, mai per circoscrivere, il raggio di tutela della norma incriminatrice.

Al contrario, a noi pare che il significato linguistico della formulazione legislativa e il “tipo” criminoso, se utilizzati con uno sforzo di coscienza con cui il giudice se ne faccia chiaramente consapevole e osservante, possono costituire due linee utili a delimitare la sua naturale propensione a farsi artefice di una tutela ad ogni costo²². Non ignoriamo certo che il significato linguistico è un confine mobile che viene tracciato quasi di volta in volta dal gioco mutevole tra usi linguistici del termine e sollecitazioni provenienti dai fatti concreti

¹⁹ V. soprattutto M. Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2011; O. Di Giovine, “Salti mentali” (*analogia e interpretazione nel diritto penale*), in «Questione giustizia», 4, 2018, p. 55 ss.

²⁰ F. Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 515 ss.

²¹ Su questa importante nozione, v. W. Hassemer, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, a cura e con un saggio introduttivo (*Sull'ermeneutica giuridica di W. Hassemer*) di G. Carlizzi, Napoli, Esi, 2007; G. Carlizzi, *Tipo normativo ed ermeneutica penale. Profili storico-concettuali e prospettive teorico-pratiche*, in «Ars interpretandi», 2, 2016, p. 91 ss.

²² Più ampiamente, cfr. F. Palazzo, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Esi, 2006, p. 49 ss.

nuovi. Ma non c'è dubbio, però, che esiste – in un dato momento – un confine oltre il quale non è possibile ricondurre una data fattispecie particolare all'area semantica di un certo termine. La truffa mediante approfittamento dell'errore altrui, in cui dunque qualcuno già versi, non è riconducibile all'area semantica dell'«induzione» in errore, che in effetti presuppone la causazione di un errore prima inesistente. È qui, su questo limite invalicabile del significato linguistico, che si asside il divieto di analogia, pur con tutte le sue incertezze. D'altra parte, se noi negassimo il ruolo in generale del significato linguistico e della sua ambivalente natura di confine in parte mobile e in parte, però, rigido, finiremmo per mettere in dubbio la stessa efficacia comunicativa del linguaggio. Un prezzo che riteniamo non intendono far pagare neppure le più estreme teorie ermeneutiche, il cui significato culturale più profondo è, tutto al contrario, proprio quello di rendere la comunicazione più trasparente e controllata.

Quanto al “tipo” criminoso²³, si tratta di un'idea che, nata da alcune riflessioni teorico-dottrinali molto sofisticate, ha fatto ormai la sua comparsa anche nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, quando parla di “contenuto essenziale” dell'incriminazione²⁴. Il “tipo” criminoso, assai più complesso ed articolato del bene giuridico e dello scopo di tutela e anzi quasi in tensione oppositiva con questi ultimi, indica lo specifico contenuto di disvalore che il legislatore ha espresso nella fattispecie legale: con la conseguenza che il fatto concreto, per essere qualificato alla stregua di tale incriminazione, dovrà presentare uno specifico contenuto di disvalore omogeneo a quello espresso dalla fattispecie. La nozione è certamente non facile da maneggiare, ma anche qui deve subentrare uno sforzo in coscienza del giudice che, nel suo processo ermeneutico, dovrà dedicare un impegno specifico a questa verifica. Quando, ad esempio, in tema di favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione altrui, si pose il problema della rilevanza penale della c.d. prostituzione a distanza (cioè mediante teleconferenza), il significato linguistico della parola “prostituzione” non poteva costituire un limite, ma il “tipo” criminoso aveva senz'altro qualcosa da dire: lo specifico disvalore di un esercizio “fisico” della prostituzione è lo stesso di quello di un esercizio “a distanza”? E, per fare un esempio più recente, lo specifico disvalore di un accesso ad un sistema informatico “abusivo” perché in assenza

²³ Per un'efficace valorizzazione della nozione, con esemplificazione, v. R. Bartoli, *Le garanzie della “nuova” legalità*, in «Sistema Penale», 3, 2020, p. 11 ss. V. retro, nota 21.

²⁴ Sul punto v. F. Palazzo, *Legalità e determinatezza della legge penale*, cit., p. 49 ss.

delle credenziali è lo stesso di un accesso “abusivo” perché effettuato ad uno scopo diverso da quello per cui si è autorizzati?

In tema di pornografia minorile l'art. 600 *ter*, quarto comma, c.p. qualifica come pornografica qualunque rappresentazione degli «organi sessuali» di un minore «per scopi sessuali». Si è posto il problema in giurisprudenza se la rappresentazione dei glutei o del seno sia riconducibile alla nozione di «organi sessuali». Qui, a differenza degli esempi precedenti, c'è ampio spazio argomentativo per sostenere la soluzione affermativa. In effetti, dal punto di vista del significato linguistico, gli organi sessuali non sono necessariamente coincidenti con gli organi *genitali*; e anche il “tipo” criminoso è chiaramente individuabile nel contenuto di disvalore costituito dalla negazione della dignità del minore realizzata col suo sfruttamento a scopi sessuali. E dunque la soluzione affermativa trova una base sufficientemente solida sia nel significato linguistico che nel “tipo” criminoso, senza che essa comporti pertanto un'inammissibile sovrapposizione dello scopo di tutela perseguito dal giudice oltre il confine legislativo: senza, cioè, che si entri nell'area dell'analogia vietata.

I due limiti del significato linguistico massimo e del “tipo” criminoso, come abbiamo visto, possono operare separatamente o congiuntamente. Il primo costituisce una regola interpretativa eteronoma in quanto positivizzata dal divieto di analogia. Il secondo costituisce una regola interpretativa autonoma, non positivizzata né positivizzabile, ma certamente conforme ad un impegno etico-deontologico di ogni giudice che intenda raccogliere l'istanza garantista sottesa al principio di legalità, pur dopo la sua crisi legalistica²⁵.

Naturalmente, siamo ben consapevoli che sia l'uno che l'altro dei due limiti sono tanto più messi in crisi quanto più la tecnica di formulazione della fattispecie è scadente²⁶. Espressioni vaghe, imprecise, confuse così come anche formulazioni eccessivamente casistiche, minuziose, analitiche rendono più difficile non solo l'individuazione del significato linguistico massimo ma anche e soprattutto l'individuazione del “tipo” criminoso: nel primo caso il “tipo” tende ad essere sfuggente e dunque fomenta un'analogia interna alla fattispecie; nel secondo caso il “tipo” tende ad essere eccessivamente

²⁵ Cfr. V. Manes, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in «Diritto penale contemporaneo», 17 gennaio 2018, seppure in una prospettiva incline al rafforzamento della nomofilachia.

²⁶ Per una vigorosa denuncia dello scadimento dell'arte e della tecnica della legislazione, v. G. Forti, *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle refole e dei saperi*, Milano, Vita e Pensiero, 2018.

“spigoloso” e dunque fomenta un’analogia esterna in qualche modo compensativa dell’eccessiva “incapienza” del tipo. Tuttavia, i difetti della legislazione non possono costituire un alibi per il giudice, che si senta così autorizzato a tutto fare. Proprio al contrario: le mancanze del legislatore debbono condurre il giudice ad uno sforzo ulteriore nell’utilizzazione accurata di quei due limiti e criteri interpretativi, in nome di un principio eticamente avvertito per cui dinanzi ai difetti del legislatore si accrescono le responsabilità del giudice.

Sono concepibili dei rimedi giuridici contro la violazione di quei limiti? Naturalmente, tali rimedi non potrebbero che porsi al di fuori della giurisdizione ordinaria, e dunque fuori dal circuito che ha *in apicibus* la Corte di cassazione, neppure a Sezioni unite. Dovrebbe essere un organo *di garanzia*, adeguato a tutelare proprio quell’equilibrio tra formante legale e formante giurisprudenziale nella produzione del diritto che rimane fondamentale nel nostro sistema di Stato. Il pensiero non può che correre immediatamente alla Corte costituzionale e ad una sorta di ricorso individuale, di *recurso de amparo* attivabile dal singolo che si senta leso dall’esorbitanza giudiziale²⁷. Forse, dal punto di vista teorico, si tratta anche di una soluzione plausibile. Ma, dal punto di vista pratico, si profilerebbe alto il rischio di una generalizzazione di questo ricorso individuale con conseguente ingolfamento della Corte costituzionale e radicale stravolgimento della sua fisionomia. Così che, dunque, non rimane che affidare alla responsabilità etica, ai doveri deontologici del giudice, l’osservanza di queste fondamentali regole interpretative ed in particolare di quella concernente il “tipo” criminoso.

6. Interpretazione delle norme e degli istituti di parte generale

Un campo interpretativo molto diverso è quello delle *norme di parte generale* (quali, ad esempio, quelle sulla causalità, sull’elemento soggettivo, sul concorso di persone, sul tentativo, nonché tutto il grande settore della disciplina sanzionatoria). Qui davvero nessuno si è mai sognato di mettere in dubbio il ruolo protagonista del diritto giudiziario e giurisprudenziale in senso ampio: e, in effetti, una pur rapida rassegna sulla produzione giuridica degli ultimi anni metterebbe in luce come i più decisivi contributi alla fisionomia di queste norme

²⁷ V. la risalente ma riattualizzata proposta di G. Contento, *Interpretazione estensiva e analogia*, A. M. Stile (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, Jovene, 1991.

ed istituti siano venuti proprio dalla giurisprudenza forse ancor più che dalla dottrina²⁸. La causalità, ad esempio, dinanzi allo sviluppo coassiale delle leggi scientifiche e della incertezza etiologica dei nostri tempi, ha trovato grazie alla giurisprudenza un punto praticabile di equilibrio. Per non parlare del dolo eventuale, che non trovando neppure una espressa base normativa è stato tuttavia consolidato dalla giurisprudenza attraverso la valorizzazione di indizi (o criteri) oggettivi sintomatici. E nel concorso di persone nel reato, la giurisprudenza, in una forte strategia di allargamento della nozione, ha piegato il c.d. concorso morale a ipotesi di chiusura buona a tutto fare. E l'esemplificazione potrebbe continuare.

In relazione alle norme di parte generale ognuno si avvede che l'area dell'attività ermeneutica non è stretta da quei due limiti del significato linguistico e del "tipo" criminoso. Qui il terreno è ancor più scivoloso, essendo invero percorso e dominato da *principi* generali se non addirittura da *orientamenti culturali*, cui il giudice non può essere e sentirsi vincolato se non in ragione di una deontologia interpretativa rimessa in gran parte al suo impegno in coscienza. Qui, in qualche modo, l'osservanza del precedente, inteso non tanto come identità di fattispecie quanto piuttosto come identità di orientamento, dovrebbe far premio su ogni discorso in chiave di bene giuridico e di scopo ed esigenza di tutela, essendo in gioco la stessa fisionomia del paradigma di responsabilità penale generalmente condiviso.

Si prenda, ad esempio, la causalità²⁹. A seguito di un complesso e lungo lavoro della giurisprudenza e della dottrina, da qualche lustro si è pervenuti ad un equilibrio tra il "naturalismo" della spiegazione causale mediante leggi scientifiche universali e il "normativismo" dei fattori eccezionali, inverosimili o atipici. E questa è oggi la cifra della causalità esistente nella nostra cultura giuridica: uno scostamento da essa non sarebbe deontologicamente ammissibile se non preceduto e accompagnato da un movimento di pensiero sufficientemente largo in tal senso e se non sostenuto da una chiara consapevolezza

²⁸ Per un rapido quadro dell'evoluzione recente di alcune delle più fondamentali categorie dogmatiche, v. F. Palazzo, F. Viganò, *Diritto penale, Una conversazione*, cit., p. 129 ss.

²⁹ Impossibile fornire al riguardo indicazioni bibliografiche minimamente esaurienti tanto imponente è la produzione dottrinale e giurisprudenziale sul tema, a testimonianza dell'intenso lavoro prodotto ben oltre l'orizzonte di una base legale praticamente quasi insussistenze. Ricordiamo solo, per una trattazione complessiva, ed anche perché dovuto alla penna di chi, nella sua veste di magistrato, ha molto contribuito all'asestamento della categoria, il saggio di R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010.

argomentativa della svolta che s'intende imprimere all'orientamento culturale fino allora dominante: come in affetti avvenne con la famosa sentenza *Franzese* e altre che seguirono.

Si prenda, inoltre, e sempre a titolo esemplificativo, il delicatissimo tema della colpa³⁰. L'orientamento culturale indubbiamente prevalente in materia è nel senso della normativizzazione della colpa, che risulta oggi quasi interamente affrancata dai quei profili personalistici espressi invece dalle formule della negligenza, imprudenza e imperizia. In un certo senso si potrebbe dire che la ricerca della famosa regola cautelare ha comportato una sorta di processo di "specificazione" della colpa, cioè un predominio concettuale della colpa specifica rispetto a quella generica. Un orientamento culturale, questo, che ha dalla sua molte buone ragioni fondate su principi generali (legalità, irretroattività, autodeterminazione e, in fondo, libertà individuale). E allora, se le cose stanno così, non si può che guardare con sospetto a quelle pronunce che, anche in ipotesi chiaramente riconducibili alla colpa specifica, valorizzano e recuperano una colpa generica "residua" con l'evidente intento di non scoprire di tutela qualunque evento avverso si verifichi nell'esercizio di attività pericolose. Così facendo, però, si avvicina il paradigma della responsabilità penale a quello della responsabilità civile per il rischio consentito. Orbene, il giudice, quando effettua queste operazioni di così ampia portata culturale, dovrebbe quantomeno mostrare di avere contezza della rivoluzione culturale che contribuisce a produrre.

In materia di concorso di persone, fin troppo facile è l'esempio del c.d. "concorso esterno" nei reati associativi, ove la disputa interpretativa sulla sua riconducibilità alla base legale di cui all'art. 110 c.p. non è riuscita a scalfire l'orientamento giurisprudenziale compattamente affermativo, ancorché multiforme nell'evoluzione dei contenuti specifici³¹.

³⁰ Sulla colpa e il suo processo di trasformazione è d'obbligo l'indicazione di G. Marinucci, *La colpa. Studi*, Milano, Giuffrè, 2013, ove in particolare il saggio *La responsabilità colposa: teoria e prassi* (p. 459 ss.) ripercorre un processo evolutivo di cui sono stati partecipi molti altri illustri studiosi.

³¹ A proposito del concorso esterno si è consumato un "contrasto interpretativo" tra la nostra Corte di cassazione e la Corte di Strasburgo sul noto caso *Contrada*. Mentre per i giudici europei il concorso esterno nel reato associativo non sarebbe riconducibile alla previsione legale di cui all'art. 110 c.p. ma costituirebbe una figura criminosa di «creazione giurisprudenziale» (Corte Edu, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*), secondo la nostra Cassazione la tradizione interpretativa di questa clausola generale sarebbe nel senso di non escludere affatto la riconducibilità del concorso esterno all'art. 110 c.p. (Cass. S.U., 24 ottobre 2019-3 marzo 2020, n. 8544, Genco). Tanto è vero che la

Nel campo degli istituti sanzionatori, infine, almeno in larga sua parte, dovrebbe essere privilegiata un'interpretazione ispirata al principio rieducativo e cioè diretta ad esaltare ogni potenzialità offerta dal sistema in questa direzione e a orientare il bilanciamento tra le varie finalità della pena in senso sempre favorevole all'obiettivo rieducativo. Questo orientamento culturale di fondo, oltre a ricavarsi *de plano* dalla Costituzione³², ha trovato negli ultimi anni un'esplicita e decisa conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che si è espressa proprio nei termini di una generalizzata prevalenza della finalità rieducativa su qualunque altra finalità della pena. Un recente esempio applicativo di questo doveroso orientamento interpretativo si trova nella sentenza delle Sezioni unite³³ che, a proposito dei limiti di pena edittali entro i quali è applicabile la sospensione del procedimento con messa alla prova, nel silenzio della legge sul punto hanno ritenuto irrilevante la presenza di eventuali circostanze aggravanti di qualunque specie, nonostante per la verità sia possibile ricavare dal resto del sistema positivo un orientamento del legislatore in senso diverso. La finalità (non dichiarata) di questa decisione è palesemente nel senso della massima utilizzazione dell'istituto rieducativo ed è stato possibile perseguirla data l'assenza di qualunque indicazione testuale al riguardo. La decisione può apparire "coraggiosa" o a taluno addirittura troppo marcatamente ispirata a opzioni di politica criminale; a noi appare doverosa sulla base di una regola interpretativa generale inespressa, ma non per questo deontologicamente meno cogente. La discussione semmai può vertere sull'opportunità o meno di una motivazione più esplicita sulle ragioni ispiratrici della soluzione adottata.

Suprema Corte non si è ritenuta vincolata ad applicare i principi affermati nel caso *Contrada* a fattispecie consimili, nel presupposto evidente che l'opinione di Strasburgo avesse in qualche modo frainteso la nostra tradizione interpretativa dell'art. 110 c.p. e che il principio affermato nel caso *Contrada* non fosse pertanto esportabile in altri casi simili in quanto formulato sulla base di peculiari caratteristiche di quella fattispecie. Cfr: M. Donini, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in «Diritto penale contemporaneo», 13 gennaio 2017.

³² Anche, com'è ovvio, la produzione bibliografica è sterminata; ma v. fondamentalmente E. Dolcini, *Pena e Costituzione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2019, p. 3 ss.

³³ Cass. S.U., 31 marzo-1° settembre 2016, n. 32672.

7. Interpretazione e norme costituzionali ed europee

Il terzo campo interpretativo è quello derivante dal c.d. *sistema multilivello* delle fonti. La convergenza di fonti di diverso livello sulla stessa fattispecie pone sovente il giudice, anche in materia penale, nella necessità di sciogliere i rapporti tra fonti dotate di un “grado” diverso: la norma di legge ordinaria interna, da un lato, e la norma costituzionale od europea, dall’altro³⁴. Il diverso e più elevato grado di quest’ultima comporta l’esistenza di tutta una serie di meccanismi finalizzati ad assicurare tendenzialmente la *prevalenza* della norma costituzionale od europea su quella interna di legge ordinaria: fondamentali al riguardo i due meccanismi della *interpretazione conforme* a Costituzione o al diritto europeo e della *disapplicazione* della norma interna incompatibile col diritto eurounitario.

Si tratta di strumenti che hanno un’evidente struttura interpretativa, nel senso ovvio che tanto l’uno che l’altro o presuppongono (la disapplicazione) oppure consistono (l’interpretazione conforme) in operazioni ermeneutiche rimesse al giudice. Ed è facile notare, inoltre, che la natura di queste operazioni è del tutto particolare e assai diversa dalle cadenze interpretative consuete: mentre queste ultime, infatti, consistono generalmente in operazioni di qualificazione del fatto e sono in qualche modo sollecitate, guidate e strette dalla dimensione assiologica del fatto nel suo confronto con la dimensione valutativa sottesa alla legge, le operazioni ermeneutiche concernenti i rapporti tra norme di grado diverso si sviluppano interamente sul piano normativo astratto e, sotto questo profilo, hanno qualcosa che le avvicina alle valutazioni compiute dal legislatore. Insomma, si tratta di un’attività ermeneutica nuova e assai diversa da quella tradizionalmente confidata al giudice³⁵.

Si consideri poi un ulteriore elemento di complicazione del compito del giudice. Senza dubbio l’interpretazione conforme e la disapplicazione sono due strumenti del tutto coerenti con l’obiettivo di assicurare la massima capacità di *penetrazione nell’ordinamento*, nella vita effettiva della quotidiana esperienza giuridica, delle norme di più alto grado: e ciò mediante il tramite, la cinghia di trasmissione costituita dal giudice comune. C’è, insomma, in quei due meccanismi

³⁴ V. il fortunato libro di V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike, 2012; A. Macchia, *Spunti problematici sulla “interpretazione creativa” penale di matrice europea*, in «Cassazione penale», 2020, p. 438 ss.

³⁵ V. più ampiamente F. Palazzo, *Principio di legalità e giustizia penale*, in R. E. Kostoris (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 241 ss.

una forte razionalità strumentale, che non a caso li ha resi ormai del tutto naturali nella vita dell'ordinamento multilivello. Ma è anche vero che, accanto a questi vantaggi, quegli strumenti presentano un forte limite: essi sono incapaci di operare *erga omnes*. E dunque qualunque giudice, nell'ampia discrezionalità interpretativa che caratterizza quelle operazioni, potrà concludere in modo diverso dall'altro, creando non solo incertezza sistemica ma anche mettendo in forse il risultato della prevalenza generalizzata della norma di più alto grado (obiettivo quest'ultimo, fra l'altro, di grande rilevanza politica soprattutto quando riferito ai rapporti tra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale). Ecco allora che all'interesse di una penetrazione *diffusa* della norma di più alto grado si può contrapporre l'interesse ad una decisione senz'altro più laboriosa e meno immediata ma dotata di efficacia *erga omnes* com'è quella ottenibile mediante la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma di grado inferiore. Ed è, dunque, un dato molto significativo che recentemente la Corte costituzionale abbia dato plurimi segnali per ricentrare il sistema delle fonti multilivello sul meccanismo di controllo accentrato³⁶. Il che però non esclude che il giudice comune rimanga l'arbitro della scelta tra il meccanismo diffuso (interpretazione conforme o disapplicazione) ovvero accentrato (questione di legittimità costituzionale). Con la conseguenza, dunque, che il sistema multilivello delle fonti apre un doppio ed interconnesso fronte di complessità interpretativa per il giudice comune: quello, in prima battuta, della scelta tra l'adeguamento diretto e la questione di costituzionalità e quello, poi, della interpretazione conforme e della disapplicazione.

I due meccanismi dell'adeguamento diretto ad opera del giudice, cioè interpretazione conforme e disapplicazione, hanno peculiarissime cadenze interpretative che contribuiscono alla forte esaltazione del ruolo ermeneutico del giudice rispetto alla legge. Cadenze così complesse e quasi "paralegislative" che dovrebbero suggerire estrema cautela e sorveglianza al giudice e indurlo a propendere per la questione di costituzionalità in tutti i casi di dubbio sulla corretta percorribilità dell'adeguamento diretto. In particolare, l'interpretazione conforme³⁷ tende a porsi non tanto come un *metodo* interpretativo

³⁶ V. in particolare le illuminanti osservazioni del Presidente della Corte costituzionale G. Lattanzi, *Relazione sull'attività svolta nell'anno 2018 (21 marzo 2019)*, in www.cortecostituzionale.it.

³⁷ Cfr. fondamentalmente F. Modugno, *In difesa dell'interpretazione costituzionalmente conforme*, in «Rivista AIC», 2, 2014; M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, IX, Milano, Giuffrè, 2016, p. 391 ss.; v. poi l'ampio

quanto piuttosto come un *risultato* interpretativo, nel senso che proprio il valore più alto della norma costituzionale o europea finisce per forzare il giudice verso il raggiungimento del risultato di conformità anche al costo di allentare il vincolo legale con la formulazione della norma interpretanda. E questo rischio era tanto più alto quanto più la Corte costituzionale spingeva il giudice comune verso quel risultato, dichiarando l'inammissibilità della questione tutte le volte in cui il giudice *a quo* non avesse raggiunto l'adeguamento ritenuto invece possibile dalla Corte (che non ha certo gli stessi vincoli dei giudici comuni). Situazione, questa, oggi ridimensionata, da quando la Corte si è fatta più comprensiva nei confronti dei giudici maggiormente esitanti a raggiungere il risultato di conformità, ritenendo la Corte sufficiente che essi si siano comunque impegnati nel verificare la praticabilità dell'interpretazione conforme.

Quanto alla disapplicazione, la sua complessità ermeneutica si situa in almeno due momenti fondamentali³⁸. Da un lato, com'è ovvio, nell'accertamento del rapporto di incompatibilità tra le due norme, tanto più difficile da accertare quanto più la norma europea è formulata in termini di principio più che di regola, quanto più, insomma, vi è tra le due norme a confronto una differenza di scala nel loro grado di astrattezza e generalità. Dall'altro lato, una volta accertato il contrasto, non è sempre facile individuare la disciplina applicabile alla fattispecie: la sua individuazione potrebbe imporre complesse operazioni ermeneutiche alla ricerca e per l'adattamento della disciplina esistente nell'ordinamento interno, ovvero potrebbe comportare una concretizzazione largamente discrezionale della stessa disciplina europea formulata in termini spesso necessariamente ampi e indeterminati (come fu, ad esempio, per il noto caso *Taricco*)³⁹.

volume collettaneo a cura di A. Bernardi, *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, Jovine, 2015, nonché, in particolare, il saggio introduttivo del Curatore, *Nei meandri dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*; F. Viganò, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, in P. Corso e E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di M. Pisani*, Piacenza, La Tribuna, 2010, p. 617 ss.; D. Pulitanò, *Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a Costituzione e il ruolo "creativo" dei giudici*, cit., p. 65 ss.; R. Aprati, *Il "protocollo" dell'interpretazione convenzionalmente orientata*, in «Cassazione penale», 2015, p. 3902 ss.

³⁸ Cfr. F. Palazzo, *Principio di legalità e giustizia penale*, cit., p. 241 ss.

³⁹ A. Bernardi, C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017.

8. *Diritto giudiziario e democrazia*

Dunque è indubbio che l'asse del nostro sistema giuridico si sia notevolmente inclinato a favore del giudice: la inadeguatezza della legislazione e le trasformazioni e accelerazioni della vita sociale ed economica hanno congiurato a favore del “formante” giurisprudenziale, o meglio giudiziario, del diritto anche in materia penale. Tutto ciò pone, alla fine, un problema serio di *democrazia*, in quanto si ritenga solo la legge adeguata a rispettare il principio democratico per essere essa emanazione dell'unico potere dotato di piena e diretta legittimazione democratica. Tuttavia, occorre cautela nel celebrare troppo affrettatamente il funerale della democrazia, che – sia detto tra parentesi – soffre semmai di ben altri mali derivanti, più che dalle insidie della concorrenza giudiziaria, da una sua drammatica incapacità strutturale a reggere le sfide della tecnocrazia e dell'economia globalizzate.

Intanto, occorre evitare di perpetuare il mito della “sovranità” della legge dimenticando che da che mondo è mondo nei nostri sistemi la produzione del diritto si è retta sulla diarchia legge/giudice⁴⁰, non potendo mai la fonte legislativa sfuggire all'esigenza di concretizzazione sulla base del fatto. Ma, a parte ciò, la giurisdizione non è antagonistica alla democrazia ma ne è per sua natura una componente essenziale, almeno fino a che sia e rimanga indipendente. Certo, occorre che la sua indipendenza sia non solo istituzionale e “formale” ma anche, e soprattutto, etica e sostanziale: il giudice tradisce la giurisdizione quando più o meno consapevolmente attacca la sua funzione al chiodo di una qualche forza, o anche solo ideologia, politica. E, come la moglie di Cesare, il giudice deve salvaguardare anche l'apparenza della sua indipendenza.

Che la giurisdizione sia una componente della democrazia, e più precisamente un potenziale argine al potere politico, ai suoi eccessi e alla sua concentrazione, discende da due caratteristiche fondamentali dell'ordine giudiziario: la sua diffusività e il suo orientamento alla tutela dei diritti. La prima essendo una caratteristica istituzionale, della architettura costituzionale della nostra forma di Stato; il secondo essendo prevalentemente un carattere sociologico, derivante alla magistratura dalla storia della sua evoluzione socio-culturale⁴¹

⁴⁰ V. ancora G. A. De Francesco, *Legge e giudice*, cit.; M. Donini, *Iura et leges*, cit.

⁴¹ V. il bel volume di E. Bruti Liberati, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2018.

e certamente consentaneo al quadro costituzionale di fondo basato sulla persona e sui suoi diritti.

La diffusività è un antidoto naturale al potere, perché il potere cerca necessariamente la concentrazione mentre si sbriciola nell'impotenza finale a misura che viene frammentato tra una molteplicità indeterminata di soggetti titolari. Una volta che ben s'intenda il valore politico e garantista della diffusività del potere giudiziario, ne vengono a cascata una serie di conseguenze in ordine a molteplici aspetti della disciplina dell'organizzazione e dell'esercizio della funzione giudiziaria: per esempio, in ordine alla collegialità degli organi giudicanti o al ruolo e poteri dei capi degli uffici. Ma l'aspetto più delicato è il rapporto tra diffusività del potere e nomofilachia: un equilibrio che può diventare difficile. Non c'è dubbio che, specialmente in penale, la nomofilachia sia un valore, un ideale irrinunciabile; ma è altrettanto indubbio che, quando la nomofilachia perviene a formalizzare il vincolo del precedente, ci si mette su una strada potenzialmente antitetica alla diffusività del potere giudiziario. È per questo motivo che, come dicevamo all'inizio di queste pagine, la nomofilachia non può monopolizzare le soluzioni dirette a tenere in equilibrio il rapporto tra legge e giudice. Anche in penale, ove l'esigenza di prevedibilità della decisione giudiziaria è particolarmente forte, la nomofilachia deve essere maneggiata con cura per non accentuare così facendo l'inclinazione giudiziaria del sistema, per non creare cioè un potere "altro", particolarmente invasivo per la sua vicinanza al fatto e alle persone, invece che un "contro"-potere capace di contenere il potere politico.

Quanto ai diritti, il discorso è più complesso e, nello specifico campo penalistico, si tinge di qualche coloritura addirittura paradossale. Ora non sembra dubbio che l'"età dei diritti" che abbiamo vissuto e continuiamo a vivere abbia prodotto i suoi frutti sulla magistratura, sulla sua formazione e sulla sua mentalità, soprattutto dopo la grande svolta generazionale, da quando cioè arrivano sulla scena i magistrati formati alla luce della Costituzione. E sembra di poter dire che, nonostante qualche segnale attuale di inaridimento burocratico, la magistratura continua a vivere l'età dei diritti e ad esserne protagonista. Ma in penale l'età dei diritti può produrre effetti pericolosi.

I diritti, infatti, non solo hanno prodotto categorie nuove quali quelle dei diritti sociali e dei diritti diffusi, ma si sono moltiplicati nel numero anche quelli individuali generando una vera anarchia di diritti e una certa loro arroganza nel reclamare tutela ad ogni livello.

C'è insomma un processo di espansione quantitativa e qualitativa dei diritti e, di conseguenza, un campo assolutamente instabile e confuso in cui essi si scontrano e interferiscono alla ricerca di bilanciamenti che spesso sono rimessi al giudice. Questo fenomeno di grande vitalismo dei diritti si traduce in campo penale in una assillante richiesta di sempre maggior tutela mediante la proliferazione di norme incriminatrici dai confini laschi e dai contenuti di disvalore spesso indeterminati. Il giudice è, dunque, protagonista del processo espansivo dei diritti, ma lo è nel senso di un costante accrescimento del potere punitivo⁴². Qui, dunque, il giudice non svolge il ruolo di paladino dei diritti in funzione antagonista al potere, ma al contrario rischia di diventare il veicolo più efficiente per un gigantismo del potere punitivo seppure in chiave di efficientamento della tutela penale dei diritti. Col rischio che il giudice finisca per sentirsi investito di una missione orientata al miglioramento e all'elevazione morale della società. E talvolta il legislatore è in qualche modo complice o connivente di questo protagonismo punitivo dei giudici, essendo l'implementazione sociale dei diritti e del loro effettivo godimento compito assai più arduo della loro tutela penale.

Pur con i rischi e i limiti accennati, si può però concludere che la giurisdizione nonostante il suo protagonismo non è un pericolo per la democrazia ma ne è invece una componente sistemica. Tuttavia, ciò non significa che, specialmente nel campo penale, non si ponga forte l'esigenza di un'etica giudiziaria quale limite interno all'esercizio della funzione nel suo momento interpretativo.

9. *Per un'etica dell'interpretazione*

Alle varie regole di deontologia dell'interpretazione che siamo venuti fin qui mettendo in luce se ne devono aggiungere alcune finali, di contenuto assai generale ma non per questo meno significative ed eticamente cogenti.

La prima regola è forse quella più difficile da osservare. Come è ormai ben noto, la nostra comprensione valutativa della realtà – e le decisioni che ne derivano – è condizionata dalla c.d. “pre-comprensione”, cioè da quel patrimonio di esperienze culturali e di “vissuto” che ciascuno di noi si porta dietro e che, in fondo, lo fa essere quello che è⁴³. Noi non siamo “nudi” dinanzi alle cose che conosciamo, ma

⁴² F. Palazzo, *Diritti, pena e... Antigone*, cit., p. 5 ss.

⁴³ La più nota ed autorevole elaborazione della precomprensione fu, quella di H.

tutt'al contrario le conosciamo per come siamo con le nostre strutture cognitive e valutative che ci siamo venuti costruendo mediante le nostre esperienze stratificate. Anche nell'applicazione della legge, e dunque nel processo circolare di trascorrimento dal fatto storico alla legge e viceversa, siamo necessariamente e di solito inconsapevolmente debitori della nostra precomprensione. Se così stanno le cose – come ormai è pacifico – ne vengono delle regole etiche che, pur essendo valide per tutti gli organi e i soggetti decisionali, sono però estremamente significative per il giurista e per il giudice in particolare, proprio in relazione al loro compito socialmente essenziale di contribuire all'ordine della coesistenza sociale e civile secondo uno spirito democratico.

In primo luogo, proprio perché la comprensione della legge e dei fatti è tanto più ricca e completa quanto è più vasto il bagaglio culturale costitutivo della precomprensione, è dovere etico e professionale del giurista quello di coltivare la sua cultura generale e, in particolare, la conoscenza dell'uomo e dei fenomeni sociali. Un buon giurista, cioè intellettualmente attrezzato per interpretare fatti e leggi, è quello dotato di cultura. Sotto questo profilo, non si può non lamentare con forza una certa tendenza attuale, indotta sia dalla legislazione sia dalla produzione giuridica, a un certo stile "ragionieristico", che s'impelaga in rebus e puzzle di ricostruzione di trame normative incredibilmente contorte, rinunciando troppo spesso alla comprensione della dimensione assiologica del diritto. Crediamo che ormai sarebbe necessaria una vera e propria rivoluzione culturale nel mondo del diritto, specie di quello applicato, che allo stato appare però pressoché impossibile.

In secondo luogo, ed è questo il profilo che più c'interessa sottolineare, la regola etica più significativa consiste nello sforzo di autocontrollo della precomprensione. È bensì vero che la precomprensione opera nella quotidiana esperienza individuale a livello sostanzialmente inconscio. Ma è anche vero che, attraverso uno sforzo della coscienza, l'interprete può sorvegliare il proprio processo di comprensione di norme e fatti attraverso un deliberato atto di introspezione. Un impegno, appunto etico e deontologico, che lo porti – nei limiti del possibile ma con tutte le sue forze – a rendersi

G. Gadamer, *Verità e metodo*, tr. it. a cura di G. Vattimo, Milano, Bompiani, 2000. Per un'utilizzazione nell'ambito penalistico, v. F. Palazzo, *Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, in *Diritto privato*, vol. VII-VIII, *L'interpretazione e il giurista*, 2001-2002, p. 507 ss.

conto di quali possono essere i condizionamenti “precomprensivi” che si affacciano e premono nel suo processo interpretativo e decisionale. Vi sarà sempre e comunque un’area della precomprensione e un momento della sua efficacia che non saranno raggiunti da questo sforzo di illuminazione e controllo, ma ciò non toglie che è sempre possibile – all’uomo fattosi avvertito di questo suo dovere – cercare di evitare decisioni che siano meccanicamente scaturite da una precomprensione totalmente inconsapevole. In definitiva, si potrebbe quasi dire che la “buona fede” del giudice sia la peggior nemica della decisione giudiziale nella misura in cui essa scherma la precomprensione da ogni sforzo di autocontrollo e consapevolezza critica.

La seconda grande regola etica è quella del costante, faticoso, logorante quasi, esercizio del dubbio metodico, quale strumento per il raggiungimento della decisione giudiziale. Il dubbio deve essere esercitato non solo in rapporto all’accertamento del fatto, della sua esistenza e del suo autore, ma anche in relazione all’interpretazione della legge. Il brocardo *narra mihi factum, dabo tibi ius* non può essere affatto inteso quale monopolio esclusivo del giudice in ordine alla conoscenza della legge. Al contrario, la regola dell’esercizio del dubbio si rivela quale espressione operativa o funzionale della terzietà del giudice. Al di là del problema, comunque reale, della separazione delle carriere, il giudice deve essere incline e disponibile all’“ascolto” delle parti, anche e prima di tutto per quanto riguarda le possibili soluzioni interpretative della legge: le parti, e diremmo soprattutto quelle private, debbono essere in grado di contribuire alla decisione interpretativa del giudice suggerendo ipotesi e dunque dubbi ermeneutici in modo convincente, logicamente e culturalmente valido. Mentre la regola del controllo della precomprensione si attua nella solitudine interiore del giudice con un processo sostanzialmente introspeffivo, la regola dell’esercizio del dubbio è ispirata ad una razionalità discorsiva da esercitarsi nella dialettica tra le parti triangolata dal giudice. È una grossa questione, questa del dubbio metodico, che coinvolge tanti aspetti della macchina della giustizia penale. Da quelli della formazione del magistrato a quelli dell’atteggiamento mentale del giudice⁴⁴, alla necessità di una preparazione dell’avvocatura che sia capace di operare sul piano

⁴⁴ Sulla funzione che oggi è chiamata a svolgere la Scuola Superiore della Magistratura, v. quanto dice il suo attuale Presidente G. Lattanzi, *Intervento all’Incontro del Presidente della Repubblica con i magistrati ordinari in tirocinio (26 febbraio 2020)*, in www.scuolamagistratura.it.

interpretativo con misura e alta professionalità⁴⁵; dalla legislazione che spesso distoglie da questioni realmente interpretative ponendo essenzialmente problemi di intellegibilità delle disposizioni, alla lunghezza e farraginosità dei processi che rendono quasi un lusso l'accurata trattazione della *quaestio iuris* mediante il dubbio metodico.

La terza regola etica è quella del senso del limite. È certamente difficile resistere alle pressioni che salgono dalla società e da molte forze politiche nel senso di una crescente pervasività del diritto penale, spesso utilizzato quale àncora di salvezza e tranquillante rispetto alle tante ansie, paure e incertezze delle nostre società complesse. Ma la questione è, almeno in linea di principio, abbastanza chiara. Il punto è se intendiamo credere veramente oppure no al principio di *ultima ratio* del diritto penale, come principio generale di contenimento dello *ius terribile* non solo per il legislatore ma anche per la giurisdizione: un po' come è accaduto per il principio di offensività del reato, che opera sui due piani (e anzi, specie su quello applicativo). Se le buone ragioni che sono alla base dell'*ultima ratio* sono convincenti, allora quel principio, combinandosi con la regola dell'esercizio del dubbio, dovrebbe condurre a rifiutare interpretazioni sfavorevoli che non s'impongano al di là di ogni ragionevole dubbio. Più in generale, poi, l'etica del limite dovrebbe essere parte costitutiva della mentalità della giurisdizione, per così dire: nel senso che essa dovrebbe convincere i giudici che non tocca a loro intraprendere vaste operazioni di bonifica sociale contro i fenomeni di criminalità diffusa. Peraltro, non è facile resistere alle tentazioni in questo senso, visto e considerato che le pressioni a maneggiare la giurisdizione come strumento di risanamento sociale vengono un po' da tutti i lati, dal basso come dall'alto.

Al giudice ben si attaglia quanto Otto von Bismarck diceva dei funzionari; anzi, più che ad ogni altro, al giudice: "Con cattive leggi e buoni funzionari si può pur sempre governare. Ma con cattivi funzionari le buone leggi non servono a niente".

"Il giudice è sempre, con le sue passioni, con i suoi interessi, i suoi pregiudizi [...] un uomo vivo, esposto, anche inconsapevolmente, a errori e debolezze e passioni, partecipe del dramma umano, anch'egli percosso e indignato o umiliato dallo spettacolo del male, dell'ingiustizia, del dolore. In questo senso egli non è, non può mai essere, indifferente [...]. Quello che si può e si

⁴⁵ Cfr. sulla formazione del giurista nel momento attuale v. F. Palazzo e O. Rosselli, *I professionisti della giustizia. La formazione degli operatori dell'amministrazione della giustizia*, Napoli, Esi, 2007.

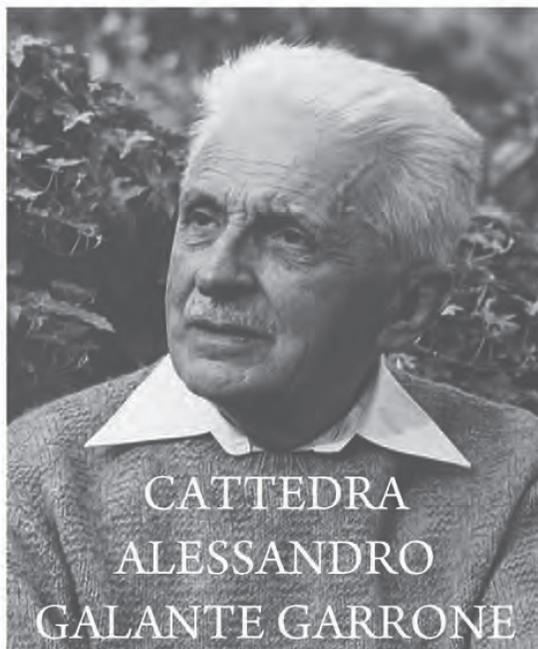
deve chiedere ai giudici e al sistema giudiziario di un dato paese, è soltanto l'imparzialità: nel senso soggettivo che essi si propongano e si sforzino di padroneggiare il tumulto dei sentimenti, di darsi carico, razionalmente, di tutti gli argomenti dell'accusa come della difesa, di motivare le loro decisioni; e, nel senso oggettivo, che a tutte le parti in causa sia consentito di svolgere, e sostenere con ampiezza di prove, le proprie ragioni"⁴⁶.

⁴⁶ A. Galante Garrone, *Amalek, il dovere della memoria*, Rizzoli, Milano, 1989, pp. 40-41.

Università degli Studi del Piemonte Orientale "A. Avogadro"

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA E
SCIENZE POLITICHE, ECONOMICHE E SOCIALI

Anno accademico 2012 - 2013



Il Corso

LUIGI FERRAJOLI

*La democrazia costituzionale
e il suo futuro*

25-27 marzo 2013

Palazzo Borsalino
Via Cavour 84, Alessandria

“La battaglia per la democrazia è oggi, come sempre, una battaglia soprattutto culturale. In un duplice senso: nel senso che il nesso tra democrazia e Costituzione è un fatto culturale, oggi smarrito nel senso comune, e nel senso, più generale, che lo sviluppo della cultura è un fattore essenziale della costruzione della democrazia”

L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, p. 85

Luigi Ferrajoli, giudice dal 1967 al 1975, insegna "Filosofia del diritto" e "Teoria generale del diritto" all'Università Roma Tre.

Tra le sue innumerevoli pubblicazioni, si segnalano: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 1989; *La sovranità nel mondo moderno*, 1997; *La cultura giuridica italiana nell'Italia del Novecento*, 1999; *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (a cura di E. Vitale), 2001; *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2007, in tre volumi (1. *Teoria del diritto*, 2007; 2. *Teoria della democrazia*; 3. *La sintassi del diritto*); *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, 2011, tutte per i tipi di Laterza e quasi tutte tradotte in lingua spagnola e portoghese.

Sull'insegnamento del diritto

Luigi Ferrajoli

1. Due aspetti affascinanti della fenomenologia del diritto. – 2. Il significato del positivismo giuridico e il punto di vista critico esterno. – 3. Il significato del costituzionalismo giuridico e il punto di vista critico interno. – 4. Il mutamento del rapporto tra politica e diritto, tra scienza politica e scienza giuridica generato dal paradigma costituzionale. – 5. L'educazione dei giuristi alla democrazia.

1. Due aspetti affascinanti della fenomenologia del diritto

Il pericolo maggiore che corre l'insegnamento del diritto è la noia: il fatto che lo studente possa avere la sensazione – soprattutto nello studio di materie duramente tecniche, come il diritto commerciale, il diritto fallimentare, la procedura civile, la procedura penale, il diritto amministrativo o il diritto tributario – di dover studiare una tecnica burocratica del tutto priva di interesse, sia che essa riguardi l'esercizio di un potere o le relazioni di mercato o le forme del controllo sociale.

Per questo, per evitare questo rischio, il primo obiettivo del nostro insegnamento, ai fini della formazione del giurista, deve consistere nell'appassionare gli studenti allo studio del diritto. Lo sviluppo di questa passione è possibile solo facendo loro scoprire due aspetti di fondo dell'esperienza giuridica, occultati o rimossi dalle prassi burocratiche nelle quali troppo spesso si smarrisce il senso del diritto.

Il primo aspetto è il carattere artificiale del diritto: il diritto è costruito da noi, cioè dalla politica e ancor prima dalla cultura giuridica, e tutti noi, e in particolare noi giuristi, ne portiamo, per come è costruito e prima ancora per come è stato pensato e progettato, la responsabilità. Il secondo aspetto dell'esperienza giuridica, la cui consapevolezza è un fattore costitutivo dell'educazione del giurista, è rappresentato dalla distanza crescente tra la normatività forte ed esigente dei principi di giustizia stabiliti dalle odierne carte costituzionali, sia nazionali che internazionali – l'uguaglianza, la di-

gnità delle persone e i loro diritti fondamentali – e la crescita delle disuguaglianze, le violazioni dei diritti e le devastazione dell'ambiente prodotte dallo sviluppo incontrollato di poteri selvaggi, sia all'interno dei nostri ordinamenti, sia, e più ancora, nell'odierno mondo globalizzato.

Si tratta di due aspetti della fenomenologia del diritto in grado di fondare un duplice punto di vista critico e costruttivo nei confronti del diritto vigente: la sua critica e progettazione dall'esterno, dal punto di vista della giustizia, e la sua critica e progettazione dall'interno, dal punto di vista della validità costituzionale. La tesi che sosterrò è che questi due punti di vista critici e costruttivi sono stati generati da altrettanti mutamenti del paradigma del diritto che hanno cambiato radicalmente lo statuto epistemologico della scienza giuridica e dei quali, tuttavia, non sempre esiste tra i giuristi e tra gli operatori del diritto una sufficiente consapevolezza.

2. *Il significato del positivismo giuridico e il punto di vista critico esterno*

Il primo punto di vista critico è quello generato dal primo dei due aspetti ora indicati: la totale artificialità del diritto e delle istituzioni giuridiche e politiche. Tutto il diritto, tutte le norme giuridiche, tutte le nostre istituzioni – dalle costituzioni alle leggi e alle prassi giudiziarie, amministrative e negoziali, dagli apparati politici a quelli amministrativi, dagli enti pubblici agli enti private – sono il prodotto delle scelte degli uomini, quali risultano dai loro valori e dai loro interessi; e noi tutti, per come il diritto e per come le istituzioni sono costruiti e funzionano, siamo, ripeto, responsabili. È questo il significato profondo del *positivismo giuridico*. Con il positivismo giuridico e con l'affermazione del principio di legalità come norma di riconoscimento del diritto esistente, nasce la politica moderna quale produzione e trasformazione, appunto, del diritto, cioè delle regole dei rapporti sociali. Il linguaggio del diritto diventa, da allora, il linguaggio della politica, sia di governo che di opposizione. È il linguaggio nel quale vengono formulati i problemi sociali e le loro controverse soluzioni, le leggi ma anche i loro progetti di riforma, la difesa ma anche la critica del diritto esistente e la progettazione del diritto futuro. Ne conseguono due corollari.

Il primo corollario del principio di legalità è la separazione tra diritto e morale e perciò l'autonomia, dal diritto positivo vigente, del punto di vista della morale e della politica. Se è vero che è diritto

tutto e solo ciò che è prodotto dal legislatore, allora non soltanto il diritto è un prodotto della politica, ma la sua esistenza e la sua validità formale si separano dalla giustizia, nel senso che non tutte le norme giuridiche sono giuste solo perché validamente prodotte e perciò esistenti e formalmente valide e, inversamente, non tutte le norme giuste sono giuridiche, ove non siano formalmente valide, cioè esistenti perché validamente prodotte. Per effetto del principio di legalità si produce insomma una virtuale divaricazione tra il dover essere morale e politico del diritto e il suo essere effettivo, tra il diritto giusto e il diritto esistente. E si genera lo spazio del punto di vista morale e politico esterno al diritto positivo. Che è il punto di vista etico-politico, appunto, della giustizia, al di là e talora contro il diritto positivo: critico nei confronti del diritto esistente, ove questo sia ritenuto ingiusto, e progettuale di un diritto più giusto di quello esistente.

Il secondo corollario, connesso al primo, è il ruolo pragmatico di cui vengono investite non solo la politica ma anche la teoria del diritto e la filosofia della giustizia. Se il diritto è fatto dagli uomini, ciò vuol dire che esso, ancor prima, è il prodotto di quanti l'hanno pensato e teorizzato, e perciò dalla filosofia giuridica e politica. Possiamo in effetti ben dire che i padri costituenti del moderno stato di diritto sono stati, assai più che i giuristi o i governanti, i filosofi della politica, da Thomas Hobbes a John Locke e a Montesquieu, da Beccaria a Kant e a Stuart Mill. Di qui la dimensione pragmatica e la responsabilità della teoria del diritto e della filosofia giuridica e politica nella teorizzazione e progettazione del diritto e delle istituzioni politiche. Anche la democrazia, infatti, è una costruzione giuridica, oltre che una costruzione politica e sociale, e come tale suppone una progettazione teorica che solo la teoria del diritto e la filosofia politica sono in grado di sviluppare.

Sotto entrambi questi aspetti, proprio il positivismo giuridico, con paradosso apparente, vale a fondare, ancor più dell'approccio giusnaturalistico, la dimensione critica e la responsabilità politica della costruzione e della trasformazione degli ordinamenti giuridici. E forma perciò un presupposto elementare del liberalismo e della totale autonomia, dal diritto esistente, del punto di vista critico, morale e politico, ad esso esterno. Si determina, con il positivismo giuridico, un mutamento epistemologico del sapere giuridico: la scienza del diritto non può più pretendere di essere la scienza dell'equo e del giusto, essendo solo l'esplicazione, mediante interpretazione, del proprio oggetto, il diritto positivo appunto; laddove il punto di vista

della giustizia si separa, affidandosi alla filosofia politica, da quello dell'esistenza e della validità delle norme giuridiche. Proprio perché il diritto, secondo il postulato giuspositivista, è un artificio, cioè è fatto dagli uomini, esso può ben essere ingiusto e non può comunque accampare la pretesa di una sua intrinseca giustizia o razionalità. Che è una pretesa avanzata, invece, dal tendenziale giusnaturalismo retrostante alla tesi della connessione tra diritto e morale: una tesi riproposta in questi anni da gran parte degli esponenti del neocostituzionalismo principialista ed espressa, in maniera esemplare, dalla nota formula di Gustav Radbruch secondo cui, se una norma è intollerabilmente ingiusta, allora non è giuridicamente valida; che equivale a dire, per la seconda legge logica della contrapposizione, che se essa è giuridicamente valida allora non è intollerabilmente ingiusta, ossia è tollerabilmente giusta. Che è precisamente la tesi, autoritaria e illiberale, che caratterizza ogni *legalismo etico*.

3. *Il significato del costituzionalismo giuridico e il punto di vista critico interno*

Il secondo punto di vista critico nei confronti del diritto vigente che deve oggi informare gli studi giuridici e l'attività di giudici e giuristi è quello generato dal secondo dei due aspetti, indicati all'inizio, dell'odierna fenomenologia del diritto: l'artificialità non più soltanto del diritto, ma anche dei principi e dei valori ai quali il diritto deve uniformarsi, e perciò la distanza che separa quei principi dalla realtà effettiva del diritto vigente. Grazie all'introduzione di costituzioni rigide, tutto il diritto, per essere valido sostanzialmente oltre che formalmente, deve per un verso essere compatibile e per altro verso attuare i principi di giustizia – l'uguaglianza, la dignità delle persone, i diritti fondamentali, sia di libertà che sociali – stipulati in quelle norme di diritto positivo sopraordinate a tutte le altre che sono formulate nelle carte costituzionali, sia nazionali che internazionali. È questo il significato e la sostanza del *costituzionalismo giuridico* che si è affermato con le odierne costituzioni rigide e che perciò possiamo configurare come un positivismo giuridico rafforzato e completato, perché allargato alle scelte, altrimenti arbitrarie, cui deve uniformarsi la legislazione. Le costituzioni disegnano insomma il progetto giuridico del futuro: i principi che la legislazione ordinaria deve garantire ed attuare e che equivalgono ad altrettanti limiti e vincoli imposti alla politica. La politica resta la fonte e il motore della produzione giuridica. Ma essa si subordina al diritto espresso

dalle costituzioni e, in particolare, al divieto di lesione dei diritti di libertà e all'obbligo di attuazione dei diritti sociali: un divieto e un obbligo logicamente implicati da quelle aspettative negative o positive nelle quali consistono tutti i diritti fondamentali e che impongono, perciò, l'uno un passo indietro e l'altro un passo avanti della sfera pubblica. Ne seguono, di nuovo, due corollari.

Il primo corollario del principio di legalità costituzionale è una seconda separazione: la separazione tra esistenza e validità delle norme giuridiche. Se è vero che viene comunque ad esistenza tutto e solo il diritto prodotto nelle forme stabilite dalle norme sulla sua formazione, allora l'esistenza o il vigore delle norme si separa anche dalla loro validità giuridica, oltre che dalla loro giustizia. È ben possibile, infatti, che vengano ad esistenza norme incompatibili con i principi costituzionali e perciò invalide, e non vengano invece ad esistenza le norme di attuazione implicate ed imposte da tali principi. È ben possibile, in altre parole, che venga ad esistenza il *diritto illegittimo*, cioè l'illegittimo esercizio del potere, sia per commissione che per omissione: una figura, questa del diritto illegittimo, che il vecchio positivismo giuridico – si pensi solo ad Hans Kelsen – concepiva come una “contraddizione in termini” e che invece rappresenta oggi il tratto caratteristico e paradossalmente prezioso delle odierne democrazie costituzionali. A causa della virtuale divaricazione tra “dover essere” costituzionale ed “essere” legislativo del diritto, infatti, negli ordinamenti dotati di costituzioni rigide esistono virtualmente, ma inevitabilmente, *antinomie e lacune*.

Il secondo corollario è lo spazio lasciato aperto al punto di vista critico non più soltanto politico o esterno, ma anche giuridico o interno al diritto positivo: che è il punto di vista, appunto, dei principi costituzionali, critico nei confronti del diritto esistente, ove questo sia ritenuto invalido, e progettuale delle norme di attuazione dei suddetti principi ove tali norme risultino inesistenti. Qui è direttamente la scienza giuridica, e non la filosofia politica o della giustizia, che viene investita, sul piano epistemologico prima ancora che sul piano civile e politico, di un ruolo critico e progettuale. Sono infatti le odierne costituzioni rigide, se prese sul serio, che impongono questo ruolo, che ben possiamo chiamare militante, della scienza giuridica: da un lato la critica delle norme rispetto ad esse invalide, ossia delle antinomie, affinché siano annullate dalla giurisdizione; dall'altro la progettazione delle loro norme di attuazione, cioè delle loro garanzie, affinché le relative lacune siano rimosse dalla legislazione.

Si manifesta in questo duplice ruolo – critico e progettuale della scienza giuridica – il nesso isomorfico esistente tra diritto e sistema politico e, in particolare, tra i connotati strutturali degli odierni ordinamenti giuridici e la democrazia. È questo nesso che dobbiamo sempre mostrare ai nostri studenti per motivarne l'impegno civile e sollecitarne la passione per lo studio del diritto. Esso consiste nella corrispondenza tra le condizioni, sia formali che sostanziali, della validità delle norme giuridiche e le dimensioni, sia quella formale che quella sostanziale, della legittimità democratica del sistema politico. Negli Stati assoluti *quod principi placuit legis habet vigorem et legitimitatem*: la volontà del sovrano è condizione necessaria e sufficiente sia della validità che della legittimità del suo operato. Nella democrazia politica dello stato legislativo la validità giuridica delle leggi, che sono le fonti supreme dell'ordinamento, è condizionata soltanto alle forme politico-rappresentative della produzione legislativa, le quali corrispondono alla dimensione formale o politica della legittimità democratica. Nella democrazia costituzionale la validità giuridica è determinata, oltre che dalla conformità delle norme prodotte alle forme politico-rappresentative stabilite dalle norme sulla loro produzione, anche dalla loro coerenza e completezza rispetto ai principi di giustizia costituzionalmente stabiliti, le quali corrispondono, a loro volta, alla dimensione sostanziale o costituzionale della democrazia.

È dunque nella teorizzazione, nella costruzione e nella difesa delle garanzie costituzionali e delle connesse funzioni e istituzioni di garanzia, idonee ad assicurare coerenza e completezza della legalità ordinaria rispetto ai principi costituzionalmente stabiliti, che oggi consiste la costruzione della democrazia. E questo vale non soltanto per le garanzie dei diritti e degli altri principi di giustizia stabiliti dalle costituzioni nazionali, ma anche, e in maniera sempre più vitale ed urgente, per le garanzie dei principi di giustizia – la pace, i diritti fondamentali, la salvaguardia dell'ambiente – stabiliti nelle tante carte e convenzioni internazionali. È infatti a livello internazionale che si sono dislocati i poteri economici e politici che contano che stanno provocando, per il loro carattere sregolato e selvaggio, le aggressioni più micidiali alla democrazia, ai diritti umani e alla stessa abitabilità del pianeta. Ed è perciò in direzione della costruzione di un garantismo costituzionale globale, all'altezza dei problemi e delle sfide odierne, che dobbiamo soprattutto sollecitare la riflessione scientifica e l'impegno civile di quanti si dedicano allo studio del diritto.

4. *Il mutamento del rapporto tra politica e diritto, tra scienza politica e scienza giuridica generato dal paradigma costituzionale*

Tutto questo ha cambiato il rapporto tra diritto e politica. In passato – ancora negli anni della mia formazione, quando ancora, in Italia, la Costituzione non era entrata a far parte dell'orizzonte della maggior parte dei giuristi – il diritto, la giurisdizione e la scienza giuridica erano i luoghi della conservazione e, talora, della reazione. Erano la politica e la legislazione i luoghi del progresso e della trasformazione in senso democratico del diritto esistente, attraverso la costruzione dello stato sociale e delle garanzie dei diritti sociali e del lavoro. Nel bene e nel male, come ho già detto, tutto il diritto, nello stato legislativo, era un prodotto della politica, la quale quindi rappresentava la sola pratica istituzionale cui era affidato il mutamento dei sistemi politici in senso progressivo.

Oggi quel rapporto tra diritto e politica, tra cultura e pratica giuridica e cultura e pratica politica, si è ribaltato. Con l'introduzione nei nostri ordinamenti di costituzioni rigide, e quindi con la positivizzazione di principi di giustizia come il principio di uguaglianza e i diritti fondamentali quali norme sovraordinate all'intero artificio giuridico e istituzionale, il ruolo della cultura giuridica è divenuto quello della difesa, al tempo stesso scientifica e civile, della legalità costituzionale e perciò della normatività dei diritti fondamentali e degli altri principi di giustizia costituzionalmente stabiliti. È cambiato altresì il ruolo della giurisdizione, che non è più quello dell'applicazione della legge quale che sia, bensì quello della soggezione alla legge solo se costituzionalmente valida e al tempo stesso, qualora la legge sia ritenuta costituzionalmente invalida, il dovere della sua censura, tramite disapplicazione o eccezione di incostituzionalità. Sono ruoli che non hanno precedenti nella storia, essendo imposti da quella straordinaria novità che è stata la rigidità delle costituzioni, cioè la sottoposizione al diritto del diritto medesimo. Il costituzionalismo ha così mutato ulteriormente lo statuto epistemologico della scienza e della pratica giuridica: non più la semplice descrizione e applicazione del diritto esistente, quale che sia, promosse dal vecchio metodo tecnico-giuridico, bensì la sua critica e la sua progettazione sulla base del carattere normativo dei principi di giustizia – l'uguaglianza, i diritti fondamentali, la dignità delle persone – stipulati nelle carte costituzionali.

D'altro canto si è prodotta, simultaneamente, una regressione della politica. Nell'età della globalizzazione, a causa dell'asimmetria tra il

carattere globale dell'economia e il carattere ancora prevalentemente statale della politica e del diritto, i grandi poteri economici e finanziari si sono sottratti ai vincoli politici e giuridici espressi dalle funzioni pubbliche statali, sia di governo che di garanzia. Ne è seguita una sostanziale impotenza della politica rispetto ai poteri del mercato, cui ha corrisposto una sua rinnovata potenza e prepotenza, in contrasto con il paradigma costituzionale, nei confronti delle persone e dei loro diritti. In tanto, infatti, la politica può essere impotente e subalterna ai mercati in quanto realizzi, grazie anche alla sua verticalizzazione e personalizzazione, la sua massima potenza nel governo della società. Di qui la crisi regressiva della politica, non solo in Italia ma in gran parte dei paesi occidentali. La politica odierna, in molte nostre democrazie, è diventata impermeabile alle domande sociali di giustizia e ha ribaltato il proprio ruolo di governo, aggredendo lo stato sociale, i diritti alla salute e all'istruzione e i diritti dei lavoratori, in ossequio alle direttive dei mercati nei confronti dei quali, ben più che degli elettori, essa si sente chiamata a rispondere.

Assistiamo così a un fenomeno singolare e all'apparenza paradossale: da un lato a processi de-costituenti promossi dalla politica e consistenti nella progressiva erosione dello stato sociale e delle garanzie primarie dei diritti fondamentali; dall'altro al simultaneo sviluppo del ruolo garantista degli organi della giurisdizione e, insieme, di una scienza giuridica progressista impegnata nella difesa dei principi costituzionali. I ruoli delle due funzioni e delle due culture – del diritto e della politica, della giurisdizione e della legislazione, della cultura giuridica e della cultura politica – si sono così in gran parte invertiti: mentre la giurisdizione, sostenuta da una cultura giuridica informata ai principi costituzionali, svolge un ruolo di tutela dei diritti attraverso quanto meno l'effettività delle loro garanzie secondarie, la politica e la legislazione svolgono il ruolo opposto di aggressione e restrizione dei diritti, non attuando ma al contrario riducendo le loro garanzie primarie. Insomma, la tutela dei diritti si sta sviluppando al livello giurisprudenziale delle garanzie secondarie, mentre sta regredendo al livello legislativo e amministrativo delle garanzie primarie. A causa del discredito della politica, generato dalla sua subalternità ai mercati e della sua crescente distanza dalla società, le domande di giustizia vengono rivolte in misura crescente al potere giudiziario, sollecitato a intervenire dalle violazioni legislative, amministrative e contrattuali dei diritti in tema di lavoro, di ambiente, di tutela dei consumatori, di questioni bioetiche e di abusi di potere.

5. *Educazione dei giuristi alla democrazia*

Le ragioni di questa inversione dei ruoli – il progresso della giurisdizione e, in generale, della cultura giuridica, e l'opposto regresso della legislazione e della cultura politica – sono molteplici. La prima è il diverso tipo di professionalità. I giudici, la cui funzione è applicare il diritto, prendono il diritto, a cominciare dalle Costituzioni, assai più sul serio dei politici; e lo stesso fanno i giuristi, nel loro lavoro esplicativo del diritto vigente, che non può non essere critico dei suoi profili di incostituzionalità. A causa del loro ruolo professionale, giudici e giuristi avvertono insomma come vincolanti, perché consistenti in norme di diritto positivo sovraordinate a qualunque altra, i principi e i diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti. Simultaneamente la politica, almeno in Italia, ha subito il processo opposto. A causa, di nuovo, di un suo tratto professionale – l'abitudine alla mancanza di limiti, oggi favorita dal suo sradicamento sociale – essa è sempre meno disposta ad accettare i vincoli costituzionali; anche perché si è prodotta una perdita della memoria dei *mai più* pronunciati nella stagione costituente seguita alla seconda guerra mondiale e un conseguente declino dei principi costituzionali dagli orizzonti programmatici della politica.

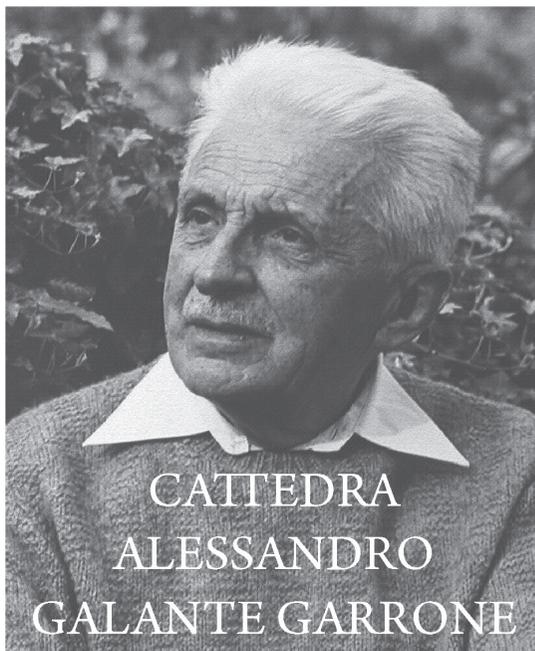
La seconda ragione consiste nell'indipendenza istituzionale della giurisdizione e in quella intellettuale della scienza giuridica e, al contrario, nella dipendenza, nell'odierno mondo globalizzato, della politica dai mercati, cioè dai poteri economici e finanziari sviluppatasi fuori dei confini nazionali. La politica odierna, ho già detto, non solo è impermeabile alle domande sociali di giustizia, ma ha ribaltato il proprio ruolo di governo dell'economia, riducendo le garanzie dei diritti sociali alla salute e all'istruzione e dei diritti dei lavoratori sotto la pressione dei poteri economici e finanziari. È la "governabilità" la parola d'ordine che, in Italia, accomuna da trent'anni le politiche di governo. Dove "governabilità" vuol dire semplificazione e verticalizzazione del sistema politico, emarginazione del Parlamento, crollo della rappresentanza, mani libere nell'aggressione ai diritti sociali e del lavoro, onnipotenza della politica nei confronti della società imposta dalla sua subalternità all'economia e alla finanza. Aggiungo che questa regressione della politica sta provocando anche la regressione morale e intellettuale di gran parte della società, che si manifesta nella sfiducia, nella depressione, nella rabbia, nell'odio, nel crollo della solidarietà, nella generale aggressività e nell'assunzione dell'interesse personale e del denaro come unici metri e valori.

Contro questa involuzione, la scienza giuridica acquista un ruolo di difesa della Costituzione e di denuncia delle sue violazioni, grazie alla felice coincidenza tra rigore scientifico e impegno civile e politico: sulla base, precisamente, delle tesi che i principi costituzionali sono sopra-ordinati alla politica; che la garanzia dei diritti fondamentali e dei principi di uguaglianza e dignità costituzionalmente stabiliti non sono opzioni morali rimesse alla discrezionalità della politica, bensì limiti e vincoli giuridici alla legislazione e all'azione di governo che impongono di leggere e denunciare come antinomie e come lacune le loro violazioni, siano esse per commissione o per omissione; che infine è precisamente dal rispetto e dall'attuazione dei principi costituzionali, rivendicati e difesi dalla scienza e dalla pratica giuridica, che dipende la legittimazione democratica di tutte le nostre istituzioni.

Il garantismo costituzionale, investendo la scienza e la pratica giuridica di questo ruolo di difesa dei diritti fondamentali, ha così conferito loro un senso nuovo e, aggiungo, un fascino che i nostri studi non hanno mai avuto in passato. Il nostro insegnamento delle discipline giuridiche dovrebbe riuscire, anzitutto, a far avvertire agli studenti questo fascino nuovo del diritto quale strumento indispensabile della costruzione della democrazia. È in questo insegnamento che consiste l'educazione dei futuri giuristi alla democrazia.

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA E
SCIENZE POLITICHE, ECONOMICHE E SOCIALI

Anno accademico 2013 - 2014



Il Corso

PIETRO COSTA

*La democrazia costituzionale
e il suo passato*

17 - 25 marzo 2014

Palazzo Borsalino
Via Cavour 84, Alessandria

«Giacché io penso veramente che l'essere più povero che vi sia in Inghilterra ha una vita da vivere quanto il più grande e perciò [...] credo sia chiaro che ogni uomo il quale ha da vivere sotto un governo debba prima col suo consenso accettare quel governo; e ritengo che l'uomo più povero in Inghilterra non sia affatto tenuto a rigore a obbedire a quel governo che egli non ha avuto alcuna voce nel creare»

(Rainborough, *I dibattiti di Putney*)

Pietro Costa ha insegnato “Storia del diritto medievale e moderno” all’Università di Firenze.

Già direttore della rivista «Quaderni fiorentini per la storia della cultura giuridica moderna», è autore di numerosissime pubblicazioni, tra cui si segnalano: *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale*, Giuffrè, 1969; *Il progetto giuridico*, Giuffrè, 1974; *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, 1986; *Storia della cittadinanza in Europa*, 4 voll., Laterza, 1999-2001; *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, 2006; (a cura di) *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Feltrinelli, 2010.

*Dal 'popolo costituito' al 'popolo costituente':
immagini della respublica fra medioevo ed età moderna*

Pietro Costa

1. Cenni introduttivi. – 2. Il 'popolo-tutto' e il 'popolo-parte' nella cultura politico-giuridica medievale. – 3. Il 'popolo' e la dottrina del 'governo misto'. – 4. 'Popolo' e 'moltitudine': Hobbes e Spinoza. – 5. Fra 'dualismo' e 'monismo': Locke e Rousseau. – 6. Dal 'popolo costituito' al 'popolo costituente': le rivoluzioni di fine Settecento. – 6.1. Il 'popolo' come soggetto costituente. – 6.2. Il 'popolo' degli 'eguali' e la rappresentanza delle 'differenze'. – 7. Cenni conclusivi.

1. Cenni introduttivi

Nell'anno accademico 2013-2014 ho goduto del privilegio di tenere un corso presso la Cattedra Alessandro Galante Garrone dedicato a *La democrazia costituzionale e il suo passato* e ora, grazie all'iniziativa di Massimo Vogliotti, mi è offerta l'occasione di tornare a riflettere su un tema coinvolto nella complicata storia della democrazia: l'immagine del 'popolo'.

Il 'popolo' è evocato dall'etimologia stessa della parola 'democrazia'. Ed è in effetti impossibile ripercorrere la parabola storica della democrazia senza misurarsi con il tema del 'popolo' e del suo potere. Non è però vero il reciproco. Il concetto di democrazia (dopo il fulminante esordio nell'Atene del V secolo a.C.) ha vissuto per molti secoli alla periferia del discorso politico-giuridico per acquistare una crescente visibilità tra la fine del Settecento e i nostri giorni, mentre il tema del 'popolo' è stato un oggetto costante di attenzione e di discussione. È vero dunque che non si danno visioni della 'democrazia' senza una qualche tematizzazione del 'popolo', ma è altrettanto vero che per lungo tempo il 'popolo' ha fatto parte di costellazioni lessicali nelle quali la 'democrazia' era assente o marginale. Ciò di cui il 'popolo' sembrava essere una componente di rilievo era la rappresentazione (e la legittimazione) dell'ordine sociopolitico complessivo, di contro alla pressoché unanime convin-

zione che con l'ordine complessivo la 'democrazia' non potesse aver molto a che spartire.

Stante dunque la longevità del termine 'popolo' e la (relativamente) recente fortuna del termine 'democrazia', appare singolare un dato spesso sottolineato: la rarità di analisi storico-concettuali del termine 'popolo'¹, a fronte dell'imponente letteratura dedicata alla 'democrazia'. Certo, è la democrazia l'orizzonte storico-politico e l'ambiente istituzionale nel quale viviamo ed è quindi comprensibile che il 'popolo' attiri la nostra attenzione come snodo della democrazia stessa, più che come 'grandezza' autonoma. E non è un caso che un forte interesse per il tema del 'popolo' rinasca in anni recenti sull'onda della crisi delle nostre democrazie: una crisi che sembra trovare un sintomo e un detonatore nella diffusione di retoriche che, pur diverse (o addirittura fra loro incompatibili), sono apparse a molti osservatori riconducibili a una categoria unitaria – il 'populismo' – se non altro perché tutte convergenti nell'assumere il 'popolo' come il loro centrale punto di appoggio (quali che fossero i significati volta a volta attribuiti a questo termine)².

¹ M. Canovan, *Populism for political theorists?*, in «Journal of Political Ideologies», 9, 3, 2004, p. 247.

² Disponiamo di una vasta letteratura sul 'populismo' e sul suo rapporto storico-teorico con il concetto di 'popolo', e, più in generale, con il problema della 'democrazia'. Cfr. ad es. P.A. Taguieff, *Illusione populista*, Milano, Mondadori, 2003; Y. Mény, Y. Surel, *Populismo e democrazia*, Bologna, il Mulino 2004; L. Zanatta, *Il populismo come concetto e come categoria storiografica*, in A. Giovagnoli, G. Del Zama (a cura di), *Il mondo visto dall'Italia*, Milano, Guerini e Associati, 2004, pp. 195-207; G. Bonaiuti, *Corpo sovrano: studi sul concetto di popolo*, Roma, Meltemi, 2006; M. Salvati, *Populismo, linguaggi, comportamenti: crisi o trasformazioni della democrazia?*, in «Parolechiave», 1, 2010, pp. 205-217; V. Pazé, *In nome del popolo. Il problema democratico*, Roma-Bari, Laterza, 2011; A. Badiou et al., *Qu'est-ce qu'un peuple?*, Paris, La Fabrique éditions, 2013; M. Tronti, *Popolo*, in Id., *Per la critica del presente*, Roma, Ediesse, 2013, pp. 27-40; J. Rancière, *L'introvabile populismo*, Roma, Derive-Approdi, 2014; D. Palano, *In nome del popolo sovrano? La questione populista nelle postdemocrazie contemporanee*, in S. Cingari, A. Simoncini (a cura di), *Lessico postdemocratico*, Perugia, Perugia Stranieri University Press, 2016, pp.159-188; L. Marchettoni, *Teorie del populismo*, in «Jura Gentium», XIV, 2017, 2, pp. 1-10; J.-W. Müller, *Che cos'è il populismo*, Milano, Università Bocconi Editore, 2017; P. Ory, *Peuple souverain. De la révolution populaire à la radicalité populiste*, Paris, Gallimard, 2017; M. Revelli, *Populismo 2.0*, Torino, Einaudi, 2017; G.P. Cella, *Il popolo fra invenzione e finzione*, in «Stato e mercato», 1, 2018, pp. 3-35; I. Diamanti, M. Lazar, *Popolocrazia. La metamorfosi delle nostre democrazie*, Roma-Bari, Laterza, 2018; C. Chini, S. Moroni (eds.), *Populism: A Historiographic Category?*, Newcastle, Cambridge Scholars Publishing, 2018; E. Greblo, *Il populismo e il "trono vuoto" della democrazia*, in «Politica & Società», 1, 2018, pp. 111-130; Ch. Mouffe, *Per un populismo di sinistra*, Roma-Bari, Laterza, 2018; A. Ferrara, *Che cosa è un popolo?*, in «Politica & Società», 2, 2019, pp.163-182; Y. Mény, *Popolo ma non troppo. Il malinteso democratico*, Bologna, il Mulino, 2019; D. Palano, *L'invenzione del*

A ridurre l'interesse nei confronti della storia del 'popolo' interviene però forse anche il rilievo, corrente nella letteratura politologica e storiografica, che il termine 'popolo', in tutta la sua millenaria traiettoria, oscilla monotonamente e ripetitivamente fra due significati: «by immemorial tradition, 'people' (like *populus* and *demos* before it) has meant both the whole political community and some smaller group within it»³. Viene al più osservato che il popolo come totalità può includere a sua volta due significati distinti, a seconda che l'identità collettiva che esso designa si fondi su una dimensione politica (e giuridica) oppure 'etnica'⁴.

Il popolo come tutto, il popolo come parte: l'intera, plurisecolare storia di 'popolo' oscilla fra questi due significati? Ammettiamolo, ma resta da dimostrare che le formazioni linguistiche costruite intorno a 'popolo' formulino un identico messaggio e producano i medesimi effetti nei più diversi contesti, dal mondo antico⁵ all'Europa dei nostri giorni. Non sembrerebbe dunque priva di interesse un'accu-

populismo. Note per la genealogia di un concetto "paranoico", in «Storia del pensiero politico», VIII, 2, 2019, pp. 273-95.

Un contributo teorico di grande interesse è offerto da E. Laclau, *On Populist Reason*, London-New York, Verso, 2006; E. Laclau, *The Rhetorical Foundation of Society*, London, Verso, 2014. Cfr. G. Grappi, *Libertà, uguaglianza, contingenza! Ernesto Laclau e la teoria della 'Democrazia Radicale'*, in «Scienza & Politica», 30, 2004, pp. 41-57; A. Cirulli, E. Gargiulo, *Costruire il «popolo». Il contributo teorico di Ernesto Laclau e le prospettive dei populismi contemporanei*, in «Teoria politica. Nuova Serie, Annali», IV, 2014, pp. 295-322. Cfr. altresì la stimolante analisi di G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2015, pp. 121 ss.

³ M. Canovan, *Populism*, cit., p. 250.

⁴ Cfr. ad es. Y. Mény, *Popolo ma non troppo*, cit. In questo caso, avremmo a che fare non con due, ma con tre significati di 'popolo': il popolo come totalità politico-giuridica, come totalità 'etnica', come 'parte' di una più ampia collettività.

⁵ In Grecia *démos* indica un territorio e i suoi abitanti (M.H. Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes: Structure, Principles, and Ideology*, Cambridge (Mass.), Blackwell 1991; M. Grodent, *De Dèmos à Populus*, in «Hermès», 42, 2005, pp. 19-22), cui si aggiungono anche, da un lato, la frequente connessione con *éthmos* e, dall'altro lato, il riferimento a una dimensione 'quantitativa' (il *pléthos*, i *pollói*, la moltitudine), che conduce allo slittamento (testimoniato esemplarmente da Erodoto e da Tuciddide) «della valenza originaria di *démos*, quella che indica l'intero corpo civico di una polis, alle valenze che designano il regime democratico e i partigiani della democrazia» (M. Moggi, *Demos in Erodoto e in Tuciddide*, in G. Urso (a cura di), *Popolo e potere nel mondo antico*, Pisa, ETS, 2005, p. 19). Ad Atene, ed anche a Roma, pur nella diversità delle rispettive morfologie sociopolitiche, il 'popolo' vale come espressione di una totalità, ma viene anche usato per indicare una parte del tutto e innescare, di nuovo, la dialettica dei pochi e dei molti, della qualità e della quantità, prestandosi ad assumere le connotazioni peggiorative associate a *multitudo*, *vulgus*, *turba*.

rata ricognizione dei significati di 'popolo' nell'intera parabola della cultura occidentale. Ovviamente, non può essere questa la sede per cimentarsi in un'impresa siffatta⁶. Servirebbero una ricerca di lungo o lunghissimo periodo e un'indagine lessicologica esercitata su un gigantesco *corpus* testuale. Il mio intervento sarà invece inadempiente su entrambi i fronti: limiterò l'indagine a un periodo compreso fra il Basso Medioevo e le rivoluzioni di fine Settecento e, lungi dal proporre una ravvicinata analisi semantica del termine 'popolo', tenterò di disegnare soltanto una mappa tematica orientativa, facendo leva su alcuni passaggi storico-concettuali assunti (con un inevitabile tasso di arbitrarietà) come 'esemplari'.

2. *Il 'popolo-tutto' e il 'popolo-parte' nella cultura politico-giuridica medievale*

Il popolo come totalità; il popolo come parte: ricorrono entrambi i significati nella società basso-medievale? È possibile rispondere affermativamente, ma conviene al contempo tracciare un disegno più vario e complesso.

Prendiamo in considerazione qualcuno dei contesti discorsivi nei quali compare l'espressione 'populus'. Uno di essi ruota intorno alla cosiddetta *lex regia de imperio*: la *lex de imperio Vespasiani*, del 69 d.C.,

⁶ Importanti esplorazioni sulla storia del 'popolo' sono offerte ad es. da G. Fritz, *L'idée de peuple en France du XVII^e au XIX^e siècle*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1988; M. Ricciardi, *Linee storiche sul concetto di popolo*, in «Annali dell'istituto storico italo-germanico in Trento», 16, 1990, pp. 303-369; L. Pala, *L'idea di popolo in Francia nel XVII secolo*, Milano, Cisalpino, 1991; P. Rosanvallon, *Le Sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992; Volk, Nation, Nationalismus, Masse, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. VII, Stuttgart, Klett-Cotta, 1992, pp. 141 ss.; M. Caravale, C. Cesa, *Popolo*, in «Enciclopedia delle scienze sociali», Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, 1996; P. Rosanvallon, *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, 1998; A. Savelli, *Sul concetto di popolo: percorsi semantici e note storiografiche*, in «Laboratoire italien. Politique et société», 1, 2001 (*Le peuple. Formation d'un sujet politique*), pp. 9-24; G. Ruocco, L. Scuccimarra (a cura di), *Il governo del popolo, 1. Dall'antico regime alla Rivoluzione*, Roma, Viella, 2011; G. Ruocco, L. Scuccimarra (a cura di), *Il governo del popolo, 2. Dalla Restaurazione alla guerra franco-prussiana*, Roma, Viella, 2012; «Meridiana. Rivista di storia e scienze sociali», 77, 2013 (*In nome del popolo sovrano*); G. Bonaiuti, G. Ruocco, L. Scuccimarra (a cura di), *Il governo del popolo, 3. Dalla Comune di Parigi alla Prima guerra mondiale*, Roma, Viella, 2014; G. Bras, *Les voies du peuple. Éléments d'une histoire conceptuelle*, Paris, Éditions Amsterdam, 2018. Guarda al rapporto fra 'popolo' e 'sovrano', attraverso una prospettiva originale centrata sull'analisi delle leggi di successioni, M. Verga, *Alla morte del re. Sovranità e leggi di successione nell'Europa dei secoli XVII-XVIII*, Roma, Salerno Editrice, 2020.

riscoverta e diffusa nel 1347⁷. Nella sua formulazione originaria, la legge serviva a legittimare l'attribuzione di tutti i poteri all'imperatore Vespasiano in nome del consenso espresso dal popolo romano. Nel Digesto non mancano copiosi riferimenti alla *lex regia* e i giuristi medievali⁸ assumono come dato incontrovertibile che in origine era il popolo (il popolo romano) il detentore del potere sovrano, discutendo piuttosto se la trasmissione del potere dal popolo all'imperatore fosse stata una definitiva *translatio* o una semplice *concessio*.

Il popolo è dunque (almeno in origine) sovrano. Sembra aperta la strada a una narrazione, un tempo ampiamente coltivata, secondo la quale, intorno al 'popolo' e alla sua 'sovranità', si dipana un filo continuo che collega la *lex regia* con Marsilio da Padova, con i monarcomachi, con Rousseau, fino alle moderne democrazie. In realtà, i giuristi medievali, commentando la *lex regia*, alludevano, sì, al potere originario del popolo, ma del lessema 'populus' facevano un uso, per così dire, semanticamente vuoto: lo usavano come uno dei molti appigli testuali congruenti con l'immagine dell'imperatore come *dominus mundi*; e a sua volta la rappresentazione (politicamente irrealistica) dell'*imperator* come sovrano onnipotente serviva loro come fondamento autoritativo di quel *Corpus Iuris* che essi intendevano presentare come un tessuto normativo di incontestabile validità. Nel dibattito intorno alla *lex regia*, dunque, 'populus' svolge, sì, un ruolo strategico, ma resta privo di qualsiasi rilevante caratterizzazione contenutistica. E conviene semmai notare (parenteticamente) che l'impiego di 'populus', nel contesto 'populus-lex regia', sembra sfuggire alla ricorrente bipartizione ('popolo-totalità' / 'popolo-partè')⁹.

Il 'populus romanus', il popolo della *lex regia*, aveva esaurito la sua funzione nel contribuire alla rappresentazione del vertice imperiale e alla validazione del *Corpus iuris* come testo prescrittivo. Per i giu-

⁷ Cfr. L. Capogrossi Colognesi, E. Tassi Scandone (a cura di), *La Lex de imperio Vespasiani e l'impero dei Flavi*, Roma, "L'Erma" di Bretschneider, 2009.

⁸ Cfr. B. Pio, *Considerazioni sulla "lex regia de imperio" (secoli XI-XIII)*, in Id. (a cura di), *Scritti di storia medievale offerti a Maria Consiglia De Matteis*, Spoleto, CISAM, 2011, pp. 573-599; D. Lee, *The Lex Regia: The Theory of Popular Sovereignty*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

⁹ Il dibattito sulla *lex regia* però, se pure difficilmente utilizzabile come punto di partenza delle teorie 'democratiche', evoca un problema delicato e complesso sul quale non posso soffermarmi: il problema del consenso come fondamento di legittimazione del potere. Mi limito a rinviare a una sezione (curata da Roberto Lambertini) di un recente numero della rivista «Storia del pensiero politico» (IX, 2, 2020) e al saggio di R. Lambertini, *Non solum ex consensu populi. Sondaggi sul rapporto tra consenso e altre forme di legittimazione del potere nel pensiero politico medievale (secc. XI-XIV)*, ivi, pp. 251-68.

risti, si annunciava un altro, e pressante, compito: gettare un ponte fra il testo prescrittivo e la prassi sociale e politica e usare le fonti romane (le loro risorse lessicali e argomentative) per comprendere (organizzare, legittimare) le realtà sociopolitiche del loro tempo. Una delle pedine lessicali offerte dal *Corpus Iuris* è 'populus': che può servire a mettere a fuoco la morfologia dell'Italia comunale, a patto di sottoporlo a una brusca attualizzazione che prenda atto della distanza che separa il 'populus romanus' dai 'populi' del presente. È emblematico di questo clima un passo di Cino da Pistoia, che dopo aver dottamente presentato le diverse interpretazioni elaborate dalla dottrina sul rapporto fra il «populus romanus» e le magistrature imperiali, se ne esce con un'affermazione bruscamente 'realistica': «de his opinionibus tene, quae magis tipi placet quia ego non curo. Nam si populus Romanus faceret legem vel consuetudinem de facto scio quod non servaretur extra urbem»¹⁰.

Inizia un percorso che conduce a una sofisticata rappresentazione dei molteplici centri di potere e culmina in una penetrante analisi degli assetti politici delle città comunali. 'Populus', 'civitas', 'respublica', 'universitas' sono espressioni che interagiscono nel sottolineare il carattere unitario e strutturato di una comunità politica. In una siffatta costellazione semantica, per il giurista è forse 'universitas' il termine più pregnante, perché capace di cogliere e sottolineare il convergere delle parti nell'unità dell'insieme.

Associato a 'universitas' (a 'civitas', a 'respublica'), 'populus' si presta dunque a esprimere il senso di una comunità che ha una sua precisa e unitaria dimensione politico-giuridica in quanto titolare di 'iurisdictio', di un potere di governo e di autogoverno. Al contempo, 'populus' si avvale dell'associazione con un'altra espressione di importanza strategica nella cultura medievale: 'corpus'. Se 'universitas' sottolinea la dimensione giuridicamente unitaria del 'populus-civitas', 'corpus' ne esalta la vocazione alla coesione, all'intrinseca solidarietà delle parti componenti. A fare di 'populus' (e di 'populus-civitas') un'espressione capace di veicolare il senso di un'unità, insieme, politico-giuridica ed etico-religiosa cooperano tanto suggestioni ecclesiologiche quanto antiche *auctoritates*: si pensi a Cicerone (a quanto dei suoi scritti perviene ai suoi lettori medievali¹¹) e a Isidoro di

¹⁰ Cino da Pistoia, *In codicem Commentaria, ad l. Si imperialis, C. De legibus*, Francofurti ad Moenum, impensis Sigismundi Feyrabendt (apud Ioannem Feyrabendt), 1578.

¹¹ Cfr. C. J. Nederman, *Nature, Sin and the Origins of Society: The Ciceronian Tradition in Medieval Political Thought*, in «Journal of the History of Ideas», 49, 1988, pp. 3-26.

Siviglia, che nella sua definizione di 'populus' insisteva, da un lato, sulla dimensione 'ordinamentale' e, dall'altro lato, sull'afflato unitivo della coesione comunitaria¹². È in questa prospettiva (e sulla scia di Livio, di Guglielmo di Conches e della Scuola di Chartres, così come della *Institutio Traiani* attribuita a Plutarco) che il *Policraticus* di John of Salisbury sviluppa quella metafora organicistica (una delle più fortunate e persistenti metafore: quasi diremmo, con Blumenberg, una 'metafora assoluta') che fa leva sull'associazione fra 'respublica' e 'corpus' («est autem respublica *corpus* quoddam [...]») e insiste sulla disposizione gerarchica e sull'azione collaborativa degli organi che rendono possibile l'esistenza del corpo fisico come del corpo politico¹³. Non sorprende quindi che un giurista come Baldo presenti 'populus' come un 'corpus mysticum', per sottolineare che esso non è riducibile a una somma di entità irrelate, ma indica una realtà unitaria: una «*hominum collectio in unum corpus mysticum et abstractivum sumptum, cuius significatio est inventa per intellectum*»¹⁴.

Il termine 'populus(-civitas)' era dunque una risorsa lessicale ampiamente utilizzata dal discorso giuridico due-trecentesco per sottolineare il carattere ordinamentale, l'unitarietà e la dimensione coesiva e collaborativa di entità politiche quali le città dell'Italia comunale. Se però guardiamo ad altri contesti discorsivi (in particolare alla cronachistica del medesimo periodo) emerge un quadro diverso: il 'popolo' come totalità è relegato ai margini della scena, mentre al centro si colloca il 'popolo' come parte. 'Popolo' è, in questo contesto, un termine impiegato per dar conto della composizione socio-giuridica e politica della città comunale, un termine che fa leva sulle differenze che, entro la medesima entità politica, separano i 'pochi'

¹² «Populus est humanae multitudinis, iuris consensu et concordia communione sociatus» (Isidoro, *Etymologiarum libri XV*, 2.1, a cura di W. Lindsay, Clarendon, Oxford, 1911).

¹³ «Est autem respublica, sicut Plutarco placet, corpus quoddam quod divini muneris beneficio animatur et summae aequitatis agitur nutu et regitur quodam moderamine rationis [...]. Princeps vero capit in re publica optinet locum unum subiectus Deo et his qui vices illius agunt in terris, quondam et in corpore humano ab anima vegetatur caput et regitur. Cordis locum senatus optinet [...]. Oculorum aurium et linguae officia sibi vendicant iudices et praesides provinciarum [...]» (Giovanni da Salisbury, *Policraticus*, a cura di C.C.I. Webb, Frankfurt a.M., rist. Minerva, 1965, L. V, c. 2, pp. 539d-540b).

¹⁴ Baldo degli Ubaldi, *In VII, VIII, IX, X & XI Codicis libros Commentaria*, Venetiis, s.e., 1578. Cfr. J. Canning, *The Political Thought of Baldus de Ubaldis*, Cambridge-London, Cambridge University Press, 1987, pp. 185 ss.

dai 'molti', i nobili, i 'milites', dalla massa di coloro che, in quanto non nobili, possono essere identificati come 'popolo'¹⁵.

'Populus' serve ora non a rappresentare l'unitarietà di un ente politico (in modo da collocarlo, e legittimarlo, entro la complessa rete dei poteri medievali), ma a sottolineare il suo carattere composito. Il popolo-parte è lo specchio dei conflitti sociopolitici dell'Italia comunale e uno strumento per individuare gli amici e i nemici, gli alleati e i rivali e formulare criteri di inclusione e di esclusione. Di per sé, il termine 'popolo' sembra imporre una mera bipartizione (da una parte i nobili e dall'altra i plebei). In realtà, emerge nella cronachistica fra Due e Trecento la consapevolezza di distinzioni (ed esclusioni) ulteriori, che la valenza (a suo modo unitaria) del popolo-parte non riesce a oscurare. Giovanni Villani, ad esempio, parla degli «“artefici manuali e idioti” che ancora ai suoi tempi fanno parte del sistema politico delle Arti ma di cui sottolinea in modo sprezzante la congenita inabilità ad amministrare»¹⁶. «L'elaborazione dell'ideologia del popolo, del segmento di 'popolo' costituito dal mondo ben delimitato delle Arti maggiori, avveniva adottando logiche di esclusione che riguardavano tanto i tradizionali nemici politici (i cosiddetti magnati) quanto le componenti più marginali del mondo dei lavori [...]»¹⁷.

Non basta contrapporre i 'molti' ai 'pochi'. All'interno dei 'molti' serve sottolineare una differenza qualitativa, esprimibile facendo ricorso a *topoi* già ampiamente diffusi nel mondo antico. La moltitudine (il popolo come l'insieme dei 'molti') non è sempre eguale a se stessa. È esemplare in questo senso una distinzione (destinata a essere riproposta con mille varianti nei secoli successivi) formulata da Pierre d'Auvergne nel suo commento alla (da poco riscoperta) *Politica* di Aristotele: la distinzione fra una 'multitudo' 'razionale', «in qua quisque habet aliquid virtutis et prudentiae», e una 'bestialis', «cuius homines inclinantur ad actus bestiales et parum rationes habent»¹⁸.

¹⁵ Rinvio all'acuta e convincente analisi sviluppata da E. I. Mineo, *Popolo e bene comune in Italia fra XIII e XIV secolo*, Roma, Viella, 2018.

¹⁶ Ivi, p. 50.

¹⁷ Ivi, p. 58. Cfr. anche I. Mineo, *Le parti e il tutto. La memoria dei Ciompi e la semantica del popolo*, in G. Cappelli (a cura di), *Al di là del repubblicanesimo. Modernità politica e origini dello Stato*, Napoli, UniorPress, 2020, pp. 107-130.

¹⁸ Pierre d'Auvergne, *In libros Politicorum Aristotelis Expositio*, in Tommaso d'Aquino, *In libros Politicorum Aristotelis Expositio*, a cura di R. Spiazzi, Torino-Roma, Marietti, 1951, L. III, l. viii, 426, p. 149. Mi permetto di rinviare a P. Costa, *Civitas, respublica, corpus. Immagini dell'ordine e dell'appartenenza fra 'antico' e 'moderno'*, in G. Carillo (a cura

Il 'popolo-parte' e il 'popolo-totalità' hanno dunque valenze diverse, perseguono obiettivi autonomi, appartengono a contesti discorsivi distinti. Ciò non impedisce però che le due traiettorie trovino punti di contatto, come avviene quando il 'popolo', pur inteso come 'parte', come componente di un'entità politica, si trovi nelle condizioni di reggere la *civitas* e di agire come una parte 'rappresentativa' della totalità, secondo la logica, tipicamente medievale, della 'representatio identitatis', che vede nella 'parte eccellente' lo specchio del tutto che in essa si riflette¹⁹.

I giuristi infatti, proprio nel momento in cui giunge al culmine il processo di comprensione e di legittimazione dell'entità politica come tale (del 'populus-civitas' come totalità ordinamentale), mettono a fuoco anche il ruolo egemonico che il popolo (il 'popolo-parte') prende a esercitare in vari Comuni: Bartolo, che dedica un intero, e famoso, trattato al *regimen civitatis*, parla, in questo senso, di «regimen ad populum»²⁰ (dove 'populus', ancora una volta, implica un criterio di esclusione verso il basso: 'populus' o 'multitudo' «exceptis vilissimis»²¹). Perché ciò avvenga occorre però che la 'parte' si ricongiunga con la 'totalità' e assuma il respiro dell'«universitas»²².

È a questa altezza che il tema del 'bonum commune' acquisisce un ruolo strategico. Assumendo il punto di vista della 'totalità', la 'parte' dovrà accreditarsi come una forza conciliatrice e ordinante, capace di porre fine ai conflitti e di garantire la 'pace', assunta come il valore portante della comunità cittadina²³. Non è sorprendente

di), *Unità e disunione della polis*, Napoli, Elio Sellino Editore, 2007, pp. 559-645. Cfr., di recente, M. Toste, *The Parts and the Whole, the Few Wise Men and the Multitude. Consent and collective decision making in two medieval commentaries on Aristotle's Politics*, in «Rivista di storia del pensiero politico», IX, 2, 2020, pp. 209-231 e L. Lanza, *Comprendere il consenso esaminando il dissenso. Aristotele e i commenti alla Politica di Pietro d'Alvernia*, in «Rivista di storia del pensiero politico», IX, 2, 2020, pp. 233-50.

¹⁹ H. Hofmann, *Rappresentanza-Rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2007.

²⁰ Bartolo da Sassoferrato, *De regimine civitatis*, in D. Quagliani, *Politica e diritto nel Trecento italiano*, Olschki, Firenze 1983. Cfr. D. Quagliani, 'Regimen ad populum' e 'regimen regis' in Egidio Romano e Bartolo da Sassoferrato, in «Bullettino dell'Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, LXXXVII, 1978, pp. 201-28. Sui giuristi e il Comune di popolo, cfr. S. Menzinger, *Giuristi e politica nei Comuni di popolo. Siena, Perugia e Bologna, tre governi a confronto*, Roma, Viella, 2006.

²¹ Bartolo da Sassoferrato, *De regimine civitatis*, cit., p. 164. Cfr. E. I. Mineo, *Popolo e bene comune*, cit. pp. 104 ss.

²² Baldo degli Ubaldi, *In Feudorum usus commentaria. Quibus modis feudum amittitur. Quia supra dictum est*, Venetiis, Apud Iuntas, 1580, fo. 17.

²³ Cfr. M. Vallerani, *Movimenti di pace in un comune di Popolo: i Flagellanti a Peru-*

quindi che un predicatore come Remigio de' Girolami, espressione del 'popolo' nella Firenze del primo Trecento, metta a frutto pagine agostiniane e tomistiche dedicate all'unità e all'ordinata armonia del corpo politico per sottolineare la priorità della 'communitas' sugli individui, invocare l'amore oblativo dei cittadini per la 'civitas', mettere al riparo la totalità dai conflitti scatenati dagli egoismi delle parti²⁴.

Soltanto se collegata in qualche modo con il bene della 'totalità' la 'partialitas' può essere legittimata. Bartolo, quando si avventura sull'impervio terreno dell'analisi delle 'partialitates', delle 'affectiones' (delle 'fazioni'), assume il bene della collettività come il principale punto di riferimento per valutare la loro eventuale legittimità: la 'partialitas' è ammissibile nella misura in cui agisca «in civitate tendens principaliter ad bonum publicum», per restaurare un «iustum regimen» o per resistere ai nemici che illecitamente lo minacciano²⁵. Come illustrato dal celeberrimo affresco di Ambrogio Lorenzetti (il Buon Governo), il popolo-parte, nel momento in cui aspira a porsi come una forza determinante negli equilibri interni al Comune cittadino, tende a valorizzare la dimensione unitaria di una pacificata *respublica*²⁶.

Il termine 'popolo' assume dunque diversi significati nella cultura medievale. Se essi possono essere ricondotti, approssimativamente, alla dicotomia 'popolo-tutto' e 'popolo-parte', conviene anche tener presente, da un lato, che 'populus', per veicolare l'immagine di

gia nel 1260, in «Bollettino della deputazione umbra di storia patria», 101, 1, 2004, pp. 369-418; R.M. Dessì, *Pratiche delle parole di pace nella storia dell'Italia urbana, in Pace e guerra nel Basso Medioevo* (Atti del XL Convegno storico internazionale, Todi, 12-14 ottobre 2003), Spoleto, Fondazione Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 2004, pp. 271-312.

²⁴ Cfr. Remigio dei Girolami, *Dal bene comune al bene del comune: i trattati politici di Remigio dei Girolami († 1319) nella Firenze dei bianchi-neri*, a cura di E. Panella, Firenze, Nerbini, 2014.

²⁵ Bartolo da Sassoferrato, *Tractatus de Guelphis et Gebellinis*, in D. Quagliani, *Politica e diritto nel Trecento italiano*, cit., pp. 137-138.

²⁶ Cfr. E. Artifoni, *I governi di "popolo" e le istituzioni comunali nella seconda metà del secolo XIII*, in «RM Rivista», IV (2003) [<http://www.rmojs.unina.it/index.php/rm/article/view/283>]; A. Poloni, *Disciplinare la società. Un esperimento di potere nei maggiori Comuni di Popolo fra Due e Trecento*, in «Scienza & Politica», 37, 2007, pp. 33-62; P. Cammarosano, *Il ricambio e l'evoluzione dei ceti dirigenti nel corso del XIII secolo*, ora in Id., *Studi di storia medievale. Economia, territorio, società*, Trieste, CERM, 2009, pp. 218 ss. Mi permetto di rinviare a P. Costa, *Bonum commune e partialitates: il problema del conflitto nella cultura politico-giuridica medievale*, in *Il bene comune: forme di governo e gerarchie sociali nel basso medioevo*, Spoleto, Fondazione Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 2012, pp. 193-216.

un'entità politico-giuridica complessivamente considerata, opera per lo più non da solo, bensì come componente di un campo semantico piuttosto articolato, e, dall'altro lato, che il 'popolo-tutto' e il 'popolo-parte' spesso compaiono separatamente l'uno dall'altro, senza contatti reciproci, ma in altri casi entrano in sinergia disponendosi, per così dire, sulla medesima linea.

In ogni caso, 'populus' non rinvia mai a una generica molteplicità di soggetti. Che esso evochi una totalità, una parte oppure una modalità di connessione fra la parte e il tutto, 'populus' comunica il senso di una collettività intrinsecamente ordinata e quindi (in forza di una 'categoria previa' largamente condivisa dalla cultura medievale) differenziata e gerarchizzata. La 'multitudo' è 'rationalis' in quanto è ordinata e il popolo-parte può sfociare nel bartoliano 'regimen ad populum' nella misura in cui vengano mantenute le differenze e le gerarchie senza aprire varchi alla 'multitudo bestialis'. Ed è non al popolo-parte ma al popolo-tutto che guarda Marsilio²⁷, che legge creativamente Aristotele facendo dei 'molti' l'asse portante dell'ordine politico come tale²⁸. Valgono anche per Marsilio le immagini generalmente condivise: la differenziazione qualitativa del 'popolo' (del 'popolo-tutto', in questo caso), con la conseguente necessità di combinare la presenza dei 'molti' con l'iniziativa dei 'pochi', di armonizzare la 'maior pars' con la 'sanior pars', di curare insomma l'armonica cooperazione delle diverse componenti del corpo politico.

3. Il 'popolo' e la dottrina del 'governo misto'

Il 'popolo-tutto' e il 'popolo-parte' compaiono, nella letteratura medievale, come voci distinte, ma in alcuni contesti discorsivi (nel sapere giuridico e nella riflessione filosofico-politica del XIV secolo) le due figure interagiscono offrendo una visione complessa e sfaccettata dell'ordine sociopolitico.

Il portato di questa riflessione è la rappresentazione dell'ordine politico come di una totalità, al contempo, differenziata e unitaria. Pensare la totalità implica cogliere la sua strutturazione nelle parti che

²⁷ Cfr. ad es. G. Briguglia, *Marsilio da Padova*, Roma, Carocci, 2013; M. Merlo, *La pace in lotta. Ordine delle parti e fazionalismi nel "Defensor Pacis"*, in «Filosofia politica», 1, 2015, pp. 53-70.

²⁸ Cfr. M. Ossikovski, *Some Medieval Readings of Aristotle's Argument for the Collective Superiority of "the Many"*, in «Studia Neoaristotelica», 9, 2, 2012, pp. 133-52.

la compongono e pensare la parte esige di rapportarla alla totalità che la comprende. Un'immagine-guida della cultura medievale – l'idea dell'ordine come armonica gerarchia – trova una conferma e una concretizzazione sul terreno della riflessione politico-giuridica. La rappresentazione dell'entità politica è la rappresentazione di un ordine socialmente e politicamente stratificato e al contempo inclusivo.

È in questa cornice che vediamo ricorrere, nell'*interpretatio* del *Corpus Iuris* come nei commenti alla *Politica* aristotelica, gli elementi che contribuiscono alla gerarchizzazione delle parti e alla loro inclusione differenziata nell'ordine politico: la distinzione fra *sanior* e *maior pars* (si pensi, esemplarmente, a Marsilio), la *representatio identitatis*, l'organizzazione del potere (distribuito secondo una linea discendente che dai pochi 'eccellenti', collocati al vertice delle istituzioni, giunge fino ai cittadini più umili, cui spetta la mera *acclamatio* delle decisioni politiche).

Nei commenti alla *Politica* di Aristotele, la rappresentazione dei 'molti' era strettamente legata a un *topos* tanto antico quanto importante: le caratteristiche (e i rispettivi meriti e demeriti) del governo dell'uno, dei pochi o dei molti. Le opinioni, anche nell'aristotelismo medievale, non erano concordi: valgano, come esempi, la propensione di Pierre d'Auvergne al governo dell'uno di contro alle simpatie di Tolomeo da Lucca verso il bartoliano *regimen ad populum*²⁹. È tuttavia ricorrente la tendenza non tanto ad esacerbare la contrapposizione, quanto a sottolineare l'opportunità di una commistione e di un'armonizzazione fra i tre regimi: un'opportunità che peraltro lo stesso testo aristotelico sembra suggerire.

Ha quindi radici medievali quella celebre formula che, con il nome di 'governo misto', ha dominato l'intero scenario proto-moderno. È un luogo teorico-politico di grande complessità e di decisiva importanza per cogliere le modalità di rappresentazione e di legittimazione delle forme politiche in un arco temporale di notevole estensione³⁰.

²⁹ Cfr. S. Simonetta, *Rimescolare le carte. Il tema del governo misto in Tommaso d'Aquino e nella riflessione tardomedievale*, in D. De Felice (a cura di), *Governo misto. Ricostruzione di un'idea*, Liguori, Napoli 2007, pp. 161-93.

³⁰ Sulle dottrine del 'governo misto', cfr. W. Nippel, *Mischverfassungstheorie und Verfassungsrealität in Antike und früher Neuzeit*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1980; J.M. Blythe, *Ideal government and the mixed constitution in the Middle Ages*, Princeton, Princeton University Press, 1992; A. Fukuda, *Sovereignty and the Sword: Harrington, Hobbes, and Mixed Government in the English Civil Wars*, Oxford, Clarendon Press, 1997; G.G. Florida, *Fortuna e crisi del governo misto nella Costituzione inglese*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2000, pp. 305-22; D. Taranto, *La miktè politéia tra antico e moderno. Dal 'quantum genus' alla monarchia limitata*, Milano, FrancoAngeli,

Per i 'moderni', le considerazioni sul 'governo misto' sono fortemente impressionate dalla riscoperta di Polibio, che nel VI libro delle *Storie* si interroga sul segreto del successo e della durata della *respublica* romana e trova una risposta nel suo ordinamento: che non coincide con nessuno dei tre tipi 'puri' di costituzione e presenta una mescolanza, una *mikté*, di essi³¹. È questo il messaggio che il mondo antico racchiude nella bottiglia e, dopo il suo immane naufragio, consegna al Rinascimento. Polibio (e Livio e Cicerone) sono un rilevante punto di riferimento per la teoria moderna del governo misto, pur non essendo trascurabili gli 'effetti a distanza' della tradizione aristotelica.

Diverse fonti confluiscono dunque nel fare del 'governo misto' una formula che si pone al centro della riflessione politico-giuridico moderna: da Machiavelli e Guicciardini al 'mito di Venezia', dall'Inghilterra di Thomas Smith alla letteratura antiassolutistica francese e ad Althusius, l'idea del governo misto conosce diverse declinazioni e utilizzazioni, viene applicata alla Repubblica delle Province Unite di Fiandra, continua a godere di notevole prestigio negli anni della guerra civile inglese, fino a ad ottenere l'attenzione dei costituenti americani.

Devo dare per noti i passaggi di questo intricatissimo percorso e limitarmi a sommari richiami ai punti in cui la teoria del governo misto entra in contatto con la storia semantica di 'popolo'.

Continua in sostanza, nella cornice della dottrina del 'governo misto', il gioco già iniziato nella tradizione medievale (e segnata, nella tradizione aristotelica): da un lato, i 'pochi', dall'altro, i 'molti'; da un lato, la qualità, dall'altro lato, la quantità; e continua la possibilità di far leva non solo su una bipartizione, ma anche su una tripartizione, introducendo, all'interno dei 'non eccellenti', ulteriori differenze qualitative e criteri di esclusione ('populus/plebs', 'multitudo rationalis/ bestialis', ecc.).

2006; D. De Felice (a cura di), *Governo misto*, cit.; L. Cedroni, *Democrazia in nuce. Il governo misto da Platone a Bobbio*, Milano, Franco Angeli, 2011; C. Pinelli, *History and Theory of Mixed Government*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, <http://oxcon.oup.com/home/mpeccol>.

³¹ Cfr. J. Thornton, *La costituzione mista in Polibio*, in D. De Felice (a cura di), *Governo misto*, cit., pp. 67-118. Anche Cicerone condivide questa opinione, aggiungendo nel *De Republica*, alla tripartizione dei regimi, un «quartum genus»: «quartum quoddam genus rei publicae [...] moderatum et permixtum» (Cic. Rep. 1.45; M. Tullius Cicero, *Librorum de Re Publica Sex*, ed. C. F. W. Mueller, Leipzig, Teubner, 1889). Cfr. U. Roberto, *Aspetti della riflessione sul governo misto nel pensiero politico romano da Cicerone all'età di Giustiniano*, in D. De Felice (a cura di), *Governo misto*, cit., pp. 119-159.

Valga l'esempio del *De republica Anglorum* di Thomas Smith, pubblicato postumo nel 1583³², anch'esso sorretto dalla convinzione che una buona *respublica* sia un organismo caratterizzato dalla mescolanza delle diverse «complexions» o «temperatures». Smith intende per popolo «the whole body and the three estates of the common wealth» ed è al popolo che il re deve guardare per governare rispettando l'armonia dell'insieme³³. Il 'commonwealth' è definito da due grandi classi di esclusi (i servi e le donne) e da numerose categorie di inclusi, che si dispongono in un assetto rigorosamente differenziato e gerarchico. La nobiltà, di più alto o più basso lignaggio, i «citizens», non-nobili, ma «of some substance to beare the charges», e gli «yeoman» (lo 'yeoman' «is a freeman borne English, who may dispend of his owne free lande in yerely revenue to the summe of xl. s. sterling by the yeare»³⁴).

Ciascuna delle classi che compongono il 'commonwealth' è in qualche modo coinvolta nel governo della comunità. Esiste però anche una quarta classe di soggetti rigorosamente esclusi dal governo: «those which the olde Romans called *capite censij proletary* or *oper*, day labourers, poore husbandmen, yea marchantes or retailers which have no free lande, copiholders, all artificers, as Taylers, Shoomakers, Carpenters, Brickemakers, Bricklayers, Masons, &c.». Tutti loro non possono partecipare al governo e vengono soltanto governati: «these have no voice nor authoritie in our common wealth, and no account is made of them but one lie to be ruled, not to rule other»³⁵.

La rappresentazione di un ordine strutturato lungo un asse verticale che dagli individui tenuti alla semplice obbedienza perviene fino ai vertici del sistema potestativo è largamente condivisa nell'Europa cinque-seicentesca. Variano però le opinioni sull'importanza e sul ruolo dell'una o dell'altra parte nell'economia dell'insieme. Per esemplificare: se Machiavelli è disposto a una notevole apertura di credito nei confronti dei 'molti', Guicciardini, che pure parla di un 'governo di popolo' e auspica una commistione dei tre elementi (l'uno, i pochi e i molti), guarda a Venezia e sottolinea la necessità che, a Firenze come a Venezia, la «plebe», gli «infiniti artefici, abitatori nuovi ed altri simili» non abbiano parte alcuna nel governo

³² T. Smyth, *De Republica Anglorum*, London, Henrie Midleton, 1583.

³³ Ivi, chap. 7.

³⁴ Ivi, chap. 23.

³⁵ Ivi, chap. 24.

della città³⁶. E, a proposito di Venezia, Gasparo Contarini, che con il suo *De magistratibus et republica venetorum*, aveva contribuito alla formazione del 'mito di Venezia', non esita a reclamare la connessione fra lo «status optimarum» e lo «status popularis», ma precisa che nel Maggior Consiglio (l'organo rappresentativo dei 'molti') sono ammessi soltanto coloro che non svolgono un lavoro 'servile'. In questo caso, una definizione 'restrittiva' del 'popolo' permetteva di rendere compatibile il governo misto con un regime schiettamente 'aristocratico'³⁷.

Nella dottrina del 'governo misto' non mancano riferimenti al popolo come totalità, ma l'attenzione prevalente è rivolta non all'ordine politico come tale, ma alle parti che lo compongono e quindi al 'popolo' come 'parte', per capire in che modo bilanciare e contenere i diversi 'umori' dell'organismo sociopolitico. All'inverso, quando il dibattito verte sul ruolo del monarca e sull'estensione dei suoi poteri, il 'popolo' entra in gioco come strumento di fondazione, e insieme di contenimento, della sovranità e in questo contesto il termine denota non più una parte, ma una collettività nel suo insieme.

Come si legge nelle *Vindiciae contra tyrannos* – un influente pamphlet antiassolutistico del 1579 – sovrano e popolo solo legati da un duplice patto (fra Dio, sovrano e popolo, da un lato, e, dall'altro lato, fra sovrano e popolo), che se violato dal sovrano, fonda il diritto di resistenza del popolo. Il popolo non è però una somma di soggetti: «quando parliamo del popolo nel suo complesso, intendiamo con

³⁶ F. Guicciardini, *Dialogo del Reggimento di Firenze*, in *Opere*, a cura di E. Lugnani Scarano, Torino, UTET, 1970, vol. I, p. 106. Cfr. G. Silvano, *Vivere civile e governo misto a Firenze nel primo Cinquecento*, Bologna, Pàtron, 1985; G. Cadoni, *Crisi della mediazione politica e conflitti sociali: Niccolò Machiavelli, Francesco Guicciardini e Donato Giannotti di fronte al tramonto della Florentina libertas*, Roma, Jouvence, 1994; C. Pinelli, *Machiavelli, Guicciardini and the 'Governo Largo'*, in «Ratio Juris», 28, 2, 2015, pp. 267-285.

³⁷ G. Contarini, *De Magistratibus et Republica Venetorum Libri quinque*, Parisiis, Ex officina Vascosani, 1543: «Civitas namque civium societas est: nec tamen omnes ij homines, quibus indiget civitas, ac qui intra moenia urbis habitant, sunt habendi pro civibus, neque in civium numero sunt collocandi. Opificibus enim cuius civitatis est opus, necnon plurimis mercenarijs qui operam locant, ac privatis demum servis. At nullus horum civis vere dici potest. Nam civis liber est homo: hi vero omnes servitutem serviunt, vel privatam, vel publicam. Mercenarij namque ac opifices omnes veluti servi publici haberi debent» (Lib. I, pp. 13-14). Contarini sta applicando la definizione aristotelica di cittadino. Cfr. M. Gaille-Nikodimov, *L'ideale del governo misto tra Venezia e Firenze. Un aristotelismo politico a doppia faccia*, in «Filosofia politica», XIX, 1, 2005, pp. 63-76.

questa parola coloro che hanno l'autorità dal popolo [...] e che rappresentano tutto il corpo del popolo»³⁸.

Il 'popolo', nella letteratura 'monarcomaca', è impiegato come una 'totalità'. È un 'popolo' che, nella tradizione calvinista, trae alimento dal biblico 'popolo eletto' e, nel vivo delle guerre di religione, sancisce la legittimità del sovrano o ne decreta l'illegittimità. È un 'popolo' che trova un nuovo e rilevante ruolo nelle esperienze 'repubblicane' dell'epoca: si pensi alla Repubblica delle Province Unite di Fiandra³⁹, che nasce a conclusione della resistenza vittoriosa (dopo ottanta anni di conflitto) contro la presenza spagnola (e proprio in Olanda vede la luce l'iniziativa editoriale degli Elzevier, che inaugura una fortunata, diffusissima serie di pubblicazioni dedicate a illustrare i diversi governi repubblicani operanti in Europa⁴⁰); oppure alla Svizzera, che Josias Simler descrive nel suo *De republica Helvetiorum*, del 1576, sostenendo che il suo tratto dominante era la 'potestas populi'⁴¹; per non parlare di un altro modello, collocato in un altro tempo e in un altro luogo, ma autorevole e ricco di suggestioni: la *Respublica Hebraeorum*, l'ordine politico del popolo ebreo, descritto dall'Antico Testamento⁴².

Nei contesti sopra richiamati, dunque, è il 'popolo-tutto' a entrare in gioco. La totalità richiamata dal termine 'popolo', però, non coincide con l'ordine complessivo. Il popolo dei monarcomachi non è, per intenderci, il 'populus-civitas' di Bartolo o il 'popolo' di Marsilio: è, sì, l'immagine di una collettività (di una 'totalità'), ma questa immagine funziona come figura di legittimazione di un soggetto a essa 'esterno', il monarca. Non sarebbe improprio, da questo punto di vista, un richiamo alla *lex regia*⁴³ commentata dai

³⁸ Stephanus Junius Brutus, *Vindiciae contra Tyrannos*, Torino, La Rosa, 1994, II Questione, p. 48.

³⁹ Cfr. J. Israel, *The Dutch Republic: Its Rise, Greatness and Fall, 1477-1806*, Oxford, Clarendon Press, 1998; M. Van Gelderen, *The Political Thought of the Dutch Revolt: 1555-1590*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; M. Van Gelderen, Q. Skinner (eds.), *Republicanism. A Shared European Heritage, vol. I, Republicanism and Constitutionalism in Early Modern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

⁴⁰ Cfr. V. Conti, *Consociatio civitatum. Le repubbliche dei testi elzeviriani 1625-1649*, Firenze, Centro Editoriale Toscano, 1997.

⁴¹ J. Simler, *De republica Helvetiorum*, Parisiis, Ex officina Jacobi du Puys, 1577, Liber Secundus, fo. 116.

⁴² Cfr. L. Campos Boralevi, D. Quaglioni (a cura di), *Politeia biblica*, Firenze, Olshki, 2003; L. Campos Boralevi, *Ascesa e declino di un modello federale: la Respublica Hebraeorum nell'Europa moderna*, Firenze, Firenze University Press, 2011.

⁴³ Cfr. F. Lomonaco, *Lex regia. Diritto, filologia e 'fides historica' nella cultura politico-filosofica dell'Olanda di fine Seicento*, Guida, Napoli 1990.

giuristi medievali, salvo precisare che il 'popolo' dei monarcomachi non è un simbolo 'vuoto', ma coincide con la gerarchica e strutturata società del loro tempo.

Il popolo come ordine complessivo, il popolo come figura di legittimazione della sovranità, il popolo come comunità ordinata e gerarchica, il popolo come 'parte' entro un regime 'permixtum', il popolo come una moltitudine tendenzialmente 'irrazionale' e incapace di partecipare al governo della 'respublica': queste immagini di 'popolo' circolano nella cultura politico-giuridica cinque-seicentesca e ricorrono puntualmente nella poderosa *Politica* althusiana.

L'ordine politico è per Althusius l'interconnessione di comunità di raggio diverso (dalla famiglia alla città, alla provincia, fino alla 'consociatio universalis', che tutte le comprende), realizzata attraverso un processo ascendente che dalle cellule minori culmina nella comunità più ampia. Alcuni principî fondamentali presiedono all'intero processo, quali la 'communicatio', l'azione del 'mettere in comune', e la 'symbiosis', la condivisione di risorse ed esperienze che sopperisca alle deficienze naturali del singolo. La 'consociatio universalis' è dunque una sorta di ordinamento di ordinamenti: essa è denominabile come «*politia*, impero, regno, Stato, popolo riunito in un solo corpo e sotto uno stesso diritto con il consenso di più consociazioni simbiotiche e di corpi speciali, ovvero di più corpi consociati»⁴⁴. Il popolo è uno dei tanti nomi impiegabili per indicare la totalità dell'ordine politico; ed è al 'popolo-consociatio' che spetta il potere supremo, mentre il re è titolare soltanto della sua 'administratio'⁴⁵.

Il 'popolo' è dunque un'espressione che indica la totalità dell'ordine e, operando in stretta connessione con i termini (inconfondibilmente althusiani) di *symbiosis* e di *consociatio*, sottolinea il carattere comunitario e consociativo dell'ordine stesso. Al contempo, però, il 'popolo' serve a indicare la complessiva struttura gerarchica e cetuale dell'ordine: «Oggi [...] il popolo della città, della provincia,

⁴⁴ J. Althusius, *La Politica*, a cura di C. Malandrino, tr. di C. Malandrino, F. Ingravalle, M. Povero, Torino, Claudiana, 2009, IX, 3 («[...] *politia*, imperium. Regnum, respublica, populus in corpus unum, consensu plurium consociationum symbioticarum, et corporum specialium, seu corporum plurium consociatorum conjunctus, et sub uno jure collectus»). Cfr. C. Malandrino, F. Ingravalle (a cura di), *Il lessico della Politica di Johannes Althusius. Arte della simbiosi santa, giusta, vantaggiosa e felice*, Firenze, Olschki, 2005.

⁴⁵ J. Althusius, *La Politica*, cit., IX, 4. «Hoc jus regni, seu majestatis jus, non singulis, sed conjunctim universi membris, et toti corpori consociato regi competit [...]»: Ivi, IX, 18.

del regno o della *politia* è solitamente distribuito in tre ordini, stati o collegi generali maggiori in ragione della professione e vocazione, ovvero del genere di vita e delle sue specificità. Il primo collegio è quello degli ecclesiastici, il secondo della nobiltà, il terzo del popolo, ovvero della plebe, formato da uomini di cultura, agricoltori, mercanti e artigiani»⁴⁶.

‘Populus’ (o ‘plebs’, usata in questo caso come sinonimo) indica ancora, se si vuole, una totalità, ma di essa non tanto sottolinea l’unità ordinamentale, quanto evidenzia la struttura, la stratificazione, la composizione delle parti. ‘Populus’ può però anche indicare una parte: una moltitudine tendenzialmente ‘irrazionale’, i cui difetti devono essere noti al reggitore chiamato a frenarla e a dirigerla. La moltitudine, il «vulgus», come si evince dal sommario del paragrafo 21, è «incostante, precipitoso, sprovvisto di giudizio, credulone, invidioso, riottoso, turbolento, sedizioso, volubile, instabile, ingrato [...]»⁴⁷.

I significati di ‘popolo’ si moltiplicano, ma la confusione è solo apparente, dal momento che tutti collaborano alla rappresentazione di un ordine unitario e armonico nella misura in cui le differenze, pur restando nette, si compongono nella gerarchia dell’alto e del basso, del comando e dell’obbedienza: «comandare, dirigere, essere subordinato, diretto e governato sono infatti azioni naturali [...], sicché un diverso stato di cose sarebbe ritenuto una mostruosità, proprio come vedere un corpo senza testa e una testa senza membra correttamente e convenientemente ordinate [...]»⁴⁸.

Il popolo deve essere governato, i ‘molti’ devono essere guidati dai ‘pochi’, entro un ordine che, da un lato, presuppone ed esalta le differenze potestative, e, dall’altro lato, richiede il loro temperamento nell’armonia del corpo politico: è questo l’orizzonte di senso di quella dottrina del ‘governo misto’ nella quale anche Althusius si riconosceva.

Mescolare i diversi ‘umori’ vitali per promuovere la salute dell’organismo: questo precetto era già stato raccomandato anche da Machiavelli in tutto l’arco della sua riflessione. Egli era anzi stato fra i primi a utilizzare il VI libro delle *Storie* di Polibio, da poco riscoperto, per interrogarsi sulle forze che determinano il successo o il crollo degli ordinamenti politici. Machiavelli legge Polibio, commenta Livio (nei suoi *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*), ma, lungi dal farne

⁴⁶ Ivi, IV, 30. Cfr. anche VIII, 40 ss.

⁴⁷ Ivi, XXIII, 21.

⁴⁸ Ivi, I, 34.

un uso 'antiquario', guarda gli antichi testi attraverso la lente sua propria: che mette a fuoco la dinamica dei fenomeni storico-politici, più che l'assetto degli ordinamenti. Nelle sue mani allora la storia della 'respublica' romana e il governo misto divengono strumenti per richiamare l'attenzione su un tema che anche i cronisti e i giuristi medievali avevano presente: il tema del conflitto. Se però i giuristi medievali stentavano a fare del conflitto un elemento in qualche misura 'fisiologico' della convivenza, Machiavelli vede nella storia di Roma una conferma della bontà di un 'governo misto' che si realizza 'mettendo in forma' il conflitto. È stato il conflitto fra il popolo e il patriziato a Roma – un conflitto capace di trovare una traduzione e una composizione giuridica, istituzionale – a rendere grande la 'respublica'. Il conflitto, lungi dall'essere, per una comunità politica, «*tanquam vermis in caseo*», secondo la fortunata espressione di Giovanni Nevizzano⁴⁹, può incrementarne la stabilità e divenirne una forza propulsiva. Di contro alla dottrina prevalente, che faceva del conflitto una 'patologia' del corpo sociale, Machiavelli sostiene una tesi audace, destinata a rimanere a lungo isolata: il conflitto (il conflitto 'dualistico' fra il popolo e i nobili) è un fenomeno che, se pure deve essere controllato, non solo è un agente imprescindibile della dinamica storica, ma è anche un elemento almeno potenzialmente benefico⁵⁰.

Il conflitto giova alla 'respublica' perché permette la 'miscelazione degli umori'⁵¹ reclamata dalla dottrina del governo misto ed è co-

⁴⁹ Cfr. G. Rossi, «...*partialitas in civitate est tanquam vermis in caseo...*»: il giudizio (negativo) sulle fazioni politiche in Giovanni Nevizzano, in M. Gentile (a cura di), *Guelfi e Ghibellini nell'Italia del Rinascimento*, Roma, Viella, 2005, pp. 79-108.

⁵⁰ N. Machiavelli, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, I, 4 (in Id., *Tutte le opere*, a cura di M. Martelli, Firenze, Sansoni, 1971): «Io dico che coloro che danno i tumulti intra i Nobili e la Plebe, mi pare che biasimino quelle cose che furono prima causa del tenere libera Roma; e che considerino più a' romori ed alle grida che di tali tumulti nascevano, che a' buoni effetti che quelli partorivano; e che e' non considerino come e' sono in ogni republica due umori diversi, quello del popolo, e quello de' grandi; e come tutte le leggi che si fanno in favore della libertà, nascono dalla disunione loro, come facilmente si può vedere essere seguito in Roma».

⁵¹ Sul tema del popolo (plebe, moltitudine) in Machiavelli, cfr. J.-Cl. Zancarini, *Les humeurs du corps politique. Le peuple et la plèbe chez Machiavel*, in «Laboratoire italien. Politique et société», 1, 2001 (*Le peuple. Formation d'un sujet politique*), pp. 25-33; M. Vatter, *The Quarrel between Populism and Republicanism: Machiavelli and the Antinomies of Plebeian Politics*, in «Contemporary Political Theory», 11, 3, 2012, pp. 242-26; A. R. Ascoli, *Vox Populi: Machiavelli, Opinion, and the Popolo, from the Principe to the Istorie Fiorentine*, in «California Italian Studies», 4, 2, 2013; G. Borrelli, *Le divisioni tra popolo e plebe: corruzione e innovazione secondo Machiavelli*, in R. Caporali, V. Morfino, S. Visentin (a cura di), *Machiavelli: tempo e conflitto*, Milano, Mimesis, 2013, pp. 35-54;

munque inevitabile. Tutti gli esseri umani infatti – tanto i ‘pochi’ ed eccellenti quanto i ‘molti’ – agiscono sospinti dalla *libido dominandi* e dalla *libido possidendi*: i primi vogliono comandare, mentre i secondi fanno di tutto per resistere⁵² (ed è proprio la condizione subalterna dei ‘molti’ che, secondo Machiavelli, li rende più sensibili alla difesa della libertà: «potendo meno sperare di usurparla che non possono i grandi ... è ragionevole ne abbiano più cura; e non la potendo occupare loro, non permettono che altri la occupi»⁵³).

La miscelazione degli umori è favorita dal conflitto e il conflitto è concepito in termini dualistici: da un lato i ‘grandi’ e dal lato opposto il ‘popolo’. Non sembra esservi spazio per uno schema tripartito. In realtà, Machiavelli, quando, nelle *Istorie fiorentine*, si sofferma non più su Roma antica (studiata nello specchio di Livio), ma su Firenze e sulla sua storia recente, non esita a complicare la sua analisi e a sostituire allo schema dualistico una tripartizione, che faccia emergere, accanto ai ‘grandi’ e al popolo ‘grasso’, anche il popolo ‘minuto’⁵⁴.

Nel nuovo scenario, non solo occorre distinguere (sulle orme di Giovanni Villani) fra ‘popolo grasso’ e ‘popolo minuto’, non solo trova conferma la rilevanza del conflitto, ma emergono anche i risvolti non solo positivi, ma anche inquietanti del conflitto stesso. A Roma il conflitto si è risolto in una differenziata, ma convergente partecipazione delle parti sociali alla gestione della cosa pubblica: si è tradotto in leggi ed istituzioni che hanno favorito, secondo Machiavelli, il vivere civile, inseparabile dalla possibilità di godere senza timore dei propri beni e da una qualche partecipazione dei cittadini alla vita delle istituzioni. Di contro, a Firenze il conflitto ha

S. Kimlee, *The plebe in the Florentine Histories: Machiavelli's notion of humours revisited*, in «History of European Ideas», 44, 5, 2018, pp. 493-512; S. Landi, *I due corpi della moltitudine. Su un concetto chiave della critica machiavelliana*, in «Storia del pensiero politico», IX, 3, 2020, pp. 365-92; F. Marchesi, *Antinomie di Machiavelli. Le figure del 'popolo' e della 'plebe' tra 'Principe' e 'Istorie fiorentine'*, in «Filosofia politica», XXXIV, 3, 2020, pp. 409-23. Cfr. anche la limpida ed efficace sintesi offerta da M. Geuna, *Machiavelli: principati e repubbliche, nel tempo*, in B. Henry, A. Loretoni, A. Pirni, M. Solinas (a cura di), *Filosofia politica*, Milano, Mondadori, 2020, pp. 39-56. Una suggestiva presentazione di Machiavelli è offerta da M. Ciliberto, *Niccolò Machiavelli: ragione e pazzia*, Roma, Laterza, 2019. Un'acuta riflessione critica su recenti rivisitazioni dei testi machiavelliani in P.P. Portinaro, *Le mani su Machiavelli. Una critica dell'«Italian Theory»*, Roma, Donzelli, 2018.

⁵² N. Machiavelli, *Il Principe*, Torino, Einaudi, 1972, 9.2: «il popolo desidera non essere comandato né oppresso dai grandi, e li grandi desiderano comandare e opprimere il popolo».

⁵³ N. Machiavelli, *Discorsi*, cit., I,5.

⁵⁴ S. Kimlee, *The plebe in the Florentine Histories*, cit.

mostrato la sua potenza distruttiva, come è avvenuto con la rivolta dei ciompi, la rivolta dei lavoratori più umili contro il 'popolo grasso'. Non c'è differenza – fa dire Machiavelli a un anonimo ciompo – fra noi e loro: «Spogliateci tutti ignudi: voi ci vedrete simili, rivestite noi delle veste loro ed eglino delle nostre: noi senza dubbio nobili ed eglino ignobili parranno; perché solo la povertà e le ricchezze ci disaguagliano»⁵⁵. Se la posta in gioco è l'azzeramento delle differenze e delle gerarchie, il conflitto non si risolve nella 'mixtio', nella mescolanza delle componenti, e conduce non al rafforzamento della comunità politica, ma alla sua rovina.

4. 'Popolo' e 'moltitudine': Hobbes e Spinoza

Il termine 'popolo' può essere riferito all'ordinamento nel suo complesso oppure può indicare uno specifico strato sociale. I differenti usi del medesimo termine, tuttavia, lungi dal produrre tensioni o ambiguità, cooperano nell'offrire un'immagine sostanzialmente coerente e largamente condivisa dell'ordine sociopolitico complessivo. L'ordine è la struttura immanente della convivenza: è un assetto oggettivo che riposa sulla differenza delle parti componenti e sulla loro disposizione gerarchica. È un ordine che include e armonizza non tanto individui quanto comunità, a loro volta strutturate e differenziate al loro interno. È un ordine che si dispone lungo un asse 'verticale', gerarchico, presuppone la naturale diseguaglianza delle parti componenti e su questa logica fonda le regole dell'obbedienza e della soggezione.

È di questa visione di fondo che i testi (da me richiamati come) 'esemplari' hanno offerto testimonianze inevitabilmente rapsodiche, ma, spero, eloquenti. È una visione che (pur con tutte le sue varianti interne) ha funzionato, per un lunghissimo arco di tempo, come la visione 'normale' (nel senso kuhniano del termine) dell'ordine sociopolitico. Quando e dove rintracciare allora i segnali di una visione alternativa, gli indizi di un mutamento di prospettiva?

Pur con tutta la provvisorietà e l'aleatorietà che insidiano il ricorso

⁵⁵ N. Machiavelli, *Istorie fiorentine* (in Id., *Tutte le opere*, cit.), III, 13. Sul ruolo del conflitto cfr. G. Bock, *Civil Discord in Machiavelli's Istorie Fiorentine*, in G. Bock, Q. Skinner, M. Viroli (eds.), *Machiavelli and Republicanism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, pp. 181-201; F. Del Lucchese, *Tumulti e indignatio: conflitto, diritto e moltitudine in Machiavelli e Spinoza*, Roma, Ghibli, 2004; S. Visentin, *Immaginazione e parzialità. Note sull'interpretazione neorepubblicana del popolo in Machiavelli*, in «Giornale di storia costituzionale», 18, 2, 2009, pp. 31-47.

agli 'exempla', sembra ragionevole affermare che anche per la semantica del 'popolo' una svolta radicale è provocata dalla formazione di un nuovo 'paradigma' – il 'giusnaturalismo' – e, in particolare, dalla versione che di quel paradigma offre Thomas Hobbes.

Il punto di partenza è un esperimento mentale: ipotizzare una condizione 'originaria' che permetta di cogliere l'essere umano nella sua essenziale conformazione. 'Prima' l'individuo come tale e 'poi' l'ordine politico (e ciò che viene 'prima' è ciò che sta 'alla base'): il 'prima' è popolato da individui che, colti nella loro condizione prepolitica, si presentano come eguali e liberi, operando in uno spazio privo di qualsiasi rapporto potestativo.

Nella rappresentazione degli individui, Hobbes muove da una visione nettamente antiaristotelica. L'essere umano è per natura dominato dal bisogno e la ragione è funzionale alla soddisfazione del bisogno stesso, all'auto-conservazione. In vista di ciò, ognuno tende alla massimizzazione del proprio potere, in un'inarrestabile concorrenza con gli altri individui, senza che possano essere imposti limiti all'espansione del diritto-potere del singolo. La spinta auto-conservativa si rovescia nel suo contrario: diviene esposizione al rischio dell'aggressione, della distruzione, della morte. Tutti gli individui sono eguali perché nessuno è tanto più forte degli altri da potersi sentire al sicuro. Per rendere possibile l'auto-conservazione occorre allora uscire dalla condizione 'naturale': occorre che ciascuno si spogli del proprio diritto-potere, lo deponga nelle mani di un 'terzo' e lo renda 'sovrano', in modo che questi, disponendo dei poteri di tutti, blocchi la distruttività e promuova la sicurezza.

È facile intendere, anche da questi scheletrici cenni, come tutto ciò metta in questione i punti nevralgici della tradizionale visione dell'ordine. Per Hobbes, l'essere umano non ha niente da spartire con gli 'animali sociali' – le api, le formiche – nella cui stessa conformazione è iscritta la disposizione a collaborare. Se Althusius, un cinquantennio prima, insisteva sulla 'symbiosis', sulla 'consociatio', sulla cooperazione (memore, da questo punto di vista, della tradizione aristotelica), Hobbes introduce un diaframma insuperabile fra 'natura' e 'ordine'. Per la visione 'tradizionale', l'ordine era un armonico sistema delle differenze e delle gerarchie, entro il quale l'uno, i pochi e i molti si disponevano naturalmente. Per Hobbes, al contrario, non esistono, 'in natura', la cooperazione, la disegualianza, i rapporti di dominio: non esiste un ordine già dato e nella loro condizione 'naturale' gli esseri umani sono individui liberi ed eguali, dominati dagli impulsi auto-conservativi, irrimediabilmente

conflittuali e reciprocamente distruttivi. Non si dà un ordine naturale: l'ordine è un costrutto artificiale, riposto nelle mani di un sovrano 'inventato' dagli individui.

Sono queste le coordinate che impongono un drastico cambiamento al concetto di 'popolo'. Interviene una frattura, insieme temporale e 'ontologica': in origine, in quella sorta di 'grado zero' che è la condizione 'naturale' dell'umanità, non esiste un 'popolo' perché non esiste nessuna ordinata e coordinata convivenza. Esistono soltanto gli individui eguali, che, sommati insieme, possono essere considerati una 'moltitudine'.

Come sappiamo, tradizionalmente 'popolo' e 'moltitudine' appartenevano a un campo semantico sostanzialmente unitario, pur potendo assumere differenti sfumature di significato. La 'multitudo bestialis' non poteva essere confusa con il 'popolo'. Se però la 'multitudo' era 'rationalis', essa, lungi dal contrapporsi a 'populus', poteva servire a sottolineare (non diversamente da 'populus') la differenza fra i 'molti' e i 'pochi'. Tutto ciò scompare nella teoria hobbesiana. Lungi dal confondersi con 'populus', 'multitudo' prende a funzionare piuttosto come il suo principale antonimo.

'Multitude' nel lessico hobbesiano indica genericamente una molteplicità indifferenziata⁵⁶ ed è in questo senso che i soggetti nello stato di natura sono una 'multitude', una pluralità indeterminata di individui sostanzialmente eguali, come Hobbes si affretta a precisare in una nota esplicativa del *De cive*: «By multitude, because it is a collective word, we understand more than one, so as a multitude of men is the same with many men. The same word, because it is of the singular number, signifies one thing, namely, one multitude»⁵⁷. La moltitudine è una somma aritmetica di soggetti e ciò che preme sottolineare a Hobbes è che essa non può essere trattata come un'unità, come un ente unitario cui attribuire volontà e imputare azioni.

Se guardiamo agli esseri umani nella loro condizione originaria, vediamo appunto una 'moltitudine': una somma di individui, non

⁵⁶ Ad esempio in Th. Hobbes, *Leviathan*, ed. N. Malcolm, vol. 2, *The English and Latin Texts (i)*, Oxford, Clarendon Press, 2012: «multitude of things» (I, 8); «multitude of Causes» (II, 28); «multitude of poors» (II, 30). Un interessante quadro dei significati di 'multitude' nella cultura inglese dal Cinquecento all'Ottocento in M. Cazzola, R. Laudani, *Ascesa e declino della moltitudine inglese. Per una genealogia della "Mob"*, in «Filosofia politica», XXXIV, 3, 2020, pp. 425-41.

⁵⁷ Th. Hobbes, *De Cive. The English Version entitled in the first edition Philosophicall Rudiments Concerning Government and Society*, ed. H. Warrender, Oxford, Clarendon Press, 1983, VI, in nota.

riconducibile ad alcuna unità. Il passaggio dai 'molti' all' 'uno' è l'esito delle convergenti decisioni degli individui che creano il sovrano attribuendo a un 'terzo' i loro originari diritti-poteri. È con la creazione del sovrano che nasce il corpo politico, la città: «A city therefore [...] is one person, whose will, by the compact of many men, is to be received for the will of them all; so as he may use all the power and faculties of each particular person, to the maintenance of peace, and for common defence»⁵⁸.

La molteplicità degli individui si trasfonde nell'unitarietà della persona sovrana. Il sovrano è la persona artificiale creata dagli individui. Esso agisce impersonando un ruolo, rappresentando le parole e le azioni di un altro. I 'molti' che creano l' 'uno', gli individui che creano il sovrano come persona artificiale, sono gli «autori» che affidano una parte, un ruolo teatrale a un «attore»⁵⁹. Una volta creato l'attore, gli individui-autori escono di scena perché ad agire è ormai l'attore, la persona da loro creata, autorizzata a rappresentarli. Sono gli individui che creano il sovrano, sono gli autori che creano la persona artificiale, l'attore che li rappresenta, ma è l'attore che fornisce ai suoi autori un'unità altrimenti impossibile. I 'molti' creano l' 'uno', la persona che li rappresenta, ed esistono politicamente solo in quanti rappresentati, unificati nella persona artificiale del sovrano⁶⁰. Il diritto-potere di ciascuno è trasferito nelle mani del sovrano e i soggetti vengono preservati dall'anarchia distruttiva per evitare la quale essi hanno creato la 'persona finta', che li rappresenta sostituendoli.

Emerge in Hobbes un'inedita polarizzazione: da un lato, l' 'uno' (il sovrano), dall'altro lato la 'moltitudine'. L' 'uno' e la 'moltitudine' si fronteggiano, ma sono realtà mutuamente esclusive. Quando c'è la 'moltitudine' (nella condizione naturale, prepolitica dell'umanità) non c'è l' 'uno', il sovrano. E non appena la 'moltitudine' crea, contrattualmente, il sovrano, essa scompare divenendo 'popolo', che però coincide con il sovrano rappresentativo. La rappresentanza svolge un ruolo chiave, ma non è, come voleva la tradizione, un ponte fra realtà politicamente già date e strutturate: fra il 'popolo'

⁵⁸ Ivi, V, 9.

⁵⁹ Th. Hobbes, *Leviathan*, cit., I, 16.

⁶⁰ *Ibidem*: «A Multitude of men, are made One Person, when they are by one man, or one Person, Represented; so that it be done with the consent of every one of that Multitude in particular. For it is the Unity of the Representer, not the Unity of the Represented, that maketh the Person One». Cfr. G. Duso, *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*, Milano, FrancoAngeli, 2003², pp. 20 ss.

e i magistrati; fra i 'molti' e i 'pochi'. I 'molti' esistono politicamente solo in quanto rappresentati dal sovrano: la rappresentanza ha una valenza costitutiva (del popolo come unità politica) e sostitutiva (dei molti come soggetti politicamente agenti). È in questa prospettiva che occorre collocare la contrapposizione fra 'popolo' e 'moltitudine': «it is a great hindrance to civil government [...] that man distinguish not enough between a people and a multitude. The people is somewhat that is one, having one will, and to whom one action may be attributed; none of these can properly be said of a multitude». Ed è quindi coerente, anche se apparentemente paradossale, affermare che «the subjects are the multitude, and (however it seem a paradox) the king is the people»⁶¹.

Resta, se si vuole, un elemento di continuità con la tradizione semantica di 'popolo': 'popolo' continua a indicare la dimensione unitariamente politica della convivenza (e continua a svolgere questo ruolo in stretta connessione con termini quali 'città' e 'commonwealth'). Ciò che però trasforma una somma di soggetti in un'unità politica è soltanto l'azione 'rappresentativa' della persona sovrana. La 'moltitudine' non scompare e ha una duplice valenza nel quadro teorico delineato da Hobbes. Essa, da un lato, può indicare la molteplicità degli individui nella loro condizione 'naturale', prepolitica, la somma dei soggetti-autori che creano la persona artificiale del sovrano, mentre, dall'altro lato, può essere riferita all'insieme dei soggetti sottoposti al comando del sovrano⁶². In entrambi i casi, siamo di fronte a una semplice somma di individui eguali ed egualmente 'de-politicizzati'. Da un lato, la moltitudine, dall'altro, il 'popolo' (come persona sovrana): i due concetti si connettono per opposizione, non per contiguità. La 'moltitudine' sottolinea la molteplicità, il 'popolo' l'unità; ma l'unità del 'popolo' non deriva più dallo spontaneo e naturale strutturarsi delle parti che lo compongono, ma coincide con la funzione ordinante del sovrano. Ciò implica un'ulteriore conseguenza: se l'ordine complessivo non è la risultante dell'armonico comporsi dei 'molti' e dei 'pochi', anche il concetto di 'popolo-parte' perde di interesse. L'unità del 'popolo-persone sovrana' ha come controparte una molteplicità di soggetti-sudditi 'eguali'.

Sopravvive dunque il concetto di 'moltitudine'. A guardar bene, però, interviene, nella rappresentazione hobbesiana della 'molti-

⁶¹ Th. Hobbes, *De Cive*, cit., XII, 8.

⁶² Cfr. in questo senso D. Tarizzo, *Soggetto, moltitudine, popolo. A proposito dell'«Italian Theory»*, in «Filosofia politica», 3, 2011, p. 441.

tudine', un'ulteriore, rilevante novità. La 'moltitudine' hobbesiana non coincide con i 'molti' della tradizione: a inventare il sovrano non sono i 'molti', bensì i 'tutti'. I creatori del sovrano sono una 'moltitudine' solo nel senso che sono una pluralità indeterminata di soggetti. Nell'idea hobbesiana di 'moltitudine' non resta niente della tradizionale dialettica fra i 'molti' e i 'pochi': i 'molti' sono semplicemente i 'tutti'.

La rottura di Hobbes con la visione tradizionale del 'popolo' (la visione che aveva trovato nella dottrina del 'governo misto', al contempo, un supporto e un'estrinsecazione) è radicale, ma è soltanto la prima di altre che seguiranno. Una frattura altrettanto netta è dovuta a Spinoza: che conosce la filosofia hobbesiana (il *De Cive* latino, del 1647, è uno dei libri della sua biblioteca), ne condivide alcuni assunti, ma procede in direzioni nettamente diverse.

Non possiamo trovare nei testi spinoziani niente che ricordi la contrapposizione fra 'popolo' e 'moltitudine' che Hobbes aveva rigorosamente istituito. L'immagine dei 'molti' sembra muoversi nel solco della tradizione: non sono infatti infrequenti i riferimenti ai difetti della moltitudine, alla sua inclinazione alla «superstitio»⁶³, all'incostanza, all'irrazionalità, alla crudeltà⁶⁴. Al contempo, però, Spinoza, da un lato, tende a riassorbire la dialettica fra i 'molti' e i 'pochi' nella contrapposizione fra i 'sapienti' e il 'volgo', mentre, dall'altro lato, accoglie l'opinione (già di Aristotele e di Marsilio) che la ragione individuale trova un'occasione di rafforzamento nell'interazione con gli altri (i consiglieri del principe, ad esempio, proprio perché numerosi, esprimono pareri più attendibili delle considerazioni formulate da un singolo). Non manca nemmeno l'impiego (come in Hobbes) di 'multitudo' come generica indicazione di una molteplicità di enti⁶⁵. Tutto ciò resta comunque ai margini dell'alveo lungo il quale scorre la riflessione filosofico-politica spinoziana. Se

⁶³ B. Spinoza, *Tractatus theologicus politicus*, in Id., *Opera*, hrsg. von C. Gebhardt, Heidelberg, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1972, vol. III, Praef.: «nam [...] nihil efficacius multitudinem regit, quam superstitio».

⁶⁴ Ivi, XVII: «Imo qui tantum varium multitudinis ingenium experti sunt, de eo fere desperant: quia non ratione, sed solis affectibus gubernatur, praecipue ad omnia, et facillime vel avaritia vel luxu corrumpitur». Di «saevam multitudinem» si parla nel *Tractatus theologicus politicus*, XVIII, iii. Cfr. l'accurata ricerca di G. Saccaro Battisti, *Spinoza, l'utopia e le masse: un'analisi dei concetti di "plebs", "multitudo", "populus" e "vulgus"*, in «Rivista di Storia della Filosofia», 39, 1, 1984, pp. 61-90; e in «Rivista di Storia della Filosofia», 39, 3, 1984, pp. 453-474.

⁶⁵ «In multitudo causarum»: B. Spinoza, *Ethica more geometrico demonstrata*, in Id., *Opera*, cit., vol. II, Pars Quinta, Propositio XIX, Scholium.

la contrapposizione fra 'popolo' e 'molitudine' è una componente importante dell'operazione condotta da Hobbes, in Spinoza mancano definizioni precise dell'uno e dell'altro termine (e la stessa occorrenza di 'populus' e di 'multitudo' è molto diversa nel *Tractatus Theologico-Politicus*, del 1670, e nel *Tractatus Politicus*, pubblicato postumo nel 1677). In assenza di definizioni esplicite, conviene dunque interrogarsi sul ruolo che i 'molti' svolgono, secondo Spinoza, nella formazione dell'ordine politico.

Il punto di partenza è (come in Hobbes) l'insieme dei tratti originari, costitutivi, di ogni individuo. Occorre studiare, liberi da atteggiamenti moralistici, deprecatori o utopistici⁶⁶, la naturale configurazione dell'essere umano e su questa base discutere «de fundamentis Reipublicae»⁶⁷. L'individuo è un momento della natura e il diritto naturale coincide con le «[regulae] naturae uniuscujusque individui», che ne determinano le azioni e il modo di vita. È per diritto naturale che il pesce grosso mangia il pesce piccolo. Vale per ogni essere ciò che vale per la natura. Se la natura, la cui «potentia ipsa Dei potentia est», ha «summum jus ad omnia», «hinc sequitur unumquodque individuum jus summum habere ad omnia»: il potere della natura è infatti la somma, l'aggregazione dei poteri delle entità individuali che la compongono («universalis potentia totius naturae nihil est praeter potentiam omnium individuorum simul»). Per ogni essere 'naturale' (e quindi anche per l'essere umano) il suo diritto naturale è coestensivo al suo potere: «tantum juris [...] quantum potentiae»⁶⁸.

È questo, in estrema sintesi, il nucleo filosofico-antropologico che Spinoza assume come il fondamento dell'ordine politico. A esso occorre pervenire (in primo luogo, ma non soltanto) per i motivi indicati da Hobbes: per porre un freno al conflitto. Non esistono, prima dell'ordine politico, vincoli all'agire di ciascuno individuo se non quelli imposti dalla sua stessa conformazione naturale. Non servirebbe la *respublica* se tutti seguissero le indicazioni della ragione. Dal momento però che «jus itaque naturale uniuscujusque hominis non sana ratione, sed cupiditate et potentia determinatur»⁶⁹, è indispensabile che un potere sovrastante impedisca il conflitto e promuova la cooperazione.

⁶⁶ B. Spinoza, *Tractatus Politicus*, in Id., *Opera*, cit., vol. III, I, 1.

⁶⁷ B. Spinoza, *Tractatus theologico politicus*, cit., XVI.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

Come si giunge all'ordine politico? Anche Spinoza, nel *Tractatus theologico-politicus*, sembra far propria la soluzione contrattualistica sostenuta dall'intera tradizione giusnaturalistica. In realtà, la valutazione dell'incidenza dello schema contrattualistico nella riflessione spinoziana è un problema ermeneuticamente complesso, sul quale non è possibile soffermarsi in questa sede⁷⁰. La mia impressione è che il contrattualismo, accolto nel *Tractatus theologico-politicus*, perda di importanza nella più matura riflessione spinoziana, che fa leva sulla dinamica e sugli effetti delle passioni, più che sull'accordo contrattuale fra i soggetti. Ciò che comunque preme sottolineare è che, prima della costituzione dell'ordine, non si danno prefissate e consolidate gerarchie, non si danno criteri di individuazione del giusto e dell'ingiusto, ma vale il principio secondo il quale il diritto di ciascuno è per natura consustanziale al suo potere. È attraverso la rinuncia di ciascun individuo all'esercizio del proprio assoluto diritto-potere che diviene possibile («sine ulla naturalis juris repugnantia»⁷¹) la traslazione dei poteri e la formazione della 'respublica', che, punto di convergenza degli assoluti diritti-poteri di tutti, concentra in se stessa un diritto-potere sottratto a qualsiasi limite estrinseco e predeterminato⁷².

Sono i soggetti come tali a decidere la formazione della comunità politica: possiamo pensarli come 'molti', come addendi di una som-

⁷⁰ Cfr. A. Negri, *L'anomalia selvaggia. Saggio su potere e potenza in Baruch Spinoza*, Milano, Feltrinelli, 1981; A. Matheron, *Individu et communauté chez Spinoza*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1988; A. Matheron, *Le problème de l'évolution de Spinoza du Traité Théologico-Politique au Traité Politique*, in E. Curley-P. F. Moreau (eds.), *Spinoza. Issues and directions. The proceedings of the Chicago Spinoza Conference*, Leiden, Brill, 1990, pp. 258-270; G. Lamonica, *Democrazia e mutamento. La via spinoziana al contrattualismo*, Roma, Aracne, 2009; G. Lamonica, *Il lemmario del Tractatus Theologico-Politicus. Scelte lessicali ed evoluzione teorica*, Istituto per il Lessico Intellettuale Europeo e Storia delle Idee, 2019.

⁷¹ B. Spinoza, *Tractatus theologico politicus*, cit., XVI.

⁷² Si tenga comunque presente la distanza, anche da questo punto di vista, dalla prospettiva hobbesiana. Per Spinoza nessuno può completamente spogliarsi del proprio diritto-potere: «Nam nemo unquam suam potentiam et consequenter neque suum jus ita in alium transferre poterit, ut homo esse desinat; nec talis ulla summa potestas unquam dabitur, quae omnia ita, ut vult, exequi possit: Frustra enim subdito imperaret, ut illum odio habeat, qui eum sibi beneficio junxit, ut amet, qui ei damnum intulit, ut contumeliis non offendatur, ut a metu liberari non cupiat, et alia per plurima hujusmodi, quae ex legibus humanae naturae necessario sequuntur» (B. Spinoza, *Tractatus theologico politicus*, cit., XVII). Cfr. S. Visentin, *La libertà necessaria. Teoria e pratica della democrazia in Spinoza*, Pisa, ETS, 2001. Da qui l'importanza del filo che collega Spinoza a Machiavelli intorno al tema del conflitto: cfr. F. Del Lucchese, *Tumulti e indignatio*, cit.

ma, ma occorre aggiungere che i suoi componenti, da un lato, sono tendenzialmente eguali e, dall'altro lato, non formano un 'insieme' delimitato da altri 'insiemi'. I 'molti' sono 'molti' perché numerosi (perché appartenenti, potremmo dire, a una moltitudine in senso generico e 'aritmetico'), ma non perché contrapposti ai 'pochi': i 'molti' sono (come già in Hobbes) 'tutti'.

I 'molti' sono i 'tutti' e i 'tutti' fondano l'ordine politico per evitare i rischi provocati dall'incoercibile diritto-potere di ciascuno. Queste assonanze hobbesiane sono percepibili nei testi di Spinoza, che però muove da una visione filosofico-antropologico sensibilmente diversa. Per Spinoza, gli altri sono non soltanto una minaccia alla sicurezza, ma anche strumenti di cooperazione e di scambio, indispensabili per lo sviluppo delle potenzialità di ciascuno. La sicurezza è fondamentale perché il timore deprime il diritto-potere di ciascuno, ma altrettanto essenziale è la formazione di relazioni collaborative e di condivise forme di vita, senza le quali «*jus naturae, quod humani generis proprium est, vix posse concipi*»⁷³. Tanto è importante questo aspetto da indurre Spinoza ad affermare che «*si Scholastici hac de causa [...] velint hominem animal sociale dicere, nihil habeo, quod ipsis contradicam*»⁷⁴.

Per Spinoza, dunque, l'essere umano ha un vitale bisogno dell'altro. La cooperazione non è però mediata dalle differenze e dalle gerarchie intrinseche a un ordine naturale da sempre esistente (come voleva la tradizione aristotelico-tomistica), ma è dettata dalla consapevolezza che l'unione delle forze incrementa il diritto-potere di ciascuno: «*Si duo simul convenient, et vires jungant, plus simul possunt, et consequenter plus juris in naturam simul habent, quam uterque solus, et quo plures necessitudines sic junxerint suas, eo omnes simul plus juris habebunt*»⁷⁵.

Se la cooperazione fra più individui rafforza il diritto-potere di ciascuno, la creazione di una 'respublica' non solo permette (hobbesianamente) di bloccare, con il timore della sanzione, il conflitto, ma anche arricchisce le potenzialità di tutti. «*Talis vero societatis jus Democratia vocatur, quae proinde definitur coetus universus hominum, qui collegialiter summum jus ad omnia, quae potest, habet*»⁷⁶. Gli individui (i 'molti', cioè i 'tutti') vengono a comporre un corpo

⁷³ B. Spinoza, *Tractatus Politicus*, cit., II, 15.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ivi*, II, 13.

⁷⁶ B. Spinoza, *Tractatus theologico politicus*, cit., XVI.

politico che ha un «summum jus ad omnia»; e dato che questo supremo diritto-potere è imputabile al «coetus universus hominum», è l'espressione di un potere che spetta «collegialiter» a tutti, la forma giuridica di tale società è la «Democratia».

Occorrerebbe un'analisi approfondita di questo passaggio, ma mi limito, ancora una volta, a rapidi cenni. Conviene innanzitutto sottolineare che la 'democrazia' evocata da Spinoza presuppone la distinzione (già impiegata da Bodin⁷⁷) fra ciò che noi chiameremmo la 'forma di Stato' e la 'forma di governo'. È alla *respublica*, all'organizzazione fondamentale ed essenziale della società politica, che guarda Spinoza descrivendola come una 'democrazia'. La democrazia non è il governo dei 'molti' contrapposto al governo dei 'pochi' o del monarca: è l'essenza di una comunità politica il cui assoluto diritto-potere *ad omnia* coincide con l'incorporazione di tutti nella *respublica*. Non vi sono i 'molti', ma vi sono i 'tutti'; e i 'tutti' non divengono 'uno' in quanto trasformati in unità politica (da 'moltitudine' a 'popolo') dal potere 'rappresentativo' del sovrano, come in Hobbes. I 'tutti' *sono*, in quanto tutti, il corpo politico e proprio perché il potere della *respublica* è il potere di tutti, la forma giuridica di una siffatta società può essere descritta attribuendo una valenza nuova e originale all'antica parola 'democrazia' (che non è, in questo caso, il potere dei 'molti' – poveri – ma è il potere di 'tutti'). La *respublica* è dunque necessariamente una 'democrazia' (rimanendo fermo che essa possa darsi differenti 'forme di governo', e fra queste anche la 'democrazia'). Il *Tractatus politicus*⁷⁸ continua a muoversi in questa prospettiva: l'ente che detiene il potere supremo, l'*imperium*, è il corpo politico che prende il nome di *Civitas* e gli individui che lo compongono sono, al contempo, cittadini, in quanto membri della medesima comunità, e sudditi, in quanto tenuti a obbedire alle leggi⁷⁹.

⁷⁷ Cfr. Y. Ch. Zarka (dir.), *Jean Bodin: nature, histoire, droit et politique*, Paris, P.U.F., 1996; A.M. Lazzarino del Grosso, *Bodin e la critica della democrazia*, Napoli, Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa, 2004; A. Di Bello, *Stato e sovranità nel De Republica libri sex di Jean Bodin*, Napoli, Liguori, 2014.

⁷⁸ Alle forme di governo è dedicata una specifica attenzione nel *Tractatus politicus*, ma la trattazione destinata alla democrazia si interrompe (al paragrafo 4 del capitolo XI) a causa della morte dell'autore.

⁷⁹ B. Spinoza, *Tractatus Politicus*, cit., III, 1: «Imperii cujuscunque status dicitur Civilis; imperii autem integrum corpus Civitas appellatur, et communia imperii negotia, quae ab ejus, qui imperium tenet, directione pendent, Respublica. Deinde homines, quatenus ex jure civili omnibus Civitatis commodis gaudent, cives appellamus, et subditos, quatenus civitatis institutis, seu legibus parere tenentur. Denique status Civilis tria dari genera, nempe Democraticum, Aristocraticum et Monarchicum [...]».

Certo, interviene, nel *Tractatus politicus*, un'opzione lessicale assai netta, che non può essere sottovalutata: diviene altissima l'occorrenza di 'multitudo', mentre la presenza di 'populus' è ridotta ai minimi termini. Siamo di fronte a una svolta che trasforma la rappresentazione dei 'molti' e del loro rapporto con la *respublica* oppure il mutamento lessicale risulta compatibile con un già consolidato quadro teorico? Paolo Cristofolini invita a prendere in considerazione le fonti di Spinoza e sottolinea la rilevante influenza di Machiavelli sul *Tractatus Politicus*⁸⁰. Se Machiavelli nei *Discorsi* impiega in modo intercambiabile 'popolo' e 'moltitudine', Spinoza nel *Tractatus Politicus* opta decisamente per 'multitudo', ma non attribuisce a essa un significato nuovo e peculiare né tanto meno ne propone una definizione rigorosa. Nella spinoziana opera postuma «there is no change in the relationship between *populus* and *multitudo*, but simply a disappearance of the first word and the transference of its meanings into the normal use of the second»⁸¹. Non cambia il quadro teorico di fondo: il punto di origine dell'ordine è una moltitudine indeterminata di soggetti che 'decidono' di fondare una *civitas* che garantisca la sicurezza di tutti e l'incremento delle potenzialità di ciascuno.

Anche in Spinoza, come prima in Hobbes, nella fondazione dell'ordine politico (e nella determinazione della sua 'essenza') non ha alcun ruolo quella dialettica fra i 'molti' e i 'pochi' che stava al centro della dottrina del 'governo misto'. I 'molti' coincidono con 'tutti' i soggetti operanti in quella sorta di 'grado zero' che precede la formazione della *respublica*. In Spinoza, però, i 'tutti' divengono 'uno' secondo modalità e conseguenze profondamente diverse da quelle delineate da Hobbes. L'ordine politico per Spinoza è l'effetto dell'«incorporazione» degli individui in un'entità che coincide, nella sua essenza, con l'insieme degli individui stessi. Non può trovar posto quindi nella riflessione spinoziana la contrapposizione hobbesiana fra 'moltitudine' e 'popolo'. Per Hobbes la 'moltitudine', prima della creazione del sovrano, è la somma degli individui-autori e diviene, una volta creato l'ordine politico, la somma degli individui-sudditi. In Hobbes 'popolo' e 'moltitudine' si escludono a vicenda, mentre

⁸⁰ Nella biblioteca spinoziana erano presenti tanto una traduzione in latino del *Principe* (Basileae, P. Perna, 1580) quanto un'edizione di *Tutte le opere di Nicolo Machiavelli cittadino et segretario fiorentino* (s.e., s.l., 1550).

⁸¹ P. Cristofolini, *People and Multitude in Spinoza's Political Lexis*, in «Historia philosophica», 4, 2006, p. 52.

in Spinoza si sovrappongono senza difficoltà. Se infatti in Hobbes il termine 'popolo' concentra ed esaurisce in se stesso la dimensione della politicità, mentre il termine 'moltitudine' viene riferito alla condizione pre-politica degli individui oppure alla condizione depolitizzata dei sudditi, in Spinoza la 'moltitudine' è il corpo politico, coincide con esso, tanto che gli individui che ne fanno parte sono definibili al contempo come cittadini (membri del corpo politico) e sudditi (in quanto tenuti a obbedire alle leggi).

È la moltitudine che crea l'ordine politico e imprime a esso la sua forma essenziale; e perciò coerentemente Spinoza indica nella 'democrazia' l'esito necessario del processo di fondazione dell'ordine politico (salva restando la possibilità, per la *respublica*, di darsi una forma di governo volta a volta monarchica, aristocratica o democratica). La sua prospettiva è, da questo punto di vista, in qualche misura speculare alla prospettiva hobbesiana. Al contempo, tuttavia, tanto per Spinoza quanto per Hobbes, i 'molti' sono i 'tutti' e i 'tutti' creano l'uno, l'ordine politico unitario. E una frattura netta separa entrambi da una tradizione che, entro un lunghissimo arco di tempo, ha continuato a far leva sulla gerarchizzazione delle differenze e sulla miscelazione dei diversi 'umori' del corpo politico.

5. Fra 'dualismo' e 'monismo': Locke e Rousseau

Né per Hobbes né per Spinoza il 'popolo' è una realtà già data: né come 'parte' (come termine riferito a uno specifico cetto sociale) né come 'tutto', impiegato per indicare un ordine politico 'naturalmente' esistente, tenuto insieme dalla gerarchizzazione delle sue parti componenti. Cambia la semantica del 'popolo' perché cambia anche la sua collocazione strategica nel discorso, che ambisce a rappresentare non tanto una struttura (la compagine dell'ordine già dato), quanto una trasformazione e un cominciamento: il passaggio da una moltitudine indifferenziata di individui alla forma unitaria della *respublica* e la genesi di un ordine costruito, deciso, riconducibile alla decisione di individui 'eguali', a un loro atto di volontà (pur sostenuto e diretto dalla ragione e dalla necessità).

Una moltitudine indifferenziata di individui come punto di origine e come cifra esplicativa dell'ordine politico: siamo di fronte a un'immagine di fondazione (e di legittimazione) della sovranità, cui con crescente insistenza la cultura politico-giuridica sei-settecentesca farà ricorso, imprimendo a essa continue varianti. Una di esse, destinata a produrre effetti di grande rilievo, è la variante lockiana:

l'interpretazione che John Locke, nel suo *Secondo Trattato sul governo*, offre del passaggio dalla condizione prepolitica all'ordine politico.

L'adozione del paradigma giusnaturalistico induce Locke (come già Hobbes) ad assumere come 'grado zero' della politica una molteplicità di individui liberi ed eguali e a tener fermo l'esaurimento della dialettica dei 'molti' e dei 'pochi'. I protagonisti sono i 'tutti', che divengono un 'popolo' quando ciascuno di loro rinunci alla difesa unilaterale dei suoi diritti: quando «any number of men, in the state of nature, enter into society to make one people, one body politic, under one supreme government»⁸². Finisce lo «state of nature» e si forma il «commonwealth». Il 'popolo' però non nasce, come sosteneva Hobbes, in quanto il 'terzo' sovrano, creato dagli individui-autori, conferisce a una molteplicità indeterminata di soggetti un'unità altrimenti impossibile. Per Locke è la decisione contrattuale che fa nascere un 'popolo' e, insieme al popolo, un potere supremo – il potere legislativo – che dal consenso del popolo trae il fondamento della sua esistenza.

Una molteplicità di individui ha consensualmente creato una «community» e ha «thereby made that community one body». Questa comunità – il popolo – deve essere in grado di agire «as one body» e ciò impone l'adozione della regola di maggioranza, data la difficoltà di raggiungere speditamente l'unanimità⁸³. Con il contratto originario, quindi, i soggetti creano una «community» e, nel momento in cui affidano a essa i poteri necessari al raggiungimento dello scopo per cui essa è stata istituita, attribuiscono quei poteri alla maggioranza che in essa si formi.

È appena il caso di ricordare che i poteri del governo, per Locke, non hanno molto da spartire con lo *ius ad omnia* che Hobbes attribuiva al sovrano, ma sono funzionali alla difesa di quei diritti naturali di cui gli individui godevano già nella loro condizione prepolitica. Ciò che qui preme sottolineare è piuttosto che, per Locke, se pure la società e il potere supremo si congiungono strettamente («the society, or, which is all one, the legislative thereof»⁸⁴), non perciò il sovrano racchiude in se stesso il 'popolo', che mantiene una sua autonoma consistenza.

⁸² J. Locke, *The Second Treatise of Government. An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government*, in Id., *Two Treatises of Government*, ed. P. Laslett, Cambridge, Cambridge University Press, 1964, § 89.

⁸³ Ivi, § 96.

⁸⁴ Ivi, § 89.

Il popolo non solo crea il potere legislativo (cioè, per Locke, il potere supremo), ma anche continua a esercitare una decisiva funzione di controllo nei suoi riguardi. Il potere legislativo, essendo «a delegated power from the people», non può spogliarsi delle sue competenze e attribuirle ad altri, decidendo della forma della *respublica*: «the people alone can appoint the form of the commonwealth, which is by constituting the legislative, and appointing in whose hands that shall be»⁸⁵. Il 'popolo', lungi dall'uscire di scena perché rappresentato-sostituito dal sovrano-attore, come sosteneva Hobbes, è pronto a prendere in mano la situazione in caso di necessità: il potere sovrano, infatti, è «only a fiduciary power», chiamato ad agire a tutela dei diritti naturali dei soggetti e spetta quindi al popolo «a supreme power to remove or alter the legislative, when they find the legislative act contrary to the trust reposed in them»⁸⁶.

È il popolo che blocca le possibili deviazioni del sovrano dal patto fiduciario che lo ha istituito ed è il popolo che (a maggioranza) determina volta a volta la forma di governo: esso, infatti, può esercitare il suo potere «in making laws for the community from time to time» (e in questo caso «the form of the government is a perfect democracy») oppure affidare il supremo comando a un'oligarchia o a un monarca. È comunque il popolo che, decidendo a chi attribuire il potere supremo, stabilisce «the form of the commonwealth»⁸⁷. E per «commonwealth» – aggiunge Locke – occorre intendere «not a democracy, or any form of government, but any independent community, which the Latines signified by the word *civitas*»⁸⁸.

Locke, come Spinoza, distingue con chiarezza fra 'forma di Stato' e 'forma di governo': ed è nella fondazione della prima, più che della seconda, che il popolo è coinvolto. Non sfuggirà la differenza con la 'multitudo' spinoziana: per Spinoza, 'tutti' gli individui vengono a coincidere immediatamente con il corpo politico, tanto che coerentemente Spinoza parla di 'democrazia' (quale che sia la forma di governo prescelta), di contro al 'popolo' lockiano che rimane un'entità distinta dal sovrano, un'entità che 'dall'esterno' sorveglia e controlla il sovrano.

Se la visione spinoziana della 'respublica' è 'monistica', essenzialmente 'dualistica' è la rappresentazione lockiana del 'commonwe-

⁸⁵ Ivi, §141.

⁸⁶ Ivi, § 149.

⁸⁷ Ivi, § 132.

⁸⁸ Ivi, § 133.

alth'. Come in Spinoza e in Hobbes, il popolo è composto da 'tutti' i soggetti (ed è quindi, da questo punto di vista, una 'totalità'), ma non coincide con la *respublica*: non si elide a vantaggio del sovrano rappresentativo (come in Hobbes) né occupa da solo l'intero spazio politico. Il popolo in Locke è una grandezza che genera il potere supremo, ma resta distinto da esso. Obbedisce a esso, onora il patto fiduciario che lo lega al sovrano, ma resta un'entità che mantiene il proprio originario potere: il potere del popolo resta, per così dire, quiescente e inespresso finché il sovrano agisce nei limiti del patto, ma riprende vigore quando entri in gioco la preservazione dei soggetti «from the attempts and designs of any body, even of their legislators»⁸⁹.

Il popolo torna ad agire come soggetto politico, per Locke, solo quando si rompa il patto fiduciario siglato con il potere legislativo. Potremmo dire quindi che la sua impostazione 'dualistica', chiaramente visibile nel momento di fondazione dell'ordine politico, si attenua nella vita ordinaria del 'commonwealth' (pur rimanendo l'indispensabile serbatoio di legittimità per il governo). Per intendere il 'dualismo' lockiano dovrà essere tenuta presente, sullo sfondo, la lunga stagione nella quale erano fiorite le dottrine del 'diritto di resistenza', tutte variamente fedeli all'idea di un sovrano vincolato ad entità 'altre', che ne fondavano e ne legittimavano il potere. Restano ferme però due differenze di grande rilievo. In primo luogo, l'abbandono della dialettica dei 'molti' e dei 'pochi' induce a lasciarsi alle spalle l'immagine di un ordine composto da una 'pluralità' di parti a vantaggio di una semplice 'dualità': da un lato, gli individui che hanno deciso di essere 'popolo' e, dall'altro lato, il sovrano. In secondo luogo, il popolo non è chiamato ad esprimere un generico 'consenso', ma è la forza che edifica, controlla ed eventualmente smantella l'intero assetto dei poteri.

Dal 'monismo' della visione hobbesiana e spinoziana del 'popolo' si distingue dunque il 'dualismo' della riflessione lockiana. Il 'monismo' torna però a essere perentoriamente affermato nella più tarda, e celeberrima, declinazione del contrattualismo offerta dal *Contrat social* di Rousseau.

Rousseau ripercorre i passaggi canonici della tradizione giusnaturalistica. Per gli esseri umani è indispensabile lasciarsi alle spalle lo stato di natura, unire le forze in vista della migliore conservazione di ciascuno e costruire «une forme d'association» che preservi, pur

⁸⁹ Ivi, § 149.

trasformandola, la libertà originaria⁹⁰. Per ottenere questo scopo occorre «l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté». L'atto di associazione, nel momento in cui ciascuno dei contraenti «met en commun sa personne et toute sa puissance», crea istantaneamente «un corps moral et collectif, composé d'autant de membres que l'assemblée a de voix, lequel reçoit de ce même acte son unité, son moi commun, sa vie et sa volonté». Il sovrano coincide con la totalità dei soggetti e ciascuno di essi è accolto, al momento della conclusione del contratto, come «partie indivisible du tout»⁹¹.

Gli individui conferiscono (come in Hobbes) i loro diritti naturali al sovrano, ma questi non è un 'terzo', bensì coincide con la totalità dei soggetti. Il sovrano non è una potenza esterna, diversa e contrapposta agli individui: sono gli individui che contrattualmente si costituiscono come sovrano. Nasce una nuova «personne publique»: una «république», un «corps politique». I soggetti che hanno sottoscritto il contratto, gli «associés», «prennent collectivement le nom de peuple» e possono essere definiti, al contempo, come cittadini, perché componenti insostituibili dell'ente sovrano, e come sudditi, in quanto sottoposti alla legge emanata dalla volontà generale: che è appunto la volontà del popolo sovrano⁹².

In quanto persona pubblica, il popolo, per Rousseau, detiene la sovranità; e la detiene in quanto corpo unitario e indivisibile e perciò incompatibile con il meccanismo rappresentativo, data la summa *divisio* (fra rappresentati e rappresentanti) che esso impone alla comunità politica. Nasce da una siffatta immagine del 'popolo' il duro attacco di Rousseau alla rappresentanza politica. I soggetti sono cittadini in quanto parte inseparabile dell'io comune ed è dall'io comune-popolo sovrano che emana la volontà generale. Nessun anello di questa catena può essere eliminato senza che l'intera catena si spezzi. Né un cittadino né un popolo può spogliarsi della sovranità senza cessare di essere quello che sono. «La souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu'elle ne peut être aliénée; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la

⁹⁰ J.-J. Rousseau, *Du Contrat social; ou, Principes du droit politique*, in Id., *Œuvres complètes, III*, Gallimard, Paris 1964, I, 6.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*.

volonté ne se représente point: elle est la même, ou elle est autre; il n'y a point de milieu»⁹³.

L'insieme dei soggetti liberi ed eguali è il 'popolo' e il 'popolo' è il corpo politico, la *respublica*: la rappresentazione rousseauviana del 'popolo' e del suo rapporto con l'ordine politico è rigorosamente 'monistica'; e il 'monismo' di Rousseau, perfettamente rovesciato rispetto al monismo hobbesiano, è evidentemente contiguo al monismo spinoziano. Lo spinoziano «coetus universum hominum» è omologo al «peuple» rousseauviano, salvo che Spinoza, ma non Rousseau, impiega il termine 'democrazia' per indicare l'essenza dell'ordine politico. Né sfuggirà che esattamente spinoziana è l'affermazione che i soggetti, sono, contemporaneamente, cittadini (in quanto membri del corpo politico) e sudditi (in quanto obbedienti alle leggi del sovrano).

Rousseau non evoca la 'democrazia' a proposito del processo che conduce alla formazione del popolo come soggetto politico, limitandosi a sottolineare la sua coincidenza con la *république*, con l'ordine politico, mentre di democrazia parla in altre parti del *Contrat social*, trattando della «division des gouvernements», nel solco di una tradizione consolidata (ribadita da Rousseau anche nelle *Lettres écrites de la montagne*, del 1764, dove, difendendo l'*Émile* e il *Du Contrat social* dalla condanna emessa dal *Petit Conseil* della città di Ginevra, sottolinea che «on doit se souvenir ici que la constitution de l'État et celle du gouvernement sont deux choses très distinctes, et que je ne les ai pas confondues»⁹⁴). E sono note peraltro (né è il caso di soffermarvisi in questa sede) le riserve di Rousseau nei confronti della democrazia come forma di governo (l'unica 'democrazia' di cui Rousseau parla) e la sua opzione per ciò che egli chiama l'aristocrazia «élective» (di contro all'aristocrazia «naturelle» e «héréditaire»), perché capace di affidare il governo ai 'pochi' eccellenti⁹⁵.

⁹³ Ivi, III, 15.

⁹⁴ J.-J. Rousseau, *Lettres écrites de la montagne*, in Id., *Œuvres complètes*, III, Sixième Lettre.

⁹⁵ J.-J. Rousseau, *Du Contrat social*, cit., III, 5. Cfr. J. P. McCormick, *Rousseau's Rome and the Repudiation of Populist Republicanism*, in «Critical Review of International Social and Political Philosophy», 10, 1, 2007, pp. 3-27. È un singolare paradosso che l'onore e l'onere di annunciare ai moderni la democrazia siano stati attribuiti (per lungo tempo e insistentemente) a un autore – a Rousseau – e a un'opera – il *Contratto sociale* – che hanno manifestato una precisa e inequivocabile presa di distanza nei confronti della 'democrazia'. In realtà, il paradosso è collegato alla sottovalutazione di una distinzione che ci è ormai familiare: la distinzione fra 'forma di Stato' e 'forma di governo'. È nella rappresentazione del fondamento dell'ordine politico come tale

Tentiamo allora di tracciare un rapido bilancio della rappresentazione del 'popolo' offerta dalle 'varianti' del contrattualismo giusnaturalistico offerte da Hobbes, Spinoza, Locke e Rousseau. Pur diversissime fra loro, le quattro declinazioni del medesimo paradigma convergono nel rifiuto di un assunto 'tradizionale': che l'ordine sia la 'naturale' e gerarchica disposizione di alcune parti componenti e che al suo interno si apra una dialettica fra i 'molti' e i 'pochi' che rileva per la complessiva strutturazione dell'ordine stesso; che insomma il popolo, come momento di un ordine già dato e come entità intrinsecamente strutturata, sia un popolo, per così dire, 'costituito'.

Il contrattualismo giusnaturalistico spezza questa immagine consolidata: da un lato, l'ordine non è 'dato', ma è 'costruito'; dall'altro lato, il 'popolo' è definito senza far capo alla distinzione-contrapposizione fra i 'pochi' e i 'molti': il 'popolo' coincide con 'tutti' i soggetti. Ed è appunto la moltitudine di tutti gli individui (assunti come in origine liberi ed eguali) a proporsi come il motore del processo, la forza determinante per l'instaurazione dell'ordine politico.

Certo, non era mancata – in diversi tornanti di una lunghissima tradizione – l'attribuzione al 'popolo' di una funzione legittimante nei confronti del sovrano: basti pensare alla tradizione monarcomaca e al modello del 'patto' (del 'popolo eletto' con Dio e di ogni popolo con il proprio reggitore), che, da un lato, legittima il monarca e, dall'altro lato, lo limita e lo vincola. Era assente però l'idea di un 'insieme' di soggetti (un 'insieme' di 'tutti' i soggetti) capace non già di entrare in rapporto con entità già esistenti, ma di sprigionare collettivamente, collegialmente, un'energia decisionale che conduce alla creazione *ex nihilo* della *respublica*.

Potremmo allora dire, con una formula forse troppo facile e cor-riva: dal 'popolo costituito' al 'popolo costituente'; da un popolo già dato e strutturato a una moltitudine di soggetti 'eguali' che si costituisce come 'popolo' nel momento in cui instaura l'ordine politico. Occorre però evitare possibili equivoci. Connotare come 'costituente' il 'popolo' riflesso nello specchio del paradigma giusnaturalistico (nelle sue molteplici varianti) può servire soltanto a sottolineare plasticamente la rottura della tradizione e l'avvento di una nuova immagine: l'immagine di una moltitudine di individui che con una 'decisione' concorde introduce una nuova scansione temporale, segna un 'prima' e un 'dopo' e in quel 'dopo' colloca un ordine da loro

che il 'popolo' rousseauviano entra primariamente in gioco, così come era accaduto nella riflessione di Hobbes, di Spinoza, di Locke.

stessi creato. Al contempo, tuttavia, dobbiamo guardarci dal rischio che il termine 'costituente' susciti anacronistiche associazioni con il 'processo costituente' familiare all'odierna costituzionalistica. Non è un 'disegno costituente' a essere tracciato da Spinoza o da Rousseau: è, insieme, qualcosa di meno e qualcosa di più; è una riflessione radicale sulle condizioni di possibilità e sulle caratteristiche essenziali dell'ordine politico come tale, che però non scende sul terreno della costruzione effettiva di un ordinamento precisamente 'localizzato'.

6. *Dal 'popolo costituito' al 'popolo costituente': le rivoluzioni di fine Settecento*

Nel contrattualismo giusnaturalistico gli individui liberi ed eguali decidono di organizzarsi politicamente. A rigore, non tanto è il 'popolo' a divenire 'costituente', quanto sono gli individui a 'costituirsi' come 'popolo'. È soprattutto negli schemi 'monistici' di Spinoza e di Rousseau che il 'farsi popolo' degli individui coincide con l'instaurazione dell'ordine politico, dal momento che gli individui *sono la respublica*, detenendo collegialmente, senza filtri, la sovranità. Ciò, a rigore, vale anche per Locke: sono i soggetti che 'si costituiscono' come 'popolo' e detengono il potere supremo. È però anche vero che lo schema lockiano, nel suo effettivo svolgimento, ha un'impronta 'dualistica', imperniandosi sull'accordo fiduciario che il popolo pattuisce con il sovrano, e ciò in qualche misura agevola la tematizzazione di un soggetto collettivo – il 'popolo' – che provvede alla messa in forma dell'organizzazione politica. E conviene anche sottolineare che il 'popolo' lockiano ha una dimensione soltanto 'costituente', dal momento che non è chiamato a intervenire sull'esercizio 'normale' dei poteri pubblici e non può tornare a esercitare il suo potere finché non si presenti una situazione analoga alla situazione originaria (come avviene quando il governo violi il patto o comunque si dissolva⁹⁶).

L'influenza del *Trattato* lockiano sulle successive generazioni è notevole. Delle dottrine di Locke si alimenta una tradizione che riprende i suoi temi di fondo per svilupparli e accentuarne la radicalità: dalle *Cato's letters* (redatte nei primi anni Venti da John Trenchard e Thomas Gordon⁹⁷) alla pubblicistica degli anni Sessanta e Settanta del Settecento (si pensi a Richard Price, a Joseph Priestley, a James

⁹⁶ J. Locke, *The Second Treatise*, cit., XIII, 149.

⁹⁷ Cfr. M.P. McMahon, *The Radical Whigs, John Trenchard and Thomas Gordon: Libertarian Loyalists to the New House of Hanover*, Lanham, University Press of America, 1990.

Burgh⁹⁸), si moltiplicano gli interventi che non solo riprendono il tema lockiano del 'popolo' e della sua funzione costituente, ma anche ne accentuano il ruolo e si interrogano sul suo rapporto con i poteri 'costituiti' (e innanzitutto con il Parlamento)⁹⁹. È una tradizione discorsiva che percorre l'Inghilterra del Settecento, raggiunge le colonie inglesi in America e contribuisce al processo di *nation-building* e di *state-building* che le vede protagoniste¹⁰⁰.

Inizia, di là dall'Atlantico, un processo di cui (ancora una volta) non potrò dar conto e a cui guarderò per segnalare soltanto due passaggi storico-concettuali: in primo luogo, alcune novità nell'uso del termine 'popolo'; in secondo luogo, l'esigenza di rendere in qualche modo compatibile l'eguaglianza dei 'tutti' che compongono il 'popolo' con la rilevazione delle persistenti differenze fra i membri di questo unitario 'soggetto collettivo'.

6.1. *Il 'popolo' come soggetto costituente*

È appena il caso di ricordare l'importanza del 'popolo' nell'America del secondo Settecento. Uno dei miti fondativi della rivoluzione americana è l'idea di un 'popolo' che, assunto come il fondamento e l'arbitro dell'ordine politico, plasma il complessivo assetto dei poteri. Certo, il fatto che il 'popolo' sia assunto come l'elemento propulsore del nuovo ordine costituzionale non significa che il suo significato sia per tutti chiaro e univoco. Al contrario, proprio il rapporto fra il 'popolo' e le istituzioni è uno dei temi più dibattuti nell'ambito del processo costituente e si presta a tracciare precise linee divisorie all'interno dei padri fondatori: da una parte, Jefferson e più in generale gli antifederalisti, sensibili all'influsso del radicalismo *whig* e sostenitori del primato assoluto del popolo, investito del potere di cambiare *ad libitum* la costituzione senza sentirsi vincolato all'impegno

⁹⁸ Cfr. H.T. Dickinson, *The Politics of the People in Eighteenth-Century Britain*, London, Macmillan, 1995; L. Ward, *The Politics of Liberty in England and Revolutionary America*, New York, Cambridge University Press, 2004.

⁹⁹ Cfr. B. Casalini, *Nei limiti del compasso. Locke e le origini della cultura politica e costituzionale americana*, Milano, Mimesis, 2002.

¹⁰⁰ Sulla valutazione dell'influenza di Locke o piuttosto della 'tradizione repubblicana' sulla cultura dei costituenti americani si è aperto un intenso dibattito, non ricostruibile in questa sede. Conviene semmai sottolineare la tendenza, prevalente in anni più recenti, a sostenere che la cultura dei *framers* tenda ad appropriarsi di tradizioni diverse riformulandole in un discorso nuovo e unitario. Cfr. A. Gibson, *Ancients, Moderns and Americans: The Republicanism-Liberalism Debate Revisited*, in «History of Political Thought», 21, 2000, pp. 261-80; Id., *Understanding the Founding. The Crucial Questions*, Lawrence (Kansas), University Press of Kansas, 2007.

assunto dalle passate generazioni (come sostenuto vigorosamente anche da Paine); dall'altro lato, i federalisti e Madison che sottolineano la necessità di un equilibrio o bilanciamento fra la sovranità del popolo e l'assetto istituzionale allo scopo di garantire una stabilità altrimenti precaria¹⁰¹.

Le diversità di accento sono indubbie, ma prevalgono, in ultima istanza, le convergenze sui valori di fondo, sulle prospettive teoriche e sullo slancio progettuale. Valgono per tutti, in particolare, il nuovo senso e la nuova funzione che il concetto di 'popolo' viene assumendo entro un processo che ha come posta in gioco la costruzione tanto di una nuova identità collettiva quanto di un inedito assetto politico-istituzionale.

Certo, resta importante il collegamento con il concetto di 'popolo' impiegato da Locke ed accolto e sviluppato dai *radical whigs*. Il lascito lockiano però è un rivolo che rifluisce (insieme a numerosi altri, fra i quali spicca la cosiddetta 'tradizione repubblicana'¹⁰²) in un fiume che confonde le acque e le convoglia verso lo sbocco auspicato: la costruzione di un nuovo ordine politico. È l'urgenza di un effettivo processo costituente a imporre al 'popolo' uno slittamento semantico: non tanto attribuendo nuove e sorprendenti valenze al 'popolo' della tradizione lockiana, quanto cambiando radicalmente lo scenario entro il quale il 'popolo' agisce. È in questo nuovo scenario, in questo nuovo contesto che il 'popolo', attratto nel vortice di un effettivo processo di *state-building*, assume una precisa valenza 'costituente'.

Il 'popolo' non rinvia al 'contratto originario', ma evoca corpi politici localizzati e diviene il simbolo di legittimazione di assemblee chiamate a tracciare le linee portanti di un nuovo Stato. È quanto avviene nei 'congressi provinciali' che i «revolutionary Americans plainly thought [...] as extraordinary political bodies»¹⁰³: non generici corpi legislativi, ma assemblee chiamate al nuovo ed esclusivo compito di redigere una costituzione¹⁰⁴. E ciò che vale per i singoli

¹⁰¹ Cfr. ad es. S. Kernell, *James Madison: The Theory and Practice of Republican Government*, Stanford, CA, Stanford University Press, 2003; A. Lechenet, *Jefferson-Madison: un débat sur la République*, Paris, P.U.F., 2003.

¹⁰² Né si dimentichi, sullo sfondo, le assonanze religiose veicolate dall'immagine del 'popolo eletto' della tradizione calvinista. Sul punto, cfr. T. Bonazzi (a cura di), *La rivoluzione americana*, Bologna, il Mulino, 1986.

¹⁰³ M.W. Kruman, *Between Authority and Liberty. State Constitution Making in Revolutionary America*, Chapel Hill-London, The University of North Carolina Press, 1997.

¹⁰⁴ È diffusa la tesi che nel Massachusetts, che vara la costituzione nel 1780, emerga con particolare chiarezza la distinzione fra 'legge' e 'costituzione'. Sulla costituzione

Stati può essere esteso all'intero processo di formazione del nuovo ordinamento: un processo diversificato e anche conflittuale, ma sostanzialmente concorde nel fare del 'popolo' un concetto indispensabile per la rappresentazione e per la legittimazione di vere e proprie assemblee costituenti.

Per tutti, dunque, il 'popolo' è il *deus ex machina* del *nation-building*; un 'popolo' che, pur dopo la sua discesa dall'empireo delle 'origini' ipotizzate dalla narrazione giusnaturalistica al basso mondo dei processi politici, mantiene due caratteristiche essenziali: da un lato, l'energia 'fondante', e, dall'altro lato, la sua coincidenza con una moltitudine di individui tendenzialmente eguali. Se la prima caratteristica è una risorsa preziosa nello svolgimento del processo costituente, la seconda sembra trovare una corrispondenza (almeno tendenziale o ideale) con la condizione storico-sociale della popolazione (la popolazione bianca, ovviamente) del Nord-America, dove era sconosciuta quell'organizzazione cetuale della società ancora dominante nell'Europa continentale. Non esisteva nel Nord-America un'aristocrazia ereditaria, tanto che non aveva varcato l'oceano quella logica delle differenze e della deferenza ancora così importante nella pur dinamica Gran Bretagna settecentesca. Il 'popolo' americano sembra quindi condividere una qualche 'aria di famiglia' con quella moltitudine di individui eguali che il giusnaturalismo aveva contrapposto al 'popolo' gerarchico e strutturato evocato dalla dottrina del 'governo misto'.

La condizione della Francia prerivoluzionaria è invece radicalmente diversa. Se il 'popolo' americano può ricordare (approssimativamente, tendenzialmente) una moltitudine di 'eguali', il 'popolo' francese rinvia a una società tipicamente cetuale (gerarchica, diseguale): che si avvicina rapidamente all'acme della sua crisi, in una situazione incandescente e aperta alle soluzioni più diverse. Sembrava avvicinarsi la concreta possibilità di un'alternativa e si rendeva indispensabile dare un volto e un nome a un 'soggetto collettivo' cui attribuire il potere di trasformare o rifondare l'ordinamento; e il 'popolo' sembrava una buona carta da giocare in questa partita.

Non bastava però invocare il 'popolo'. Nella Francia prerivoluzionaria (in quella Francia che presto sarebbe stata chiamata di 'antico regime'), il 'popolo' infatti era non un 'tutto', ma una 'parte'; non indicava una moltitudine di soggetti 'eguali', ma rinviava alla dialet-

tica dei 'molti' e dei 'pochi' entro un'unitaria e gerarchica comunità politica. Non bastava allora attribuire il potere 'costituente' al 'popolo', ma occorreva anche ridefinirne il significato. Ed è proprio la lucidità con la quale questi due obiettivi vengono congiuntamente perseguiti a rendere 'esemplari' due saggi redatti da Joseph-Emmanuel Sieyès alla vigilia della rivoluzione: l'*Essai sur les privilèges*, del 1788, e *Qu'est-ce que le Tiers-État?*, degli inizi del 1789.

Per Sieyès, il popolo deve essere ripensato contestando la legittimità di una gerarchia fondata sulla contrapposizione fra i 'pochi' e i 'molti'. I 'pochi' presentano il loro cetto come «un ordre à part, une nation choisie dans la nation», mentre ritengono che i 'molti', il 'popolo', siano «un assemblage de *gens de rien*, une classe d'hommes créée tout exprès pour servir»¹⁰⁵. In realtà, è la logica stessa dei 'pochi' e dei 'molti' a dover essere considerata l'espressione di una patente violazione del principio di eguaglianza e a risultare incompatibile con «la fin suprême de toute société politique»¹⁰⁶. Occorre un radicale cambiamento di prospettiva: occorre pensare il 'popolo' non più come una 'parte', ma come una totalità e sostenere che sono i venticinque milioni di francesi – il Terzo Stato – a rendere possibile, grazie alle loro competenze, capacità, energie produttive e intellettuali, l'esistenza stessa della società, di contro ai duecentomila 'privilegiati' socialmente inutili, se non dannosi. Senza «l'Ordre privilégié, la Nation ne serait pas quelque chose de moins, mais quelque chose de plus». Il Terzo Stato – il popolo, i 'molti' – non sono una parte: sono già il tutto, «mais un tout entravé et opprimé. Que serait-il sans l'Ordre privilégié? tout, mais un tout libre et florissant»¹⁰⁷.

È a partire da questa radicale trasformazione degli equilibri sociopolitici esistenti che occorre ripensare la comunità politica: la 'nazione'. 'Nazione' era un termine ampiamente circolante nella letteratura francese sei-settecentesca e stava a indicare una società organizzata per ceti, strutturata gerarchicamente e culminante nel re, vertice e sigillo dell'ordine complessivo¹⁰⁸. Sieyès conserva il termine, ma ne sovverte il contenuto. Se il 'popolo' indica non più i 'molti',

¹⁰⁵ J.-E. Sieyès, *Essai sur les privilèges* (1788), Paris, Corréard, 1822, p. 13.

¹⁰⁶ Ivi, p. 8.

¹⁰⁷ J.-E. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers-État?* (1789), Paris, Corréard, 1822, p. 35.

¹⁰⁸ Cfr. E. Fehrenbach, *Nation*, in *Handbuch politisch-sozialer Grundbegriffe in Frankreich 1680-1820*, Hef 7, München, Oldenbourg, 1986, pp. 75-107; D. A. Bell, *The Cult of the Nation in France. Inventing Nationalism, 1680-1800*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2001.

ma i 'tutti', la nazione deve essere ridefinita attraverso un doppio movimento, di esclusione e di inclusione: di esclusione dei soggetti giuridicamente privilegiati e di inclusione dei soggetti giuridicamente eguali (i membri del Terzo Stato). La nazione coinciderà dunque con il Terzo Stato (con il 'popolo').

È la nazione (il 'popolo' che riunisce tutti gli individui giuridicamente eguali) a poter essere assunta come il fondamento dell'ordine. Come attribuire a un soggetto collettivo così ridefinito un vero e proprio potere costituente? Per giungere a questo risultato Sieyès ricorre allo schema contrattualistico: allo schema che i giusnaturalisti (a partire da Hobbes) avevano costantemente impiegato per dar conto dell'origine e del fondamento dell'ordine politico-giuridico. Lo schema contrattualistico però, che in Hobbes aveva una valenza squisitamente teorica, nelle mani di Sieyès diviene la pedina di una partita costituente. Se sono gli individui eguali che contrattualmente fondano l'ordine politico, questi individui, nella Francia del 1789, sono i francesi giuridicamente eguali, i membri della nazione; e la nazione è l'ente collettivo (l'unico ente immaginabile) cui spetti il potere di darsi, come meglio crede, un ordinamento. L'assemblea degli Stati generali, ancora espressione dei ceti e delle gerarchie, del privilegio e della disuguaglianza, deve essere trasformata nella nazione degli eguali. È la nazione così intesa il titolare del potere costituente; un potere che essa eserciterà senza limiti, libera dagli impacci del passato, sovrana nel costruire il proprio futuro¹⁰⁹.

Decolla in Francia, come prima in America, un vero e proprio processo costituente, che trova nel 'popolo' un potente simbolo di legittimazione¹¹⁰. I due processi costituenti sono, per molti aspetti,

¹⁰⁹ Cfr. P. Pasquino, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, O. Jacob, 1998; E. Sommerer, *Le contractualisme révolutionnaire de Sieyès. Formation de la nation et prédétermination du pouvoir constituant*, in «Revue Française d'Histoire des Idées Politiques», 33, 1, 2011, pp. 5-25; N. von Eggers, *Towards a Materialist Conception of Constituent Power: Reinterpreting the Constitutional Theory of Sieyès*, in «History of Political Thought», XXXIX, 2, 2018, pp. 325-56.

¹¹⁰ Sul concetto e sulla storia del 'potere costituente' cfr. A. Negri, *Il potere costituente: saggio sulle alternative del moderno*, Varese, SugarCo, 1992; L. Jaume, *Il potere costituente in Francia dal 1789 a De Gaulle*, in P. Pombeni (a cura di), *Potere costituente e riforme costituzionali*, Bologna, il Mulino, 1992, pp. 33-51; Maurizio Fioravanti, *Potere costituente e diritto pubblico*, in Id., *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 220 ss.; E.-W. Böckenförde, *Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale*, in *Il futuro della costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther, Torino, Einaudi, 1996, pp. 231-252; L. Compagna, *Gli opposti sentieri del costituzionalismo*, Bologna, il Mulino, 1998, pp. 45 ss.; A. Kalyvas, *Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power*,

diversi e tuttavia il loro impiego del termine 'popolo' presenta significative affinità: in entrambi i casi, il contrattualismo giusnaturalistico è un modello teorico influente sull'attribuzione al 'popolo' di un ruolo costituente; in entrambi i casi, il 'popolo' discende dal cielo della teoria al terreno della prassi; e infine, in America come in Francia, l'immagine del 'popolo' costituente evoca non già una totalità strutturata, ma una moltitudine di individui giuridicamente eguali.

6.2. *Il 'popolo' degli 'eguali' e la rappresentanza delle 'differenze'*

Il popolo costituente, in America e in Francia, è un insieme di soggetti eguali, ma sarebbe un eccesso di ingenuità attendersi che il tema delle differenze, che sorreggeva l'intera visione *ancien régime* dell'ordine sociopolitico, perdesse ogni rilevanza nel nuovo scenario. Nella cornice della dottrina del 'governo misto' il problema, per così dire, era risolto prima di essere impostato: esistevano l' 'alto' e il 'basso', i 'pochi' e i 'molti', una precisa strutturazione del comando e dell'obbedienza. Se però il soggetto costituente e il perno dell'ordine politico è il 'popolo', un insieme di individui giuridicamente eguali, in che modo selezionare, all'interno di una moltitudine indifferenziata, una classe di *'aristoi'* chiamati a esercitare il comando?

Per rispondere a questa formidabile domanda la pubblicistica rivoluzionaria (in America, prima ancora che in Francia) si è affaticata su due temi distinti, ma connessi: il confronto fra la repubblica degli antichi e la repubblica dei moderni e la rappresentanza. Un testo 'esemplare' cui a questo proposito è possibile ricorrere è una celebre riflessione di James Madison, svolta nel saggio n. 10 del «Federalist».

Per Madison, nel momento in cui è in corso l'edificazione di una nuova repubblica, conviene considerare le caratteristiche delle repubbliche antiche, per non ripetere gli errori che le hanno condannate all'instabilità e al collasso. Il loro difetto capitale è ciò che Paine chiamava la «simple democracy»: «the mass of the people met and enacted laws (grammatically speaking) in the first person»¹¹¹; e la radice di un siffatto errore è, per Madison, un'interpretazione erronea dell'eguaglianza che non tiene conto delle differenze fra i

in «Constellations», 12, 2, 2005, pp. 223-244; M. Loughlin, *The concept of constituent power*, in «European Journal of Political Theory», 2014, 13, 2, pp. 218-237; J.I. Colón-Ríos, *Rousseau, Theorist of Constituent Power*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 36, 4, 2016, pp. 885-908.

¹¹¹ T. Paine, *The Rights of Man*, in Ph. S. Foner (ed.), *The Complete Writings of Thomas Paine*, New York, The Citadel Press, 1945, p. 369. Cfr. T. Casadei, *Tra ponti e rivoluzioni. Diritti, costituzioni, cittadinanza in Thomas Paine*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 98 ss.

cittadini «in their possessions, their opinions, and their passions»¹¹². Sono queste differenze – e in particolare la differenza fra proprietari e non proprietari – che rendono le «fazioni» inevitabili, ma pericolose per la repubblica. Il pericolo è tanto maggiore quanto più la repubblica è vicina ai cittadini o tende a coincidere con essi, come avveniva nella democrazia antica. La repubblica dei moderni però ha due caratteristiche che possono salvarla: le dimensioni e la rappresentanza. Già le grandi dimensioni del moderno Stato, aumentando la distanza fra il governo e i soggetti, sono un elemento a favore della sua stabilità. Decisiva è però l'adozione del meccanismo rappresentativo.

Per Madison, come per Paine, la rappresentanza è la grande invenzione della modernità: è la rappresentanza che permette di valorizzare il contributo attivo di tutti i cittadini, ma al contempo di affidare il governo ai 'migliori'. Paine fa uso di una metafora per descrivere l'efficacia del governo rappresentativo nel ricondurre a se stesso tutta la società: la metafora del centro e del cerchio. Il corpo politico può essere pensato come una figura iscritta in un cerchio che ha un centro dove tutti i raggi si incontrano; e questo centro è la rappresentanza¹¹³.

È la rappresentanza che mette al riparo il governo dai conflitti e dall'instabilità che le differenze persistenti all'interno del 'popolo' non possono non provocare. Ed è la rappresentanza lo strumento che deve rispondere a un'esigenza che i costituenti ritengono irrinunciabile: la selezione dei migliori.

Tenere insieme nell'unità della *respublica* i 'pochi' e i 'molti': era questo il grande merito che John Adams continuava ad attribuire al 'governo misto'. Quando i 'molti' divengono i 'tutti', l'individuazione degli *aristoi* diviene più problematica, ma non per questo cessa di essere indispensabile. Il problema è capire come i pochi 'eccellenti' possano emergere da una moltitudine indifferenziata di individui. Nel suo lungo e intenso scambio di opinioni con Jefferson, Adams, nella lettera del 2 settembre 1813, formula la domanda e suggerisce una risposta: «Now, my Friend, who are the aristoi? Philosophy may answer "The Wise and Good". But the World, Mankind, have

¹¹² Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The Federalist, with Letters of "Brutus"*, ed. Terence Ball, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 102.

¹¹³ T. Paine, *The Rights of Man*, cit., p. 372. Un'interessante analisi della metafora del cerchio e del centro in Sieyès e nella cultura della rivoluzione è offerta da P. Violante, *Lo spazio della rappresentanza. Francia 1788-1789*, Roma, XL Ed., II ed., 2008, pp. 164 ss.

by their practice always answered, "the rich the beautiful and well born"¹¹⁴. Per Adams non è importante interrogarsi sulla fonte del potere dei pochi collocati in una posizione di supremazia. Quale che sia la radice dell'eccellenza dei 'pochi', degli *aristoi* (il merito o più probabilmente la ricchezza e la famiglia di appartenenza), ciò che conta è che essi siano in grado di influenzare i 'molti', determinarne la condotta e ottenerne il consenso. Jefferson, di contro, distingue fra un'aristocrazia 'artificiale', fondata sulla condizione sociale, e un'aristocrazia 'naturale', fondata sui meriti¹¹⁵.

Il dissenso fra i due 'padri fondatori' è netto, ma per entrambi è essenziale capire in che modo, nel nuovo ambiente istituzionale, possa essere individuato un gruppo di 'eccellenti' chiamati al governo dei 'molti'. Appare largamente condiviso, almeno all'interno del gruppo dei 'federalisti', l'assunto che il dispositivo della rappresentanza permetta di conciliare le ragioni dei 'molti' e i meriti dei 'pochi' facendo sì che i 'molti' designino e i 'pochi' governino¹¹⁶.

Se cerchiamo, in Francia, una testimonianza 'esemplare' a sostegno di un'analogha prospettiva, la possiamo trovare (ancora una volta) in Sieyès¹¹⁷. Anche Sieyès insiste su alcuni punti fermi. In primo luogo, la rappresentanza garantisce ai cittadini i loro originari diritti-poteri, ma impone che il loro esercizio sia affidato ad altri sulla base di un rapporto fiduciario, introducendo quindi una distanza e una differenza netta fra i governanti e i governati (di contro alla repubblica degli antichi, caratterizzata dalla partecipazione immediata dei cittadini al governo della polis)¹¹⁸.

In secondo luogo, la rappresentanza non è un canale di trasmissione della volontà dei rappresentati. Sieyès respinge nettamente lo strumento del mandato imperativo¹¹⁹ facendo propria la prospettiva

¹¹⁴ From John Adams to Thomas Jefferson, 2 September 1813, Founders Online, National Archives, <https://founders.archives.gov/documents/Adams/99-02-02-6144>.

¹¹⁵ Cfr. J.R.A. Ryerson, *John Adams's Republic: The One, the Few, and the Many*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2016.

¹¹⁶ Cfr. ad es. J. Turner Main, *The Antifederalists: Critics of the Constitution 1781-1788*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 2004.

¹¹⁷ Una puntuale analisi complessiva in M. Goldoni, *La dottrina costituzionale di Sieyès*, Firenze, Firenze University Press, 2009.

¹¹⁸ J.-E. Sieyès, *Discours sur l'organisation du pouvoir législatif et la sanction royale, 7 septembre 1789, Assemblée nationale constituante*, in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860, Assemblée nationale constituante. Du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789*, Paris, Dupont, 1875-1889, pp. 592-97.

¹¹⁹ Una brillante ricognizione del tema del 'mandato imperativo' in Marco Fioravanti, *Controllare il potere. Il mandato imperato e la revoca degli eletti (XVIII-XX*

formulata da Burke nel suo famoso discorso agli elettori di Bristol¹²⁰: la scelta del rappresentante è un atto che, nel momento in cui designa l'eletto, colloca fuori scena, estromette dal gioco politico attivo, l'elettore. Se la volontà dei rappresentati determinasse le decisioni dei rappresentanti, la forma di regime cambierebbe: finiremmo nella democrazia; avremmo non già un «*état représentatif*», ma un «*état démocratique*». I cittadini, quando scelgono un rappresentante, non nominano un emissario delle proprie volontà: semplicemente ripongono la propria fiducia in alcuni individui, nella convinzione che essi siano «*bien plus capables qu'eux-mêmes de connaître l'intérêt général, et d'interpréter à cet égard leur propre volonté*»¹²¹. I rappresentanti interpretano l'interesse generale al posto degli elettori (e meglio di quanto gli elettori non possano fare). Una regola basilare della società moderna è infatti (per Sieyès, al seguito di Adam Smith) la divisione del lavoro, che impone la differenziazione delle funzioni e delle competenze. I cittadini 'eguali' scelgono e i 'pochi' competenti governano.

Siamo lontani dalle dottrine del 'governo misto', ma sono ancora percepibili antiche convinzioni e persistenti timori: la convinzione (che era stata di Aristotele, come di Marsilio da Padova e poi di Machiavelli) secondo la quale il popolo è capace non tanto di governare in proprio, quanto di capire chi siano i migliori cui affidare il governo; e il timore che l'identificazione del 'popolo' con l'insieme di 'tutti' i soggetti oscuri le differenze che continuano a separare i 'pochi' eccellenti dai 'molti' privi di 'qualità' e comprometta la possibilità di affidare il governo agli *aristoi*.

Il 'governo misto' sta rapidamente uscendo di scena, il 'popolo-molti' si è risolto nel 'popolo-tutti' e il 'popolo costituito' sta cedendo il posto al 'popolo costituente' e tuttavia, anche nel nuovo scenario, il dispositivo della rappresentanza viene valorizzato non soltanto per gettare un ponte fra governanti e governati, ma anche per sancire (pur nel quadro di simboli di legittimazione profondamente diversi) l'insuperabile distanza fra i 'molti' e i 'pochi'.

secolo), Roma, Viella, 2020 (su Sieyès, pp. 100 ss.). Cfr. anche la puntuale analisi di N. Urbinati, *Representative Democracy. Principles and Genealogy*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 2007, pp. 90 ss.

¹²⁰ E. Burke, *Speech to the Electors of Bristol* (3 Nov. 1774), in *The Works of the Right Honourable Edmund Burke*, London, Bohn, 1854-56, vol 1, pp. 446-48.

¹²¹ J.-E. Sieyès, *Discours sur l'organisation du pouvoir législatif*, cit., p. 594.

7. *Cenni conclusivi*

Con le rivoluzioni di fine Settecento l'immagine del 'popolo costituente' emerge con prorompente energia. Sarebbe però un'indebita semplificazione descrivere il passaggio dal 'popolo costituito' al 'popolo costituente' come una linea semplice e netta. A mostrare l'inadeguatezza dell'immagine della 'linea' basta anche un rapido accenno a una visione dell'ordine politico e della sua genesi che traeva alimento e stimolo proprio dalla sua contrapposizione frontale all'idea del 'popolo costituente': è la visione che Edmund Burke (nelle sue *Reflections on the Revolution in France*, del 1790) elabora riflettendo criticamente sugli eventi rivoluzionari e polemizzando con Richard Price (e con i *radical whigs* suoi compatrioti) che della rivoluzione e dei 'diritti dell'Uomo' celebravano i meriti.

Il bersaglio principale delle *Reflections* è l'idea di una costituzione creata da un soggetto collettivo, da quel popolo-nazione cui Sieyès aveva attribuito un potere esente da freni e da vincoli: «de quelque manière qu'une Nation veuille, il suffit qu'elle veuille; toutes les formes sont bonnes, et sa volonté est toujours la loi suprême»¹²². È proprio questa la tesi che Burke contesta: che un popolo possa darsi un ordinamento con una decisione libera e irresponsabile nei confronti del passato.

Per Burke, l'ordine politico non può riposare su un mero atto di volontà: «The very idea of the fabrication of a new government is enough to fill us with disgust and horror»¹²³. La costituzione, lungi dall'essere il risultato di una decisione, è un lascito delle precedenti generazioni, una «entailed inheritance»¹²⁴. Dobbiamo accogliere con gratitudine il dono che ci giunge dal passato. Possiamo introdurre le modifiche che si rendano volta a volta necessarie, ma dobbiamo operare «upon the principle of reverence to antiquity»¹²⁵.

La più eloquente dimostrazione di questo assunto è offerta per Burke dalla storia inglese: una storia che egli interpreta come un processo che, a partire dalla *Magna Charta*, attua i valori incorporati nel *Common law* e ne sviluppa la logica intrinseca (la ragione 'artificiale' – come la aveva chiamata Coke – messa a punto dai giuristi

¹²² J.-E. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers-État?*, cit., p. 85.

¹²³ E. Burke, *Reflections on the Revolution in France*, New Haven-London, Yale University Press, 2003, p. 27

¹²⁴ Ivi, p. 29.

¹²⁵ Ivi, p. 27.

e dai giudici). La stessa *Glorious Revolution* era stata non già la precoce espressione di un popolo 'che decide', come volevano i *radical whigs*, bensì la riaffermazione della tradizione costituzionale contro episodiche deviazioni 'assolutistiche'.

Burke sta illustrando, nel vortice delle rivoluzioni di fine Settecento, una prospettiva che, negli ultimi due secoli della storia inglese (da Coke a Hale), si era imperniata sull'idea (e sul mito) della 'ancient constitution'¹²⁶: l'idea di una struttura giuridica 'profonda', sostenuta e sviluppata dalla consuetudine e dalla prassi giudiziale, dalla quale derivavano i 'diritti degli Inglesi'¹²⁷. Ciò che è avvenuto in Inghilterra ha però per Burke un'importanza non già meramente 'locale', ma emblematica: indica le caratteristiche essenziali di uno sviluppo costituzionale rispettoso della natura umana e della sua complessità. Alla costituzione come continuità, sviluppo graduale, rispetto del passato si contrappone il 'modello francese': ai suoi sostenitori è vano parlare «of the practice of their ancestors, the fundamental laws of their country, the fixed form of a constitution». Convinti che il 'popolo-nazione' e la sua 'assemblea costituente' possiedano un potere assoluto e illimitato (Sieyès *docet*), «they have wrought under-ground a mine that will blow up, at one grand explosion, all examples of antiquity, all precedents, charters, and acts of parliament»¹²⁸.

L'idea stessa di un insieme di soggetti investiti del potere di costruire un nuovo edificio costituzionale è incompatibile con la logica profonda dell'esistenza umana: l'ordine politico, come la realtà tutta, è «a permanent body composed of transitory parts», una totalità che si impone ai soggetti e muta nel tempo rimanendo però se stessa «in a condition of unchangeable constancy». Dobbiamo quindi riconoscere che «in what we improve, we are never wholly new; in what we retain, we are never wholly obsolete»¹²⁹.

Spero che questi pochi cenni siano sufficienti a far intendere che, proprio nel periodo in cui l'immagine del 'popolo costituente' viene messa a punto e impiegata come un'indispensabile parola-chiave nel vivo di imponenti processi di *nation-building* e di *state-building*,

¹²⁶ Cfr. J.G.A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law: A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, Cambridge-London, Cambridge University Press, 1987.

¹²⁷ J.G.A. Pocock, *Burke and the Ancient Constitution. A Problem in the History of Ideas*, in «The Historical Journal», 3, 2, 1960, pp. 125-143.

¹²⁸ E. Burke, *Reflections*, cit., p. 49.

¹²⁹ Ivi, p. 29.

viene anche elaborata una rappresentazione dell'ordinamento che a quell'immagine intende contrapporsi: da un lato, una costituzione decisa, una costituzione voluta, un ordine creato *ex nihilo*, e, dall'altro lato, l'idea di una struttura profonda, di una costituzione che resta ferma nel tempo e muta attraverso gradualità, prudenti, mirati aggiustamenti; da un lato, la costituzione come un'invenzione incurante del passato e, dall'altro lato, la costituzione come una «entailed inheritance»; da un lato, un popolo che legge il presente alla luce di un futuro che esso stesso sta forgiando e, dall'altro lato, l'immagine di una tradizione capace di congiungere senza sforzo il passato e il futuro nell'unità di uno sviluppo inavvertitamente 'progressivo'.

La trasformazione del 'popolo costituito' in 'popolo costituente' non è dunque un processo univoco e unidirezionale, né nel suo esito né nel suo sviluppo. Due grandi cesure ne hanno segnato il plurisecolare sviluppo: la prima è stata provocata dall'adozione del paradigma giusnaturalistico, la seconda dal decollo dei processi costituenti di fine Settecento. Non siamo di fronte a fratture superficiali, a semplici aggiustamenti di un processo sostanzialmente continuo. Al contrario, il significato di 'popolo' sviluppatosi all'ombra del paradigma giusnaturalistico è talmente diverso dal significato che il medesimo lemma aveva assunto nella cornice della dottrina del 'governo misto' da rendere legittimo un dubbio radicale: se sia conveniente cioè parlare di *una* linea che, per quanto frammentata, congiunge il 'popolo' della tradizione aristotelica con il 'popolo' delle assemblee costituenti in America e in Francia. La sostituzione del 'popolo-tutti' al 'popolo-molti' è insomma un vero e proprio sconvolgimento tellurico dell'area semantica di 'popolo', al punto da far apparire problematica l'ipotesi di un itinerario storico-concettuale (tendenzialmente) unitario.

È però anche vero che, al di sotto delle clamorose fratture, è ravvisabile qualche elemento di continuità. Un elemento in particolare è riconducibile a una delle 'grandi domande' con la quale la costruzione e la rappresentazione dell'ordine politico è costretta sempre di nuovo a misurarsi: come organizzare e come legittimare la stratificazione sociale, il sistema delle differenze, la logica del comando e dell'obbedienza. A questa domanda la dottrina del 'governo misto' (con la sua gerarchica strutturazione dell'ordine e la dialettica dei 'pochi' e dei 'molti') aveva dato una risposta chiara e univoca, priva di interne tensioni o contraddizioni. Quando la logica dei 'molti' e dei 'pochi' viene estromessa dall'area semantica del 'popolo' (assunto come il 'popolo-tutti', l'insieme dei soggetti 'eguali'), il problema

delle differenze e delle deferenze, delle gerarchie e delle obbedienze viene 'rimosso', ma, lungi dall'essere risolto, torna a presentarsi con rinnovata urgenza: il 'governo misto' è finito e con esso il 'popolo-partè', ma la teoria della rappresentanza sembra riproporre, in un ambiente assai diverso, le preoccupazioni, se non le soluzioni, che quell'antica dottrina aveva espresso¹³⁰.

Se il 'popolo costituito' si offriva come lo specchio di un sistema di differenze sociopolitiche assunte come insuperabili e provvidenziali, il 'popolo costituente' espelle le differenze dal suo spettro semantico presentandosi come l'insieme di 'tutti' i soggetti. In realtà, sono proprio le 'differenze' (legate al genere, alla proprietà, al colore della pelle) che, lungi dal dissolversi, intervengono per determinare surrettiziamente chi siano i 'tutti' di cui il 'popolo' si compone¹³¹. Saranno le denunce degli effetti discriminatori delle 'differenze' (le denunce che, a partire dalle rivoluzioni di fine Settecento, si moltiplicheranno nel corso dell'Otto-Novecento) a 'retroagire' sull'area semantica del 'popolo' ridisegnandone i confini. E di determinante importanza sarà la convinzione che solo quando i 'tutti' che compongono il 'popolo' siano effettivamente 'tutti', il 'popolo' possa essere assunto come il fondamento simbolico della democrazia.

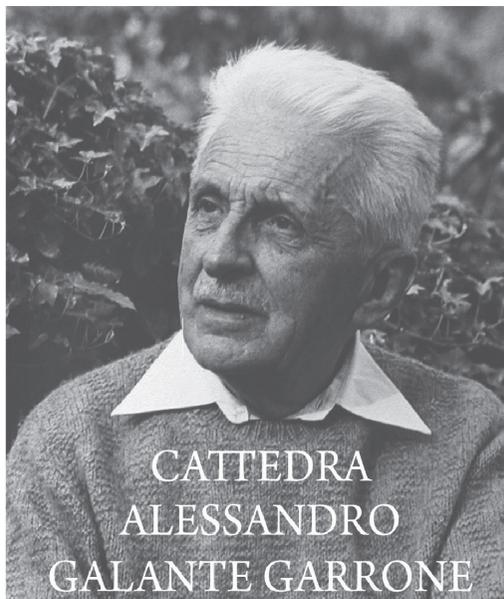
¹³⁰ È quindi comprensibile il persistente fascino del 'governo misto', cui sono sensibili, ad esempio, John Adams, Gabriel Bonnot de Mably o gli illuministi scozzesi (cfr. C. Smith, *The Scottish Enlightenment's Reflection on Mixed Government*, in «Giornale di Storia Costituzionale», 20, 2010, pp. 121-134).

¹³¹ Mi permetto di rinviare, per una più distesa argomentazione, a P. Costa, *I diritti di tutti e i diritti di alcuni. Le ambivalenze del costituzionalismo*, Modena, Mucchi, 2018.

Università degli Studi del Piemonte Orientale "A. Avogadro"

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA E
SCIENZE POLITICHE, ECONOMICHE E SOCIALI

Anno accademico 2014 - 2015



Il Corso

MARIA ROSARIA FERRARESE

*Sulla ristrutturazione della giuridicità
nel mondo globale*

2 - 5 marzo 2015

Palazzo Borsalino
Via Cavour 84

Sala seminari ISGE
Via Mondovì 6/8

Alessandria

«La storia è oggetto di una costruzione il cui luogo non è il tempo omogeneo e vuoto, ma quello pieno di “attualità”»

(W. Benjamin, *Tesi di filosofia della storia*, in *Angelus novus*)

Maria Rosaria Ferrarese, ordinaria di Sociologia del diritto all'Università di Cagliari, dal 2001 insegna alla Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione di Roma. È autrice di numerosi lavori che, negli ultimi quindici anni, hanno avuto per oggetto i cambiamenti istituzionali e giuridici indotti dal processo di globalizzazione. Tra questi, si segnalano: *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino 2000; *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino 2002; *Diritto sconfinato*, Laterza 2006; *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino 2010; *Prima lezione di diritto globale*, Laterza 2012.

*Tra globalizzazione e post-globalizzazione:
la complicata geografia del nostro tempo**

Maria Rosaria Ferrarese

1. La globalizzazione e la sua nuova geografia. – 2. Promesse neo-liberali. – 3. Promesse mancate. – 4. Post-globalizzazione e multilateralismo. – 5. La post-globalizzazione imposta dalla pandemia. – 6. Riportare indietro l'orologio della storia. Si può? – 7. Aggiustamenti necessari.

1. La globalizzazione e la sua nuova geografia

In che tempi viviamo? In quale geografia politica, istituzionale ed economica? Nell'ultimo decennio del Novecento, la globalizzazione ha impresso al mondo i caratteri di una geografia dai confini sempre più labili e aperti, che si è sovrapposta alla precedente geografia politica dei netti confini politici degli Stati, interagendo variamente con essa. La nuova geografia della globalizzazione è stata disegnata dalla combinazione di tre principali fattori.

Innanzitutto dalla pressione di grandi interessi finanziari, economici e commerciali per promuovere un ridisegno degli spazi, eliminando molti dei limiti e dei confini che la politica degli Stati aveva imposto, e inaugurare una nuova stagione all'insegna di una liberalizzazione finanziaria capace di lasciarsi alle spalle molte di quelle limitazioni. Inoltre da una straordinaria stagione di innovazioni tecnologiche prevalentemente di provenienza nordamericana, capaci di dischiudere nuovi e inediti orizzonti e di mettere in comunicazione le varie parti del mondo a costi molto bassi. Infine, la rivoluzione spaziale promossa dalla tecnologia e dalla pressione degli interessi economici e finanziari fu spinta anche da una nuova propensione degli Stati, a partire dagli Stati Uniti, a favorire un nuovo corso basato specialmente su intensi rapporti internazionali, che li vedeva nella veste di soggetti "contraenti"¹,

* Quando queste pagine sono state scritte, la guerra mossa dalla Russia all'Ucraina era ancora di là da venire. Si tratta di un evento che accelera decisamente il processo di post-globalizzazione, ma che resterà fuori da questa trattazione.

piuttosto che in quella di soggetti politici. Fiaccati finanziariamente dalla crisi degli anni '70, e fiduciosi nelle possibilità di ripresa che venivano annunciate da una incessante propaganda neo-liberale, gli Stati diventarono anzi in gran parte essi stessi i promotori di una nuova stagione di superamento dei confini, di apertura ai mercati e di cooperazione internazionale, accettando il costo di una consistente riduzione della propria identità politica e della propria "sovranità".

L'accordo tra Stati e forze del mercato trovò la sua più grande testimonianza, sotto il profilo politico, nell'affermazione di due leader come Margareth Thatcher, in Gran Bretagna nel 1979, e Ronald Reagan negli Stati Uniti nel 1981, entrambi pronti a intraprendere riforme per realizzare la formula "meno Stato e più mercato". Alle spalle di questa posizione vi erano le straordinarie prospettive di sviluppo economico annunciate dal battage neoliberale: prospettive accreditate non solo da vari *think tank*, ma anche da prestigiosi ambienti economici, soprattutto americani. Le potenti capacità del "libero mercato", affidate alla narrazione di raffinati teorici ed economisti, tenevano banco accanto a roboanti annunci di una ricchezza prossima ventura che, per le vie di un benefico *trickle-down*, ossia di un suo inesorabile scivolamento verso il basso, era in procinto di arrivare a tutti: bastava incoraggiare la crescita con un rinnovato *laissez-faire* di fine secolo, e lasciar fare ai mercati ed agli "spiriti animali" del capitalismo, entrambi troppo a lungo repressi e mortificati dai poteri politici, per avviare il miracolo di una straordinaria ripresa economica, dopo la battuta d'arresto degli anni '70.

Cresceva insomma sempre più la pressione internazionale per un forte rinnovamento non solo della tradizionale rigida geografia dei confini statali, ma anche della stessa concezione dello Stato, oltre che del complessivo modello di funzionamento del settore pubblico. «Reinventare il governo», come suggeriva un libro di successo del 1992², significava dar luogo ad un ambiente istituzionale accogliente verso le logiche del mercato, varando un «nuovo paradigma» di governo capace di sfidare il mondo delle tradizionali burocrazie, per

¹ Rimando a M. R. Ferrarese, *Le organizzazioni internazionali e gli Stati "contraenti"*, in «Rassegna italiana di sociologia», LXIV, 2, 2003.

² Si veda D. Osborne, T. Gaebler, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit Is Transforming the Public Sector*, New York, Plume, 1992 (tr. it. *Dirigere e governare. Una proposta per reinventare la pubblica amministrazione*, con prefazione di S. Cassese, Milano, Garzanti, 1995). Il titolo della versione italiana sacrifica il riferimento alla "re-invenzione", così come il richiamo allo spirito imprenditoriale che, secondo gli autori, dovrebbe conquistare il settore pubblico.

assumere modalità organizzative e modelli di azione vicini al mondo delle imprese. Così prese avvio un rimodellamento istituzionale e politico degli Stati, non solo attraverso una cura dimagrante delle strutture pubbliche, e ampi processi di privatizzazione, ma anche e soprattutto attraverso un mutato rapporto tra politica ed economia.

A ridisegnare la tradizionale geografia istituzionale basata sulle coordinate statali contribuì in maniera decisiva anche il ridisegno delle tecniche politiche attraverso il passaggio dal *government* alla *governance*: un passaggio che acquisiva via via maggiore visibilità, sia nei rapporti internazionali, con l'esaurimento del modello egemonico, che assegnava ad uno Stato il ruolo di *primus inter pares*, nel corso del '900 svolto dagli Stati Uniti³, sia all'interno dei vari Stati, a causa della crisi della democrazia di tipo rappresentativo⁴. L'avvento della *governance* annunciava una stagione in cui l'esercizio del potere pubblico avrebbe percorso nuove strade, coinvolgendo sempre più vari soggetti privati ed esponenti di settori sociali nelle proprie decisioni, con un profilo orizzontale e partecipativo, diverso rispetto a quello tradizionalmente *top-down* del *government*. Al contempo, l'affermazione della *governance*, ossia di modalità di governo più aperte e partecipate, mentre favoriva forme di collaborazione pubblico-private, implicava il venir meno di una necessaria coincidenza tra processi istituzionali e territorio statale: i processi di *governance* ri-disegnano infatti ogni volta il proprio "territorio" e il proprio "popolo", sia all'interno degli Stati, sia esorbitando i confini statali⁵.

Anche se la *governance* veniva presentata come estensione di forme di potere "orizzontale", dando a vari soggetti la possibilità di "farsi ascoltare", essa non necessariamente significava uno spostamento di poteri solo a vantaggio di gruppi e soggetti deboli (gli "have-nots")⁶. In altri termini, la *governance* era un'opportunità non solo per gruppi di cittadini e sostenitori di cause di pubblico interesse, ma anche e soprattutto per grandi gruppi di potere economico privato, che di fatto si candidavano anche a costruire alcune nuove regole a livello globale. In un mondo dominato dalla centralità dei mercati e della finanza, la capacità dei vari soggetti di "farsi ascoltare" diventava

³ J. N. Rosenau, E.-O. Czempiel, *Governance without government: order and change in world politics*, Cambridge Ma, Cambridge University Press, 1992.

⁴ M. R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2010.

⁵ M. R. Ferrarese, *Governance. Sugli effetti politici e giuridici di una "soft revolution"*, in «Politica del diritto», 2, 2014, p. 161-187.

⁶ B. Milanovic, *Chi ha e chi non ha. Storie di disuguaglianza*, Bologna, Il Mulino, 2014.

proporzionale non solo e non tanto al peso ed alla qualità delle argomentazioni, o alla forza di mobilitazione di cui disponevano, ma anche a quella “*hegemony*”, che prendeva via via il posto dell’*hegemony* di gramsciana memoria.

Le novità in ambito internazionale presero forma in vario modo. In primo luogo, si delinearono nuove misure di “diritto sconfinato”⁷, che mostravano la tendenza del diritto a superare o ad aggirare le consuete “misure” giuridiche adesive ai territori statali, per assecondare nuove dinamiche chiamate in causa dai processi di europeizzazione e di globalizzazione. Così, mentre in Europa si tentava di inaugurare la strada del diritto sovranazionale, nel tentativo di dar vita a nuovi processi di convergenza politica tra gli Stati aderenti all’Unione, il processo di globalizzazione, teso a realizzare soprattutto mercati di dimensioni mondiali, veniva accompagnato da misure giuridiche transnazionali, che superavano del tutto la dimensione politica del diritto, stabilendo raccordi giuridici di entità variabile soprattutto tra soggetti privati⁸. Anche l’extraterritorialità guadagnava nuovi spazi e nuove presenze, ponendosi come una proiezione del potere di alcuni paesi più forti, e specie degli Stati Uniti (in virtù della diffusione del dollaro come moneta internazionale, o di altri criteri di supremazia americana), in ambiti territoriali di altri Stati.

Anche nei rapporti tra Stati emersero varie e importanti novità, destinate a sconvolgere il tradizionale assetto dei rapporti internazionali. Il diritto internazionale ebbe una enorme espansione, ma anche una significativa mutazione dei suoi caratteri più tipici. L’espansione, dovuta al moltiplicarsi di organizzazioni internazionali e di accordi e trattati multilaterali, mostrava una inedita propensione ad intraprendere impegnative forme di collaborazione e di scambio tra vari Stati. Il cosiddetto multilateralismo era un tratto saliente e diventò una vera e propria “istituzione” della globalizzazione⁹. Esso cingeva sempre più gli Stati in una rete contrattuale e di scambi prevalente-

⁷ M. R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

⁸ Il concetto di «diritto transnazionale» risale a P. C. Jessup, *Transnational Law*, New Haven, Conn., Yale University Press, 1956, che sviluppa l’analisi della transnazionalità giuridica. Esso è stato analizzato ampiamente anche da P. Zumbansen, *Transnational Law, Evolving*, in J. M. Smits (a cura di), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, II ed., Cheltenham, Elgar, 2012, p. 898-925. Ampi riferimenti anche nel mio lavoro citato alla nota 7.

⁹ J. G. Ruggie, *Multilateralism: The anatomy of an institution*, in «International Organization», 46, 3, 1992.

mente di natura economica e commerciale, ma spesso rivolti anche ad altri fini. Ancor più, l'improvvisa espansione, specie negli anni '90, di una miriade di organizzazioni internazionali era una sensibile novità per gli Stati, che erano abituati a vivere la propria sovranità in una dimensione prevalentemente solitaria, frequentando tutt'al più le strade dei trattati bilaterali, senza inoltrarsi in relazioni e percorsi più impegnativi e più rischiosi per la propria condizione "sovrana". Nasceva così anche una nuova concezione del potere "globale"¹⁰.

Tutto ciò portava a sviluppi talora contraddittori rispetto all'originario DNA del diritto internazionale, che lo contrassegnava come un regno di relazioni giuridiche riservate esclusivamente agli Stati, e che vedeva nella sovranità uno dei suoi riferimenti essenziali. Con la globalizzazione, invece, il diritto internazionale, tradizionalmente legato all'idea di sovranità, inglobava anche soggetti, dinamiche e funzioni di tipo privatistico. Sempre più, anche i privati potevano partecipare alle sue dinamiche¹¹, e diventavano suoi importanti interlocutori, come avvenne ad esempio nel settore degli investimenti esteri diretti, diventato uno dei suoi settori più dinamici, non senza qualche problema sia sul piano delle scelte politiche degli Stati, sia sul piano dei diritti di alcune popolazioni¹².

Nel suo insieme, la nuova geografia istituzionale delineata dalla globalizzazione era estremamente articolata e mossa, impossibile da fissare in una fotografia, come avveniva nel passato, e metteva a dura prova le coordinate tradizionali dei sistemi giuridici moderni.

2. *Promesse neo-liberali*

Molti dei cambiamenti in corso, a partire dagli anni '80 e soprattutto dagli anni '90 del secolo scorso, a livello nazionale ed internazionale, confluivano verso un indebolimento del ruolo politico degli Stati, e rappresentavano altrettanti successi della cosiddetta ideologia neo-liberale, che ne era alla base, che prospettava una «nuova ragione del mondo»¹³: una sorta di rivoluzione economica ed antropologica a tutto campo, che scommetteva, con slogan di successo, sulla pos-

¹⁰ L. Casini, *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Bologna, Il Mulino, 2018.

¹¹ P. B. Stephan, *Privatizing International Law*, in «Virginia Law Review», 97, 7, 2011, p. 1573-1664.

¹² Si veda, tra l'altro, T. Treves, F. Seatzu, S. Trevisanut (a cura di), *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*, London, Routledge, 2015.

¹³ P. Dardot, Ch. Laval, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, Roma, Deive/Approdi, 2016.

sibilità di innescare un percorso di crescita economica e di nuovo benessere, rovesciando la crisi economica e politica degli anni '70 attraverso dinamiche di mercato. Il carattere innovativo e positivo delle argomentazioni neoliberali, che, in nome del primato dei mercati, annunciavano non solo un cambiamento nell'organizzazione politica e nell'arte del governo, ma anche il rovesciamento del rapporto pubblico/privato, nonché radicali cambiamenti in ambito sociale, non era privo di presa. Si andava insomma delineando la tendenza a comporre un nuovo tipo di equilibrio politico "dal basso", con meccanismi di aggiustamento "spontaneo", attraverso le iniziative di potenti soggetti privati, piuttosto che attraverso disegni tracciati dalla volontà politica degli Stati.

D'altra parte, le imprese acquisivano sempre più, anche grazie alla disponibilità delle nuove tecnologie informatiche, la possibilità di ridisegnare i propri spazi operativi, sottraendosi ai poteri statali, de-localizzando in toto o in parte la propria produzione in altri paesi che permettevano maggiori economie e profitti. Così il rapporto con gli Stati quasi si invertiva. Mentre le imprese conquistavano una inedita capacità di ricatto sugli Stati, questi a loro volta non solo andavano perdendo alcuni significativi poteri che avevano nel passato, soprattutto in area economica (sia poteri normativi e di controllo, sia poteri di tassazione), ed erano indotti a trasformarsi in soggetti *market-friendly*, per attrarre investimenti.

Sotto un diverso profilo, venivano annunciate magnifiche sorti di estensione della democrazia anche a livello globale. Le prospettive di estensione della democrazia all'intero mondo espresse dal cosiddetto "Washington consensus", riposavano sull'idea che essa, con opportuni incentivi e congegni, potesse essere sollecitata ed introdotta facilmente anche in paesi afflitti da scarsa tradizione democratica. Bastava promuoverla in vario modo. In primo luogo attraverso meccanismi di "condizionalità" inseriti nei trattati internazionali, o nei piani di aiuto finanziario ai paesi più poveri. Così la democrazia veniva concepita quasi come un prodotto da esportazione simile ad altri: un'idea che dimostrava, nel migliore dei casi, una profonda incomprensione delle dinamiche sociali e politiche. L'incomprensione diventava cecità nei casi in cui si arrivava a ipotizzare che persino la guerra potesse essere uno strumento con cui introdurre l'affermazione della democrazia.

Sotto il profilo sociale, le prospettive erano altrettanto rivoluzionarie e annunciavano, tra l'altro, l'avvento di uno straordinario esperimento di *social empowerment*, ossia di crescente capacità delle

persone di intraprendere nuovi modi di essere e di percepire il proprio ruolo, più affini alla configurazione economica e commerciale che il mondo andava assumendo. Tra l'altro, specialmente l'idea che "ciascuno" potesse (e dovesse) essere "imprenditore di sé stesso", fu oggetto di una insistente campagna neoliberale, in continuità con l'idea del "capitale umano". Si trattava non solo di tirar fuori dalle persone potenzialità e attitudini coerenti con lo sviluppo dei mercati mondiali, ma anche di realizzare una sorta di rivoluzione antropologica che aiutasse le persone a destreggiarsi in un ambiente sociale ed economico dominato dalla concorrenza e disseminato di incertezze e di rischi¹⁴.

Insomma, di fronte al progressivo venir meno del ventaglio di prestazioni del cosiddetto "Stato provvidenza", quale si era realizzato nell'esperienza politica dell'Europa continentale, si delineavano una nuova concezione antropologica ed una nuova strategia di "distribuzione dei rischi". Questo concetto, già al centro dell'analisi della "società del rischio" profetizzata da U. Beck¹⁵, con l'avvento del capitalismo finanziario stava assumendo tratti diversi da quelli previsti dal grande sociologo tedesco: accanto ai rischi indotti dallo stesso sviluppo scientifico e tecnologico, così presenti nel dibattito degli anni '80, si andavano delineando sempre più i rischi sociali connessi a un capitalismo che del rischio voleva fare la propria materia prima, camminando parallelamente all'indebolimento degli Stati e delle strutture di assicurazione sociale.

3. *Promesse mancate*

Sappiamo che le cose non sono poi andate esattamente come ipotizzavano gli scenari prospettati dai neoliberali. Né sotto il profilo economico, né sotto il profilo democratico, né sotto il profilo sociale. Per lo più, accadde il contrario di quanto si ipotizzava. Specialmente in campo economico, l'illusione di una facile diffusione della ricchezza attraverso i mercati globalizzati, pur favorendo alcuni paesi poveri e specialmente la Cina, non tardò a mostrare effetti negativi che deflagarono in tutta la loro crudezza nel 2008. Anzi si verificarono un enorme ed inaspettato incremento della disuguaglianza sociale

¹⁴ Specialmente Z. Bauman ha sviluppato questo tema. Dell'Autore, si vedano, ad esempio, *La società dell'incertezza*, Bologna, Il Mulino, 1999, *La solitudine del cittadino globale*, Milano, Feltrinelli, 2000 e *Paura liquida*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

¹⁵ U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, Carocci, 1986.

e un enorme processo di de-industrializzazione in gran parte dei paesi occidentali più ricchi, con conseguenti diffusi fenomeni di disoccupazione, di impoverimento e di radicamento sociale di varie fasce di popolazione anche di classe media.

Così, a dispetto del fatto che nel mondo circolasse un'immensa quantità di ricchezza in forma liquida, questa tendeva a restare confinata in ambienti ristretti e in circoli finanziari esclusivi, e veniva utilizzata prevalentemente a fini speculativi, in gran parte del tutto scollegati dai luoghi della cosiddetta economia "reale", dove si svolgono i processi produttivi¹⁶. Quando, nel 2008, il modello del "supercapitalismo", come lo chiama Reich¹⁷, entrò in crisi per autocombustione, ossia per gravi difetti insiti nei suoi stessi meccanismi¹⁸, emerse drammaticamente quanto i mercati, spesso esaltati come meccanismi ideali di aggiustamento "meritocratico", potessero funzionare in direzione contraria. Emersero insomma al contempo sia l'incapacità del capitalismo finanziario di adempiere alle sue promesse¹⁹, sia la sua distanza dal capitalismo industriale nella capacità di coinvolgere larghi strati sociali nei processi produttivi e di distribuzione e fruizione del benessere.

Non si tratta di dipingere in rosa l'epoca del capitalismo industriale, che ebbe le sue dure fatiche, i suoi problemi e le sue gravi ingiustizie²⁰, ma piuttosto di considerare oggettivamente i suoi ingranaggi, che non potevano prescindere dal coinvolgimento di ampi settori sociali nel loro funzionamento. Si pensi soprattutto all'essenziale ruolo svolto dai lavoratori nei luoghi di produzione dei beni, ma anche all'ampio coinvolgimento di ampi settori della popolazione nel finanziamento del capitale di rischio delle imprese, attraverso le borse. Non solo grandi finanziatori, ma anche ampie

¹⁶ M. R. Ferrarese, voce *Capitalismo finanziario*, in «Nuova informazione bibliografica», 58, 2, 2018, p. 217-246.

¹⁷ R. B. Reich, *Supercapitalismo. Come cambia l'economia globale e i rischi per la democrazia*, Roma, Fazi, 2008.

¹⁸ G. Nardozzi, *Il mondo alla rovescia. Come la finanza dirige l'economia*, Bologna, Il Mulino, 2015.

¹⁹ M. R. Ferrarese, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, Il Mulino, 2017.

²⁰ Come osserva J. Stiglitz, «Sono cresciuto durante l'età d'oro del capitalismo [...] ma soltanto più tardi ho scoperto che era un'età d'oro. Ai tempi non sembrava così felice: assistevo a pesanti episodi di discriminazione e segregazione razziale, a situazioni di grande disuguaglianza, all'esplosione di lotte operaie e a episodiche recessioni» (J. Stiglitz, *Popolo, potere e profitti. Un capitalismo progressista, in un'epoca di malcontento*, Torino, Einaudi, 2020, p. VII).

fette di risparmiatori di taglia media e piccola partecipavano, specie negli Stati Uniti, alle dinamiche di finanziamento delle imprese²¹. Al contrario, il capitalismo finanziario vive in una bolla che lo rende in gran parte indipendente da entrambi questi coinvolgimenti. Inoltre i mercati, eretti a struttura fondamentale della sua impalcatura economica, non solo mancano di canali per attuare una qualche forma di “meritocrazia”, ma non sono in alcun modo attrezzati per re-distribuire la ricchezza che producono.

Con la crisi, emerse il bisogno di un intervento efficace degli Stati per ovviare ai rischi di un crollo totale delle istituzioni finanziarie, che sono strutture indispensabili al funzionamento dell'economia. Tutti abbiamo negli occhi le immagini emblematiche dei lavoratori di Lehman Brothers che si allontanano dalla sede avendo in mano la scatola che contiene le loro cose. Ma, mentre l'immagine della crisi rimane incollata a quelle immagini, quel che accadde fu che le cure degli Stati e della politica si rivolsero prevalentemente verso il mondo della finanza, con aiuti e strategie rivolti ad evitare un grande crollo. Grazie agli aiuti ed alle strategie messe in atto dagli Stati, il mondo della finanza riuscì a risollevarsi, al costo di qualche parziale rimaneggiamento e correttivo, ma senza pagare uno scotto che fosse adeguato alle sue responsabilità. I gravi problemi di disoccupazione, di precarietà, di incertezza e di impoverimento, che toccavano varie fasce sociali, non trovarono invece altrettanta sollecita attenzione e adeguate contromisure. Né le riforme adottate per rimediare agli eccessi della finanza, sia negli Stati Uniti²², sia in Europa²³, furono capaci di imprimere decisivi cambiamenti, e di allontanare il rischio di future crisi.

Gli effetti della crisi, particolarmente gravi e duraturi soprattutto in Europa, mettevano a nudo, in parallelo, non solo la diffusione di situazioni sociali critiche all'interno dei vari paesi, ma anche un grave inceppamento dello stesso meccanismo di coesione politica dell'Unione. Così, mentre il profilo politico interno degli Stati occidentali si andava profondamente modificando soprattutto per

²¹ Si veda, tra l'altro, H. Hong, J. D. Kubik, J. C. Stein, *Social Interaction and Stock-Market Participation*, in «The Journal of Finance», LIX, 1, 2004, p. 137-163.

²² Dopo il crollo del 2008, Obama adottò già nel 2010 una riforma della finanza, che è poi rimasta ampiamente inattuata e poi del tutto cancellata da Trump, che pure in campagna elettorale si era presentato come un fustigatore della finanza e degli eccessi a cui aveva condotto.

²³ E. Chiti, G. Vesperini (a cura di), *The Administrative Architecture of Financial Integration*, Bologna, Il Mulino, 2015.

effetto di varie riforme di ispirazione neo-liberale, anche la loro capacità di reagire al disagio sociale si indeboliva, dato l'assottigliarsi delle prestazioni di welfare e di protezione del lavoro, che erano state inventate in Europa nel secondo dopoguerra. Veniva inoltre via via abbandonata anche la meta della sovranazionalità politica, che aveva animato il sogno europeo, con un ripiegamento su un meccanismo di tipo interstatale, sempre più lontano dall'ideale di una vera "Unione".

4. *Post-globalizzazione e multilateralismo*

L'etichetta della "post-globalizzazione" è talora utilizzata nella letteratura internazionale per alludere alla diffusa presenza nel mondo di atteggiamenti che, con varie sfumature, considerano criticamente alcuni tratti, modalità e risvolti dei processi di globalizzazione e di europeizzazione. Essa corrisponde ad una sorta di contro-narrazione, dal carattere spiccatamente politico, contrapposta alla narrazione tutta in positivo della globalizzazione come un processo titanico di interconnessione tra le varie parti del mondo, che ha sottratto alla povertà (non solo) la Cina, fino a permetterle di candidarsi a potenza mondiale in competizione con gli Stati Uniti. Essa, senza ignorare vari guadagni di quella stagione, fa i conti con difetti e conseguenze negative emersi specie dopo la crisi finanziaria del 2008, e con l'incapacità politica di trovare rimedi e risposte ai gravi problemi di disuguaglianza, di insicurezza sociale, di precarietà delle condizioni di vita e di lavoro, quando non di disoccupazione, e di degrado ambientale, che affliggono gran parte dei paesi nel nuovo millennio.

Il *dark side* della globalizzazione ha trovato i narratori più estremi nei cosiddetti "sovrani" (o "populisti"), che si sono affermati in varie parti del mondo, la cui posizione coincide con quella di chi butta il bambino con l'acqua sporca: essi infatti non riescono a vedere al di là di storture ed effetti negativi derivati dalla globalizzazione, né a suggerire altro che un passo indietro. Paradossalmente, la diffusione di tale visione politica che mette sotto i riflettori solo i fallimenti della globalizzazione, e che stende programmi di ritorno a un passato irriproducibile, si è manifestata, non solo, ma con particolare intensità, proprio nei due Paesi che avevano avuto un ruolo di punta nel promuovere il processo di globalizzazione: Gran Bretagna e Stati Uniti. Due paesi campioni del neoliberismo e in cui la visione sovranista ha avuto tanto successo da condurre il primo all'esodo dall'Unione europea, e il secondo, con la presidenza Trump, ad esasperare

atteggiamenti isolazionisti e di revisione anche di tratti istituzionali positivi della globalizzazione. Basterà qui far riferimento all'ostilità continuamente sbandierata contro i processi di immigrazione, così come contro il multilateralismo e le istituzioni internazionali, con modalità spesso gravemente lesive sotto il profilo istituzionale²⁴.

Tra le prese di distanza dalla globalizzazione da parte di leader o teorici sovranisti, una delle più pronunciate riguarda l'assetto delle relazioni internazionali, dove emerge una propensione al ritorno all'internazionalismo²⁵. Anche se la globalizzazione era stata in gran parte un prodotto di scelte e strategie politiche americane, la sua messa in stato di accusa fu una scelta elettorale di successo per Trump, anche per contrastare l'immagine appannata della posizione americana nel quadro geopolitico globale. Già la Presidenza Obama si era confrontata con un ridimensionamento del ruolo egemone degli Stati Uniti e con la consapevolezza che, dopo "il secolo americano"²⁶, ci si avviava verso un probabile spostamento dell'asse geopolitico in direzione asiatica. Del resto, quando Obama nel 2016 lasciò la scena, dopo due mandati succeduti alla grave crisi finanziaria del 2008, gli Stati Uniti (non diversamente da altri paesi occidentali e non) si ritrovavano ancora con vari conti salati da pagare, in termini di de-industrializzazione, di disoccupazione, di inquinamento, di impoverimento di classi popolari e medie, nonché di inaccettabili diseguaglianze sociali.

In questo contesto, Trump volge le sue politiche nelle direzioni proprie del sovranismo ed abilmente accusa il processo di globalizzazione per le difficoltà del Paese, senza chiamare in causa altre responsabilità derivanti, ad esempio, dalla finanziarizzazione dell'economia²⁷. La globalizzazione viene accusata di aver funzionato come un "gioco a somma 0", in cui alcuni paesi si sono arricchiti a spese di altri, con gli Stati Uniti che ci hanno rimesso, più che guadagnato. E i processi di immigrazione, che sono la faccia interna più visibile di un mondo interconnesso e con labili confini, si prestano bene a diventare un bersaglio, anzi un vero e proprio capro espiatorio, per i vari problemi (di povertà, di disoccupazione, di terrorismo, di

²⁴ Rimando in proposito a M. R. Ferrarese, *Sovranismi e dadaismo istituzionale*, in «Parole-chiave», 3, 2020 (il numero della rivista è interamente dedicato al tema del sovranismo).

²⁵ Si veda, ad esempio, A. Somma, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma, DeriveApprodi, 2018.

²⁶ G. Alvi, *Il secolo americano*, Milano, Adelphi, 1996.

²⁷ Rimando in proposito a M. R. Ferrarese, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, Il Mulino, 2017.

illegalità, ecc.). Donde la centralità, nella strategia trumpiana, del progetto di costruzione del muro al confine col Messico.

Altrettanto centrale nella strategia trumpiana era l'avversione al multilateralismo ed alle organizzazioni internazionali, espressa non solo con modalità punitive basate sulla riduzione, o sulla sospensione, se non sulla cancellazione, dei finanziamenti americani, ma anche con il ritiro degli USA da parecchie importanti organizzazioni: tra l'altro, l'UNESCO, l'Alto Commissariato per i diritti umani, l'Accordo di Parigi sul clima, oltre che sedi internazionali informali di tipo multilaterale, come il G7 e il G20. Anche la WTO (l'Organizzazione mondiale del commercio), istituzione multilaterale nata nel 1995, con alto valore simbolico per la globalizzazione, e che oggi vive una grave crisi, non è stata risparmiata. L'ultima a ricevere biasimi e minacce è stata l'Organizzazione mondiale della Sanità, proprio nel pieno della pandemia da Covid 19.

La stagione di moltiplicazione di accordi e trattati bilaterali e multilaterali non è stata senza pecche: pur mostrando una inedita e fattiva propensione degli Stati a collaborare, aveva talora condotto a eccessive riduzioni degli spazi di democrazia e di sovranità nazionale²⁸ e ad arrangiamenti troppo punitivi per gli Stati²⁹: due disfunzioni che oggi richiedono correzioni. Al di là del merito delle accuse, non sempre ingiustificate, verso alcune organizzazioni, intese o trattati internazionali, qui si vogliono sottolineare soprattutto due aspetti problematici delle posizioni sovraniste. In primo luogo, come il DNA sovranista conduca verso un contesto di allontanamento da quell'atteggiamento di collaborazione e di condivisione tra Stati che, se pure dettato in gran parte dai vari interessi nazionali, era stato un frutto della stagione del multilateralismo. In secondo luogo, come la presa di distanza da quell'atteggiamento da parte degli Stati Uniti e l'ideologia dell'*America First* abbiano portato la comunicazione politica ad imboccare subito argomenti di potere e di dissimmetria economica, producendo una sorta di "sintesi tra plutocrazia e populismo"³⁰.

²⁸ In proposito, tra l'altro, M. R. Ferrarese, *Il diritto internazionale come scenario di ridefinizione della sovranità degli stati*, in «Stato e mercato», 109, 2017, p. 79-104.

²⁹ In particolare va ripensata la modalità degli arbitrati in materia di investimenti esteri, che riguarda soprattutto i trattati bilaterali, e che prevede modalità troppo punitive per gli Stati. Rinvio in proposito, tra l'altro, a M. R. Ferrarese, *Il puzzle della privatizzazione e l'economia politica. Il caso degli arbitrati in materia di investimenti esteri*, Napoli, Esi, 2017.

³⁰ V. E. Parsi, *TITANIC. Il naufragio dell'ordine liberale*, Bologna, Il Mulino, 2018, p. 149.

Tuttavia non sorprende che Trump, esplicitamente teso a valorizzare la posizione di potenza economica (e militare) della nazione americana in tutte le relazioni internazionali, volesse boicottare il multilateralismo ed imboccare la strada del bilateralismo. Si tratta infatti di una scelta molto “razionale”, da *homo oeconomicus*, dato che il bilateralismo è uno schema di gioco internazionale nel quale i margini di scelta per gli Stati sono molto più ampi ed i giocatori più forti sono favoriti perché, in un confronto a due, possono far pesare di più la propria forza, e garantire migliori “deals” al loro Paese³¹. Ed è interessante notare come le modalità del bilateralismo tendessero ad essere adottate da Trump anche in contesti non propriamente bilaterali. Ad esempio, in occasione dei colloqui per l'accordo trilaterale tra USA, Messico e Canada per il cosiddetto USMCA (USA Mexico and Canada Agreement), egli conduceva le trattative separatamente con ognuno dei due partners, proprio per assicurarsi maggiormente il vantaggio della dissimmetria di potere rispetto a essi.

Per quanto attiene al confronto tra multilateralismo e bilateralismo, dopo l'era Trump di ostilità spiccata al multilateralismo, questa strategia di raccordo va ripresa in forme nuove. Fermo restando che la scelta tra bi- o tri-lateralismo da una parte, o multilateralismo dall'altra, non può essere fatta in astratto, perché dipende dall'oggetto, oltre che dalla diversità dei soggetti, contesti, fini e funzioni dei trattati³², cosa aspettarsi per il futuro delle relazioni internazionali? Proprio l'atteggiamento tenuto da Trump sembra suggerire dei motivi per apprezzare alcune potenzialità del multilateralismo. Questo opera infatti come una sorta di rete di contenimento dei vari Stati coinvolti, e crea un contesto in cui le diseguaglianze di potere e di ricchezza tra gli Stati pesano un po' meno che negli accordi bilaterali³³. Pesano meno sia nella gestione della vita dei trattati, sia rimodulando l'assetto dei poteri in direzione più decentrata e plurale, oltre che più orizzontale. Ciò non toglie che il multilateralismo vada tuttavia ripensato e riformulato in modo da liberarlo da eccessi e modalità

³¹ Sottolinea la razionalità delle forme di azione trumpiane, sotto l'apparente bizzarria, C. Dueck, *Trump. Il mondo come un affare*, in «Limes», 12, 2019, dal titolo indicativo: “L'America contro tutti”.

³² Si veda, ad es., A. Tago, *Multilateralism, Bilateralism, and Unilateralism in Foreign Policy*, Oxford Research Encyclopedia, 2017.

³³ Si può ad es. ricordare come gli Stati Uniti più volte abbiano mostrato insoddisfazione verso misure o censure adottate contro il loro paese da organizzazioni internazionali che avevano sponsorizzato, come la WTO.

che ne hanno compromesso l'immagine. Come osserva Jacoby, al di là dell'attuale multilateralismo, l'unica alternativa al bilateralismo sta in un neo-multilateralismo diversamente modulato rispetto al passato³⁴, e più consona alle garanzie democratiche dei vari paesi. Rimane tuttavia sempre valida e da tenere presente l'indicazione di Kehoane: «Gli interessi specifici degli Stati sono soggetti all'agire di altri Stati e attori, facendo così nascere una domanda di regimi internazionali»³⁵: «I governi sono così propensi a scambiare parte della propria libertà giuridica di azione per guadagnare qualche influenza sulle azioni di questi altri attori. *Se ciò comporti una cessione di sovranità è una questione giuridica che dipende dal modo in cui si fa lo scambio*»³⁶.

5. *La post-globalizzazione imposta dalla pandemia*

Poiché la storia non è mai immobile, e soprattutto oggi mostra di essere una formidabile acrobata, l'etichetta della "post-globalizzazione" ha trovato dagli esordi del 2020 nuove e significative ragioni di conferma, a causa della grave pandemia da Covid 19 che si è abbattuta sul mondo intero. Questa nuova ragione di crisi del mondo globalizzato, derivata da un mancato governo della natura, si è fatta all'improvviso così minacciosa da imporre con urgenza significative limitazioni a vari aspetti del modello economico e sociale affermatosi con la globalizzazione. Anzi la carica erosiva che la pandemia ha mostrato di possedere rispetto a tale modello è apparsa, specie nei periodi di severo *lockdown*, addirittura superiore a quella auspicata, teorizzata e praticata dai sovranisti, perché si è imposta con una forza, una estensione ed una immediatezza di cui nessuna critica o riforma politica sarebbe stata capace. È come se la pandemia avesse mostrato di possedere delle "valenze riformatrici" molto nette rispetto al quadro preesistente, anche se al momento non si sa ancora se siano destinate a durare e in che misura.

Basterà pensare a tre esempi. In primo luogo, il modello di forte interconnessione economica tra diversi paesi e continenti, che con-

³⁴ Cfr. D. S. Jacoby, *Trump, Trade and the End of Globalization*, Santa Barbara Ca.-Denver Co., Praeger, 2018, p. 83 ss.

³⁵ R. O. Kehoane, *The Demand for International Regimes*, in «International Organization», 36, 2, 1982.

³⁶ R. O. Kehoane, J. S. Nye Jr., *Globalizzazione e governance*, in A. Palumbo, S. Vaccaro (a cura di), *Governance. Teorie, principi, modelli e pratiche nell'era globale*, Milano, Mimesis, 2006, p. 166.

templa una forte mobilitazione di merci e di persone per ragioni di turismo, di produzione, di immigrazione, di scambi culturali, ecc. è stato messo in grave difficoltà dalla pandemia. In particolare, il settore del turismo globale, diventato una delle voci più significative del Pil di molti paesi, incluso il nostro, dopo il congelamento subito durante il lockdown, pur mostrando forti segnali di ripresa, presenta ancora delle criticità: ad esempio, la Cina vive ancora in un prevalente isolamento. In secondo luogo, sono emerse varie fragilità delle cosiddette “catene globali del valore”, ossia di un modello di produzione frammentato tra paesi diversi, ognuno specializzato in una fase, in modo da ottenere i maggiori vantaggi possibili in termini di bassi costi e buone prestazioni. Questa frammentazione dei processi produttivi fra paesi spesso localizzati in diversi continenti ha svelato la sua debolezza quando, ad esempio, è emersa, non solo nel nostro paese, una carenza di beni come le mascherine per difendersi dal contagio, o i respiratori per i pazienti ricoverati: due prodotti non particolarmente sofisticati, da anni forniti esclusivamente da altri paesi e soprattutto dalla Cina. Il ritardo nel poter disporre di quei beni, oltre a mostrare i difetti di una eccessiva dipendenza da forniture esterne, è costato anche in termini di salute e di vite umane. Infine, un terzo esempio è collegato alla digitalizzazione, che ha fatto passi da gigante negli ultimi anni. Prima della pandemia, vi era già una significativa presenza di attività svolte in modalità telematiche, ma queste non entravano in competizione diretta con i luoghi fisici in cui si svolgevano gran parte delle attività sociali, politiche, economiche, ecc. Dato il bisogno di limitare i contatti interpersonali, per ridurre i contagi, la pandemia ha imposto una enorme estensione dell'utilizzo di modalità digitali, trasferendo su supporti telematici molte attività che le persone svolgevano in luoghi fisici, come gli uffici, le scuole, i teatri, le palestre, ecc. Il ricorso alle piattaforme digitali è stata un'ancora di salvezza, e può essere vista come un avanzamento verso la “società della comunicazione”, ma al contempo destruttura modalità sociali ed economiche consolidate e crea nuovi problemi che ancora non hanno una soluzione: si pensi come la diffusione dello *smart working* si riflette sul piano delle relazioni sociali, oltre che sul mondo della ristorazione, dei trasporti, dell'edilizia, ecc.

Come mostrano questi esempi, la capacità riformatrice della pandemia ha imposto sia spinte all'indietro, in direzione anti-globalizzazione, sia spinte in direzione contraria, funzionando come acceleratrice di innovazioni che erano nel DNA della globalizzazione. Infatti, se nei primi due esempi, relativi al turismo e alle catene globali del valore,

l'impatto della pandemia sembra suggerire un ridimensionamento, o addirittura un ripensamento di aspetti consolidati e tipici del processo di globalizzazione, quasi un ritorno su strade precedenti, nel terzo caso, invece, attraverso un massiccio incremento della digitalizzazione, impone di inoltrarsi in modelli di vita sempre più post-moderni, affidati a modalità virtuali.

Ancora oggi non sappiamo del tutto quali adattamenti, all'indietro o in avanti sull'orologio della storia, si imporranno infine, dopo il definitivo superamento della pandemia, nonché quando avrà termine la guerra contro l'Ucraina, che contribuisce a determinare notevoli incertezze sul futuro e sul volto che assumerà il mondo globalizzato. Lo studio e la comprensione di questi adattamenti è uno dei tanti compiti che si impongono oggi alla politica, congiuntamente al bisogno di dare risposte su due piani. In primo luogo, sul piano delle vistose e inaccettabili disuguaglianze economiche, cresciute a dismisura lungo alcuni snodi economici e ideologici della globalizzazione. Inoltre, sul piano del deterioramento ambientale che affligge il pianeta.

6. Riportare indietro l'orologio della storia. Si può?

Siamo insomma di fronte a un importante interrogativo sul ruolo che possono e devono avere gli Stati nel nostro futuro. D'altra parte, anche la pandemia, sembra aver acceso i fari sul ruolo degli Stati quali attori indispensabili per affrontare l'emergenza. Nella propaganda politica sovranista dello scorso decennio è stato facile far passare l'idea che sia possibile dare una risposta positiva ai problemi del mondo odierno restaurando una sovranità politica degli Stati intesa alla vecchia maniera. Ma occorre chiedersi a quali condizioni si può attuare un ripristino del ruolo degli Stati che sia davvero promettente e vantaggioso sia in termini politici, sia in termini giuridici. Come evitare che quell'idea assuma caratteri regressivi, volti a riportare indietro le lancette dell'orologio?

È importante fare adeguatamente i conti con le varie trasformazioni tecnologiche, economiche, culturali e geopolitiche che hanno investito il mondo negli ultimi decenni. Impostare la questione del ripristino delle sovranità statali come un puro e semplice ritiro dal mondo globalizzato significa, tra l'altro, dimenticare o sottovalutare non solo le molte connessioni che esistono con il resto del mondo, e che non si possono recidere con un taglio di forbici, ma anche la forte dissimmetria oggi esistente tra Stati e capitalismo globalizzato.

Gli Stati erano i *pivot* dell'ordine internazionale del secondo dopoguerra, che era costruito a loro misura e rispecchiava questo loro status. L'insieme di globalizzazione e finanziarizzazione ha del tutto ridisegnato la struttura dei poteri mondiali, causando un duplice importante cambiamento. In primo luogo, l'attuale struttura dei poteri pubblici non vede più l'esclusiva presenza degli Stati, ma, accanto ad essi, quella di nuove e decisive configurazioni di potere pubblico, che hanno il volto di numerose organizzazioni internazionali e di cosiddetti *international regimes*, con ricadute importanti anche all'interno degli Stati³⁷. Un secondo cambiamento che ha sconvolto il vecchio assetto dei poteri mondiali deriva dai tratti nuovi e giganteschi del capitalismo attuale, che ha generato soggetti privati, gruppi finanziari e grandi imprese transnazionali, specie di carattere tecnologico, che ormai costituiscono autonome e decisive strutture private di potere³⁸ rispetto agli Stati.

Il carattere finanziario e tecnologico del capitalismo attuale, che, tra l'altro, permette di attuare rapidi trasferimenti di capitali³⁹ e di sfuggire facilmente alla contribuzione fiscale⁴⁰ è uno sfondo ineludibile per tutti gli Stati. Non mancano le possibilità di interventi correttivi a questo quadro, ma essi sono poco alla portata di Stati singoli, mentre sarebbero più efficaci delle azioni concertate a livello internazionale e sovranazionale. Occorre insomma fare i conti con una mutata struttura dei poteri a livello mondiale, che ha avuto un peso determinante nel ridisegnare e comprimere i poteri politici

³⁷ Si veda L. Casini, *Potere globale*, cit.

³⁸ P. Phillips, *Giants: The Global Power Elite*, New York, Seven Stories Press, 2018. Rimando inoltre a M. R. Ferrarese, *Privatizzazioni, poteri invisibili e infrastruttura giuridica globale*, in «Diritto pubblico», 3, 2021 e Id., *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Bologna, Il Mulino, 2022.

³⁹ Naturalmente questa consapevolezza è anche dei sovranisti che vogliono promuovere un "sovrano democratico". Somma, ad es., coglie la differenza rispetto al compromesso di Bretton Woods, che apriva alla circolazione delle merci, ma non dei capitali: «se infatti i capitali circolano liberamente, i governi sono costretti a competere per attirarli comprimendo i salari e la pressione fiscale sulle imprese, e questo contrastava con la volontà di edificare un ordine economico internazionale incentrato sull'economia reale. Il tutto esplicitato durante la conferenza di Bretton Woods, e soprattutto nello statuto del Fondo monetario internazionale, dove si legge tutt'ora che "gli Stati membri possono esercitare gli opportuni controlli per regolamentare i movimenti di capitali (art. 6)"» (A. Somma, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, cit., p. 20).

⁴⁰ Si veda S. Biasco, *Concorrenza fiscale o regolazione fiscale del capitalismo?* e Id., *I danni della concorrenza fiscale in Europa e la regolazione del capitalismo*, entrambi reperibili in internet.

degli Stati, senza dimenticare che i grandi gruppi finanziari e tecnologici, oltre a detenere un enorme potere in termini economici, hanno innovato e ampliato la stessa concezione del potere, che include nuove capacità, ad esempio in termini di “sorveglianza”⁴¹ e di condizionamento delle condotte individuali.

Pur in un contesto così profondamente ridisegnato, gli Stati dispongono ancora di significativi margini di intervento, al fine di «ridurre l'insicurezza generata dalle potenze che si abbattono sulle società occidentali, generando impoverimento materiale e ansietà sociale e identitaria»⁴². Ma, per lo più, essi sono poco attrezzati per interventi a largo raggio, e non abbastanza influenti rispetto a poteri pubblici, e soprattutto privati, ingigantiti. Il progetto di fare degli Stati degli efficaci presidi di potere politico contro il potere economico, in sé apprezzabile, è destinato a trovare non poche difficoltà, se non si muove in un orizzonte strategico capace di includere estese alleanze ed una nuova progettualità politica, in accordo con altri Stati. I tentativi di Stati isolati di rovesciare gli squilibri attuali rischierrebbero di essere inefficaci in un contesto del tutto cambiato, e di trovare vari ostacoli, a partire dagli ingranaggi finanziari del sistema.

Considerare irrealistica, poco auspicabile, e perfino regressiva una geografia politica in cui alcune sovranità nazionali, indebolite ed in ordine sparso, provano ad affermare la propria *ratio* di governo politico non significa che non si debbano ripensare alcuni modi e nodi politici economici e istituzionali, così come sono stati costruiti e declinati nel mondo globalizzato, sotto l'influenza dei dogmi neo-liberali. Occorre ripensare criticamente alcuni profili della globalizzazione e porsi al servizio di riformulazioni più costruttive ed equilibrate. Le difficoltà di tale compito sono acute proprio dal fatto che in gran parte oggi gli Stati tendono a interpretare il proprio ruolo in un'ottica sovranista. Così anche la nozione di interesse nazionale viene pensata in una chiave difensiva, che confligge con visioni progettuali a largo raggio e a lungo termine. Invece una nuova progettualità politica a livello internazionale e globale è indispensabile per superare gli assetti attuali e può essere perseguita solo in una condizione di rinnovata e intensa collaborazione con altri Stati e soggetti, pubblici e privati, desiderosi di fare la loro parte.

⁴¹ S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, Luiss, 2018.

⁴² C. Galli, *Sovranità*, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 125-126.

La nuova progettualità politica dovrebbe muoversi su un crinale di correzione degli squilibri più vistosi creati dalle inclinazioni neo-liberali del processo di globalizzazione, che si impongono, come si è già detto, specialmente su due piani. In primo luogo, sul piano di forti e crescenti disuguaglianze sociali, che riguardano quasi tutti i paesi, se pure con varie sfumature. Specialmente dopo la crisi del 2008, si è delineata l'insostenibilità di una sorta di strutturale incoerenza tra i processi di "crescita" economica e di produzione di ricchezza, spesso decantati come il frutto più encomiabile della globalizzazione, e i processi di distribuzione della ricchezza, che la trattengono in pochissime mani: quelle del cosiddetto 1%, cosicché continuano a crescere, a livelli inaccettabili⁴³, al contempo, ricchezza e disuguaglianza distributiva⁴⁴. Vi è poi una seconda urgenza che attende risposte, attraverso politiche ambientali sostenibili e responsabili. Dopo troppi omaggi solo di facciata alla causa ecologica, o esplicite prese di distanza, come quelle di Trump o di Bolsonaro, i temi della scarsa manutenzione dell'ambiente e del pianeta impongono risposte che non sono rimandabili ai problemi climatici ed ecologici. Peraltro, la correzione degli squilibri, specialmente in tema di disuguaglianza, è particolarmente urgente, anche per difendere il modello democratico, che oggi è particolarmente contrastato dall'avanzata di regimi autoritari che si rafforzano sempre più nel mondo e che minacciano la visione del nostro futuro, con modelli di azione muscolare e di scarso rispetto istituzionale. Occorrerebbe invece una nuova capacità di leadership politica internazionale, in cui anche l'Europa possa svolgere un ruolo più significativo⁴⁵, che richiede tuttavia l'abbandono del mero inter-statalismo che l'ha caratterizzata finora, per inaugurare una stagione che superi quei limiti, in nome di intenti istituzionali e politici davvero "emancipativi", come nel progetto originario.

⁴³ M. Franzini, *Diseguaglianze inaccettabili*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

⁴⁴ Il dato più inquietante sta nel fatto che l'ultimo rapporto OXFAM ha reso noto che, a metà 2019, quell'1% deteneva più del doppio della ricchezza netta posseduta da 6,9 miliardi di persone. Non è superfluo aggiungere che una così ingente quantità di ricchezza nelle mani di pochi contribuisce a riconfigurare significativamente anche la geografia dei poteri, come si accennava all'inizio, dando luogo a poteri privati che sono in grado sia di competere con gli Stati, sia di condizionarli significativamente.

⁴⁵ Questa prospettiva viene molto valorizzata da A. Schiavone, *L'Occidente e la nascita di una società planetaria*, Bologna, Il Mulino, 2022.

7. *Aggiustamenti necessari*

Ripensare criticamente alcuni profili della globalizzazione e della stessa Unione Europea significa porsi al servizio di riformulazioni più costruttive ed equilibrate individuando alcuni congegni che si sono rivelati lesivi per la democrazia e per la sovranità degli Stati. Questi ri-bilanciamenti non possono non avere sullo sfondo il noto “trilemma regolativo” di Rodrik, che certifica l'impossibilità di far coesistere una piena sovranità statale, una compiuta democrazia e l'integrazione economica tipica della globalizzazione⁴⁶. La globalizzazione segue infatti propri percorsi che non possono essere piegati alle scelte dei vari Stati, così come a quelle delle diverse democrazie. Si tratta dunque di trovare soluzioni che di volta in volta premiano, a seconda dei casi, l'una, l'altra, o l'altra ancora, delle tre possibilità prospettate da Rodrik.

In linea generale, dei riequilibri andrebbero attuati sia sul fronte Stato/mercato, sia sul fronte pubblico/privato: due fronti che spesso si incrociano variamente. Solo aggiustando o annullando via via principi, ingranaggi e snodi sbagliati della globalizzazione, si può sperare di avviare una risposta ai principali problemi dell'odierno scenario.

Per muoversi a livello internazionale ed europeo verso rinnovati equilibri politici economici e sociali ispirati a maggiore equità, occorre analizzare e vagliare non solo gli svantaggi, ma anche eventuali lasciti positivi della globalizzazione, per evitare di compiere il classico errore di gettare il bambino con l'acqua sporca. Occorrerebbe un'operazione di intelligenza politica internazionale, con un ruolo attivo dell'Europa, rivolta a congegnare nuovi equilibri e nuove regole, sulla base di nuovi bisogni e di nuovi valori. In particolare, si dovrebbe lavorare ad una doppia riformulazione: sia della nozione di diritto pubblico, sia della nozione di “interesse nazionale”.

Il diritto pubblico non può più essere incentrato solo sugli Stati, come nel passato, senza avere per riferimento il concetto di “beni pubblici globali”⁴⁷. Anche se questa nozione di beni “non rivali e non escludibili” risale agli anni 60 e ha avuto una sorta di riconoscimento nel 1999 da parte del Programma delle Nazioni Unite per lo Sviluppo, essa richiede oggi ulteriori aggiornamenti alla luce del quadro attuale. Ci si deve chiedere su quali gambe possa camminare

⁴⁶ D. Rodrik, *La globalizzazione intelligente*, cit.

⁴⁷ K. Bizzarri, A. Baranes, *Il mondo è di tutti. I beni pubblici globali e il loro finanziamento*, Buri, EMI, 2006.

una tale nozione, se non su quelle di una pluralità di soggetti (non solo Stati), che possono contribuire a riformularla alla luce di una chiave geopolitica sempre più ampia, ed all'altezza delle sfide che il capitalismo odierno pone alla tradizionale dimensione statale del potere. Anche la nozione di interesse "statale", che è ovviamente imprescindibile, deve essere capace di uno sguardo allargato, capace di confrontarsi anche con altre realtà.

La grave pandemia da coronavirus del 2020 ha inoltre reso evidenti e ancora più urgenti interventi di aggiustamento dettati dall'emergenza sanitaria ed economica. Mettendo duramente alla prova la capacità dei vari governi di amministrare una tale grave emergenza, ha rivelato anche varie storture apportate dalle riforme neo-liberali, specialmente in termini di impoverimento delle strutture sanitarie pubbliche. Ha inoltre evidenziato al contempo sia una nuova centralità degli Stati, chiamati a svolgere il ruolo di ineludibili interlocutori in materia di sicurezza e di protezione della vita, e persino a riattualizzare il "patto faustiano" tra libertà e sicurezza che Hobbes vedeva alla base della loro origine⁴⁸. Essi hanno riacquisito un protagonismo che non avevano da tempo, mostrandosi attori indispensabili nel dare risposte sia sul piano medico-sanitario, sia sul piano delle misure da adottare per combattere la diffusione del contagio e i gravi problemi economici che ne sono derivati. Al contempo, la crisi pandemica ha inequivocabilmente mostrato che, al di là degli Stati, sono essenziali varie forme di collaborazione internazionale. E non solo per sviluppare una efficace ricerca di farmaci e vaccini, o per organizzare una più efficace *governance* internazionale di possibili future pandemie, ma anche per affrontare le pesanti conseguenze economiche della crisi. Del resto, la pandemia ha aperto nuovi spiragli anche in Europa, conducendo finalmente ad un risveglio di spirito solidaristico, che non abitava da decenni le stanze dell'Unione, attraverso il varo di strumenti di aiuto ai paesi maggiormente colpiti. Spicca specialmente il pacchetto NGEU (*Next generation EU*) attivato dalla Commissione: una sorta di Piano Marshall, che prevede prestiti e regali agli Stati più colpiti, finanziato anche con obbligazioni emesse dall'U.E.

Oggi dunque non sono più solo la tecnologia e l'economia globalizzata che ci uniscono e che riducono la scala di grandezza del mondo. La pandemia ha messo in primo piano la natura e i bisogni

⁴⁸ Si veda D. Runciman, *Coronavirus has not suspended politics- It has revealed the nature of power*, in «The Guardian», 27 maggio 2020.

primordiali dell'uomo, come quello di salvare la vita ed evitare la morte. Nonostante le dissonanze di strategia tra i vari paesi per combattere l'epidemia, la velocità del contagio, il ripetersi di scene simili in paesi diversi, hanno mostrato con efficacia che ormai viviamo tutti in un unico pianeta, esposti alle stesse minacce e bisognosi di risorse di conoscenza e di prospettive solidali per il futuro. Anzi sono affiorati chiaramente il bisogno di un coordinamento più efficace e la necessità di un costante scambio di informazioni tra i vari paesi per affrontare le sfide di un mondo interconnesso. La pandemia richiama alle fragilità della specie umana, alla natura, che con le sue acrobazie la può mettere in scacco.

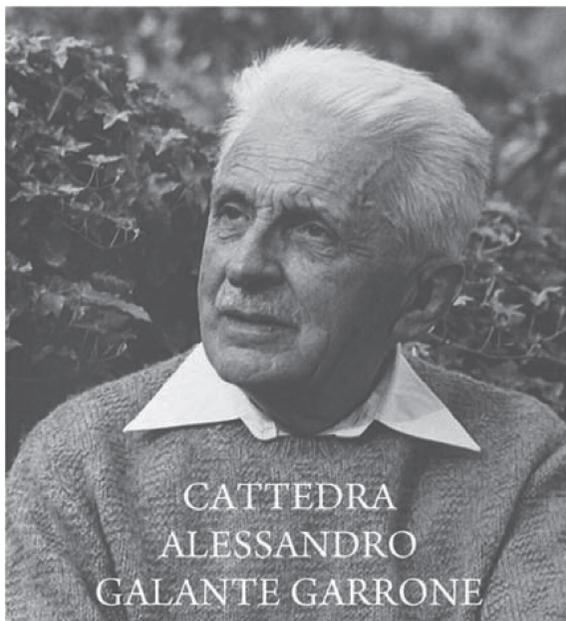
Questa nuova sfida per l'umanità rimanda ancor più ai deficit delle ideologie che vedono negli Stati non tanto delle piattaforme istituzionali per organizzare al meglio la convivenza civile e politica dei vari popoli, includendo in questo progetto messaggi di solidarietà al mondo e di condivisione dei destini dell'umanità, ma una sorta di proprietà esclusiva definita da rigidi confini⁴⁹, da difendere e premiare attraverso strategie "a somma 0" con altri paesi. Una strategia affiorata nella sua forma più estrema nella guerra mossa dalla Russia in Ucraina, che oggi minaccia ogni progetto di ordine internazionale.

⁴⁹ Sulla configurazione dei confini nella nostra epoca mi sia concesso rimandare, tra l'altro, a M. R. Ferrarese, *Tra rafforzamenti e indebolimenti. Il contraddittorio statuto dei confini in epoca post-globale*, in «Teoria politica», 10, 2020, p. 191-205.

Università degli Studi del Piemonte Orientale

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA E
SCIENZE POLITICHE, ECONOMICHE E SOCIALI

Anno accademico 2016 – 2017



Il Corso

FRANCA D'AGOSTINI

L'uso della verità

1 marzo – 6 aprile 2017

Palazzo Borsalino

Via Cavour, 84 – Alessandria

«*Unum, verum, bonum* – queste vecchie glorie meritano la loro celebrità: c'è qualcosa di strano in ciascuna di esse»

(J.L. Austin, *Truth*)

«Il dubbio si esprime così: “*sarà davvero vero?*”; e questo, in certo senso, è un duplice omaggio alla verità, insieme al riconoscimento della nostra limitatezza nei suoi confronti»

(G. Zagrebelsky, *Contro l'etica della verità*)

Franca D'Agostini insegna logica e filosofia della scienza all'Università Statale di Milano (Scienze politiche) e al Politecnico di Torino. È autrice di numerose pubblicazioni, tra cui si segnalano: *Analitici e continentali* (Cortina 1997), *Disavventure della verità* (Einaudi 2002), *Paradossi* (Carocci 2008), *Verità avvelenata. Buoni e cattivi argomenti nel dibattito pubblico* (Bollati Boringhieri 2010), *I mondi comunque possibili. Logica per la filosofia e il ragionamento comune* (Bollati Boringhieri 2012).

La verità degli enunciati normativi: tre teorie

Franca d'Agostini

1. Oggettività senza verità? – 2. Un'altra verità? – 3. C'è davvero una differenza? – 4. La terza posizione – 4.1. La concezione aletica del linguaggio – 4.2. Il realismo modale – 5. Per una logica degli enunciati normativi – 5.1. Una differenza non così decisiva – 5.2. Verità e possibilità – 5.3. I vantaggi

Per 'enunciati normativi' (EN) intendo una classe di espressioni dichiarative (asserzioni, proposizioni, giudizi) che contengono operatori o predicati con esplicite indicazioni pratiche, del tipo 'dovresti', 'bisogna', 'è giusto', 'è meglio', ecc. In questo senso, gli imperativi non sono EN, mentre le norme sono un tipo di EN. Per esempio nel caso di: (1) 'non devi mangiar carne', (2) 'non mangiar carne!', (3) 'non bisogna mangiar carne', solo (1) e (3) sono EN, solo (3) è una norma.¹

Quale è il ruolo del concetto di verità nella formazione e nella valutazione di questi enunciati? Possono essere considerati veri o falsi? Il dibattito coinvolge una quantità di questioni irrisolte, di natura metafisica e meta-etica, come il rapporto tra fatti e norme, o in generale la tipica disputa tardo-moderna tra realisti e antirealisti morali, cognitivisti e anti-cognitivisti. Distogliendo lo sguardo dalla filosofia morale e dalla filosofia del diritto, e concentrandosi solo sulla teoria della verità, è possibile individuare tre posizioni paradigmatiche.

La prima è la posizione *analeteista* secondo cui enunciati di questo tipo non coinvolgono la verità. Non sarebbe *vero*, né sarebbe *falso*, che le donne devono indossare il burqa, che non bisogna rubare, o che la democrazia è il miglior governo che la specie umana sia stata in grado di ideare. Enunciati di questo genere sono piuttosto *accettabili* o *non accettabili*, e la loro accettabilità razionale non dipende dalla verità, ossia da come stanno (o si ritiene stiano) le cose nel mondo, ma da convenzioni, assunzioni di principio, moti soggettivi,

¹ Qualche dettaglio in più nel paragrafo 5.

inclinazioni culturali, ecc. Una presentazione chiara delle ragioni a favore di questa posizione è fornita da Mark Richard.²

La seconda è il *pluralismo aletico*, secondo cui quando parliamo di verità non ci riferiamo soltanto al vero in quanto corrispondente ai fatti ma anche al vero in quanto asseribile con buone ragioni, o in quanto confermato dalla scienza, o dall'esperienza. Gli enunciati morali sono dunque tipici casi in cui diciamo 'è vero', ma intendendo qualcosa di diverso da quello per cui diciamo 'vero' un enunciato fattuale. Un difensore del pluralismo così inteso è Michael Lynch.³

La terza posizione consiste nel sostenere che l'enunciato normativo, quanto alla verità, non differisce in modo sostanziale da altri enunciati come 'c'è una macchia sul divano', 'Tizio mi ha rubato il portafoglio', 'se il fiume cresce di altri due centimetri la metropolitana viene allagata', o 'non c'è più birra in frigorifero'. La tesi può essere sviluppata in modi diversi, qui vorrei dare una versione della teoria che mi sembra particolarmente convincente, e – soprattutto – offre buone opportunità e benefici in casi controversi (v. § 5.4). L'idea di partenza è una concezione del linguaggio che è alla base del *realismo modale*, di David Lewis⁴ (anche se Lewis era in linea di principio espressivista, e cioè analetista). Riprenderò in una nuova forma tesi già presentate altrove, globalmente mirate a ridurre la differenza tra le valutazioni aletiche, basate sui fatti ('è vero') e altri tipi di valutazione ('è giusto', 'è meglio', 'è opportuno').⁵

1. *Oggettività senza verità*

La teoria di Richard consiste nel notare che gli enunciati paradossali come l'enunciato del mentitore 'questo enunciato è falso', o gli enunciati vaghi come 'Jones è calvo' hanno tutta l'apparenza di as-

² M. Richard, *When Truth Gives Out*, Oxford University Press, 2008; cfr. in particolare cap. 3.

³ M. Lynch, *Truth as One and Many*, Oxford University Press, 2009. Lynch ha sviluppato la tesi in vari luoghi, ma senza cambiare l'idea pluralista di fondo: gli enunciati normativi *non* sono corrispondenza-veri.

⁴ Cfr. in particolare D. K. Lewis, *Convention. A Philosophical Study*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1969 e *On the Plurality of Worlds*, Oxford, Basil Blackwell, 1986, specialmente cap. 3.

⁵ Cfr. F. d'Agostini, *David Lewis. Verità e possibilità, logica e politica*, in A. Besussi (a cura di), *Verità e politica. Filosofie contemporanee*, Roma, Carocci, 2013; Id. *L'uso scettico della verità*, in G. Forti, G. Varraso, M. Caputo (a cura di), *Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, Jovene, 2014. Id. *Realismo? Una questione non controversa*, Torino, Bollati Boringhieri, 2013, cap. 12.

serzioni, e dunque sembrano essere *truth-apt*, adatti alla verità, ma non lo sono affatto. Dunque ci sono casi in cui asserzioni di forma ‘aletica’ non sono vere, e neppure false. Richard adotta quindi la soluzione *truth-value gap*, secondo cui gli enunciati paradossali sono *lacune* di valori di verità. In questi casi la verità *gives out* viene meno. I paradossi diventano trattabili assumendo una semantica a tre valori: vero, falso, e *neither* (né vero né falso).

Ammettendo una semantica di questo tipo, sostiene Richard, ci troviamo in una condizione ottimale per difendere le posizioni in meta-etica dette «emotiviste» o «espressiviste», secondo le quali appunto enunciati come ‘è giusto torturare i prigionieri’ non sono veri o falsi, come sono veri o falsi invece enunciati del tipo ‘c’è della birra in frigorifero’.

La prima e più importante obiezione all’emotivismo secondo Richard è in effetti di natura logico-semantica. Secondo l’emotivista nel dire ‘rubare è sbagliato’ io affermo il mio impegno a disapprovare chi ruba, non affermo niente di vero o falso, ma manifesto un mio *atteggiamento* (o un atteggiamento collettivo) di disapprovazione nei confronti del furto. Ma – così dicono gli anti-emotivisti – forse questo vale solo per gli enunciati atomici, diverso è il caso di enunciati del tipo

rubare ai genitori è male, ma rubare agli amici è peggio

difficile dire che qui si tratti della comunicazione di un ‘atteggiamento’ morale, visto che l’enunciato ci sembra oggettivamente accettabile.

L’obiezione crolla, nota Richard, se io riconosco che i due congiunti sono *n*, *neither*, e dunque lo è anche la loro congiunzione. Accetto, anzi accettiamo l’enunciato, semplicemente perché *condividiamo* uno stesso atteggiamento morale: ma l’enunciato in sé resta *n*. L’emotivista-espressivista può dunque salvare l’oggettività di almeno alcuni enunciati normativi, con il riferimento ad atteggiamenti *condivisi*, che fondano la convenzione etico-giuridica.

Ma *condivisi* quanto, e come? Emerge qui un problema ben noto. Se è la mera condivisione degli “atteggiamenti” a rendere gli enunciati che si modellano su di essi oggettivamente accettabili, se ‘oggettivo’ non vuol dire legato alla verità e ai fatti, ma ‘condiviso’, allora l’enunciato ‘gli ebrei sono un pericolo per il popolo tedesco’, generalmente accettato nella democrazia hitleriana, avrebbe almeno localmente lo stesso valore normativo di ‘uccidere non è lecito’. D’altra parte, come osservava Hannah Arendt, la semplice riflessione sulla «verità di fatto», che smentiva la credibilità dell’enunciato

hitleriano, avrebbe permesso ad almeno alcuni tedeschi di «non allinearsi» al regime.⁶ Perché mai 'gli ebrei' (discutibile generalizzazione) sarebbero stati i responsabili dei problemi della Germania dopo la prima guerra?

Per aggirare questa difficoltà, Richard suggerisce di adottare l'emo-tivismo «raffinato» di C. Stevenson, secondo cui il discorso normativo «coinvolge elementi tanto descrittivi quanto affettivi».⁷ Tuttavia in questo modo Richard ha scavato la fossa in cui dovrà calare la sua teoria. Perché se gli asserti morali sono (intendono essere) 'misti', insieme fattuali e affettivi (o «rappresentazionali» ed «espressivi», come riconoscono gli espressivisti), allora si pone comunque il problema della falsità o verità *de re* di quelle componenti fattuali, e del loro ruolo nell'accettabilità razionale dell'asserto morale.

2. Un'altra verità?

Lynch è oggi il più attivo esponente del pluralismo aletico.⁸ In pratica, si tratta di tenere conto del fatto che esistono *ways of truth*, modi della verità: in qualche caso ci serve la verità-coerenza, in qualche altro caso la verità-corrispondenza, in altri casi la verità-utilità (o efficacia predittiva).

Diverse ragioni ci spingono a ritenere che le asserzioni normative siano *truth-apt*, adatte alla verità, sostiene Lynch, ma il punto è: «a quale tipo di verità sono adatte?».⁹ La verità-corrispondenza è «rappresentazionale», e ciò vuol dire propria di un dominio di predicati G tali che «gli stati mentali con contenuti G sono causalmente rispondenti a un ambiente esterno che contiene G».¹⁰ L'enunciato p = 'c'è una birra in frigorifero', in altri termini, è vero o falso perché

⁶ H. Arendt, *Responsabilità e giudizio* (2003), Torino, Einaudi, 2004. Cfr. anche Ead, *Truth and Politics*, in *Between Past and Future*, Westminster (London), Penguin Publishing Group, 2006, pp. 227-264.

⁷ M. Richard, *When Truth Gives Out*, cit. p. 79.

⁸ C. Wright, *Truth and Objectivity*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1992; Id., *Truth: A Traditional Debate Reviewed* (1998), in S. Blackburn, K. Simmons (eds.), *Truth*, Oxford University Press, 1999, pp. 203-238. Dall'ultimo decennio dello scorso secolo a oggi la posizione pluralista è diventata una delle posizioni dominanti in teoria della verità. Cfr. J. Wyatt, M. Lynch, *From One to Many: Recent Work on Truth*, in «American Philosophical Quarterly», 53, 4, 2016, pp. 323-340; N. J. L. L. Pedersen, M. Lynch, *Truth Pluralism*, in M. Glanzberg (ed.), *The Oxford Handbook of Truth*, Oxford University Press, 2018, pp. 543-567.

⁹ M. Lynch, *Truth as One and Many*, cit. p. 161.

¹⁰ *Ibidem*.

l'esserci o non esserci della birra nel frigorifero in questione è causa del mio stato mentale con contenuto p. O anche: p è reso vero da fatti del mondo che agiscono sul mio apparato sensorio, generando la mia vera credenza relativa a p.

Ma niente di simile sembra accadere per enunciati con predicati deontici, del tipo 'bisogna', 'è preferibile', 'è giusto', ecc. Quali eventi del mondo sono causalmente responsabili dei miei «stati mentali» correlati a queste espressioni? La tesi di Lynch è che predicati di questo tipo richiedono verità-coerenza o meglio la verità-accordo, e non verità-corrispondenza.

Il coerentismo come si è visto è sottoposto al rischio del *nazi-coerentismo*, ossia il totalitarismo democratico, il cieco affermarsi della verità-accordo o della verità-procedura contro la verità-evidenza. Per restare fedeli alla procedura e garantire l'accordo si sacrifica l'evidenza, si finge di ignorare «l'urto» della verità di fatto.¹¹

Il metodo può essere migliorato, sostiene Lynch, e propone diversi emendamenti. Anzitutto, si tratta di riconoscere che «coerenza» non indica semplicemente non-contraddizione, ma ha un contenuto complesso, che coinvolge: consistenza, completezza, mutuo supporto esplanatorio, potere predittivo, semplicità.¹² Poi si tratta di riconoscere che una buona coerenza deve resistere ai successivi sviluppi e ai progressi delle conoscenze: si dovrebbe scongiurare così il rischio che enunciati corrispondenza-veri vengano scartati in quanto 'non coerenti' (il caso di Galilei).

In questo modo si avrebbe una condizione di «super-coerenza»: il framework (il sistema delle credenze morali) sarebbe garantito dal rischio dell'errore, e dunque l'accordo con tale sistema da parte di un enunciato con predicati del tipo 'devi' o 'bisogna' o 'è lecito' sarebbe probabilmente equiparabile (quanto a cogenza e capacità veritativa) all'adeguatezza empirica di un enunciato fattuale veritiero. Lynch però si accorge che anche questa coerenza interna, 'dinamica', ossia sensibile ai progressi conoscitivi, non sarebbe del tutto immune da errore. Aggiunge quindi un secondo requisito: occorre anche che l'enunciato sia in accordo con il sistema di cognizioni fattuali *esterne* al framework, e lo sia in modo «durevole». Il doppio requisito: «super-coerenza» e «durevole accordo con dati indipendenti dal framework», è ribattezzato da Lynch «concordanza», e considerato il

¹¹ H. Arendt, *Truth and Politics*, cit., p. 230.

¹² Lynch, *Truth as One and Many*, cit., p. 167.

criterio adatto per individuare la verità oggettiva dei giudizi morali, come garanti delle asserzioni normative.¹³

Questa combinazione di supercoerenza e concordanza sembra piuttosto complicata, ma soprattutto non sconfigge l'intuizione di fondo: quella che in definitiva non ci sia una così rilevante differenza tra questo complicato insieme di requisiti e la vecchia verità-corrispondenza. Per esempio, in che cosa la 'concordanza ai dati' sarebbe significativamente diversa da una semplice concordanza ai fatti? I dati in fondo sono essi stessi fatti, almeno nel senso che su di essi si può mentire, come si può mentire sui fatti più neutralmente fattuali: le macchie sui divani, la birra in frigorifero, il fiume in piena. Si può mentire anche, volendo, sulle proprie o altrui credenze, emozioni e intenzioni (v. § 5): 'non credevo che la ragazza fosse minorennè'; 'non volevo ucciderlo', 'la tua nuova pettinatura mi piace molto', ecc.

Scriva Lynch: «si può sostenere che [date queste complesse condizioni] la conquista della verità morale sia difficile da raggiungere. In effetti è difficile. La conoscenza richiede verità. E la verità, come tutte le cose che vale la pena possedere, è difficile da trovare. Ed è tanto più preziosa, per il fatto che è così».¹⁴ Ma proprio questa circostanza, che in generale la verità non sia così facilmente a portata di mano (sia quando si tratti di verità fattuale, sia quando si tratti di verità morale), deve far pensare.

3. C'è davvero una differenza?

Il luogo comune – più o meno esplicitamente circolante nelle tesi degli anti-cognitivisti – è che il vero empirico sarebbe alla portata di tutti, mentre il vero normativo sarebbe ambiguo e vago, complesso ed evanescente. I dati del giudizio morale (valori, principi, consuetudini, anche: emozioni e intenzioni) sono considerati *spooky things*: cose spettrali, fantasmi. Ma a ben guardare anche il vero empirico-fattuale è a volte vago, ambiguo, evanescente come un fantasma, e complesso. Per riconoscere che è vero che c'è una birra in frigorifero non si richiede un grande lavoro inferenziale, mentre più complicati sono i casi di 'le balene sono mammiferi', o 'questa sostanza è idrosolubile', o 'possono esistere scimmie parlanti', o il caso del condizionale sulla crescita del fiume in piena. In modo non molto diverso, anche l'accettabilità razionale dei giudizi morali è molto varia. Difficile negare che uccidere

¹³ *Ivi*, p. 175.

¹⁴ *Ivi*, p. 184.

non è una buona cosa oppure che è giusto pagare le tasse, e che non è giusto torturare i prigionieri. La costruzione di norme e principi conseguenti non sembra richiedere un grande sforzo cognitivo. Più difficile il giudizio di 'bisogna rispettare gli altri anche se ci sono antipatici o li disapproviamo' o 'il capitalismo liberista è un sistema economico ingiusto'. Certo esiste una differenza tra descrittivo e prescrittivo, e gli enunciati che più o meno direttamente coinvolgono elementi normativi sembrano avere una sintassi diversa (vedi § 5). Ma il punto è precisare in che cosa consista la differenza *rispetto alla verità*, e ciò non sembra molto chiaro, stando alle conclusioni di Richard e di Lynch.

Nel primo caso si assume (con Stevenson) che ci sia comunque un elemento di verità fattuale anche nel normativo. E ciò è ragionevole, ma nel fatto smentisce la tesi secondo cui nel normativo la verità *gives out*. Anzi rilancia la questione della verità, perché quando si tratterà di discutere l'enunciato che coinvolge predicati etico-pratici, saranno precisamente le componenti fattuali ad essere messe in questione (cfr. § 5). Nel secondo caso si ammette che i predicati normativi siano diversi dai predicati «rappresentazionali», ma la diversità sembra consistere solo nell'assenza di precisi «stati mentali» causalmente determinati dal mondo esterno. Questo però non è un buon criterio. Quali fatti del mondo esterno determinano causalmente l'assegnazione del predicato 'essere un mammifero' o 'essere idrosolubile', o 'poter essere una scimmia parlante'? Quali agiscono causalmente su di me al punto da portarmi a credere che se il livello del fiume sale ancora di dieci centimetri la metropolitana verrà allagata?

È chiaro che asserzioni fattuali di tipo universale (le balene sono mammiferi) o modale (possono esistere scimmie parlanti), o condizionale (se il fiume cresce la metropolitana si allaga) sono diverse da asserzioni contingenti atomiche, come 'c'è della birra in frigorifero'. Ma la differenza non è qualitativa. Infatti, enunciati di questo tipo, esattamente come gli altri, sono resi veri da fatti portatori di proprietà del tipo G, ma in questo caso si tratta piuttosto di collezioni o combinazioni di fatti di questo tipo. Dovremmo dire che queste combinazioni e collezioni impongono agli enunciati universali, modali, controfattuali, condizionali, una verità *diversa* da quella degli enunciati atomici che semplicemente catturano eventi del mondo qui e ora? Probabilmente Lynch non lo direbbe. Ma allora allo stesso modo, forse, possiamo dire che per gli enunciati normativi si dà una condizione simile: forse anche gli enunciati normativi sono resi veri da combinazioni o collezioni di fatti. Quali combinazioni? Quali fatti?

4. *La terza posizione*

La terza posizione consiste nell'assegnare agli EN lo stesso tipo di verità degli enunciati descrittivi, e dunque lo stesso tipo di 'oggettività' (da distinguersi da 'condivisibilità'). Si tratta di una forma di realismo, ma sarebbe sbagliato parlare di 'realismo morale' in questo caso, almeno nel senso secondo cui l'enunciato normativo sarebbe reso vero da fatti speciali qualitativamente distinti dai fatti che abitano il mondo attuale. Anche in questo caso il dibattito è vasto e irrisolto, e non sempre il realista morale è anche realista aletico. Qui mi limito solo a valutare se e quanto la verità di enunciati contenenti 'bisogna', 'è preferibile', 'si deve', 'è giusto', ecc. sia equiparabile alla verità di enunciati che contengono solo predicati empirici, come 'è rosso', 'ha tre lati e tre angoli', o anche più complessi, come 'è idrosolubile', 'ha causato l'allagamento della metropolitana', ecc.

Un contributo utile può provenire dalla logica modale. Ma non tanto o propriamente dalla logica deontica, quanto dalla *metafisica* della modalità, quella metafisica e logica dei mondi possibili che si è sviluppata nella filosofia analitica soprattutto a partire da Saul Kripke. Ciò che mi propongo è interpretare la terza opzione, secondo cui gli enunciati normativi sono veri (suscettibili di un giudizio aletico) *come* qualsiasi altro enunciato, incominciando dalla concezione del linguaggio e del mondo proposta da David K. Lewis.¹⁵

4.1. *La concezione aletica del linguaggio*

La cornice che si può adottare per giustificare la terza posizione è una peculiare concezione del linguaggio che Lewis inizia a elaborare molto presto, fin dal suo primo libro, *Convention* (1969), testo della dissertazione di dottorato. Un linguaggio è determinato, e anche 'genealogicamente' istituito, per Lewis, dalla sua capacità di *produrre veridicità* (*truthfulness*): «una popolazione P parla un linguaggio L se e solo se nel popolo P persiste la convenzione di parlare *veridicamente* in L». ¹⁶ Ciò non significa che l'unico scopo del linguaggio e della comunicazione umana sia il trasmettere informazioni che si ritengono vere (posizione che si è soliti chiamare «descrittivismo», o

¹⁵ Come ho detto Lewis non può essere considerato un realista morale, e neppure un cognitivista, la posizione che presento è diversa dalla sua, ma non si adatta né al realismo morale né al cognitivismo come sono normalmente difesi. Per una visione complessiva del lavoro di Lewis v. B. Weatherson, *David Lewis*, in «Stanford Encyclopedia of Philosophy» (<http://plato.stanford.edu/entries/david-lewis/>; vers. orig. 2009, agg. 2014).

¹⁶ D. K. Lewis, *Language and Languages* (1968), in Id., *Philosophical Papers*, Oxford University Press, 1983, p. 167.

«referenzialismo»): esistono componenti non aletiche dei linguaggi. Ma secondo l'ipotesi di Lewis anche tali componenti derivano *dalla capacità di contribuire alla verità degli enunciati in cui figurano*.

La genealogia è chiara e molto intuitiva. Un linguaggio nasce per risolvere «un problema di coordinazione» tra gli individui di un certo popolo. Invento la parola 'martello' per renderti noto che l'oggetto martello è proprio ciò di cui ho bisogno, quando ti chiedo di passarmi un martello. Dicendoti ripetutamente 'passami il martello', e facendoti rispondere alla mia richiesta ogni volta che la formulo, ottengo il consolidamento della convenzione.

Naturalmente, occorre una regolarità pratica: una convenzione è una «regolarità nell'azione». Ma la regolarità è definita *rispetto al mondo*: la convenzione non può crearsi se a volte uso 'martello' per intendere martello e a volte lo uso per intendere cacciavite. Quel che conta dunque è il riferimento a un mondo popolato di martelli e cacciavite. Ed è tale riferimento che istituisce la convenzione, anche quando l'atto linguistico non è propriamente constativo, descrittivo.

Da questa prospettiva si può dire che il ruolo della verità è pervasivo: ogni enunciazione ha un qualche legame con la realtà (e dunque con la verità), visto che è il riferimento alla realtà a decidere la convenzione stessa, la creazione e il consolidamento di un nome-segno-voce. Una posizione di questo tipo non è lontana dal realismo di Russell e dei primordi della filosofia analitica, ma è stata oggetto di critiche sistematiche da parte di una intera generazione di filosofi (tanto analitici quanto continentali).¹⁷ La maggior parte di queste critiche però si riferiscono a due tesi che non sono necessariamente legate al punto di vista 'realista' nel senso di Lewis, come lo sto ricostruendo e come intendo usarlo. La prima tesi è una tesi di filosofia del linguaggio, ed è la tesi secondo cui il linguaggio avrebbe *solo* un fondamento e un ruolo di raccordo mente-mondo: la funzione descrittiva della lingua avrebbe un primato su ogni altra

¹⁷ La critica della «received view» nella tradizione analitica ha riguardato in modo specifico e primario la concezione aletica del linguaggio di Frege e Russell, accusata di 'descrittivismo', 'referenzialismo', 'teoria del rispecchiamento', 'realismo metodologico'. La posizione di Lewis e di altri filosofi analitici degli anni 80 e 90 dello scorso secolo ha rappresentato in questo senso un ritorno alle origini. V. in particolare la ricostruzione critica di S. Soames, *Reference and Description*, Princeton University Press, 2005; Id., *Philosophical Analysis in the Twentieth Century*, vol. II, *The Age of Meaning*, Princeton University Press, 2003 e Id., *David Lewis's Place in Analytic Philosophy*, in B. Loewer, J. Schaffer (eds.), *A Companion to David Lewis*, Chichester, Wiley-Blackwell, 2015. Per ulteriori aggiornati dettagli P. Tripodi, *Storia della filosofia analitica*, Roma, Carocci, 2015, pp. 202 e ss.

funzione. La seconda è una tesi metafisica, ed è l'idea che 'reale' è *solo* l'empirico, ossia ciò che incontriamo nell'esperienza, per cui se *non* abbiamo esperienza del fatto p, la proposizione 'p' non potrà essere vera. Ma a partire dalla teoria lewisiana del linguaggio non c'è alcun bisogno di aderire a queste due tesi.

Quanto alla prima, è evidente che l'incontro con la realtà, con il mondo attuale presente, passato, futuro, è la ragione genealogica per cui esiste un linguaggio, ma non l'unica, esiste anche la necessità di interagire con il mondo e con quelle parti di mondo che sono gli esseri umani e i loro artefatti: cose come tavoli, sedie, case, ma anche istituzioni, codici, strutture e organismi sociali; naturalmente anche convezioni più o meno strettamente 'linguistiche' (narrazioni e abiti di linguaggio e pensiero). Su tutto ciò infatti, possiamo dire o pensare cose vere o false.

Quando parliamo di fatti nella prospettiva del render vero dovremmo tenere conto di una realtà autonoma dai nostri sensi e giudizi (è il classico "trascendimento" che si richiede per l'uso del predicato-concetto $V = \text{è vero}$). Ma autonoma non vuol dire inaccessibile. Anzi, la realtà, il mondo esterno genericamente inteso è *l'eminente accessibile*: essendo universalmente responsabile a ben guardare di tutto ciò che conosciamo e pensiamo. Anche "gli stati interiori" che riconosciamo introspettivamente, nel momento della riflessione sono puri e semplici *truthmakers*: rendono vero o falso quel che diciamo, esattamente come i fatti del mondo fisico ed empirico. È vero che sono contenta, stanca, incerta? Se sì, allora i miei stati interni rendono veri gli enunciati conseguenti, da me proferiti o pensati. Ciò vuol dire che il lavoro del predicato di verità non è limitato a una metafisica specifica: posso pensare che i miei stati interiori siano mere vicende cerebrali, che l'urto del tavolo contro le mie gambe sia l'effetto spirituale della volontà divina, e il quadro del realismo aletico non muta.¹⁸

D'altra parte, anche i teorici che riportano il linguaggio e le credenze a forme di vita, consuetudini, culture, devono ammettere

¹⁸ Mi riferisco qui (con qualche variazione) a una prospettiva che è stata lanciata da W. Alston (*A Realistic Conception of Truth*, New York, Cornell University Press, 1996): un'importante ripresa del realismo aristotelico aggiornata agli sviluppi contemporanei della teoria della verità. In pratica, dal punto di vista del realismo aletico 'fatti' sono tutto ciò su cui si può dire il falso o il vero, *bona fide* o di proposito: tanto 'questo triangolo è rettangolo' o 'Napoleone morì a Sant'Elena' quanto 'l'imputato non sapeva che la ragazza era minorenne', o 'mi piace la tua nuova pettinatura'. La sfida ovviamente riguarda enunciati come 'non devi mangiar carne', o 'la carne non mi piace': possiamo ipotizzare truthmakers?

che queste consuetudini e culture nascono dalla realtà, si formano a contatto degli input del mondo esterno, e vi si riportano costantemente. Non è solo l'incontro con i fatti a decidere le scelte linguistiche, ma il nucleo germinale del linguaggio nel proporsi e consolidarsi come linguaggio resta comunque e sempre un nucleo fattuale, fondato nell'incontro con le cose come stanno, o come si suppone che stiano, o come la nostra esperienza (individuale e collettiva) ci dice che stanno.

Questo giustifica una revisione radicale della seconda tesi. Il concetto aletico di 'realtà' è inteso in un senso non preventivamente ristretto da scelte ontologiche o epistemologiche specifiche: per realtà non si intende solo (o necessariamente) la realtà 'empirica', che sperimentiamo ora o abbiamo sperimentato, individualmente o collettivamente. Se nel 1000 a. C. è caduto un meteorite nella regione nord del Sahara El Beyda, sarà vero che è caduto esattamente lì, anche se non ne abbiamo né ne avremo esperienza. Più precisamente, intendiamo 'reale' non ciò che sperimentiamo, ma ciò che *potrebbe* render vero quel che pensiamo, diciamo, crediamo. Il mondo è fatto di potenziali *truth-makers*. Che queste potenzialità divengano attuali è un altro conto.

In pratica, dal punto di vista del realismo aletico 'fatti' sono tutto ciò su cui si può dire il falso o il vero, *bona fide* o di proposito: tanto 'questo triangolo è scaleno' o 'Napoleone morì a Sant'Elena' quanto 'l'imputato non sapeva che la ragazza era minorenni', o 'mi piace la tua nuova pettinatura'.

4.2. *Il realismo modale*

La sfida ovviamente riguarda enunciati come 'non devi mangiar carne': possiamo ipotizzare *truthmakers*, e un vero in quanto riferito ai fatti, in questo caso? La risposta è che nel caso degli EN i fatti di cui parliamo non sono soltanto riferiti al mondo attuale, ma anche a mondi possibili. Possiamo allora completare l'immagine riferendoci alla teoria per cui Lewis è soprattutto noto, il *realismo modale*, secondo cui le possibilità, cioè i modi diversi di essere delle cose (come le cose potrebbero essere diversamente da come sono), *esistono, ci sono*, esattamente come ci sono le attualità: salvo il fatto che appunto non sono attuali. «Alcuni [...] credono che la possibilità sia una mera proiezione di sentimenti umani o qualcosa di confuso e impenetrabile; altri [...] credono che ciò che è possibile esista in un modo tutto suo. Il realista modale è l'unico a poter dire che ciò che è possibile non è affatto diverso da ciò che è, e a poter interpretare

il nostro discorso circa ciò che è possibile alla stregua del nostro discorso su ciò che è». ¹⁹

Il vantaggio maggiore della prospettiva di Lewis, ha sostenuto David Armstrong, ²⁰ è che «rende possibile applicare la teoria dei *truthmakers* alle verità modali». In effetti, se le possibilità esistono come esistono i fatti del mondo attuale, allora un enunciato come 'Kennedy avrebbe potuto non essere ucciso, e morire serenamente in tarda età' è *reso vero* da fatti assolutamente equiparabili a quelli che rendono vero un enunciato del tipo 'c'è una birra in frigorifero'. In qualche mondo c'è stata una controparte di Kennedy che ha vissuto a lungo, esattamente come c'è stata la controparte attuale. La vicenda di questa controparte nei mondi possibili è il *truthmaker*, ciò che rende vero l'enunciato.

L'idea di partenza è l'osservazione che alcuni enunciati modali ci appaiono semplicemente veri, altri discutibili, altri ancora semplicemente falsi, e occorre rendere ragione di questo fatto. Per esempio 'possono esistere oggetti rossi, che però non hanno una superficie che rifletta la luce' o 'possono esistere numeri pari che però sono anche dispari' sembrano semplicemente falsi; mentre 'potrebbero esistere scimmie parlanti' è forse discutibile, ma più accettabile, e l'enunciato su Kennedy che avrebbe potuto non essere ucciso sembra semplicemente vero.

È chiaro che in questo 'vero', e nelle sue diverse gradazioni di credibilità, agiscono elementi fattuali. L'esperienza del mondo attuale ci dice che essere rosso implica necessariamente avere una superficie riflettente, ed essere pari per un numero significa non essere dispari, in ogni mondo che possiamo immaginare; e quanto alle scimmie parlanti, abbiamo idea del fatto che l'affinità uomo-scimmia è tale da ipotizzare situazioni e mondi in cui le scimmie parlano in modo simile a come parlano gli umani. Ma non basta. Se questi enunciati ci appaiono veri è perché esiste una identità di proprietà tra il mondo attuale e i molti infiniti mondi possibili di cui abbiamo notizia, a partire dal mondo attuale.

In pratica, si tratta di aprire lo spazio di lavoro del concetto di verità ammettendo che la realtà ateticamente rilevante, ossia la regione a cui facciamo riferimento quando valutiamo il vero e il falso, include una varietà di fatti attuali e fatti possibili. Il mondo ci è in

¹⁹ A. Borghini, *Che cos'è la possibilità*, Roma, Carocci, 2009, p. 49.

²⁰ D. M. Armstrong, *Sketch for a Systematic Metaphysics*, Oxford University Press, 2010, p. 67.

buona parte ignoto, ma quel che sappiamo di esso è che contiene truthmakers, fatti che rendono vero o falso ciò che diciamo, e questi fatti-truthmaker sono distribuiti nelle attualità del mondo fisico a noi noto e in una quantità di mondi possibili a cui non abbiamo accesso.

5. *Per una logica degli enunciati normativi*

Come possiamo identificare, alla luce di queste considerazioni, la peculiarità (se esiste) degli EN? In quale senso e misura differiscono dagli enunciati descrittivi? Quanto e come coinvolgono la verità?

5.1. *Una differenza non così decisiva*

La concezione del linguaggio che si è evidenziata a partire da Lewis ci ricorda tre punti rilevanti. Il primo è un antico principio della tradizione filosofica: la verità come il primo *trascendentale* del pensiero-linguaggio. Ciò vuol dire che in ogni caso le condizioni di verità sono *costitutive*, non sono tutto, ma sono sempre in gioco. Condizioni necessarie anche se non sufficienti. Quando comprendiamo quel che gli altri dicono, quando pensiamo e diciamo qualcosa, il riferimento al mondo (giusto o sbagliato, ritenuto giusto o sbagliato) è inevitabile. Il secondo punto rilevante è l'idea che gli EN coinvolgono il riferimento a una realtà non tanto diversa ma *più ampia* di quella prevista dagli enunciati atomici meramente descrittivi, e composta da una pluralità di fatti attuali e possibili. In terzo luogo, conosciamo i mondi possibili esattamente come conosciamo il mondo attuale qui e ora, diamo valutazioni aletiche su di essi esattamente nello stesso modo, perché tanto quei mondi quanto il nostro sono composti da *truthmakers*, potenziali 'fattori di verità'.

Da questo punto di vista la differenza tra EN ed enunciati meramente descrittivi sembra molto ridotta. La prima idea che si può ragionevolmente sostenere è stata accennata alla fine del paragrafo 2, ed è che gli EN siano il frutto di una *inferenza*, a partire da riscontri fattuali, esattamente come sono frutto di inferenza da fatti gli enunciati 'se l'acqua cresce ancora, la metropolitana verrà allagata' o 'le balene sono mammiferi' o 'potrebbero esistere scimmie parlanti'. È facile vedere la verità di enunciati atomici, come 'c'è una birra in frigorifero' perché si tratta di combinare una sola evidenza. Applicando l'analisi del predicato G proposta da Lynch, c'è una realtà – l'esserci della birra nel frigorifero – che agisce causalmente sui miei organi di senso. Lo stesso tipo di predicati agiscono nel caso di 'se il fiume cresce ancora la metropolitana viene allagata'; il

lavoro causale compiuto dalla realtà è semplicemente più vasto, vario e articolato. Per formulare l'enunciato e accettarlo, devo lavorare inferenzialmente sulle molte evidenze in mio possesso per formulare l'enunciato e accettarlo. Lo stesso avviene per 'bisogna credere in Dio'. Un numero non necessariamente maggiore di dati, inclusi fenomeni ed eventi collettivi, di tipo culturale, ha agito nello stesso modo. Se vale la tesi della pervasività della verità (v. 4.1) anche i dati culturali hanno un'origine empirica e sono dunque istanze di proprietà che esprimiamo con predicati G.

Perché 'qui e ora c'è una macchia rossa' (il tipico enunciato osservazionale dei protocolli neopositivisti) dovrebbe essere privilegiato, quanto alla verità, rispetto a 'le donne nella storia sono state discriminate, e ciò è ingiusto'? Le evidenze in questione nel secondo caso sono più complesse, ma in ogni caso le premesse che presiedono alla formazione dell'enunciato sono in senso lato 'empiriche'²¹ cioè provengono da fattualità e competenze molto simili. Non soltanto: quando ci sono dubbi, discussioni, contrasti, ossia nelle occorrenze specifiche in cui usiamo il predicato di verità, tanto l'enunciato osservativo contingente, basato sulla mera evidenza, quanto l'enunciato normativo basato su inferenze da collezioni di evidenze, sono argomentati in base a fatti o collezioni di fatti: è davvero 'rossa' la macchia sul divano, a quale livello cromatico ci riferiamo nel dirlo, ecc.

Si tratta allora di specificare quale tipo di inferenza sia coinvolta nel caso di 'si deve' 'è ingiusto' ecc. L'esempio che ho citato ripetutamente è

(4) le donne devono indossare il burqa.

La prima risposta è che in questo caso siamo di fronte a una verità *modale*, relativa non soltanto al mondo attuale ma anche a mondi possibili. (4) è in effetti traducibile in:

(4') un mondo possibile in cui il viso e il corpo delle donne è coperto è un mondo preferibile al nostro.²²

In altri termini, come si è visto l'enunciato normativo nasce da col-

²¹ Non per nulla i maestri delle *Geisteswissenschaften* tra Ottocento e Novecento, come Dilthey e Weber, consideravano gli enunciati storico-ricostruttivi *empirici* esattamente come quelli delle scienze naturali, anche se trattati e trattabili diversamente: è la prospettiva di un empirismo 'allargato' che Dilthey stesso chiamò «empirismo tedesco», per distinguerlo dall'inglese, semplicemente fenomenistico.

²² Più precisamente: *tutti* i mondi possibili che differiscono dal nostro solo per il fatto che il viso e il corpo delle donne è coperto sono preferibili.

lezioni di riscontri fattuali che non riguardano solo il nostro mondo qui e ora, ma anche altri mondi, concepiti immaginativamente modificando e ricombinando alcuni aspetti del mondo qui e ora.

Una volta stabilito che la valutazione dell'accettabilità razionale richiede sempre un vero-falso, almeno nei termini di un lavoro inferenziale a partire dal mondo, e che questo lavoro a volte è più articolato e a volte meno, possiamo accettare con Richard (e con buona parte dei logici contemporanei) che non tutte le valutazioni aletiche hanno successo, e anzi, il comportamento del concetto di verità nella nostra attività cognitiva è tale da ammettere il vero, il falso, e il né vero né falso. Anzi, dal punto di vista epistemologico, dobbiamo riconoscere che molto spesso se non per lo più lavoriamo con gradi di verità, da 0 (inequivocabilmente falso) a 1 (inequivocabilmente vero), con una quantità idealmente infinita di intermedi, quasi veri e quasi falsi, non molto veri o falsi, ecc.

Il lavoro logico e la valutazione richiedono però la categoricità del giudizio, quindi idealmente si fissa uno standard, per esempio: decido di limitare i riconosciuti 'veri' alla probabilità 0.8 o più (vero all'80%) e dunque per complementazione i riconosciuti falsi saranno da 0.2 o meno e 0.2 (vero al 20%, il che vuol dire che la negazione dell'enunciato è vera all'80%). Nella regione intermedia, troviamo esattamente la verità inferenziale di cui si è parlato. Ciò che è in gioco non è tanto l'esser vero realistico dell'enunciato, ma piuttosto l'esser vero (almeno 0.8 vero) di altri enunciati, che mi servono a stabilire l'accettabilità dell'enunciato in questione. Per esempio:

(5) la ragazza era consenziente

non è un EN, coinvolge un predicato descrittivo ma di non sempre facile accertamento, 'essere consenziente', che è reso vero (o falso) da una fattualità intenzionale (pensieri, intenzioni, gusti degli individui). Ora il giudice non ha elementi decisivi per accettare (5) sulla base delle evidenze processuali. Per lui l'enunciato ha un valore di verità inferiore a 0.8 ma non inferiore a 0.2, o anzi probabilmente tra 0.6 e 0.4. Non potrà accettare (5), né la sua negazione. Apparentemente, la verità *gives out*, e si direbbe che il giudice decida sulla base di considerazioni non-aletiche. Ma è davvero così?

Prendendo sul serio la concezione aletica del linguaggio suggerita nel paragrafo 4.1, l'analisi del caso muta sensibilmente. La decisione del giudice non è 'aletica' sulla base delle *sole* evidenze relative a (5), ma resta 'aletica' in riferimento ad altri dati ed evidenze di cui il giudice è in possesso, grazie al rito del processo e alle sue compe-

tenze, intuizioni ed evidenze. La valutazione per il sì o il no dunque coinvolge comunque la verità, benché in termini inferenziali.

Potrebbe essere vero o falso che la ragazza in quel caso specifico era consenziente, non sappiamo (il giudice non lo sa), ma altri dati su cui il nostro giudizio è di valore 0.8 o più ci dicono che non lo era (o lo era), oppure che dobbiamo assumere – quasi arbitrariamente – che lo fosse o non lo fosse. Non si tratta dunque di un fallimento della verità come tale, ma del nostro sforzo di conoscere nei dettagli fatti complessi, che coinvolgono elementi emotivi, valutativi, culturali, oltre che storici. Per aiutarci in questa operazione però la procedura di controllo dei fatti resta comunque attiva.

5.2. *Verità e possibilità*

Il passo successivo consiste nell'ammettere che nel caso degli EN ci troviamo di fronte a un'inferenza che – come nel caso di 'è vero che le balene sono mammiferi' – associa induttivamente diversi fatti del mondo, ma in più, mediante «ricombinazione» di questi fatti (è l'espressione di Lewis) concepisce mondi possibili valutati comparativamente rispetto a questo mondo.

Come ho suggerito, i fatti di cui l'inferenza si avvale, per esempio nel caso (4) (le donne devono indossare il burqa), coinvolgono non soltanto il nostro mondo, in cui esistono donne e uomini e modi di vestirsi, e le azioni conseguenti, ma anche altri mondi costruiti sulla base di come questo mondo è fatto, ma non attuali. Ci chiediamo allora: questo richiamo al possibile rappresenta una decisiva differenza rispetto agli enunciati meramente descrittivi, specie quelli complessi, come l'enunciato sulla metropolitana verosimilmente allagata dal fiume in piena?

Notiamo subito che la pervasività del giudizio modale è ben più estesa di quanto si sia abituati a ritenere. È possibile notare che *ogni verità inferenziale* (dedotta da inferenze su evidenze o su collezioni di evidenze) è una *verità modale*. È questa una concezione semantica e modale del concetto di inferenza valida che è del tutto plausibile, e costituisce anzi una prospettiva dominante nella logica filosofica contemporanea.²³ Guardiamo allora all'enunciato sulla metropolitana a rischio di allagamento:

(6) se il fiume cresce altri due centimetri, la metropolitana verrà allagata

²³ Cfr. T. Sider, *Logic for Philosophy*, Oxford University Press, 2010, p. 9.

che cosa intende dire chi asserisce (6)? Secondo l'interpretazione standard dei condizionali, intende dire che

(6') non esistono mondi possibili in cui il fiume cresce altri due centimetri e la metropolitana non viene allagata

La ricognizione necessaria per stabilire la verità di (6) consiste precisamente nell'ispezionare i mondi in cui si dà l'antecedente, cercando quelli in cui non c'è alcun truthmaker per il conseguente. La discussione su (6) sarà precisamente discussione sulla costruzione e l'esplorazione dei mondi.

Abbiamo quindi un altro principio di pervasività: *la pervasività aletica (della verità) implica la pervasività della prospettiva modale*: i mondi possibili sono ovunque nel linguaggio e nel pensiero, esattamente come – e in definitiva perché – è ovunque la verità, il riferimento alle cose come stanno.

Se accettiamo questo punto di vista, siamo indotti a riconoscere che i mondi possibili non sono creazione propria ed esclusiva di utopisti e sognatori, ma stanno nell'esperienza conoscitiva di chiunque, in qualsiasi momento. Un esempio celebre, che mi dicono preferito dai giuristi, è 'piove, dunque esco con l'ombrello' e intendo (o penso): i mondi in cui piove ed esco senza ombrello non mi piacciono, li preferisco a quelli in cui piove ma ho l'ombrello.

Qui possono emergere due obiezioni. La prima è che 'preferibile' è comunque un predicato di natura valutativa o pratico-elettiva, dunque il ricongiungimento del normativo al fattuale non è compiuto. La risposta però non è difficile. Se ammettiamo la semantica vero-condizionale specificata nel paragrafo 4.1, la seguente conclusione è legittima:

*i predicati normativi sono espressioni ellittiche che esprimono collezioni di giudizi di fatto e inferenze da collezioni di giudizi di fatto.*²⁴

Non è difficile ammettere che predicati come 'preferibile' stanno per collezioni di giudizi di fatto e ispezioni dei mondi conseguenti. È preferibile alzarsi presto al mattino sta per: un certo numero di volte mi sono alzata presto e ho notato certi risultati di tipo A, un certo numero di altre volte mi sono alzata tardi e ho notato risultati di tipo B. I risultati di tipo A sono per esempio predicati del tipo prestazioni intellettuali e fisiche (sono stata veloce nel lavoro, non

²⁴ Più precisamente: i predicati od operatori normativi sono proprietà di collezioni di giudizi di fatto o di inferenze da collezioni di giudizi di fatto.

mi sono stancata, ...). Io preferisco queste circostanze ad altre esattamente ancora sulla base di fattualità attuali e possibili complesse. Allo stesso mondo, i mondi in cui piove e giro senza ombrello sono mondi in cui mi bagno, in molti di essi mi ammalo. E ciò è vero sulla base di predicati di tipo G che hanno colpito i miei sensi in epoche precedenti. Ho ispezionato dunque i diversi mondi (concepiti per ricombinazione a partire dal mondo attuale), ho controllato le modificazioni fattuali che essi comportano, e su questa base ho formulato l'inferenza ellitticamente indicata con: il mondo in cui piove e ho l'ombrello è preferibile. Come tale 'preferibile' non elude affatto la verità: anzi la richiede in senso eminente.

La seconda obiezione è che 'piove dunque prendo l'ombrello' è un'inferenza pratico-empirica. Essa certo nella sua versione apertamente modale include il predicato valutativo 'preferibile', ma non coinvolge coercizioni di natura collettiva, come 'le donne devono indossare il burqa'. In realtà una certa coecizione, una *logical constraint*, più o meno forte è comunque sempre richiesta, in qualsiasi tipo di inferenza. La coercizione derivante dalle deliberazioni politiche e dalle leggi ha una forza in fondo non più potente di quella derivante dall'introspezione. Ma la valutazione ha, se possibile, un impegno maggiore nei riguardi della verità di quanto abbia una coercizione pratico-empirica di tipo individuale.

5.3. *I vantaggi*

A questo punto è utile attirare l'attenzione su alcuni punti cruciali che riguardano la prospettiva modale, e come essa possa rovesciare i luoghi comuni sulla verità come concetto dogmatico, il cui uso renderebbe impossibile o comunque difficile il confronto discussivo interculturale.

Il primo è che il realismo modale è antidogmatico, in quanto rimette alla realtà il giudizio ultimo sulla realtà. È proprio perché esiste una realtà indipendente che io mi trovo limitata nelle mie pretese di darne conto in modo completo ed esaustivo. In particolare, se è indipendente la realtà dei possibili, questo vuol dire che io non domino completamente le possibilità: esse non sono il frutto delle mie creazioni conoscitive; è vero che le colgo immaginativamente, ma ne colgo solo alcune, non tutte. Il realismo modale lascia aperto dunque un ampio margine di lavoro: potrebbero esserci possibilità che non vediamo, e necessità impreviste a noi ignote.

In secondo luogo, se io sono consapevole che i mondi possibili 'esistono' nella dimensione del potenziale render vero, sono anche consapevole del fatto che in ciascuno di essi si danno non soltanto

fatti attuali ma anche possibili. In altri termini, gli abitanti di quei mondi possono avere loro idee circa la possibilità e la necessità.²⁵ Per esempio. Potrebbero esserci mondi in cui sono solo gli uomini (individui umani maschi) a partorire. In quei mondi probabilmente le condizioni delle donne sarebbero diverse. Gli abitanti di quei mondi potrebbero non vedere altri mondi, in cui invece sono solo le donne a partorire (appunto il nostro mondo) o mondi in cui tanto gli uomini quanto le donne partoriscono. Il campo dei nostri esperimenti immaginativi, come si vede, è molto ampio, e coinvolge non soltanto le fattualità (attuali e modali) del nostro mondo, ma anche le condizioni epistemiche e valutative di altri mondi, e dei loro abitanti. È grazie a questa ampia opportunità di ricombinazione che possiamo riconoscere l'esistenza e anche la relativa plausibilità di altre culture, altre condizioni, e altre scelte normative.

In terzo luogo, noi siamo confinati in questo modo. Ciascun individuo, per Lewis, è relegato nel mondo attuale, e ha che fare con individui del mondo attuale. Non esiste *transworld identity* (identità trasversale per cui io sono la stessa io in tutti mondi, salvo che ho proprietà diverse). Non soltanto: le possibilità che conosciamo sono come si è detto ricombinazioni a partire da questo mondo. Dunque la nostra capacità di valutarle e studiarle sta qui, e nei limiti (e nell'incompletezza) della nostra conoscenza. Proprio per questo siamo in grado non soltanto di capire le ragioni di altre figurazioni di possibilità, e dunque altre scelte normative, ma anche di discuterle, e non sulla base della preferibilità imperialistica di posizioni maggioritarie, ma semplicemente sulla base della verità o meno delle premesse che ci guidano alle nostre inferenze morali e deontiche.

Ritornando all'esempio (4):

(4) le donne devono indossare il burqa

Un sostenitore di (4) riterrà che (4) sia non semplicemente accettabile, ma decisamente vero, ossia accettabile in quanto riferito a fattualità oggettive su cui non è disposto a transigere. Chiaramente non abbiamo la stessa valutazione, ma adottando la prospettiva del realismo aletico corretto in senso modale, nella discussione con lui o lei possiamo capire le sue ragioni. Per esempio riusciremo a capire le sue ragioni quando ci dice che nei mondi in cui le donne hanno il viso e il corpo coperto i desideri sessuali degli uomini non verrebbero attivati in

²⁵ Questa circostanza si esprime nella logica modale attraverso il concetto di *accessibilità*.

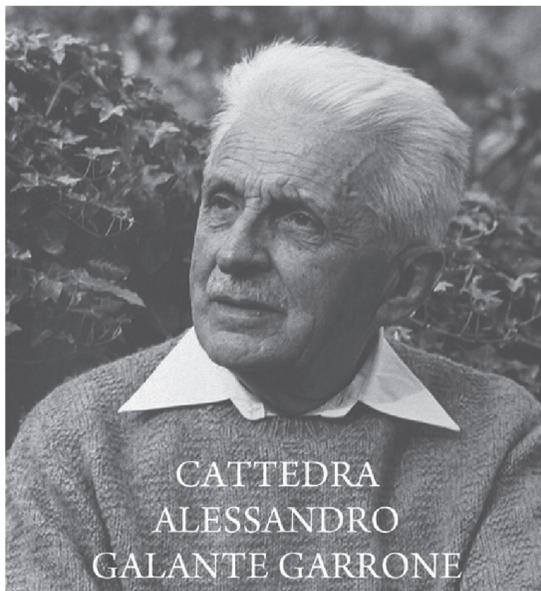
modo improprio, generando disagi sia negli uomini che nelle donne. In definitiva “vediamo”, possiamo vedere, questi mondi di cui parla.

Ora però il mondo di cui stiamo parlando, noi e il sostenitore del burqa, è in definitiva *un mondo in comune*, l'unico che abbiamo (§ 4.2), ed è in esso che le nostre ragioni (le nostre premesse) sono vere o false. A questo punto grazie alla visione dei possibili unita alla considerazione del mondo attuale siamo nelle condizioni di discutere con lui, non dogmaticamente e imperialisticamente, ma con riferimento alla realtà che abbiamo in comune, alla nostra comune capacità di darne conto in modo veridico, e alla nostra capacità di organizzarla in modo migliore per tutti (visto che tutti, identicamente, ne facciamo parte, e vi siamo confinati). È l'appello a questo mondo in comune che ci fa dire al sostenitore del burqa che nei mondi da lui ipotizzati tutto il peso della modifica volta a migliorare il mondo sulla base della non-attivazione dei desideri impropri degli uomini ricadrebbe sulle spalle delle donne, e ad esse verrebbe vietata la possibilità di vestirsi liberamente. Un altro mondo in cui gli uomini diventano autonomamente capaci di controllare i propri desideri in modo socialmente accettabile e utile è senza dubbio preferibile, per le donne e forse anche per gli uomini. Esattamente allo stesso modo, il mondo in cui piove, io non prendo l'ombrello, ma obbligo qualcuno a proteggermi dalla pioggia, sicuramente non è preferibile per quel qualcuno, ma forse, a lungo termine, non è neppure preferibile per me.

Naturalmente, il sostenitore del burqa potrebbe dire che non è così, e portare altre ragioni-premesse. Non è detto che la nostra sia l'ultima parola, e il nostro modo di vedere il mondo in comune e i mondi possibili condivisi o condivisibili sia ultimativo. Ovviamente non vediamo tutte le possibilità. Ma se ci spostiamo su questo piano la discussione diventa anzitutto possibile come discussione autentica, senza false tolleranze (le tue tesi inaccettabili vanno benissimo finché non toccano i miei interessi), né ostinazioni dogmatiche (le tue tesi riguardano cose che non conosco, dunque non sono per me vere, e di conseguenza è vera la loro negazione). L'oggettività infatti qui risiede solo e semplicemente nella realtà. In ogni altro modo, quando l'oggettività è lasciata nelle mani della cultura, della scienza, o delle capacità argomentative e politiche, la discussione è inautentica, essendo governata esclusivamente da forzature in termini di seduzione, o intimidazione, o formalismo dei contendenti.

Università degli Studi del Piemonte Orientale
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA E
SCIENZE POLITICHE, ECONOMICHE E SOCIALI

Anno accademico 2017 – 2018



Il Corso

VITTORIO VILLA

*Una teoria pragmaticamente orientata
dell'interpretazione giuridica*

10 – 12 aprile 2018

Palazzo Borsalino
Via Cavour, 84 – Alessandria

«Quando ho esaurito le giustificazioni arrivo allo strato di roccia, e la mia vanga si piega. Allora sono disposto a dire: “ecco agisco proprio così”».

(L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, § 217)

Vittorio Villa insegna Filosofia del diritto all'Università di Palermo.

È autore di numerose pubblicazioni, tra cui si segnalano: *Costruttivismo e teorie del diritto* (Giappichelli, 1999), *Storia della filosofia del diritto analitica* (Il Mulino, 2003), *Il positivismo giuridico. Metodi, teorie e giudizi di valore* (Giappichelli, 2004), *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica* (Giappichelli, 2012), *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva* (Giappichelli, 2017).

I disaccordi interpretativi profondi fra metaetica e filosofia del diritto

Vittorio Villa

1. Una definizione di “disaccordi interpretativi profondi”. – 2. DIP, filosofia del linguaggio e relativismo. – 3. I disaccordi profondi in etica e nella cultura giuridica. – 4. Alcune condizioni necessarie dei DIP. – 4.1. La base comune di accordo: concetti e casi paradigmatici. – 4.2. L’idea di “persona” come *essentially contested concept*. – 4.3. La seconda condizione: l’aggancio alle concezioni di “sfondo”. – 4.4. La terza condizione: le pretese di correttezza dei partecipanti. – 4.5. I DIP come disaccordi genuini, *faultless*, irrisolvibili, ineluttabili. – 5. Una digressione (quasi) obbligata: il grande contributo di Dworkin al tema dei DIP. – 5.1. Il senso, “in negativo”, “difensivo” della *right answer*. – 5.2. Il senso “in positivo” della *right answer*. – 6. I casi paradigmatici prescelti: una breve ricostruzione. – 6.1. Il caso Welby. – 6.2. Il caso Englaro. – 6.3. Il caso Fabo/Cappato. – 7. Alcuni commenti sui tre casi paradigmatici. – 8. Eutanasia e distinzione fra *killling* e *letting die*. – 9. Osservazioni conclusive.

1. *Una definizione di “disaccordi interpretativi profondi”*

Oggi si discute molto di disaccordi, più o meno profondi, più o meno *faultless*, nella filosofia contemporanea, soprattutto in quella di orientamento analitico, e in una molteplicità di ambiti disciplinari: filosofia del linguaggio, epistemologia, filosofia della religione, etica, eccetera. Il tema è uno dei più trattati, soprattutto in seguito alle posizioni innovative assunte da filosofi del linguaggio come Kölbel¹ e MacFarlane².

Nel prosieguo della mia discussione dirò qualcosa in merito. Tuttavia, il tema della mia trattazione è molto più specifico, ed è rappresentato da quelli che io da qualche tempo vado caratterizzando come “disaccordi interpretativi profondi” (da ora in poi, “DIP”). Il

¹ Cfr., in particolare, M. Kölbel, *Truth Without Objectivity*, London, Routledge, 2002.

² Si veda J. MacFarlane, *Assessment Sensitivity. Relative Truth and Its Applications*, Oxford, Clarendon Press, 2009.

tema ha fatto parte delle mie lezioni ad Alessandria ed è tutt'ora oggetto dei miei studi. Le lezioni, a loro volta, erano tratte da due miei precedenti lavori³. In questo contributo, però, vi sono delle rilevanti novità rispetto ai miei studi precedenti.

Possiamo considerare i DIP come una sotto-classe della più generale classe dei disaccordi profondi di natura etica ed etico-politica. Questo perché nei DIP la dimensione etica risulta assolutamente determinante, nello specifico senso che abbiamo bisogno di *principi etici* (e, più in generale, di *concezioni etiche*) per interpretare le disposizioni costituzionali sui diritti fondamentali che, come cercherò di mostrare, sono oggetto di radicali disaccordi interpretativi; e questo vale sia per il *legislatore* (se vuole intervenire per dare una regolamentazione legislativa alla materia in questione), che per il *giudice ordinario* (per tutti i casi concreti la cui soluzione dipende dall'interpretazione dei principi costituzionali rilevanti), e che, infine, per il *giudice costituzionale* (nelle decisioni riguardanti la illegittimità costituzionale, o meno, delle norme le cui interpretazioni sono discordanti). Una parte corposa di questi casi appartiene all'ambito di quel settore della filosofia del diritto, sempre più rilevante, che va sotto il nome di "bioetica".

Quanto all'ormai vetusta questione dei "rapporti fra diritto e morale", si può dire che oggi, negli stati di diritto costituzionali, è nell'ambito dell'interpretazione (e soprattutto dell'interpretazione costituzionale) che si manifestano i rapporti fra diritto e morale, rapporti che, nell'ambito di questo specifico contesto istituzionale, assumono, ma soltanto *contingentemente*, la natura di una *connessione necessaria*.

Sta di fatto che nel dibattito pubblico, nelle discussioni fra gli studiosi, sulla stampa, ci si ritrova spesso a parlare di disaccordi profondi di questo genere, soprattutto quando si verificano vicende che attirano un forte interesse, anche da parte di coloro che non sono "addetti ai lavori" (l'esempio più recente è costituito dal caso "Fabo/Cappato", di cui parlerò più in avanti).

Il mio settore di indagine riguarnerà, appunto, il campo dei disaccordi di carattere interpretativo che sorgono nel campo della bioetica e coinvolgono giudici, giuristi e teorici del diritto. La mia

³ Si tratta di V. Villa, *Deep Interpretive Disagreements and Theory of Legal Interpretation*, in A Capone, F. Poggi (eds.), *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*, Switzerland, Springer, 2016, pp. 89-119 e di V. Villa, *Disaccordi Interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, Torino, Giappichelli, 2017.

discussione si volgerà ad esaminare, in modo particolare, i casi di disaccordo interpretativo che coinvolgono la questione del “fine vita”.

Preciso subito che, data la complessità del tema e il margine di spazio a me concesso, procederò molto schematicamente, fornendo, nei paragrafi susseguenti, soltanto uno schizzo degli aspetti che considero imprescindibili per una trattazione adeguata del tema in questione.

Prima di procedere, però, è opportuno fornire una definizione orientativa dei DIP, che sia in grado di guidarci nello sviluppo del discorso. Ebbene, chiamo “disaccordi interpretativi profondi” «quelle divergenze particolarmente radicali, *genuine, faultless, irrisolvibili e ineludibili* (vedremo meglio in seguito, in dettaglio, il significato di queste caratteristiche), che si verificano nell’attività interpretativa di giudici e giuristi in una buona parte dei casi in cui essi hanno a che fare con *espressioni e locuzioni valutative* (d’ora in poi “formule valutative”), come “persona”, “diritto alla vita”, “autodeterminazione”, “dignità”, “diritto di morire”, “famiglia”, “diritto alla salute” (e l’elenco potrebbe continuare), formule contenute in *disposizioni esplicite* o in *norme implicite*, che sono *prevalentemente*, ma non *esclusivamente*, di livello costituzionale».

Alcune precisazioni si impongono, a contorno di questa definizione.

Prima di tutto, che divergenze di questo tipo esistano è frutto di un’analisi ricostruttiva di come in questi ultimi decenni si sono atteggiare le pratiche interpretative di giudici e giuristi quando hanno avuto a che fare con tali formule. Per quanto le teorie intervengano sempre ad orientare e a guidare l’osservazione e la lettura dei dati, tuttavia una tale attività di selezione del “materiale empirico”, o “quasi-empirico”, non può certo modificarne radicalmente le caratteristiche. Ebbene, proprio per questo le mie tesi sui DIP non rappresentano il frutto di ragionamenti astratti, sganciati dall’esperienza (rappresentata, in questo caso, dai discorsi interpretativi di giudici e giuristi, così come possono essere rilevati dall’analisi delle sentenze e degli studi pubblicati sull’argomento), ma, al contrario, si nutrono di questo rapporto con i “fatti” e traggono conforto dalla considerazione, empiricamente confermata, che divergenze di questo tipo esistano realmente (altra cosa è, poi, cercare di individuare le ragioni e gli esiti di tali divergenze).

In secondo luogo (ma su questo punto tornerò in seguito), osservo che in casi del genere divergenze così radicali non possono essere motivate da questioni interpretative di carattere meramente

tecnico-giuridico, ma, al contrario, dipendono da profonde differenze fra le varie concezioni etico-politiche che in questi casi entrano *necessariamente* in campo e che vengono adottate, o meglio ancora presupposte, dagli interpreti.

A questo proposito, è opportuno rilevare che sarebbe forse meglio che gli interpreti, nei casi di DIP, fossero ben consapevoli delle forti implicazioni etiche della loro attività interpretativa. Schematizzando al massimo un'analisi degli schieramenti in campo che dovrebbe essere molto più complessa (e dunque contrapponendo, come farò lungo tutto questo saggio, una "bioetica laica" ad una "bioetica religiosa"⁴), bisogna dire con chiarezza, come fanno Fiandaca⁵ e Riscato⁶, che non può essere una risposta accettabile quella di chi, dal fronte laico, critichi l'intromissione della morale nel diritto, operata dai cattolici quando entrano nel merito delle questioni bioetiche sul tappeto, e rivendichi una pretesa "neutralità del diritto"⁷. Si tratta di una operazione destinata al fallimento, perché *l'aggancio alle concezioni etiche* è una condizione necessaria per una qualsivoglia interpretazione delle formule valutative contenute nella Costituzione. Stando così le cose, i penalisti laici, anziché battersi contro quella che viene chiamata "rietizzazione"⁸, da parte cattolica, del diritto penale, dovrebbero invece misurarsi direttamente con l'altro schieramento proprio al livello delle concezioni etiche, cercando di presentarne di "migliori" (in relazione, ad esempio, all'osservanza dei requisiti della *coerenza interna*, della *fecondità esplicativa*, della *corroborazione empirica*) rispetto a quelle del fronte avverso.

Ma torniamo alle divergenze interpretative radicali che si verificano nei casi di DIP. Esse dipendono, fra le altre cose, dal fatto che, come è ampiamente noto, la nostra costituzione è frutto di un compromesso fra ideologie etico-politiche diverse (di stampo

⁴ Uso qui la schematizzazione di Giovanni Fornero (*Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano, Mondadori, 2009, pp. 15-16), perché mi pare abbastanza appropriata nel render conto degli atteggiamenti della nostra cultura giuridica sulle questioni bioetiche, anche se, ovviamente, si tratta pur sempre di una semplificazione concettuale di una articolazione molto più complessa con la quale le concezioni in campo si presentano.

⁵ G. Fiandaca, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione del caso Cappato?*, in G. D'Alessandro-O. Di Giovine (a cura di), *La Corte Costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 265-284.

⁶ L. Riscato, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della "laicità" nell'esperienza penalistica*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 40-41, 81.

⁷ Come sembra fare, ad esempio, R. Dameno, *Quali regole per la bioetica? Scelte legislative e diritti fondamentali*, Milano, Guerini, 2009, pp. 19-21.

⁸ L. Riscato, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire"*, cit., p. 81.

socialista, di stampo laico-liberale, di stampo cattolico), e dunque i principi costituzionali fondamentali che fanno parte del testo contengono formule valutative di stampo altrettanto compromissorio, che si presentano come altamente *indeterminate* nel loro significato “centrale” (e non già formule *vaghe*, che ne toccherebbero, invece, il *campo di estensione*⁹), e sono dunque suscettibili di interpretazioni – anche radicalmente – alternative¹⁰.

In terzo luogo, credo che non possa sfuggire l'importanza di questo tema per una riflessione critica sulle modalità di funzionamento del nostro stato di diritto (ma il discorso andrebbe esteso a tutti gli stati di diritto di matrice occidentale, che si trovano a dover affrontare un problema molto simile), e segnatamente sul modo in cui le nostre istituzioni (e in particolare le nostre Corti di giustizia) intendono e applicano le disposizioni costituzionali che enunciano i diritti fondamentali (diritti che, nella pratica interpretativa della nostra Corte costituzionale, rappresentano ormai una “lista aperta”¹¹). Non si tratta di divergenze di poco conto, né tampoco di questioni di dettaglio, perché esse investono i principi fondamentali del nostro assetto costituzionale.

In quarto luogo, e proprio per quanto detto sopra, l'argomento dei DIP fa parte, a pieno titolo, della teoria dell'interpretazione giuridica, e in particolare di quella parte della teoria che si occupa della *interpretazione costituzionale*. Pertanto, per rendere conto in modo adeguato di questo tipo di disaccordi, occorre una teoria dell'interpretazione che sia attrezzata allo scopo. Ma naturalmente questo non è un compito che può essere svolto in questa sede, anche se qualche cosa dirò in seguito su questo punto.

L'ultima precisazione riguarda il fatto che, in questo breve saggio, non potrò tener conto della situazione in cui versano altre organizzazioni giuridiche simili alle nostre, e potrò solo fare qualche breve cenno alla pur forte influenza che sull'interpretazione di queste

⁹ A tale proposito Dworkin afferma, con grande chiarezza, che non si deve confondere «the case in which a legislature uses a vague term, like “middle-aged” or “red”, with the different case in which it lays down a concept that admits of different interpretations» (R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1985, p. 128).

¹⁰ Sviluppo estesamente la distinzione fra “senso” e “riferimento” nel mio *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 163-180.

¹¹ Il mutamento di atteggiamento interpretativo si realizza con la sentenza 561/1987, che riconosce il “diritto alla libertà sessuale”. Ma si veda anche, in seguito, la sentenza 404/1988, che riguarda il “diritto alla abitazione”.

formule giocano i principi fondamentali (anch'essi fortemente indeterminati) contenuti nella CEDU.

Prima di proseguire, è opportuno menzionare i vari passaggi in cui si articolerà la mia analisi.

Nel paragrafo successivo (§ 2) cercherò di valutare in che misura i recenti sviluppi sui disaccordi nell'ambito della filosofia del linguaggio possano essere di una qualche utilità per la mia ricerca.

Il § 3 sarà dedicato al modo in cui viene affrontato il tema dei disaccordi nell'ambito che più ci interessa, quello dei disaccordi di carattere etico ed etico-politico.

Nel § 4 verranno indicate le più importanti condizioni (*necessary* ma non *sufficienti*) dei DIP, quelle la cui presenza ci mette in grado di accertare se i casi concreti di volta in volta presi in esame siano o meno casi di DIP. Nel corso di questa analisi verrà esaminata quella che a mio avviso rappresenta, almeno nel nostro assetto costituzionale, la prima sorgente dei DIP, e cioè l'idea normativa di "persona umana", con la sua fortissima carica etica, e, insieme, con la sua forte suscettibilità a diventare oggetto di interpretazioni radicalmente alternative.

Nel § 5 mi permetterò una digressione, volta a sottolineare il grande contributo, a carattere pionieristico, dato da Ronald Dworkin allo studio dei disaccordi.

Nel § 6 presenterò tre importanti casi paradigmatici di DIP, che si sono verificati in tempi recenti nel nostro sistema giuridico e che hanno suscitato non solo un ricco dibattito nella nostra cultura giuridica, ma hanno anche attratto l'attenzione dei media. Si tratta, in ordine cronologico, del "caso Welby", del "caso Englaro", e del caso "Fabo/Cappato".

Nel § 7 svolgerò alcuni commenti critici sui tre casi in questione, volti, tra le altre cose, a individuare le profonde somiglianze "strutturali" che sussistono fra di essi.

Nel § 8 sosterrò che una ricostruzione adeguata di questi tre casi richiede alcuni importanti chiarimenti sulla nozione di "eutanasia" e sulla distinzione, per la verità molto dubbia, fra *killing* e *letting die*.

Infine, nel § 9, tirerò le somme della discussione e farò alcune osservazioni conclusive.

2. DIP, filosofia del linguaggio e relativismo

Come ho detto nel primo paragrafo, in questi anni si è sviluppato nella filosofia del linguaggio contemporanea un dibattito molto ricco

e acceso (molto più che in etica e in filosofia del diritto) a proposito della natura e delle caratteristiche dei “disaccordi profondi”, dibattuto che si è incentrato, in modo particolare, sulla possibilità di configurare, in alcuni ambiti di discorso (ad esempio, quello sui “futuri contingenti”, sui “modali epistemic”, sulle “attribuzioni di conoscenza”), disaccordi *faultless*.

L'attenzione dei filosofi del linguaggio si è concentrata, tra le altre cose, sui *giudizi di gusto* e ha anche toccato, ma spesso solo di sfuggita, i *giudizi etici*, in molti casi sulla base della convinzione – a mio avviso pernicioso per un'analisi corretta di questi ultimi – che vi fosse una forte similarità fra “giudizi di gusto” e “giudizi etici”. Da questo punto di vista, si è sostenuto, ad esempio, che sussisterebbe una forte similarità fra due giudizi di gusto contraddittori, quali «Deep is more handsome than Pitt» e “Deep is not more handsome than Pitt», e fra due giudizi etici, considerati come altrettanto contraddittori, quali «one ought not to marry outside one's own caste», e “it is not the case that “one ought not to marry outside one's caste”»¹².

Il dibattito coinvolge diversi e importanti filoni della filosofia del linguaggio contemporanea: il *contestualismo*, nella versione *indexical* e in quella *non indexical*, il *truth relativism* e il *content relativism*.

È lungi da me l'intenzione di entrare in un dibattito così tecnico e per addetti ai lavori, dibattito che peraltro fuoriesce dagli obiettivi di questa indagine¹³. La discussione, tuttavia, tocca alcuni punti per me molto importanti, due in particolare: i) la possibilità di configurare disaccordi profondi *faultless* anche in ambito etico-giuridico; ii) la praticabilità (ventilata da molti di questi autori) dell'ipotesi di utilizzare il relativismo, in una qualche sua versione, come concezione in grado di fornire una spiegazione del perché sorgano questi disaccordi e del senso in cui siano caratterizzabili come *faultless*. Da questo punto di vista, si sostiene, da parte di alcuni di questi filosofi, che la discussione sui disaccordi profondi fornisca una delle motivazioni più profonde per il relativismo (e cioè che questo tipo di disaccordi sia *relativism-inducing*¹⁴).

¹² Gli esempi sono presentati da M. Kölbel, *Introduction. Motivations for Relativism*, in M. Garcia Carpintero, M. Kölbel (eds.), *Relative Truth*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 11-12.

¹³ Per chi volesse, comunque, approfondire un po', utili punti di partenza sono le classificazioni utilizzate da T. Marques, *Doxastic Disagreement*, in «Erkenntnis», 79, 1, 2014, pp. 121-142 e da B. Weatherson, *Conditionals and Indexical Relativism*, in «Synthese», 166, 2009, pp. 333-357.

¹⁴ Che i disaccordi profondi siano oggi una delle motivazioni principali che

Cercherò adesso, pertanto, di vedere quali spunti interessanti possano derivare da questo dibattito per il nostro tema, sforzandomi di illuminare a tutto tondo sia gli elementi che possono avere una qualche utilità esplicativa per la nostra indagine, che gli elementi che non ne hanno alcuna, e che anzi allontanano la possibilità di considerare le analisi di questi filosofi del linguaggio, nel loro complesso, come un *modello analogico* per la trattazione del nostro tema (anche se è vero che, comunque, alcune proposte si riveleranno molto più utili e illuminanti di altre).

Un primo elemento per noi positivo della discussione sviluppata da molti di questi filosofi del linguaggio di orientamento relativistico consiste proprio nel mettere in evidenza il fatto che, in certe aree di discorso, sembra proprio che non sia possibile arrivare ad un accordo fra le parti contendenti, pur se esse realizzano appieno che stanno parlando dello “stesso oggetto” (ad esempio, che stanno parlando dell’aborto), condividono tutte le informazioni sui fatti rilevanti (ad esempio sul fatto che una certa donna è incinta, e sta per terminare la sua gravidanza), e mantengono un atteggiamento aperto verso gli argomenti della contro-parte. Ebbene, si fa notare che potrebbe accadere che in questi casi i due contendenti si trovino ad essere in una situazione di disaccordo insanabile sul fatto se tale comportamento (l’aborto) sia o meno moralmente giustificabile, senza che per questo vi sia alcuna colpa o errore addebitabile ai contendenti stessi.

Questo elemento di sostanziale condivisione fra il modo di trattare i disaccordi nella teoria del diritto e nella filosofia del linguaggio viene controbilanciato, tuttavia, un elemento di netta differenziazione, che dipende dal fatto che i filosofi del linguaggio che si occupano dei dissensi etici, come esempi di disaccordo, sembrano non dedicare una particolare attenzione alle peculiari caratteristiche del discorso etico, e soprattutto non tengono conto del fatto che esso non si articola in *singoli giudizi slegati fra di loro*, ma si sviluppa e si radica attorno a vere e proprie concezioni (Rawls le chiamerebbe *concezioni comprensive*¹⁵). In questo senso, i disaccordi etici non sono riconducibili a semplici contraddizioni fra singole affermazioni, come

spingono verso il relativismo (che siano, cioè, *relativism-inducing*) è sostenuto, ad esempio, da Carol Rovane, che parla in proposito (ma in chiave critica) di una sorta di *disagreement intuition* che spingerebbe inesorabilmente verso il relativismo. Si veda, in particolare, C. Rovane, *Relativism Requires Alternatives not Disagreement or Relative Truth*, in S. Hales (ed.), *A Companion to Relativism*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2011, pp. 31-52.

¹⁵ J. Rawls, *Political Liberalism*, Expanded Edition, New York, Columbia University Press, 2005, pp. XVI-XVII, 19-20, 58-66.

i giudizi di gusto sulla bontà o meno di “fragole” o di “lumache” (si tratta di esempi ricorrenti di giudizi di gusto contraddittori). Non è nemmeno detto, peraltro, che il disaccordo etico sfoci sempre in una qualche forma di contraddizione logica¹⁶. In buona sostanza, il confronto-scontro fra due o più concezioni comprensive che si verifica in campo etico (e da cui poi dipende il tipo di opzione che viene privilegiata nell’interpretazione giuridica nel caso di DIP) è un affare molto più complesso del raffronto fra due singoli giudizi.

La prova dell’inadeguatezza di questo modello di disaccordo *faultless* in ambito etico-giuridico è data dal fatto che per alcuni di questi filosofi (per Kölbel¹⁷, ad esempio), il comune riconoscimento di un disaccordo insanabile di questo tipo renderebbe inutile, per comune riconoscimento di entrambe le parti “discordanti”, ogni ulteriore discussione. Da questo punto di vista, la discussione potrebbe invece sorgere solo se essa fosse per davvero finalizzata alla individuazione di chi ha ragione e di chi ha torto.

Mi pare abbastanza ovvio obiettare che in ambito etico-giuridico succede proprio il contrario (tornerò su questo tema nel paragrafo dedicato a Dworkin): nel nostro campo le parti normalmente continuano incessantemente a discutere, anche qualora si rendano conto che trovare un accordo è un affare estremamente complicato, se non impossibile¹⁸.

In secondo luogo, nei disaccordi considerati come *faultless* dai filosofi del linguaggio il criterio fondamentale per accertare la con-

¹⁶ Due esempi tipici di filosofi morali che non credono che il disaccordo, in ambito etico, debba necessariamente sfociare in una contraddizione sono C. W. Gowans, *Introduction*, in C.W. Gowans (ed.), *Moral Disagreements. Classic and Contemporary Readings*, London and New York, Routledge, 2000, p. 14 e da D. Plunkett, T. Sundell, *Disagreement and the Semantics of Normative and Evaluative Terms*, in «Philosophers’ Imprint», 13, 23, 2013, pp. 10 ss. Ma che la contraddizione non sia necessariamente la forma in cui può esprimersi un disaccordo è sostenuto anche in contesti disciplinari diversi dall’etica, sulla base della convinzione secondo cui le singole affermazioni in potenziale contraddizione muovono in realtà da schemi concettuali profondamente diversi. Cfr., in proposito, M.P. Lynch, *Truth in Context, An Essay on Pluralism and Objectivity*, Cambridge (Mass.), Mit Press, 1998, pp. 78 ss.; M. Dugas, *Relativism, Faultlessness and the Epistemology of Disagreement*, in «Logos & Episteme», IX, 2, 2018, p. 138; A. Hazlett, *Entitlement and Mutually Recognizable Reasonable Disagreements*, in «Episteme», 11, 1, pp. 4 ss.

¹⁷ M. Kölbel, *Faultless Disagreement*, in «Proceedings of the Aristotelian Society», 104, 2003, pp. 67-68.

¹⁸ Rileva opportunamente Peter Singer che il negare l’esistenza di “fatti etici oggettivi” non vuol dire affatto che il ragionamento etico non sia possibile (P. Singer, *Practical Ethics*, first ed. 1980, New York, Cambridge University Press, 2011³, pp. 8-9).

traddittorietà dei giudizi radicalmente e inesorabilmente contrapposti rimane pur sempre quello del “vero/falso”, anche se, per alcuni, si tratterebbe di verità relative a *prospettive* (Köbel), ovvero a *contesti di valutazione* (MacFarlane). Ora, a me non pare proprio che nel campo dell’argomentazione etico-giuridica sia un’operazione praticabile applicare il criterio del “vero/falso” per la giustificazione dei giudizi e delle tesi interpretative che vengono prodotte. Qui dobbiamo affidarci alle risorse della teoria dell’argomentazione e alle sue regole di correttezza (e qui la coerenza e la congruenza fra le varie parti di un singolo discorso argomentativo avrebbero un ruolo fondamentale). Ma tornerò su questo punto nel paragrafo dedicato a Dworkin.

Un altro spunto di grande interesse per la mia ricerca sui DIP, proveniente sempre dalla filosofia del linguaggio, è costituito dal fatto che, per una parte di queste concezioni, il naturale punto di approdo metaetico dei discorsi che contengono disaccordi profondi è costituito dal relativismo, in una qualche sua versione (e ce ne sono davvero tante!).

In effetti, se si muove dalla tesi che ogni parte discordante ha le sue buone ragioni, che derivano dalla *relazione* con una concezione “di sfondo” ben consolidata, assunta come punto di riferimento, e che non esiste alcun argomento *knock down* che possa dirimere il disaccordo fra le varie concezioni in competizione, allora una spiegazione relativistica del disaccordo rimane, perlomeno a mio avviso, l’ipotesi più plausibile; e, infatti, molte delle concezioni che si occupano di *spiegare* (e, per alcune, addirittura di *dissolvere*¹⁹) il disaccordo non solo hanno un’impronta relativistica, ma spesso cercano di proiettare l’opzione relativistica, come concezione filosofica di riferimento, ben al di là dei casi di disaccordo.

¹⁹ Che l’obiettivo del relativismo sia quello di “dissolvere i disaccordi”, anziché di “spiegarli”, è una tesi abbastanza diffusa fra gli studiosi che si occupano, in qualche senso, di questo movimento di pensiero. La ricostruisce molto bene Steven Lukes quando afferma che il relativismo *rimuove il senso di conflitto* fra giudizi morali confliggenti, perché rende possibile sostenere che le varie affermazioni in conflitto dipendono da standard differenti, e dunque in realtà non confliggono per nulla (S. Lukes, *Moral Relativism*, New York, Picador, 2018, pp. 17.18). A mio avviso si tratta di una tesi *contro-intuitiva*, perlomeno in ambito etico-giuridico. Nei casi di DIP, infatti, le parti discordanti continuano a discutere animatamente, pur essendo a conoscenza della circostanza che muovono da schemi concettuali profondamente differenti. Il fatto è che i partecipanti alla discussione che è oggetto della controversia condividono (nel caso in cui il DIP sia per davvero *genuino*) un certo numero di credenze fondamentali, sull’oggetto del disaccordo, e che, dunque, sono consapevoli che, pur partendo da schemi concettuali differenti, stanno dissentendo, anche radicalmente, sullo *stesso oggetto*. Il disaccordo, insomma, riguarda le *concezioni* e non il *concetto*.

Non è qui possibile, nemmeno per sommi capi, esaminare in dettaglio le principali concezioni relativistiche che si contendono il campo²⁰. Farò solo qualche breve osservazione, per valorizzare alcuni degli elementi del relativismo (in una versione *moderata*) che ritengo più utili per offrire una base di giustificazione metaetica plausibile ad una teoria dell'interpretazione costituzionale che voglia misurarsi con la questione dei DIP.

Prima, però, occorre spiegare cosa intendo, in questa sede, per "relativismo": lo farò fornendone una *definizione concettuale*, una definizione, cioè, che sia in grado di offrire una comune *base concettuale condivisa di partenza* per tutte le svariate *concezioni* relativistiche che si sviluppano a partire da questo comune "tronco concettuale". Presenterò una definizione di carattere generale, perché credo che sia non solo possibile, ma anche fecondo dal punto di vista esplicativo, sostenere una posizione relativistica di carattere *globale*, purché essa abbia una connotazione "moderata" e non si disponga, dunque, a lanciare lo *slogan* "tutto è relativo".

Ebbene, qualifico come "relativistiche" «tutte quelle concezioni, appartenenti ai più svariati ambiti disciplinari, secondo cui non vi sono credenze, giudizi, e/o criteri che si presumono validi in modo assoluto, e cioè in modo indipendente dalla relativizzazione *non banale* a un parametro (etico, epistemico, culturale, linguistico, eccetera), che contenga una pluralità di valori (quantomeno più di uno), fra i quali non ve ne sia uno qualificabile come "l'unico corretto"»²¹.

Da questa definizione si può dedurre, in prima battuta, che è l'*assolutismo* il vero nemico a tutto campo del relativismo, e cioè l'idea che sia possibile avere a disposizione una credenza o un criterio che valgano in modo assoluto, indipendentemente dal riferimento a un determinato contesto²². Questa definizione, pertanto, *preclude* la

²⁰ Provo a fare un lavoro del genere nel mio *Disaccordi interpretativi profondi*, cit., cap. V, al quale rinvio per ogni tipo di approfondimento.

²¹ Questa definizione prende le mosse, anche se solo parzialmente, da quelle tracciate da M. Baghramian, A. Coliva, *Relativism*, Abingdon and New York, Routledge, 2020, pp. 6 ss., da C. Wright, *Relativism about Truth Itself: Haphazard Thoughts About the Very Idea*, in *Relative Truth*, cit., pp. 158 ss. e da M. Kölbel, *Global Relativism and Self-Refutation*, in *A Companion to Relativism*, cit., pp. 14-17.

²² Condividono questo punto M. Krausz, *Introduction*, in M. Krausz (ed.), *Relativism, Interpretation and Confrontation*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1989, p. 1; e G. Björnsson, *Disagreement, Correctness and the Evidence for Metaethical Absolutism*, in R. Shafer-Landau ed.), *Oxford Studies in Metaethics*, Vol. 10, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 160 ss.

possibilità che in una concezione relativistica possano trovare spazio credenze o giudizi assoluti, ma *non preclude affatto*, invece, la possibilità che ve ne siano di *universali*, o quantomeno di *tendenzialmente universali* (perché presenti in tutti o quasi gli schemi concettuali disponibili)²³. L'opportunità di operare questo ulteriore passaggio (riconoscere alcuni elementi “universali” che non siano caratterizzabili come “assoluti”) è oggetto di discussione fra i relativisti, e rappresenta un importante elemento di distinzione fra *relativismo radicale* e *relativismo moderato* (orientamento, quest'ultimo, che, come ho detto, condivido)²⁴.

Ebbene, tornando adesso al nostro tema, penso innanzitutto che una teoria dell'interpretazione che sia anche minimalmente adeguata, debba innanzitutto riconoscere, indipendentemente dal riferimento alle situazioni di DIP, che è l'attribuzione di significato alla disposizione (il punto di partenza dell'interpretazione) che produce il passaggio alla norma (il punto di arrivo dell'interpretazione), o meglio a una delle possibili norme che l'enunciato-disposizione può potenzialmente esprimere. Questa attribuzione di significato dipende in modo rilevante dal contesto in cui l'interprete è collocato, contesto, che, in una accezione *molto lata*, comprende non soltanto la situazione concreta all'interno della quale si svolge l'atto interpretativo (*contesto prossimale*), ma anche l'insieme di presupposizioni, teorie, ideologie che fanno da sfondo a questo atto (*contesto distale*)²⁵.

In un quadro del genere è abbastanza ovvio che, per una teoria dell'interpretazione di questo tipo, non sia di molta utilità il riferimento alle concezioni del *non indexical contextualism* e del *truth relativism*, perché entrambe prevedono, nei casi di disaccordo *faultless*, che sia la verità o falsità di una *stessa proposizione-significato* (senza che sia previsto alcun ruolo per l'interpretazione) ad essere *relativa*

²³ Su questo punto, estremamente importante per differenziare il relativismo moderato da quello radicale, si veda M. Lynch, *Truth in Context. An Essay on Pluralism and Objectivity*, Cambridge (Mass.), Mit Press, 1998, p. 142.

²⁴ Su questo passaggio, molto delicato per ogni posizione relativista che voglia assumere delle “fattezze moderate”, sono costretto a rinviare al mio *Disaccordi interpretativi profondi*, cit., pp. 197-216.

²⁵ Questa differenza fra i due tipi di contesto viene chiarita in modo molto più dettagliato dal mio *Una teoria pragmaticamente orientata*, cit., pp. 131-141.

ad un parametro rappresentato da una certa *prospettiva*²⁶, ovvero da un determinato *context of assessment*²⁷.

Non c'è bisogno di scendere nei dettagli di queste due posizioni, per la verità abbastanza complicati, per realizzare che esse sono tutte e due assolutamente inutilizzabili per render conto dei DIP che si producono attraverso l'interpretazione giuridica, e proprio perché nel caso dei DIP il momento cruciale in cui si produce il disaccordo si verifica proprio quando l'interpretazione produce il passaggio dalla disposizione ad una delle varie norme che da essa possono essere fatte derivare.

La concezione che invece valorizza, molto meglio delle altre, questo passaggio fondamentale, che si produce attraverso l'interpretazione, dall'enunciato-disposizione alla proposizione-norma è certamente il *contestualismo*, nelle varie forme che esso può assumere. Anche il contestualismo, del resto, è una forma di relativismo, in accordo con l'uso *ampio*²⁸ che abbiamo fatto di quest'ultima nozione, quando ne abbiamo presentato una definizione concettuale.

All'interno del vasto schieramento delle posizioni qualificabili, nell'ambito della filosofia del linguaggio, come "contestualiste", credo che il *content relativism*²⁹ sia la posizione che riesce a cogliere, meglio di tutte le altre, il fatto che nei più diversi contesti comunicativi, chiamati, appunto, *contexts of interpretation*, è proprio l'interprete ad assumere un ruolo *creativo*, proprio per il fatto di attribuire un *possibile contenuto semantico* ad un enunciato, che molto spesso è potenzialmente in grado di esprimerne una pluralità.

²⁶ M. Kölbel, *Faultless Disagreements*, cit., pp. 71-72

²⁷ J. MacFarlane, *Relativism and Disagreement*, in «Philosophical Studies», 132, 2007, pp. 17-31.

²⁸ A questo proposito Lopez De Sa chiarisce in modo persuasivo che l'uso ampio della nozione di "relativismo" è molto opportuno quando si tratta di esaminare i *faultless disagreements* (cfr. D. Lopez de Sa, *The Many Relativisms: Index, Context and Beyond*, in *A Companion to Relativism*, cit., p. 115).

²⁹ Una prima formulazione di questa tesi si deve forse a S. Soames, *Beyond Rigidity: the Unfinished Agenda of Naming and Necessity*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 77-79. Ma i primi a coniare la locuzione "content relativism" sono stati A. Egan, J. Hawthorne, B. Weatherston, *Epistemic Modals in Context*, in G. Preyer, G. Peter (ed.), *Contextualism in Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 2005, pp. 131-168. Il principale esponente di questo orientamento, che mette al centro della discussione, nella filosofia del linguaggio, il carattere interpretativo dell'attività di colui che riceve il messaggio del "parlante", è sicuramente Herman Cappelen (cfr., in particolare, H. Cappelen, *Content Relativism and Semantic Blindness*, in *Relative Truth*, cit., pp. 265-286 e Id., *The Creative Interpreter: Content Relativism and Assertion*, in «Philosophical Perspectives», 22, 2009, pp. 23-46).

Nel *content relativism*, per l'appunto, si riconosce che il linguaggio possiede *interpretation sensitive terms*, e cioè termini e locuzioni (in fondo, sono quelle che, nel caso dei DIP, chiamo *formule valutative*) la cui interpretazione varia attraverso i contesti di interpretazione. Questa posizione è certamente la più interessante per il nostro ambito di studi anche perché riconosce, come ho detto, il ruolo creativo degli interpreti sotto il profilo della produzione del contenuto semantico. Proprio per questo si afferma, a partire da questo punto di vista (ed è forse una novità nel modo in cui i filosofi del linguaggio studiano i processi di comunicazione linguistica), che i parlanti non hanno *first person authority* su ciò che dicono. Tra l'altro il principale esponente di questa posizione, Herman Cappelen, dice espressamente che l'interpretazione giuridica può rappresentare un modello per capire come certi termini, contenuti in regole e istruzioni, cambino di significato da un contesto all'altro. A ben guardare, è proprio quello che accade quando l'interprete è posto di fronte alle formule valutative contenute nel testo costituzionale.

3. *I disaccordi profondi in etica e nella cultura giuridica*

È tempo, adesso, di avvicinarci di più all'oggetto specifico della nostra indagine.

In questo paragrafo discuterò, facendo anche alcuni esempi, l'odierno stato dell'arte dei disaccordi profondi in campo etico e giuridico, guardando sia agli atteggiamenti – piuttosto diversificati – degli studiosi di filosofia morale e di filosofia del diritto, sia a quelli – altrettanto diversificati – degli studiosi del nostro diritto positivo. In questo paragrafo rimarrò nelle linee generali, mentre invece, nell'ultima parte del saggio, esaminerò più specificamente alcuni singoli casi di disaccordi interpretativi che si sono verificati nell'ultimo periodo nella nostra organizzazione giuridica, sino ad arrivare al più recente, al caso Fabo/Cappato.

In questi ultimi decenni, anche in etica e in filosofia giuridica e politica, si è discusso animatamente di disaccordi, più o meno profondi, soprattutto a partire dalle reazioni e dai commenti alle tesi sviluppate da Dworkin, che è stato per davvero un pioniere in questo campo (per questa ragione le sue tesi meritano un paragrafo a parte), anche se molto spesso le sue affermazioni sono state radicalmente fraintese.

Guardiamo, allora, alle varie posizioni che emergono in questa variegata discussione, soprattutto in merito alla questione se esistano,

o meno, in etica e in diritto, “disaccordi profondi e insanabili” del tipo di quelli cui mi sto riferendo in questa sede. A questo proposito, mi sembra che la classificazione seguente possa servire a fornire un primo chiarimento. Svilupperò questa classificazione guardando, in primo luogo, alle tesi degli studiosi di etica e di filosofia del diritto, e, in secondo luogo, alle tesi dei giuristi.

1a) Vi sono studiosi che si mostrano del tutto consapevoli della forza e della rilevanza di questi disaccordi interpretativi, e che però, alla resa dei conti, finiscono per negare qualcuna delle – se non tutte le – caratteristiche fondamentali che fanno sì che un disaccordo sia considerato per davvero “profondo”: caratteristiche che anticipo sin d’ora e che sono *genuinità*, *mancanza di colpevolezza* (in relazione a tutte le parti discordanti), *irrisolubilità*, *ineluttabilità*. Un atteggiamento del genere finisce per determinare, nelle analisi di questi studiosi, una sorta di “torsione oggettivistica”, nel senso che li porta gioco forza a condividere la tesi dell’*oggettivismo metaetico*, in una qualche sua versione: tesi che si pone in contraddizione con il riconoscimento della presenza di DIP “genuini”.

Preciso, utilizzando una definizione *concettuale* contrapposta a quella di “relativismo”, che qualifico come “oggettivistiche” «tutte quelle concezioni, appartenenti ai più svariati ambiti disciplinari, secondo cui vi sono alcune credenze, giudizi, e/o criteri che si presumono corretti o validi in modo assoluto, e cioè in modo indipendente dal riferimento a qualsivoglia tipo di contesto (storico-culturale, sociale, linguistico, epistemico, eccetera) o di schema concettuale (filosofico, scientifico, etico, e così via)». Anche in questo caso, come prima per il relativismo, basta aggiungere l’attributo “etiche” alle credenze e ai giudizi, per ricavare la definizione concettuale di “oggettivismo metaetico”³⁰.

È ovvio che, per una impostazione del genere, non possono darsi disaccordi profondi in senso proprio (vengono riconosciuti disaccordi che sono profondi soltanto a carattere “provvisorio”), perché alla fine della discussione, e ove non si tratti di un fraintendimento o di un disaccordo di tipo fattuale, vi sarà una parte che avrà obiettivamente ragione (e le altre torto), perché, in qualche senso, i giudizi di quella parte ci diranno “come stanno veramente

³⁰ Definizioni molto simili sono offerte da R. Shafer-Landau, *Moral Realism: a Defence*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 14 e M.P. Lynch, *Truth in Context*, cit., p. 9.

le cose”, ovvero produrranno affermazioni che sono, in qualche senso, “oggettivamente vere”.

Per inciso, quello che io invece sosterrò per contro, nel prosieguo del lavoro, è che i giudizi e le tesi interpretative che si trovano in una situazione di “disaccordo profondo” sono inevitabilmente *relative* alla prospettiva che viene adottata “sullo sfondo”; da questo punto di vista, si può dire che ogni interprete discordante ha la sua “parte di ragione”, nei limiti in cui le sue tesi (e la concezione cui si relaziona) superino la *soglia della tollerabilità culturale* fissata in quel tipo di contesto³¹, e si inseriscano coerentemente all’interno della concezione di sfondo adottata.

Il rapporto con la concezione “di sfondo” è particolarmente importante perché molto spesso, nel caso dei DIP (riguardanti, ad esempio, “l’aborto”, “il fine vita”, “le concezioni della famiglia”, eccetera), sono i *valori etici ultimi*³², e, ancora più in profondità, le *visioni del mondo* ad essere chiamate in causa³³; e, se il disaccordo è per davvero profondo e insanabile, tali valori risulteranno *incomponibili*, radicalmente *contrapposti*; e qui il discorso fatalmente si sposta ad un livello ulteriore, quello che concerne la questione se possano esistere ulteriori ragioni a sostegno dell’una o dell’altra posizione, e se esista uno sfondo comune che consenta valutazioni comparative. È un tema molto complesso, sul quale mi manca qui lo spazio per intervenire in modo approfondito. Qualcosa dirò in seguito.

³¹ Qui per “soglia di tollerabilità culturale” intendo quella *soglia minimale*, contingentemente fissata dalla comunità scientifica di riferimento, che le tesi interpretative presentate e le modalità argomentative utilizzate devono superare, per poter essere considerate candidati accettabili nella competizione interpretativa che si sviluppa a proposito di quel dato disaccordo; e la soglia da superare riguarda anche la composizione e la struttura delle concezioni di sfondo cui si agganciano inevitabilmente le tesi di cui sopra. Per riprendere un esempio di Dworkin, riguardante questa volta la comunità dei critici letterari, una proposta interpretativa che considerasse un “giallo” di Agata Christie come un “trattato sul significato della morte” non supererebbe certamente la soglia di tollerabilità culturale fissata da quella comunità, relativamente all’interpretazione dei lavori di questa scrittrice (cfr. R. Dworkin, *A Matter of Principle*, cit., p. 150).

³² Jonathan Glover parla in proposito di *ultimate disagreement* (cfr. J. Glover, *Causing Death and Saving Lives*, London, Penguin Books, 1990, p. 21).

³³ Ad esempio, nel bel libro di Giovanni Fornero (*Indisponibilità e disponibilità della vita*, Torino, Utet, 2020; le citazioni sono tratte dalla versione *ebook*, Milano, DeA Planeta Libri, 2020), l’Autore sostiene che nei casi che coinvolgono l’eutanasia «qualsiasi risposta implica una visione della vita e del mondo». Più in generale l’Autore sostiene che in bioetica ci vuole un “orizzonte filosofico di base” (posizione 9). Cfr. anche, sullo stesso punto, D. W. Brock, *Life and Death. Philosophical Essays in Bioethics*, New York, Cambridge University Press, 1993, p. 95.

Diverse sono le posizioni degli studiosi di etica e di filosofia del diritto che, sul tema dei DIP, possono essere qualificate, a vario titolo, come *oggettivistiche*.

Vi è, ad esempio, chi sostiene (ad esempio, Waluchow³⁴, sulle orme di Rawls) che i giudici, in presenza di disaccordi di questo tipo, dovrebbero far riferimento ad una supposta *community's constitutional morality*, condivisa in ipotesi dai consociati, dalla quale scaturirebbero i principi fondamentali, a carattere tendenzialmente oggettivo, che i consociati stessi si impegnerebbero a condividere.

Vi è poi chi (ad esempio Besson³⁵ e Mason³⁶) riconosce la rilevanza e la pervasività dei disaccordi in ambito etico, politico e giuridico, ma afferma che la presenza di disaccordi tanto radicali non implica che non vi sia una “verità morale oggettiva” che sia impossibile da ritrovare, anche se, secondo ancora Mason, il mancato raggiungimento dell'accordo non sarebbe considerato irragionevole e non sarebbe imputabile a qualche forma di “errore”³⁷.

Queste posizioni, insomma, cercano di far convivere, in modo che io giudico alquanto contraddittorio, “verità oggettiva” e “disaccordi profondi”.

Ancora, vi è chi, come Moreso³⁸, sostiene che i disaccordi interpretativi sono reali e genuini, e non solo perché la discussione ha una base comune di partenza (e questo è un punto importante da condividere, sul quale tornerò), ma anche perché la loro presenza ci spinge a cercare, durante tutta la discussione, una convergenza nei valori di verità (perché altrimenti si tratterebbe di *disaccordi spuri*). Insomma, alla fin fine i disaccordi sono “genuini” quando sono suscettibili di essere risolti in termini di “verità”, o magari di “asseribilità garantita”.

1b) Molti dei nostri giuristi (probabilmente la maggioranza) sono schierati su posizioni oggettivistiche, per quanto riguarda l'inter-

³⁴ W. Waluchow, *On the Neutrality of Charter Reasoning*, in J. Ferrer Beltran, J.J. Moreso, D.M. Papayannis (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Dordrecht, Springer, 2012, pp. 203-224.

³⁵ S. Besson, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2005, p. 39.

³⁶ A. Mason, *Explaining Political Disagreement*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, pp. 12 ss.

³⁷ Ivi, pp. 12 ss.

³⁸ J.J. Moreso, *Iuspositivismo y desacuerdos jurídicos*, in P. Luque Sanchez, G.B. Ratti (eds.), *Acordes y desacuerdos. Como y por qué los juristas discrepan*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 238-239.

pretazione dei valori sottesi ai principi costituzionali fondamentali. Taluni, soprattutto costituzionalisti (ad esempio, Luciani³⁹, Ruggeri⁴⁰, Modugno⁴¹), perché ritengono, sia pure muovendo da posizioni diverse, che i valori costituzionali fondamentali rappresentino un insieme *intrinsecamente armonico e coerente*, che esprimano una sorta di “unità ideale”, che preesiste all'intervento degli interpreti; e questo varrebbe anche nelle situazioni che richiedono bilanciamenti fra diritti potenzialmente confliggenti.

Altri nostri giuristi (ad esempio Eusebi⁴² e Jadecola⁴³), ispirati da concezioni giusnaturalistiche e/o orientati da una visione religiosa del mondo e della vita umana (anche se poi gli elementi di carattere religioso e fideistico vengono opportunamente tradotti in chiave di argomenti che sono presentati come puramente razionali), sostengono che esistono “verità morali oggettive” che possono essere fatte valere per orientare le scelte interpretative nelle questioni che sembrerebbero, ma solo apparentemente, oggetto di disaccordi interpretativi.

Secondo questo tipo di impostazione, il punto di partenza, a carattere radicalmente oggettivo, che deve orientare l'attività interpretativa in ambito bioetico, è il *valore sacro di ogni vita umana* (nel senso di ogni essere umano, in qualche senso, vivente), valore sacro che poi viene ad essere inglobato nel *principio di indisponibilità della vita* stessa, per cui la vita di ogni essere umano è inviolabile e di equal valore⁴⁴.

³⁹ M. Luciani, *Corte costituzionale e unità in nome dei valori*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 176.

⁴⁰ A. Ruggeri, *Dignità versus vita?*, in «Associazione italiana dei costituzionalisti», 1, 2001, p. 5.

⁴¹ F. Modugno, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 51-81.

⁴² L. Eusebi, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in «Rivista italiana di medicina legale», 1995, pp. 727-740.

⁴³ G. Jadecola, “Diritto di morire” e “potestà medica di curare”, in «Cassazione Penale», 1997, pp. 3661-3666.

⁴⁴ Secondo Giovanni Fornero, è questo principio della “sacralità della vita”, da cui discende poi la tesi dell'indisponibilità del “bene vita”, a fungere da fondamentale principio ispiratore per la “bioetica religiosa” (G. Fornero, *Indisponibilità e disponibilità della vita*, cit., posizione 15-16). Non condivido questa impostazione: pur essendo il principio di indisponibilità della vita un principio importantissimo per la “bioetica religiosa”, credo che sia l'idea normativa di “persona umana”, nella versione adottata da questo schieramento, ad avere il ruolo di *valore apicale*, il vero fulcro da cui muovono tutte le altre costruzioni interpretative aventi ad oggetto i principi costituzionali fondamentali. Ma su questo punto, che viene trascurato da Fornero, tornerò in seguito.

Per inciso, ci sarebbe da rilevare che coloro che assumono questa posizione mostrano di non avere una idea adeguata di “interpretazione giuridica”. Le tesi interpretative di cui stiamo parlando (così come tante altre tesi interpretative) sono frutto di *costruzioni*, che sono certo supportate da ragioni più o meno persuasive, ma che non sono mai “scoperte di significati preesistenti”. Tra l’altro, molte di queste costruzioni fanno ampiamente leva su principi impliciti, o li pongono in essere direttamente (certo sulla base di una ampia messe di materiali preesistenti). Non si può non notare, a questo proposito, che parlare di “diritto alla vita”, di “diritto all’autodeterminazione”, di “diritto alla dignità”, significa fare un lavoro interpretativo che non ha nulla di “descrittivo” e che ha delle forti componenti valutative.

2) Altri studiosi, di svariati ambiti disciplinari (ad esempio, Stojanovic⁴⁵ e Velleman⁴⁶), sostengono che parlare di “disaccordi profondi” è frutto di un vero e proprio fraintendimento: le persone che si imbattono in ciò che sembrano disaccordi profondi in realtà *talk past each other*, in quanto non hanno sufficiente terreno comune per intendersi, e questo perché o le comunità di cui fanno parte sono storicamente o culturalmente troppo distanti (quest’ultima è una tesi molto diffusa in antropologia culturale), oppure perché i loro schemi sono *incommensurabili*.

In alternativa a questa impostazione, sosterrò qui di seguito che i partecipanti a un DIP sono in grado di intendersi perfettamente, e proprio perché il loro disaccordo si radica (e non potrebbe essere altrimenti) su di una comune *base concettuale* di partenza.

3a) Un’altra classe di posizioni (esemplificata dalle tesi di Sunstein⁴⁷) ammette, è vero, la presenza di disaccordi radicali e irrisolvibili, ma proprio per questo ritiene che queste situazioni di forte dissenso vadano risolte, nei nostri stati di diritto, attraverso una sorta di *conceptual descent*, trovando, cioè, *incompletely theorized agreements* su casi particolari, magari facendo ricorso a *mid-level principles*.

⁴⁵ J. Stojanovic, *Talking about Taste: Disagreement, Implicit Arguments and Relative Truth*, in «Linguistic and Philosophy», 30, 2007, pp. 691-706.

⁴⁶ D.J. Velleman, *Foundations for Moral Relativism*, Cambridge, Open Book Publishers, 2015².

⁴⁷ C. Sunstein, *Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law*, in «Social Research. An International Quarterly», 74, 1, 2007, pp. 1-24.

3b) Nella nostra dogmatica giuridica è stato il costituzionalista Dogliani⁴⁸, ad esempio, ad avanzare una tesi del genere.

4) Un'altra posizione (esemplificata dagli influenti scritti di Jeremy Waldron⁴⁹) ammette, in senso pieno, la presenza di disaccordi profondi al livello dei valori fondamentali dei nostri assetti costituzionali, ma obietta (riferendosi in particolare agli Stati Uniti) che non dovrebbe essere compito di una Corte di giustizia di "nominati" (la Suprema Corte statunitense), senza alcuna legittimazione popolare, sciogliere questi intricati nodi, ma piuttosto di una sede legislativa come il Parlamento.

La discussione di questo tema fuoriesce dagli obiettivi di questo saggio; peraltro la presenza o meno di DIP è questione indipendente rispetto al fatto se spetti al legislatore o al giudice la competenza a decidere su di essi.

5a) C'è infine la posizione di molti studiosi di etica e di filosofia del diritto, già ampiamente citati prima (quali Gowans, Plunkett, Sundell, Glover, Hazlett, Brock, Bjornsson, Fornero, eccetera), ai quali molti altri potrebbero aggiungersi⁵⁰: è la posizione che ritengo più coerente e persuasiva, indipendentemente dalle decisioni sul merito delle questioni che sollevano disaccordi e dalla collocazione che si assume all'interno degli schieramenti contrapposti. Si tratta di tutti coloro che condividono la cd. *disagreement thesis*⁵¹: quella secondo cui i disaccordi profondi, soprattutto in campo etico e politico, sono caratterizzati da divergenze radicali e incompatibili, che arrivano a toccare i valori ultimi delle concezioni che scendono *necessariamente* in campo per

⁴⁸ Secondo Dogliani, i principi etico-politici più propri e identitari delle singole parti costituenti fanno parte dell'area del "non decidibile", e perciò non possono essere posti alla base di decisioni giudiziali (M. Dogliani, *Introduzione*, in M. Cavino, C. Tripodina (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritti politici e diritto giurisprudenziale: "casi difficili alla prova"*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 1-3;

⁴⁹ J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

⁵⁰ A questi autori si può aggiungere, ad esempio, B. Gert, *A Global Ethical Framework for Bioethics*, in W. Teays, J.S. Gordon, A. Renteln (eds.), *Global Bioethics and Human Rights. Contemporary Issues*, Boulder-New York-Plymouth, Rowman & Littlefield, 2014, pp. 13-27. Si può infine citare quanto afferma Richard Brandt, sempre a proposito di quelli che lui chiama "disaccordi fondamentali": «there is fundamental ethical disagreement only if ethical appraisal or valuations are incompatible, even when there is mutual agreement between the relevant parties concerning the nature of the act that is being appraised» (R. Brandt, *Ethical Relativism*, in P. Edwards (ed.), *Encyclopedia of Philosophy*, vol. III, London, MacMillan, 1967, pp. 75-78.

⁵¹ C. Gowans, *Introduction*, cit., pp. 3-4.

dirimerli. Si tratta di dissensi che rimangono in campo nonostante vi sia un pieno accordo su tutti i fatti rilevanti, e per i quali non è per nulla chiaro quale tipo di considerazioni varrebbero per risolverli⁵².

Vale la pena di precisare, peraltro (ma su questo non tutti gli autori sono d'accordo), che su tali questioni le parti discordanti molto spesso continuano a discutere, anche qualora realizzino di trovarsi in una situazione di "disaccordo profondo", cercando di utilizzare le migliori risorse argomentative disponibili per avere la meglio sullo schieramento contrapposto.

5b) Vediamo, adesso, in che misura questa posizione *liberal*, fatta propria da un numero sempre più consistente di studiosi di etica e di filosofia del diritto, è riuscita a filtrare anche al livello degli studiosi del nostro diritto positivo. In effetti, è già da tempo che, soprattutto nel campo dei costituzionalisti e dei penalisti, vengono avanzate posizioni che, sia pure con sottolineature diverse, sostengono che l'interpretazione dei principi fondamentali del nostro sistema costituzionale comporti la presenza di disaccordi profondi⁵³.

Una delle ragioni fondamentali per le quali questi autori sostengono la presenza di DIP risiede nel fatto che l'indeterminatezza delle formule valutative inserite nelle disposizioni che enunciano principi fondamentali, indeterminatezza che è frutto anche dell'origine compromissoria del testo costituzionale, permette opzioni interpretative radicalmente divergenti: tale indeterminatezza concede, ad esempio, la possibilità di collocare tali principi in diversi ordini di priorità, senza che sia possibile rinvenirne una collocazione gerarchica predefinita.

⁵² In questo senso, J.M. Doris, S. P. Stich, *As a Matter of Fact: Empirical Perspectives on Ethics*, in F. Jackson, M. Smith (eds.), *The Oxford Handbook of Contemporary Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 130-131.

⁵³ Qui, per davvero, ho solo l'imbarazzo della scelta. Mi limito a menzionare G. Fiandaca, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in «Rivista italiana di diritto e procedura civile», LIV, 4, 2011, pp. 1383-1414; M. Donini, «*Libera nos a malo*». I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male, in «Sistema Penale», 10.2.2020; L. Risicato, *Dal "diritto di vivere"...*, cit., pp. 38 ss.; P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza delle norme*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 225 ss.; G. Monaco, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in «Politica del diritto», 1, 2011, pp. 45-77; C. Tripodina, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., pp. 80-82; G. Fontana, *Dignità umana e autodeterminazione terapeutica nelle scelte di fine-vita. Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018*, in F. S. Marini e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, Esi, 2019, pp. 147-148.

Per tutti costoro *l'ascesa alle concezioni etiche di sfondo*, e, per alcuni, anche alle *visioni del mondo*, è un passaggio assolutamente inevitabile.

Qui, a chiusura del paragrafo, vale la pena di anticipare una considerazione critica che svilupperò poi più approfonditamente nei paragrafi seguenti.

A mio avviso, guardando specificamente alla situazione della nostra cultura giuridica, teoria, dottrina e giurisprudenza omettono, nella maggior parte dei casi⁵⁴, di far chiarezza su di un punto fondamentale: il ruolo giocato nei DIP (e, più in generale, nell'interpretazione del testo costituzionale) dall'idea normativa di *persona umana*. Certo molti di questi studiosi non mancano di far notare, in modo forse un po' ripetitivo, che l'avvento della nostra Costituzione ha determinato un radicale mutamento di prospettiva nel rapporto fra gli individui e lo Stato; e che tale mutamento implica il primato della persona rispetto allo Stato. Anche la giurisprudenza costituzionale insiste molto su questo punto (si vedano le sentenze 366/1991, 13/1994 e 167/1999).

Il fatto è che la maggior parte di questi autori indica con esattezza, senza dubbio, che i DIP hanno una origine etica, ma non si spinge, secondo me, sino a centrare il *punto apicale fondamentale* del dissenso. Si preferisce mantenere una collocazione al livello del diritto alla vita, giocando sulla contrapposizione "indisponibilità/disponibilità"⁵⁵.

Il punto che voglio far notare è questo: i nostri giuristi non mettono nella dovuta evidenza il fatto che il valore ultimo delle concezioni etiche alternative, presupposte dalle interpretazioni dei principi costituzionali fondamentali oggetto di dissenso, la fonte prima di tutti i disaccordi, è l'*idea di persona umana*, caratterizzata da una radicale contestabilità: un'idea che si potrebbe qualificare come un *concetto* suscettibile di – perlomeno due – interpretazioni alternative, da parte di due *concezioni* contrapposte (a seconda se si identifichi, o meno, "persona" con "essere umano vivente"). Anche chi mette in evidenza con chiarezza l'esistenza di queste due diverse interpretazioni, omette tuttavia di individuare il ruolo apicale di questa idea normativa, che orienta poi, a cascata, le attribuzioni di significato a tutte le altre nozioni ("vita", "dignità", "autodeterminazione") che

⁵⁴ Una lodevole eccezione è costituita da L. Risicato, *Dal "diritto di vivere..."*, cit., pp. 25-26.

⁵⁵ Come fa, appunto, Fornero, nella sua complessa e molto ben articolata ricostruzione (G. Fornero, *Indisponibilità e disponibilità della vita*, cit., posizione 15 ss.).

rappresentano le principali caratteristiche, dal punto di vista etico, della persona umana.

La discussione si sviluppa in modo molto diverso, invece, nella bioetica contemporanea (si vedano, ad esempio, Singer, Tooley, Engelhardt, Harris, Finnis), che, come vedremo, traccia con chiarezza la distinzione fra queste due letture normative di “persona”, fondamentale per dare un preciso orientamento alle varie opzioni interpretative disponibili nei casi di DIP.

4. *Alcune condizioni necessarie dei DIP*

È giunto adesso il momento di esaminare un po' più da vicino le caratteristiche dei DIP. Lo farò attraverso l'esame di quelle che possiamo considerare come *condizioni necessarie* della loro presenza nell'attività interpretativa che ha come oggetto disposizioni afflitte da disaccordi insanabili circa il loro significato. Esaminiamone rapidamente alcune.

4.1. *La base comune di accordo: concetti e casi paradigmatici*

La *prima condizione* prevede che le parti discordanti muovano da *elementi di accordo* condivisi, in modo che possa poi venir fuori con chiarezza la natura e il significato concettuale profondo del loro dissenso, ma anche la sua comune “riconoscibilità” (proprio come disaccordo radicale) da parte dei contendenti.

Questi elementi di accordo possono essere perlomeno di due tipi. Conviene accennare prima all'elemento meno importante e decisivo, perché per esaminare il secondo bisognerà fare un discorso un po' più ricco e articolato.

1) In primo luogo, le parti discordanti devono essere d'accordo sui fatti rilevanti del caso concreto la cui qualificazione giuridica presenta interpretazioni discordanti. Ad esempio, nel caso “Welby”, che discuterò brevemente in seguito, il dissenso fra i giudici che si sono occupati, a vario titolo, della vicenda, non riguardava certamente il fatto che il comportamento del medico-anestesista avesse contribuito a provocare la morte del malato terminale Welby, fatto sul quale c'era pieno accordo; ma concerneva, invece, la questione di come qualificare, sul piano giuridico, tale comportamento (il che richiedeva giudizi di carattere etico). Nei casi di DIP, insomma, si ritiene comunemente che il disaccordo non possa essere risolto con una “aggiunta di informazioni fattuali”.

2) In secondo luogo, bisogna evitare il grave rischio che, in un caso di DIP, le parti non riescano ad intendersi: credono di dissentire, ma in realtà parlano di cose diverse, e dunque *talk past each other*. Per evitare questo rischio, molti studiosi che si occupano dei disaccordi (eccetto quelli che ritengono che tutti i casi di DIP siano casi di *misunderstanding*) sottolineano l'importanza che ci siano (magari a livello implicito) dei previ punti di accordo fra i soggetti dissenzienti, quantomeno per rendersi conto che stanno dissentendo proprio sullo stesso "oggetto".

Questi punti di accordo possono essere (e sono stati di fatto) teorizzati in modi diversi. Personalmente ritengo che l'approccio più promettente sia quello che sostiene che vi sono disaccordi profondi "genuini", ma non incommensurabili, nei casi in cui le parti condividano *concetti*.

Con l'espressione "concetto" si intende «un insieme di assunzioni-base minimali sull'oggetto della controversia che si presumono condivise da tutte le parti in causa». I concetti possono poi essere esemplificati da istanze paradigmatiche, esempi concreti di cui nessuno dubiterebbe l'inclusione o meno nell'ambito di estensione del concetto (nessuno dubiterebbe, ad esempio, che "la tortura di un bambino è un atto contrario alla dignità umana").

Questa impostazione suonerà familiare a chi conosce la famosa analisi di Gallie sugli *essentially contested concepts*⁵⁶, concetti per i quali l'essere messi in discussione è un dato strutturale. In effetti le formule valutative di cui ci stiamo occupando (persona, vita, dignità, autodeterminazione, eccetera) contengono alcuni *assunti minimali* (il *tronco dell'albero*) su quella nozione, assunti di base che saranno poi interpretati diversamente da parte di *concezioni* alternative (i *vari rami dell'albero*).

Che ci voglia un qualche tipo di accordo alla base dei disaccordi profondi è un punto sul quale oggi esiste un largo consenso fra i filosofi del linguaggio e gli studiosi di etica⁵⁷.

⁵⁶ W.B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, in «Proceedings of the Aristotelian Society», 56, 1956, pp. 171-172.

⁵⁷ Cfr., ad esempio, S. Lukes, *Relativism in Its Place*, in M. Hollis, S. Lukes (eds.), *Rationality and Relativism*, Oxford, Blackwell, 1982, p. 262; S. Hurley, *Objectivity and Disagreement*, in T. Honderich (ed.), *Morality and Objectivity. A Tribute to J.L. Mackie*, London, Routledge and Kegan, 1985, pp. 66-67. Molto importanti sono, in proposito, le affermazioni di Michael Lynch, che distingue fra *minimal concepts*, i concetti condivisi, e le direzioni incompatibili in cui essi possono essere estesi (*robust concepts*), e fa in proposito l'esempio della *mente*: la base concettuale condivisa consente ad un

4.2. *L'idea di "persona" come essentially contested concept*

Un esempio concreto aiuterà a comprendere meglio la struttura di questi concetti. A questo proposito non si può scegliere un esempio migliore della nozione di "persona", che abbiamo considerato come il valore apicale del nostro sistema costituzionale, ma la cui forte contestabilità, dal punto di vista etico, non è stata messa nella dovuta evidenza dalla filosofia del diritto e dalla dottrina giuridica (come ho già detto, ci si limita a menzionare il ruolo fondamentale del principio personalistico nella nostra Costituzione).

A questo proposito, vorrei premettere che la collocazione apicale dell'idea di persona non è qualcosa che sia direttamente iscritta nel testo costituzionale. Ribadisco che in questo caso, così come per tutte le altre formule valutative fondamentali presenti nel testo, le varie configurazioni che sono attribuite a tali nozioni sono il frutto di costruzioni interpretative, certo supportate da argomenti, ma in nessun caso l'esito di scoperte di supposti "significati latenti" nel testo.

A proposito di "persona", tra l'altro, ci sono, è vero, alcune occorrenze di questa espressione nel testo costituzionale, ma non c'è nulla a proposito della sua eventuale posizione sovraordinata rispetto alle altre nozioni normative contenute nei principi fondamentali. In realtà la cd. "costituzionalizzazione della persona"⁵⁸ è un *costrutto giurisprudenziale e dottrinale*⁵⁹, che certo trova comunque solidi appigli nel testo, ma che rimane pur sempre un prodotto di dottrina e giurisprudenza.

A ben guardare, la nozione di "persona" è fatta oggetto, nella nostra cultura giuridica, di due costruzioni interpretative radicalmente divergenti, da parte della *bioetica religiosa* e della *bioetica laica*, ma mantiene un nucleo concettuale condiviso, che risiede sostanzialmente nelle due assunzioni seguenti.

- 1) Quella secondo cui è il "corpo umano in vita" a costituire il substrato materiale necessario della persona.
- 2) Quella secondo cui è la persona l'unico punto di imputazione dei diritti fondamentali.

"dualista" e a un "neuroscienziato" di disputare, più o meno fruttuosamente, sullo stesso oggetto.

⁵⁸ Cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2010, pp. 9-10.

⁵⁹ In questo senso, si veda V. Velluzzi, *Il caso Englaro e il diritto positivo*, in *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, a cura di F. Poggi, Roma, Carocci, 2013, pp. 189-190.

Il disaccordo profondo si manifesta a partire dall'interpretazione della prima delle due assunzioni che fanno parte dello sfondo concettuale condiviso (e cioè in relazione al modo di intendere il rapporto che intercorre fra "corpo umano vivente" e "persona"); e, si badi bene, si tratta di un disaccordo che non riguarda soltanto il piano della riflessione etica, ma, al contrario, produce conseguenze molto rilevanti all'interno del mondo del diritto. Infatti, è dal modo in cui si definisce "persona", in sede etica, e, conseguentemente, dal modo in cui si risponde alla domanda se gli embrioni siano già "persone", oppure, ancora, alla domanda se i malati in stato vegetativo permanente (d'ora in poi "malati in PVS") siano ancora "persone", che dipende la decisione legislativa su come disciplinare queste situazioni, ovvero la giustificazione di una decisione giurisprudenziale sulla interruzione delle terapie "salva-vita" per questi soggetti.

Il nocciolo della contrapposizione risiede, come ho detto, nel modo, radicalmente alternativo, di intendere il rapporto fra "essere umano" e "persona".

Il gruppo di concezioni che fanno capo all'area di ispirazione religiosa avanza una versione ontologico-sostanzialistica della nozione di persona. Secondo l'autorevole opinione di John Finnis⁶⁰, ad esempio, non c'è un dualismo fra "persona" e "corpo"; è arbitraria ogni linea di divisione fra gli esseri umani qualificati come "persone", e quelli che non lo sono più o non lo sono mai stati. Ogni essere umano, inteso in questo modo, ha la dignità di una persona e partecipa, come tale, al godimento di tutti i beni umani. Nello stesso senso, secondo un'altra opinione molto influente⁶¹, ogni vita umana è "vita di persona"; non si può escludere, dunque, alcuna fase determinata del processo biologico dal riconoscimento e dal rispetto che è dovuto alla persona.

Sull'altro fronte, il gruppo di concezioni ascrivibili all'area del pensiero laico si caratterizzano per una posizione assolutamente opposta, che esprime una tesi *funzionalistica* della persona, nel senso che gli esseri umani si caratterizzano come persone non per "come sono", ma per "quello che fanno" o, meglio, per quello che "sono

⁶⁰ Cfr. J. Finnis, *Abortion and Health Care Ethics*, in H. Kuhse, U. Skuklenk, P. Singer (eds.), *Bioethics. An Anthology*, Oxford, Wiley Blackwell, 2016 (first ed. 1999), pp. 15-22 and Id., *A Philosophical Case Against Euthanasia*, in J. Keown (ed.), *Euthanasia Examined. Ethical, Clinical and Legal Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 23-35.

⁶¹ C. Kaczor, *The Edge of Life. Human Dignity and Contemporary Bioethics*, Dordrecht, Springer, 2005, pp. 41-46.

in grado di fare” (a partire da questo punto si assiste, poi, ad un ricco ventaglio di posizioni⁶²). Il che equivale, come si può vedere, a sostenere la tesi che si contrappone a quella precedente, e cioè che *non ogni essere umano è persona*. Afferma in proposito Peter Singer⁶³ che “essere umano” e “persona” non sono termini equivalenti; l’attributo “umano” va declinato in due modi diversi, con riferimento a “membro della specie umana” e con riferimento a “persona”⁶⁴.

4.3. *La seconda condizione: l’aggancio alle concezioni di “sfondo”*

La *seconda condizione* prevede che le parti discordanti facciano riferimento, in modo quasi sempre del tutto *implicito*, all’una o all’altra delle concezioni etiche che sono disponibili sullo sfondo del nostro testo costituzionale, e che questo “aggancio” rappresenti un passaggio necessario per attribuire un significato compiuto alle formule valutative oggetto della controversia.

Su questo punto mi sono già ampiamente soffermato nelle pagine precedenti, e non è il caso di tornarci sopra.

4.4. *La terza condizione: le pretese di correttezza dei partecipanti*

Un altro aspetto che ci accompagna molto spesso quando affrontiamo una questione oggetto di un DIP (o di un disaccordo profondo etico

⁶² Si vedano, ad esempio, J. Harris, *The Value of Life. An Introduction to Medical Ethics*, London and New York, Routledge, 1985, pp. 9-11, 14-27; P. Singer, *Practical Ethics*, cit., pp. 73-76, 134-136; M. Tooley, *Abortion and Infanticide*, in P. Singer (ed.), *Applied Ethics*, New York, Oxford University Press, 1986, pp. 57-85 and Id., *Personhood*, in H. Kuhse and P. Singer (ed.), *A Companion to Bioethics*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2009² (first ed. 1998), pp. 129-139; J. Rachels, *The End of Life. Euthanasia and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1986, pp. 3 ss., 72-73.

⁶³ P. Singer, *Practical Ethics*, cit., p. 74.

⁶⁴ Per cogliere il senso profondo della opposizione fra queste due diversi significati di persona, ma anche per rendersi conto del fatto che i due studiosi sono perfettamente consapevoli di discutere, sia pure differenziandosi l’un l’altro radicalmente, dello stesso “oggetto”, è molto illuminante guardare all’accesso dibattito che si sviluppa fra il filosofo laico Harris e il filosofo cattolico Finnis, pubblicato nel volume *Euthanasia Examined*, cit., che inizia con un intervento di J. Harris (*Euthanasia and the Value of Life*, pp. 6-22), continua con una replica di Finnis (*A Philosophical Case Against Euthanasia*, pp. 23-35), prosegue ancora con una ulteriore replica di Harris (*The Philosophical Case Against the Philosophical Case against Euthanasia*, pp. 36-45) e con una contro-replica di Finnis (*The Fragile Case for Euthanasia: a Reply*, pp. 46-55), e si chiude con due “botta e risposta” finali di Harris (*Final Thoughts on Final Acts*, pp. 56-61) e di Finnis (*Misunderstanding the Case Against Euthanasia: Response to Harris’ First Reply*, pp. 62-71). Si tratta di una ulteriore riprova del fatto che in etica e in diritto si dissente profondamente, si comprende perfettamente il senso del disaccordo, e si continua a discutere.

in generale) è la convinzione dei partecipanti alla controversia di essere, in qualche senso, “nel giusto”, di “dire la verità” sulla questione.

Si tratta di un punto che non è passato inosservato agli studiosi di etica e ai filosofi del diritto. Gunnar Bjornsson osserva, in proposito, che in queste circostanze ci comportiamo come se l'oggettivismo etico fosse corretto (*argument from elusive univocality*⁶⁵); e Sharon Street definisce la situazione come una sorta di *practical/theoretical puzzle*⁶⁶. Nello stesso senso, Dworkin afferma, più in generale, che «the phenomenology of interpretation includes a sense that interpretation aims at truth»⁶⁷.

Il puzzle può essere in realtà risolto se introduciamo (come fanno, ad esempio, Lukes e Gowans⁶⁸) il punto di vista dell'*osservatore* accanto a quello del *partecipante*. Chi *osserva* la pratica interpretativa in generale (e naturalmente anche quella che si misura con i disaccordi profondi), e tende a ricostruire le diverse interpretazioni in gioco, si rende conto che alcune di esse sono supportate da buone ragioni, che si appoggiano su solide basi etico-politiche (le concezioni comprensive), e che, talvolta, si presentano come sostanzialmente *equivalenti*, quanto alla loro *correttezza*. Ciò che il partecipante considera come una *pretesa di verità*, agli occhi dell'osservatore appare come una *interpretazione fra le altre*.

In modo molto simile il filosofo della scienza Aldo Gargani individua le posizioni dello scienziato-partecipante e del filosofo-osservatore. Lo scienziato pretende che le sue teorie siano, in qualche senso, spiegazioni che fanno riferimento ad una “realtà a sé stante”; il filosofo della scienza, al contrario, qualifica questa pretesa di rappresentare la realtà “così com'è” come *illusione*, perché sostiene che non è possi-

⁶⁵ G. Bjornsson, *Do “Objectivist” Features of Moral Discourse and Thinking Support Moral Objectivism?*, in «The Journal of Ethics», 16, 4, 2012, pp. 367-395.

⁶⁶ S. Street, *Objectivity and Truth: You'd Better Rethink It*, in R. Shafer-Landau (ed.), *Oxford Studies in Metaethics*, vol. 11, Oxford, Clarendon Press, 2016, p. 12.

⁶⁷ R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (Mass.), The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 126. In proposito Dworkin racconta una divertente storiella, che però serve bene a chiarire l'atteggiamento “oggettivista” del giudice in un caso di disaccordo: «imagine a judge sending an accused criminal to jail, perhaps to death, or awarding a huge verdict against a civil defendant, and then conceding in the course of his opinion that other interpretations of the law that would have required contrary decisions are just as valid as his own. A judge who sends someone to jail on an interpretation of the law he believes no better than, but only different from, rival interpretations should be jailed himself» (ivi, pp. 125-126).

⁶⁸ C. Gowans, *Introduction*, cit., pp. 2-3, e S. Lukes, *Moral Relativism*, cit., p. 60.

bile afferrare direttamente la realtà, uscendo dai propri schemi, dal proprio linguaggio teorico⁶⁹. E, tuttavia, il partecipante-scienziato, così come il giudice-interprete, ha bisogno di questa “illusione”, che lo spinge e lo motiva a utilizzare tutte le sue risorse argomentative per cercare la *risposta migliore* (così si esprimerebbe Dworkin, come vedremo fra poco).

4.5. *I DIP come disaccordi genuini, faultless, irrisolvibili, ineluttabili*

Possiamo riassumere il senso complessivo di queste condizioni se affermiamo che i DIP sono *genuini, faultless, irrisolvibili, ineluttabili*.

Sulla genuinità e sulla mancanza di colpa che caratterizza i DIP mi sono già soffermato più volte. Farò invece qualche osservazione sulle ultime due caratteristiche.

Onde evitare fraintendimenti, voglio precisare che, nell'attribuire ai DIP la caratteristica di essere *irrisolvibili*, non è mia intenzione sostenere che tali disaccordi non possano per davvero essere mai di fatto risolti, quasi che la qualifica di “irrisolvibile” fosse *ontologicamente inerente* ai casi in questione. Voglio soltanto sottolineare che la loro soluzione non dipende dalla circostanza che su di essi sia intervenuta una singola soluzione interpretativa o decisione giudiziale (e questo vale anche per le decisioni legislative), che possa considerarsi come oggettivamente “vera” o “corretta”, in qualche senso dei due termini. Non è certo in tale modo che si risolvono queste dispute. I disaccordi interpretativi, infatti, nella misura in cui siano radicali e profondi, sono molto probabilmente destinati a rimanere sul campo per un certo periodo di tempo, e non solo nelle discussioni della dottrina, ma anche – eventualmente – nelle future decisioni dei giudici su casi simili. Ciò vuol dire che una sentenza definitiva su di una vicenda giudiziaria molto controversa può soltanto essere un semplice “punto di sblocco istituzionale” del disaccordo.

Il fatto che i DIP non possano essere chiusi da singole decisioni (legislative o giudiziali che siano) non vuol dire, naturalmente, che essi siano destinati a rimanere aperti per sempre. Tuttavia, la chiusura di un disaccordo dipende da processi culturali e non da singole decisioni. Il disaccordo può forse essere considerato – temporaneamente e contingentemente – chiuso nella misura in cui riescano a condensarsi, all'interno di una determinata cultura giuridica, atteggiamenti interpretativi, stili argomentativi, prospettive etico-

⁶⁹ A.G. Gargani, *Lo stupore e il caso*, Bari, Laterza, 1985, pp. XI ss., 23-35.

politiche di sfondo largamente condivise dalla cultura giuridica di riferimento, la quale ultima, dunque, finisce per non considerare come ancora rilevante la materia del disaccordo, ovvero attribuisca una decisa prevalenza a una delle interpretazioni in competizione.

Qualificando i DIP come *ineluttabili*, si vuole invece sottolineare che, quando i disaccordi sono per davvero così profondi e radicali, essi non possono essere risolti attraverso soluzioni di compromesso, utilizzando i cd. *mid level principles*, ma soltanto facendo ricorso ai *valori ultimi* su cui poggiano le varie concezioni giuridiche ed etiche di cui si compone il *pluralismo* che caratterizza la nostra comunità etico-politica; e anche quando dovessero arrivare decisioni che si collochino su tale livello *apicale*, ciò non vuol dire che le ragioni del dissenso sarebbero con ciò eliminate.

Che le cose stiano così è ampiamente mostrato dal dibattito pubblico che si è originato a seguito della recente normativa sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento (legge 22.10.2017 n. 219) e sulla ancora più recente sentenza della Corte Costituzionale (242/2019), dibattito che ha visto un ventaglio di posizioni molto differenziate. Prima o poi si imporrà alla pubblica discussione, in modo molto più netto, il più generale tema dell'eutanasia, teatro dei disaccordi più accesi.

5. *Una digressione (quasi) obbligata: il grande contributo di Dworkin al tema dei DIP*

Una volta esaurito il quadro generale della mia impostazione sul tema dei DIP, mi perdonerete adesso una breve digressione sul pensiero di Dworkin. Essa è dettata da due motivi.

In primo luogo, vi è un motivo personale: in questa sede voglio pagare il mio debito di studioso nei confronti di Dworkin, che ha profondamente influenzato, troppo spesso “sotto traccia”, la mia ricerca sui disaccordi (ma anche tante altre mie ricerche precedenti), senza che io ne fossi pienamente consapevole.

In secondo luogo, vi è un motivo strettamente legato al tema dei DIP. Cercherò di mostrare, infatti, il ruolo fondamentale che ha avuto sui disaccordi interpretativi profondi il lavoro pionieristico di Dworkin. Si tratta dei disaccordi che Dworkin stesso etichetta come “disaccordi teorici”, ma che in realtà sono prevalentemente disaccordi interpretativi.

I disaccordi interpretativi hanno rappresentato un tema assolutamente centrale per Dworkin lungo tutto la sua opera. A questo tema

è in fondo dedicato il suo lavoro forse più rappresentativo, *Law's Empire*⁷⁰, come egli dice chiaramente nel primo capitolo, quando afferma che «this book is about theoretical disagreement in law. It aims to understand what kind of disagreement this is and then to construct and defend a particular theory about the proper grounds of law»⁷¹. Ed è abbastanza paradossale, a questo proposito, che lo stesso Dworkin sia invece ricordato come il teorico dell'*oggettivismo etico* e della *right answer*, tesi che a prima vista sembrerebbero incompatibili con una franca ammissione della *disagreement thesis*.

Per Dworkin è del tutto fisiologico che ci sia dissenso fra i giudici, a livello di interpretazione dei principi costituzionali, purché tale dissenso sia *ricosciuto apertamente e difeso onestamente* (sono espressioni molto significative, sulle quali tornerò). In *Freedom's Law* egli afferma che dobbiamo accettare che giudici onesti saranno inevitabilmente in disaccordo, talvolta *profondamente*, ad esempio su ciò che è richiesto dalla formula "eguale rispetto", ovvero sulla questione di quali diritti siano centrali rispetto al più generale "diritto di libertà"⁷²; e ancora, in *Justice for Hedgehogs*, Dworkin rileva che, se una teoria della giustizia è costruita su basi morali, allora è probabile che i disaccordi rimarranno; e, nella stessa sede, afferma che «there is no neutral scientific or metaphysical plane on which we can stand finally to adjudicate which of the different views about equal concern or liberty [...] or any other moral opinion about right or wrong [...] is the best or true one»⁷³.

Io credo che ci sia una forte assonanza fra le mie tesi sui DIP e quelle di Dworkin sui disaccordi. Sta di fatto che nell'impostazione che egli dà al discorso sui disaccordi interpretativi sono *integralmente presenti* tutte quelle condizioni che avevo precedentemente identificato come condizioni necessarie per la presenza di DIP.

Mi manca qui lo spazio per un'analisi comparativa più dettagliata, ma non c'è alcun dubbio che nella trattazione di Dworkin ritroviamo (e sulle citazioni che confermano la presenza di tali condizioni c'è solo l'imbarazzo della scelta). Passiamole rapidamente in rassegna: i) la presenza di concetti e casi paradigmatici come base comune di

⁷⁰ R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

⁷¹ *Ibid.*, p. 11.

⁷² R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, New York, Oxford University Press, 1996, p. 82.

⁷³ R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, cit., p. 12.

partenza in grado di spiegare la reciproca convinzione delle parti discordanti di trovarsi in una situazione di disaccordo sullo “stesso oggetto” e di fugare il pericolo del “dialogo fra sordi”⁷⁴; ii) la convinzione che sia sempre necessario per gli interpreti un aggancio a teorie etico-politiche di sfondo in competizione (ad esempio, “utilitarismo”, “scuola economica del diritto”, “*critical legal studies*”, “diritto come integrità”); iii) il riferimento alle “pretese di verità” che accompagnano le interpretazioni giudiziali delle disposizioni oggetto di disaccordo dai giudici partecipanti (punto sul quale mi sono già soffermato in precedenza, e sul quale posso quindi sorvolare); iv) in conclusione, un modo di caratterizzare i disaccordi interpretativi “intrattabili” non dissimile da quello che io avevo provato prima a tratteggiare, attribuendo loro le caratteristiche della *genuinità*, della *faultlessness*, della *irresolubilità* e della *ineluttabilità*.

Ebbene, se si assume, come ho fatto io, che i disaccordi interpretativi profondi ricoprono un posto di prima fila nella teoria di Dworkin, bisognerà allora cercare di rimuovere una possibile incoerenza nel suo pensiero (incoerenza che molti critici gli rimproverano): quella fra il convinto riconoscimento della presenza di disaccordi profondi, da una parte, e la sua difesa della *right answer*, con il corredo di una giustificazione metaetica (termine che comunque Dworkin non userebbe) oggettivistica, dall'altra parte.

Una lettura “caritatevole” del pensiero dworkiniano, che non sempre ha il pregio della chiarezza, richiede, pertanto, di provare a rimuovere questa potenziale contraddizione (“disaccordi interpretativi profondi” vs. “one right answer”); e, dal momento che il riconoscimento dell'esistenza dei DIP viene da me considerato come un dato interpretativo ben solido, non ulteriormente modificabile, nella ricostruzione del suo pensiero, non rimane che agire sulla seconda parte del binomio, e cioè sulla interpretazione della *right answer* e del suo eventuale oggettivismo come giustificazione sul piano metaetico. Si richiede, pertanto, una rilettura interpretativa complessiva delle tesi di Dworkin su questo ultimo punto.

⁷⁴ R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, cit., pp. 160 ss.; *A Matter of Principle*, cit., pp. 152 ss.; *Law's Empire*, cit., pp. 63-64. Dworkin torna spesso, e in modo molto persuasivo, sul fatto che per interpretare “qualcosa” bisogna necessariamente condividere una serie di credenze e convinzioni (ivi, pp. 67-71); ed è significativo che affermi, anche, che la presenza di un concetto non è *timeless*; questa base di accordo può mutare: «it holds in virtue of a pattern of agreement and disagreement that ... may disappear tomorrow» (ivi, p. 71).

Comincio con il dire che molti e qualificati interpreti⁷⁵ di Dworkin, nell'affrontare la questione del suo supposto oggettivismo etico, non hanno adottato una chiave di lettura corretta, dal punto di vista sia epistemologico che metaetico: una chiave di lettura, da parte di questi studiosi, per la quale l'unica collocazione disponibile per una posizione *anti-oggettivistica* non potesse che essere una posizione *soggettivistica*. Da questo punto di vista, schierarsi per l'oggettivismo, in etica, implicherebbe il riconoscimento della possibilità di produrre, in qualche senso, *esiti di carattere conoscitivo* anche in ambito etico; e, invece, schierarsi per il soggettivismo implicherebbe sostenere posizioni *non cognitive*, ad esempio di carattere *emotivistico* o *espressivistico*. Si tratta di una posizione che non soltanto non è corretta dal punto di vista epistemologico e metaetico, ma che è anche potenzialmente corrosiva per la esistenza stessa dei DIP. A seguire questo schema, infatti, (e la posizione di Leiter è paradigmatica in proposito) o il disaccordo non è radicale e genuino ed è dunque risolvibile in modo oggettivo, perché magari dovuto a errori o a fraintendimenti di uno dei contendenti (secondo i dettami dell'oggettivismo etico); oppure non è nemmeno formulabile o intelligibile, perché non riguarderebbe proposizioni suscettibili di valutazione e di controllo razionale (magari non in termini di "verità", ma di "accettabilità razionale").

Assistiamo, così, fra gli studiosi di Dworkin, ad una sorta di "costante oscillazione interpretativa" fra due polarità estreme: si tentenna fra attribuire a Dworkin i connotati di un *oggettivismo etico forte* (peraltro smentito dalle frequenti affermazioni contrarie dello stesso Dworkin), e affibbiargli, bel al di là delle sue stesse intenzioni, una sorta di – magari non voluto ma inevitabile – *soggettivismo*.

Illuminante, da questo punto di vista, è la posizione di Finnis, che finisce con il caratterizzare la posizione di Dworkin come quella di un "relativista riluttante". Con le sue parole: «Dworkin's efforts to show that a uniquely correct ("the right") answer is normally available in a hard case provide an impressive dialectical argument for the contrary and classical view that while there are many ways of going and doing wrong, there are also in most situations of personal and

⁷⁵ Molti esempi potrebbero essere fatti a proposito di questo tipo di interpretazione di Dworkin. Scelgo, fra i tanti, B. Leiter, *Naturalising Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 225 ss.; B. Bix, *Law, Language and Legal Determinacy*, Oxford, Clarendon Press, 1993, pp. 77 ss.; J. Mackie, *The Third Theory of Law*, in «Philosophy & Public Affairs», 7, 1977, pp. 3-16; J. Finnis, *On Reason and Authority in Law's Empire*, in «Law and Philosophy», 6, 1987, pp. 357-380.

social life a variety of incompatible right options - that we should seek good answers, and eschew bad ones, but not dream of best ones»⁷⁶.

Personalmente credo che un contributo chiarificatore sulla *right answer* (d'ora in poi "RA") possa venire dalla distinzione di due *sensi diversi* in cui Dworkin la intende, entrambi perfettamente compatibili con il riconoscimento dell'esistenza di DIP.

Se, infatti, si guarda con molta attenzione al fiume di parole spese da Dworkin sulla RA (molto più nei suoi primi lavori, peraltro), si può notare, come osserva correttamente Waldron in un saggio molto acuto⁷⁷, che Dworkin non fornisce mai esempi di risposte *oggettivamente e integralmente corrette*, non argomenta mai a favore di una *singola risposta assolutamente corretta*⁷⁸. A mio avviso, la domanda cui egli cerca di rispondere è un'altra: insomma, non è tanto "c'è una RA?" (in singoli casi specifici o in generale)⁷⁹, ma piuttosto quella "che senso ha per il giudice sostenere, implicitamente o esplicitamente, di aver fornito una risposta *corretta e oggettiva* in un *hard case*?" Dworkin vuole spiegare proprio questo: "in che senso i giudici sono autorizzati a pensare che c'è una RA, o comunque avvertono come proprio dovere quello di fornire una RA?"

Questo cambiamento di prospettiva nell'oggetto dell'indagine non è senza conseguenze, come vedremo. Intanto ci permette di vedere più chiaramente come, nell'opera dworkiniana, a questa domanda si risponde in due modi diversi, che nelle sue analisi appaiono in concreto strettamente intrecciati, ma che conviene tenere separati sul piano di una ricostruzione interpretativa che voglia essere rigorosa e feconda.

Il *primo modo, in negativo*, corrisponde ad un atteggiamento sostanzialmente *difensivo e strumentale* di Dworkin, come osserva Waldron: qui la difesa della RA è una *side issue*, per dirla à la Guest⁸⁰, serve per raggiungere altri obiettivi teorici e per supportare altre tesi, che per Dworkin sono più importanti.

Il *secondo modo, in positivo*, corrisponde invece alla messa in campo di argomenti a supporto della RA, che però fanno ricorso non

⁷⁶ J. Finnis, *On Reason and Authority*, cit., p. 371.

⁷⁷ J. Waldron, *The Rule of Law as a Theater of Debate*, in J. Burley (ed.), *Dworkin and His Critics: with Replies by Dworkin*, Oxford, Blackwell, 2004, pp. 319-336.

⁷⁸ Ivi, pp. 325-327.

⁷⁹ Dworkin, ad esempio, dice che il fatto che in molti casi ci siano RA non vuol dire che tali risposte possano essere qualificate come "giuste" o "corrette" con soddisfazione di tutti (R. Dworkin, *Law's Empire*, cit., pp. VIII-IX).

⁸⁰ S. Guest, *Ronald Dworkin*, Stanford, Stanford University Press, 2013³, p. 20.

già all'oggettivismo etico, ma a quelle che sono, per Dworkin, le *massime discorsive* che devono regolare l'attività argomentativa del giudice, ai doveri di comportamento che per lui discendono dalla sua *responsabilità istituzionale*.

5.1. *Il senso, "in negativo", "difensivo" della right answer*

In più occasioni Dworkin fa capire chiaramente che il suo interesse non è rivolto tanto, direttamente, alla questione della "unica risposta giusta", caratterizzabile come "oggettiva"⁸¹: adottando una versione *minimale molto debole* della RA, egli chiarisce, più volte, che non c'è differenza fra il dire *slavery is wrong*, oppure "l'affermazione *slavery is wrong* è oggettiva"⁸². Quest'ultima affermazione, in realtà, non aggiunge nulla, sul piano del contenuto, alla prima. Essa vuole semmai enfatizzare⁸³, irrobustire, anche in chiave *retorica*, la forza e la serietà di una *interpretive claim*.

Adottando una versione *più forte* della RA, ma sempre in chiave *difensiva e strumentale*, Dworkin mette in campo una strategia argomentativa che utilizza la RA come strumento per avanzare delle tesi che gli "stanno più a cuore". Vediamo quali.

In primo luogo, per la teoria dell'interpretazione di Dworkin è di fondamentale importanza stabilizzare e rinforzare le fondamenta di un percorso mediano fra due strade che trova entrambe impercorribili: i) quella imboccando la quale l'interprete, in caso di conflitti o disaccordi, trova l'unica risposta corretta (e questa sarebbe la risposta *oggettivistica in senso forte*), che corrisponde al "diritto che c'è" (qualunque cosa ciò possa significare: l'intenzione storica dei costituenti, ad esempio, oppure la soluzione che corrisponde al valore oggettivo della giustizia, eccetera); ii) ovvero, dall'altra parte, la strada (che per lui è ancora meno auspicabile) percorrendo la quale l'interprete sceglie, alla fin

⁸¹ A questo proposito, egli afferma chiaramente che il suo interesse «in the question of objectivity is entirely negative: I see no point in trying to find some general argument that moral or political or legal ... are objective». E continua dicendo che non ha senso sollevare la questione dell'oggettività a proposito dei giudizi interpretativi (R. Dworkin, *A Matter of Principle*, cit., p. 170-171).

⁸² R. Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 80.

⁸³ Dworkin afferma che, quando si dice che un giudizio è "oggettivo", in realtà non si fa altro che ripetere con maggiore enfasi la pretesa contenuta nel giudizio stesso (R. Dworkin, *My reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don't Talk of Objectivity Anymore*, in W. J. Mitchell (ed.), *The Politics of Interpretation*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1983, p. 297. E altrove sostiene che sostenere una opinione morale qualificandola come *right* è lo stesso che formularla seriamente, come una *pretesa morale sostenuta da argomenti* (R. Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 82).

fine, la risposta che corrisponde alle sue personali opinioni, a “come lui vorrebbe che il diritto fosse” (*law as it should be*)⁸⁴.

Proprio quest'ultimo è il vero pericolo contro cui Dworkin ricorrentemente “chiama alle armi” la cultura giuridica: il pericolo rappresentato dal prevalere, nelle pratiche interpretative dei giudici, delle loro opinioni soggettive, opinioni su “come dovrebbe essere il diritto” dal loro punto di vista⁸⁵. Questo è quello che Dworkin paventa in maggior grado.

Un ulteriore obiettivo “difensivo” del discorso di Dworkin sulla RA ci viene ancora offerto dal saggio di Waldron sopra citato. Per quest'ultimo il vero obiettivo di Dworkin è difendere una certa versione dello stato di diritto, basata sulla centralità dei disaccordi e delle pratiche argomentative dei giudici. Waldron sostiene in proposito che Dworkin usa strumentalmente le tesi sulla *right answer* «to subvert conceptions of the rule of law oriented towards settlement, predictability, and determinacy. When one reads what Professor Dworkin writes about objectivity, it is striking how much of what he says is directed at those who would discredit argumentation about the matters that Dworkin thinks are objective, as opposed to those who in his view have got some issue objectively wrong. In fact, Dworkin's insistence on the existence of objective right answers to constitutional and legal questions (not just to moral questions) has exactly this effect of undermining settlement. One comes away from reading these early articles with the impression that what matters, in Dworkin's view of the rule of law, is that the avenues of argument and challenge remain open. Right answers as such do very little work in this picture; but they frame and underwrite Dworkin's sense of the argumentative practices, procedures, and activities whose ascendancy in a society is, he thinks, definitive of the rule of law»⁸⁶.

5.2. Il senso “*in positivo*” della *right answer*

Nel paragrafo 4.4 facevo riferimento al fatto che, nelle situazioni di disaccordo profondo molto spesso gli interpreti-partecipanti for-

⁸⁴ R. Dworkin, *A Matter of Principle*, cit. pp. 147, 152, 158, 162; Id., *Law's Empire*, cit., pp. 52, 379-380; Id., *Law as Interpretation*, cit., p. 253.

⁸⁵ Dworkin ribadisce più volte che «people who actually use the adverbs “objectively” and “really” in a moral context do so to clarify the content of their opinions; they mean to distinguish the opinions so qualified from other opinions that they regard as subjective – just a matter of their tastes» (R. Dworkin, *Objectivity and Truth*, cit., pp. 97-98).

⁸⁶ J. Waldron, *The Rule of Law as a Theater of Debate*, cit., p. 325.

mulano le loro tesi interpretative nella convinzione di “essere nel giusto”, di esprimere le “uniche posizioni corrette”; convinzioni che poi, agli occhi dello studioso-osservatore, si rivelano essere mere illusioni, perché quello che l'osservatore scorge è una pluralità di risposte “corrette”, nel senso di “bene argomentate”, le risposte che superano la soglia di tollerabilità culturale.

Purtroppo Dworkin non adotta lo schema “partecipante/osservatore”, che avrebbe anche per lui un ruolo chiarificatore, perché rifiuta, in linea generale, la possibilità di distinguere fra “discorsi” e “meta-discorsi” (così come rifiuta la possibilità di configurare una metaetica accanto all'etica normativa)⁸⁷. Tuttavia, anche per lui, come abbiamo già notato prima (al par. 4.4), i giudici-partecipanti, che intendono correttamente il “gioco dell'interpretazione”, sono convinti di offrire le soluzioni interpretative “corrette”, percepiscono il dovere di cercare, *sinceramente e onestamente*, la “soluzione giusta” per il caso concreto.

Per spiegare il fondamento di tale “dovere” Dworkin fa spesso riferimento alla nozione di “responsabilità”, una responsabilità che discende per il giudice proprio dal fatto di ricoprire quel ruolo all'interno del sistema giuridico. Una responsabilità dalla quale, in ultima analisi, discende il dovere di utilizzare al massimo le risorse argomentative per lui disponibili⁸⁸.

Si potrebbe dire che, così facendo, il giudice dworkiniano rispetti quella che potremmo chiamare la “massima fondamentale” che regola il gioco dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica: quella di “cercare le soluzioni corrette”, di “trovare le risposte giuste”.

In che cosa si concretizza, allora, per Dworkin, questa sorta di “dovere istituzionale del giudice” di trovare le risposte corrette?

Ce lo dice lo stesso Dworkin quando afferma che agire responsabilmente, per il giudice, vuol dire utilizzare al massimo le pro-

⁸⁷ R. Dworkin, *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 24, 1, 2004, pp. 2-3.

⁸⁸ Illuminante, a questo proposito, è la replica di Dworkin alle osservazioni di Waldron già citate prima. Dworkin ribatte: «I do try to call attention to the value of officials struggling in good faith to find right answers to legal puzzles even when they disagree one another, and even when we think that the struggle has produced ... the wrong answers....that thesis underwrites...all the arguments I make about *judges' responsibility to pursue legal issues in depth*...If there were no right answers to find, that dedication would be delusional» (R. Dworkin, *Ronald Dworkin Replies*, in *Dworkin and His Critics*, cit., p. 388; il corsivo è mio). E ancora, in altra sede (*Law' Empire*, cit., p. 86), egli afferma che «Judges normally recognize a duty to continue rather than discard the practice that they have joined. So they develop...working theories about the best interpretation of their responsibilities under that practice».

prie risorse argomentative, per cercare di dare la migliore risposta interpretativa possibile volta alla soluzione del caso sotto esame⁸⁹.

Purtroppo, mi manca lo spazio per sviluppare ulteriormente questi spunti che Dworkin ci offre sulla “responsabilità di ruolo” come sorgente del dovere del giudice di cercare la risposta giusta. Ma indubbiamente qui si colgono echi filosofici di varia natura che sarebbe interessante esaminare, anche per cercare di tracciare una mappa delle ascendenze filosofiche di Dworkin, che, pur nel costante lavoro interpretativo cui è stata sottoposta la sua teoria, in tutte le sue diramazioni, sono rimaste sempre un po’ “sotto traccia”.

Nel discorso dworkiniano sulle responsabilità di carattere argomentativo dei giudici, si possono cogliere, ad esempio, gli echi di alcune riflessioni svolte da John McDowell sul modo di concepire i discorsi oggettivi in etica in termini di *susceptibility to reasons*⁹⁰. Un eco molto simile si potrebbe ancora ritrovare in alcune riflessioni di Crispin Wright sul modo di individuare una nozione, invero *molto debole*, di verità per i discorsi etici “argomentati in modo responsabile”⁹¹.

6. *I casi paradigmatici prescelti: una breve ricostruzione*

Dopo questa – forse troppo lunga, ma per me estremamente importante – digressione sul pensiero di Dworkin sui disaccordi profondi, torniamo adesso al tema principale della nostra analisi. Presenterò adesso, molto brevemente, i tre casi paradigmatici di DIP – piuttosto famosi – da me prescelti. Per ragioni di spazio devo dare per conosciute le descrizioni dei fatti delle tre controversie; mi limiterò dunque a mettere in evidenza alcuni dissensi radicali che emergono fra gli argomenti interpretativi usati dai giudici che se ne sono occupati. Emergeranno qui e là anche alcuni rilievi critici sugli argomenti utilizzati, rilievi che poi assumeranno una forma più compiuta nei prossimi due paragrafi.

⁸⁹ R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, cit., pp. 38-39, 101.

⁹⁰ J. McDowell, *Projection and Truth in Ethics, Lindley Lecture*, Department of Philosophy, University of Kansas, 1988. Colgo qui un'intuizione di B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, cit., p. 337.

⁹¹ C. Wright, *Truth in Ethics*, in «Ratio», VIII, 3, 1985, p. 213. In un senso non dissimile Gerald Postema, riferendosi proprio ai discorsi giuridici, sostiene che parlare di oggettività in ambito giuridico significa formulare *an invitation to reasoned argument* (G. Postema, *Objectivity Fit for Law*, in *Objectivity in Law and Morals*, ed. by B. Leiter, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 12).

Ma andiamo con ordine. I tre casi in questione sono, in ordine cronologico, il *caso Welby*, il *caso Englaro*, e il *caso Fabo/Cappato*.

6.1. *Il caso Welby*

Il caso di Piergiorgio Welby (paziente affetto da una gravissima malattia dei muscoli scheletrici, progressiva e a esito certamente infausto) è un caso di una richiesta di rinunciare ai trattamenti sanitari in corso (e in particolare all'uso del respiratore artificiale), richiesta assunta in modo fermo e inequivocabile dal paziente, alla quale richiesta dà seguito l'intervento risolutore del medico-anestesista. Va ricordato che i fatti avvengono prima dell'emanazione della legge 22-10-17 n. 219, secondo la quale l'intervento del medico sarebbe stato considerato come perfettamente lecito, anche sul piano legislativo, e non solo su quello costituzionale, comunque altrettanto decisivo. La vicenda giuridica riguarda l'incriminazione del dott. Riccio, che con il suo intervento ha causato la morte di Welby.

La vicenda attraversa tre pronunce giudiziali, ma mi soffermerò in particolare sulle ultime due.

La penultima riguarda il rinvio a giudizio del dott. Riccio, che ha rimosso il respiratore artificiale che teneva in vita Welby. La richiesta del rinvio a giudizio viene imposta dal GIP al PM (*imputazione coatta*), che aveva invece concluso per l'archiviazione in ordine al reato di cui all'art. 579 del Cod. Pen. (omicidio del consenziente). L'argomento che ci interessa, nella richiesta di rinvio a giudizio, è quello secondo cui «il diritto alla vita, nella sua sacralità, inviolabilità, e indisponibilità costituisce il limite per tutti gli altri diritti che, come quello affermato dall'art. 32 della Costituzione, siano posti a tutela della dignità umana».

L'ultima e definitiva pronuncia è quella del GUP (ord. 23.7.2007, n. 2049), che decide per il “non luogo a procedere” nei confronti di Riccio, che, è vero, ha causato la morte del paziente (un “fatto brutto” sul quale tutte le parti in causa possono concordare), ma lo ha fatto agendo sulla base della scriminante prevista dall'art. 51 c.p.: l'adempimento di un dovere, in questo caso quello di rispettare la richiesta del paziente di rifiutare le cure.

Ebbene, per quest'ultimo giudice diritto alla vita e diritto alla autodeterminazione «hanno pari dignità formale e sostanziale ... in quanto finalizzati a concretizzare quel ristrettissimo nucleo di valori supremi facenti capo all'individuo ...». Pertanto, continua il giudice, «in caso di conflitto, il sistematico depotenziamento del secondo in favore del diritto alla vita non sarebbe giustificato da alcuna norma

o principio neanche di rango costituzionale»; e dunque in questi tipi di casi, che coinvolgono il diritto alla salute, “il consenso informato”, e il rapporto “medico-paziente” (ed esclusivamente in questo stretto ambito, e perciò soltanto nei confronti del medico), il diritto alla autodeterminazione limita il diritto alla vita.

Come si può notare, vi è un disaccordo profondo fra gli argomenti interpretativi utilizzati dal GIP nella richiesta di rinvio a giudizio dell'imputato Riccio, e gli argomenti utilizzati nella sentenza del GUP, con la quale si decide il “non luogo a procedere” nei confronti dello stesso imputato. Questo DIP riguarda le interpretazioni dei principi impliciti che tutelano, rispettivamente, il diritto alla vita e il diritto all'autodeterminazione e, conseguentemente, il modo di bilanciare i due principi nei casi in questione, stabilendone la loro relazione gerarchica (*disaccordo nel bilanciamento*).

Va anche precisato, tuttavia, che nella concezione etica (che potremmo qualificare come “laico-moderata”) presupposta dal GUP, non viene proposta una gerarchia alternativa fra “diritto alla vita” e “diritto all'autodeterminazione”. I due principi sono posti su di un “piano di parità” (si parla dunque di una gerarchia “mobile” fra i due principi), e comunque si finisce per sostenere che il principio di autodeterminazione prevale solo nei casi che coinvolgono il diritto alla salute e il consenso informato del paziente. Non sembra, insomma, che si verifichi un vero e proprio “cambio di paradigma” rispetto alla posizione presupposta dal GIP.

La pronuncia del GUP è criticabile, fra le altre cose, nel punto in cui afferma che il comportamento del dott. Riccio non rappresenta un caso di eutanasia, perché così facendo «si frappongono casi eterogenei» (argomento che non è affatto chiaro). A me sembra evidente, invece, che rimuovere un respiratore e porre fine alla vita di un paziente non può che essere un *atto che fa parte del significato centrale di eutanasia*.

6.2 Il caso Englaro

Il caso è notissimo e mi pare assolutamente pleonastico esaminarne i contorni fattuali.

A me interessano in particolare gli argomenti utilizzati dal decreto della Corte di Appello di Milano (del 16 dicembre 2006), che dichiara ammissibile il ricorso del padre di Eluana, ma lo rigetta nel merito; e quelli della I sezione civile della Cassazione (sent. 16 ottobre 2007, n. 21748), che invece accoglie il ricorso. Sono questi

argomenti contrapposti che creano, in particolare, la situazione di disaccordo profondo.

La Corte di appello, nel rigettare il ricorso del padre, afferma, intanto, che la sospensione del trattamento costituisce un caso di eutanasia omissiva. Osservo che si tratta di una affermazione molto dubbia, e non per la qualificazione della fattispecie in termini di “eutanasia” (sulla quale si si può senz’altro convenire, come vedremo meglio fra poco,), ma per il fatto che la condotta venga etichettata come una forma di eutanasia passiva. Mi domando: cosa c’è di “passivo” nell’atto di eliminare, da parte del medico, il congegno che provvede all’alimentazione artificiale, provocando, entro pochi giorni, la morte della paziente?

Vediamo, comunque, gli argomenti della Corte di appello.

In primo luogo, la Corte sostiene che Eluana è senza dubbio viva, perché la morte si ha con la cessazione di tutte le funzioni dell’encefalo, e non è questo il caso. Per inciso, si può notare che la Corte, nell’interpretare l’espressione valutativa “vita” non fa alcuna distinzione fra *vita biologica* e *vita biografica*, e, ancora più a fondo, fra “essere umano vivente” e “persona”, limitandosi ad affermare che la vita (biologica) di Eluana prosegue.

In secondo luogo, la Corte dice espressamente che il bilanciamento fra i due diritti in gioco (diritto alla vita e diritto all’autodeterminazione), entrambi garantiti (aggiungo, *implicitamente*) dalla Costituzione, «non può che risolversi a favore del diritto alla vita, ove si osservi la collocazione sistematica (art. 2 Cost.) dello stesso, privilegiata rispetto agli altri (contemplati dagli artt. 13 e 32 Cost.)». Il bene supremo, per la nostra Costituzione, è il “bene della vita”.

A questo argomento non si può fare a meno di replicare che la collocazione sistematica più elevata del principio che tutela il diritto alla vita rispetto a quello che tutela il diritto all’autodeterminazione non può affatto essere data per scontata, stante il fatto che, tra le altre cose, entrambi i principi sono *impliciti*; da nessuna parte è scritto, nella Costituzione, che il diritto alla vita prevale sul principio di autodeterminazione. Naturalmente è legittimo sostenerlo, ma sulla base di una costruzione interpretativa: una costruzione che faccia uso di argomenti *value laden*, non certo di considerazioni testuali.

La Cassazione, con la sentenza sopra citata, ribalta la decisione di secondo grado. Esaminiamo molto brevemente gli argomenti utilizzati, sotto i profili che a noi più interessano.

La Corte ripete per filo e per segno quanto già detto da tante altre sue pronunce e cioè che il principio personalistico “anima la

nostra Costituzione”, vede la persona umana come un “valore etico in sé” e guarda al rispetto della persona umana con riferimento a ogni singolo individuo.

Anche qui, dunque, non vi è alcuna consapevolezza dell'elevata contestabilità etica della nozione di *persona*, identificata tout-court con *ogni singolo individuo*. A riprova di ciò la Corte poi prosegue affermando che Eluana, pur in stato di PVS, è *persona in senso pieno*, con tutta la sua dotazione di diritti fondamentali. Come tale, rileva ancora la Corte, essa può legittimamente voler legare «indissolubilmente la propria dignità alla vita di esperienza e questa alla coscienza», e quindi ritenere «che sia assolutamente contrario ai propri convincimenti sopravvivere indefinitamente in una condizione di vita priva della percezione del mondo esterno». Sulla base di queste considerazioni, la Corte afferma che, limitatamente a questo caso concreto, e date le caratteristiche che esso presenta, «deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegue il sacrificio del bene della vita». La Corte ha cura di ribadire, inoltre, diversamente da quanto sostenuto dalla Corte di appello, che «il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, producendo la morte».

Si può qui di nuovo replicare, al contrario, che tale comportamento si concreti in un vero e proprio “abbreviamento della vita”: il medico, eliminando l'alimentazione artificiale, accorcia la vita del paziente, a prescindere dal fatto se lo faccia per una buona ragione, dando seguito alla richiesta (per interposta persona) del paziente stesso.

Anche in questo caso, come in quello precedente, siamo in presenza, è vero, di un disaccordo profondo fra due tesi interpretative alternative, ma non assistiamo a un vero e proprio cambio di paradigma rispetto alla concezione tradizionale della bioetica religiosa, legata al rispetto della vita come valore fondamentale e all'idea di persona come inesorabilmente saldata a quella di “essere umano”. Inoltre, si torna a negare, ma senza fornire argomenti convincenti, che la morte di Eluana sia un caso di eutanasia.

6.3. *Il caso Fabo/Cappato*

Questo caso è molto più recente e i fatti sono anche qui ampiamente noti.

La vicenda giuridica, anch'essa molto complessa, inizia con l'incriminazione di Marco Cappato per violazione dell'art. 580 c.p.,

nella parte in cui vieta l'agevolazione al suicidio (Cappato ha in effetti aiutato, in senso lato, Fabo a suicidarsi, anche se poi è stato Fabo stesso a compiere l'atto risolutivo); ma la vicenda viene sospesa perché la Corte di Assise di Milano ricorre alla Corte Costituzionale sostenendo l'illegittimità costituzionale dell'art. 580, nella parte in cui disciplina l'agevolazione al suicidio; e raggiunge il suo punto cruciale con la sentenza della Corte Costituzionale n. 242/2019, con cui viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 580, nella parte in cui punisce l'agevolazione al suicidio, ma con limitato riferimento a soggetti che versano in una determinata situazione, rigidamente regolamentata (che non corrisponde pienamente, tra l'altro, alla situazione in cui si trova Fabo). La vicenda giuridica si conclude con l'assoluzione di Cappato da parte della Corte di Assise, il 23 dicembre 2019, perché "il fatto non sussiste".

Ebbene, quello che a noi ovviamente interessa di questa complessa vicenda giuridica sono quegli argomenti dei vari giudici, che si sono pronunciati sulla vicenda, che possono costituire esempi di DIP.

In ogni caso, l'elemento di differenza piuttosto interessante di questa vicenda, rispetto alle due precedenti (come metterò meglio in evidenza nel prossimo paragrafo) è la presenza di tre (non più due) diverse tesi interpretative dei principi costituzionali rilevanti per la decisione, tesi che presuppongono, ancora più a fondo, tre diverse concezioni etiche (una concezione legata alla bioetica religiosa, e due concezioni legate alla bioetica laica, di cui una *laico-moderata* e una *laico-radical*e di stampo più marcatamente *liberal*).

1) La prima posizione, ispirata ad una visione religioso-sacrale della vita, è quella del GIP, che formula l'imputazione coatta dell'imputato Cappato a fronte del contrario avviso dei PM (ordinanza del 1° giugno 2017).

Per il GIP il diritto alla vita ha una *collocazione prioritaria indefettibile*, e dunque, come bene tendenzialmente indisponibile, prevale nettamente sul diritto di autodeterminazione, salvo che per il caso del rifiuto delle cure. Ma tale rifiuto, sostiene ancora il giudice, non è espressione di alcun "diritto di morire" (ma rappresenta semmai una situazione di "lasciarsi morire"), né può mai dar vita ad interventi di carattere eutanasi da parte dei sanitari; anche nel caso Welby, fa notare il GIP, la morte è sopravvenuta per il naturale decorso della malattia (*sic!*).

Per inciso, non si può fare a meno di notare come il GIP, nel difendere la sua impostazione contraria alla configurazione del

“diritto di morire”, abbia spostato l’oggetto del contendere dal *merito* (l’interpretazione dei valori e dei principi coinvolti nella discussione) al *metodo* (il modo corretto di interpretare queste stesse disposizioni). Così facendo, tuttavia, il GIP ha dato per scontate tesi sull’interpretazione tutt’altro che incontrastate (anzi, per la verità, piuttosto screditate), ispirate al formalismo interpretativo e all’idea che l’attività interpretativa “genuina” debba procedere con i metodi della logica formale.

2) Nella seconda posizione (di stampo laico-moderato) vanno a iscriversi una serie di argomenti diversi, utilizzati via via dai PM del caso Cappato, dalla difesa dello stesso Cappato, e poi dalla Corte Costituzionale, prima nell’ordinanza, e poi infine nella sentenza. Secondo questi argomenti la vita è il valore pur sempre fondamentale (con particolare riguardo a quella delle persone più debole e fragili), ma è un bene che, a certe condizioni e in certi contesti, deve essere bilanciato. Questo vale soprattutto nei casi in cui l’individuo non percepisce più la sua vita come “degnata di essere vissuta”. Proprio questo accade nel caso oggetto della controversia, dove il diritto all’autodeterminazione, del paziente, che si vede privato della sua “dignità di persona”, è destinato a prevalere.

Questi argomenti meritano due osservazioni.

In primo luogo, la vita cessa di essere qualificata come un fenomeno meramente biologico (“l’essere umano in vita”), ma diventa anche un fenomeno *biografico*, diventa la vita di una persona ed è dunque oggetto di apprezzamenti individuali da parte di chi questa vita la conduce.

In secondo luogo, il valore della dignità (sul quale purtroppo non posso soffermarmi in questa sede⁹²) cessa di essere un attributo *oggettivo* (concezione *oggettivistica* della dignità) che spetta comunque *intrinsecamente* ad ogni essere umano, attributo che non si può né acquistare né perdere; tale valore diventa, invece, una qualità legata agli apprezzamenti soggettivi dei pazienti, e delle persone in genere (concezione *soggettivistica* della dignità), e dunque si può *acquistare* come *perdere*.

Mi pare che tale impostazione emerga, con alcune caratteristiche unitarie, da un ampio ventaglio di materiali giurisprudenziali, anche se vi sono delle differenze, anche importanti, fra i singoli argomenti, ad esempio fra quelli usati dalla sentenza della Corte costituzionale e

⁹² Rinvio al mio *Disaccordi interpretativi profondi*, cit., pp. 107-129.

quelli usati dai PM e dalla difesa, in ordine alla maggiore o minore cautela nei confronti di possibili estensioni e alla maggiore o minore attenzione per la tutela delle persone fragili.

3) La terza posizione (di stampo laico-radicalo, o marcatamente *liberal*, che dir si voglia) è quella espressa dalla Corte di Assise di Milano nell'ordinanza del 14 febbraio 2018, in cui la Corte stessa solleva la questione di costituzionalità dell'art 580 c.p. (nella sua seconda parte).

La novità di rilievo è che la Corte, perlomeno a mio avviso, offre argomenti a supporto della possibilità di ricavare implicitamente, dal nostro testo costituzionale (artt. 2, 13.1 e 32.2) e dalle disposizioni CEDU (artt. 2 e 8, per via dell'art. 117 Cost.), un più generale *diritto di morire*.

La Corte fa leva sulle sentenze CEDU, 20 gennaio 2011, *Haas v. Svizzera* e 14 maggio 2013, *Gross v. Svizzera*: nella prima si afferma che «il diritto dell'individuo di decidere con quali mezzi e a che punto la sua vita finirà, a condizione che egli o ella sia in grado di raggiungere liberamente una propria decisione su questa questione e di agire di conseguenza, è uno degli aspetti del diritto alla vita privata tutelato dall'art. 8 della Convenzione»; e nella sentenza *Gross* si fa una affermazione molto simile.

L'argomento su cui si basa l'ordinanza della Corte non si limita a giustificare il diritto di morire nel caso specifico di Fabo, ma tende ad allargare di molto lo spettro dei casi nei quali tale diritto può essere goduto. La Corte, in sostanza, muove da una interpretazione del principio personalistico (anche questa volta, però, non analizzato nella sua complessità e contestabilità etica), che non è più primariamente legato al diritto alla vita, ma assurge piuttosto a fondamento del principio di autodeterminazione della persona. Secondo quest'ultimo principio, infatti, la persona deve essere messa in grado di assumere, senza interferenze arbitrarie da parte dello stato, tutte le scelte fondamentali che riguardano la realizzazione del suo piano di vita, posto, che, ovviamente, esse non ledano diritti dei terzi. La scelta di porre fine alla propria vita è senz'altro una di queste, secondo l'opinione della Corte. A questo punto, però, mi sembra chiaro che tale scelta riguarda tutte le persone libere e integralmente capaci di intendere e di volere (con tutte le procedure e le cautele del caso), e non solo i malati, più o meno terminali. E difatti la Corte rileva, con toni che a me sembrano critici, che il principio personalistico, e il connesso "diritto di lasciarsi morire," è stato sin qui declinato solo in rapporto agli interventi sanitari.

Si può notare che in questa posizione il principio di autodeterminazione come corollario del principio di libertà personale prende decisamente il sopravvento, sul piano gerarchico, sul diritto alla vita.

7. *Alcuni commenti sui tre casi paradigmatici*

È opportuno tornare adesso sui tre casi paradigmatici nel loro complesso. La prima cosa da fare è vedere se essi per davvero siano interpretabili come casi di DIP.

A me pare che tutti e tre i casi esaminati rispettino le condizioni necessarie che avevo introdotto nel § 4 come test per individuare la presenza di DIP. Passiamole di nuovo in rassegna.

1) In tutti e tre i casi i vari giudici coinvolti nelle decisioni hanno basi sufficientemente condivise per capire il senso profondo del loro disaccordo: sanno che quando parlano di “persona”, “vita”, “autodeterminazione”, “dignità”, eccetera, stanno in fondo parlando degli stessi “oggetti”, e sono anche manifestamente d'accordo sui “fatti più rilevanti” delle controversie, suscettibili poi di essere diversamente qualificati sul piano etico e giuridico.

2) In tutti e tre i casi gli interpreti si agganciano, sia pure implicitamente, a concezioni etiche di sfondo, che danno un significato compiuto e un ordine gerarchico (sia pure “mobile”) ai valori che entrano in campo per orientare le opzioni interpretative (e in proposito abbiamo individuato tre diverse concezioni, e due paradigmi “di sfondo” contrapposti, quello religioso e quello laico-radical); e si tratta di concezioni che superano manifestamente la soglia di tollerabilità culturale, perché sono tra le concezioni che, pur evolvendosi nel tempo, stanno alla base del compromesso costituzionale originario.

3) In tutti e tre i casi gli interpreti agiscono in una situazione di *elusive univocality*, agiscono cioè, con la convinzione di “essere dalla parte giusta”, di non manifestare soltanto una “opinione soggettiva”.

4) I disaccordi in questione di presentano come *genuini* (le parti *don't talk past each other*), *faultless* (non vi è alcuna colpa o errore nel dissenso dei partecipanti, ma solo profonde divergenze interpretative), *irrisolvibili* (nel senso sopra precisato), *ineluttabili* (le scelte che vanno a cadere su valori ultimi non possono prestarsi a soluzioni di compromesso).

È interessante notare, inoltre, che i tre casi di disaccordo presentano notevoli somiglianze fra di loro. Vediamole.

In primo luogo, i vari disaccordi esibiscono una comune struttura: sono tutti e tre *disaccordi di bilanciamento*, che implicano una diversa collocazione gerarchica fra due principi *impliciti*: quello che garantisce il *diritto alla vita*, e quello che garantisce il *diritto all'autodeterminazione*. Naturalmente, il tipo di bilanciamento e di ordine gerarchico che viene prescelto dipende dal modo in cui sono interpretate le formule valutative contenute nei principi in questione.

In secondo luogo, manca, in tutti e tre i casi, un'analisi adeguata della nozione di "persona", che ne mostri l'intrinseca ed essenziale contestabilità etica. Come vedremo, solo un'analisi di questo tipo è in grado di indicare la strada da imboccare per risolvere, in un senso o nell'altro, i casi dei pazienti in PVS.

In terzo luogo, in tutti e tre i casi, manca un'analisi adeguata della nozione di "eutanasia" (anzi, direi che manca una qualsivoglia analisi), che consenta di individuare chiaramente la presenza, in tutte e tre le situazioni, di *atti eutanasiaci*; e questo a prescindere, ovviamente, dalla valutazione (positiva o negativa) che a tali atti venga attribuita sul piano etico-giuridico. In connessione con questo punto, viene anche accettata, o quantomeno non viene apertamente messa in discussione, la distinzione fra *killing* e *letting die*.

8. Eutanasia e distinzione fra *killing* e *letting die*

I due punti sopra menzionati hanno una importanza decisiva e meritano una trattazione a parte.

Ritengo, peraltro, che il dibattito teorico e la discussione pubblica in tema di bioetica abbiano molto da guadagnare da un chiarimento più approfondito della nozione di "eutanasia" e dalla revisione critica della distinzione fra *killing* e *letting die*. Sono anche convinto che un chiarimento di questo tipo porti ad individuare, in tutti e tre casi discussi sopra, la natura eutanasiaca dei singoli atti e delle attività che hanno contribuito causalmente a produrre l'evento della morte dei tre "pazienti". Non ho ritrovato alcuna motivazione razionale adeguata per il fatto che la maggioranza degli esponenti della nostra cultura giuridica e della nostra giurisprudenza non lasci alcuno spazio, nel decidere e nel ricostruire questi casi, alla nozione di eutanasia. Io credo che la pervicace negazione della presenza dell'eutanasia non abbia motivazioni teoriche ma dipenda, come nota opportunamen-

te Giovanni Fiandaca⁹³, dal fatto che l'eutanasia provoca «l'orrore emotivo e la paura connessi alla violazione di tabù profondamente radicati».

Ma andiamo con ordine ed iniziamo con il fornire una definizione inclusiva di “eutanasia”, che ci consenta di far rientrare in questa categoria un ampio ventaglio di casi (fra i quali quelli esaminati in questo saggio). Secondo la mia definizione⁹⁴ per “eutanasia” deve intendersi «quell'insieme di atti, nelle varie configurazioni che possono assumere (nelle forme del suicidio assistito, dell'omicidio del consenziente, della soppressione di un individuo in PVS, eccetera), che contribuiscono causalmente, direttamente o indirettamente (con comportamenti *attivi*, come *eutanasia attiva* o *omissivi*, come *eutanasia passiva*) a dare la morte a un individuo, o su sua espressa richiesta, libera, consapevole, e seriamente motivata, o perché si ritiene che ciò sia per il suo bene (“nel suo miglior interesse”)».

Come si può notare, questa definizione include al suo interno sia l'*eutanasia volontaria* (commessa su richiesta del soggetto passivo), che quella *non volontaria* (nei casi in cui il consenso non può essere dato, come per i soggetti in coma permanente). Rimane fuori, ovviamente, l'*eutanasia involontaria*, cioè l'atto con cui si uccide qualcuno, che è *capace di prestare il suo consenso, ma non lo fa*, sempre sulla base della supposizione che ciò sia nel suo miglior interesse.

Ora, a mio avviso, in tutti e tre i casi sopra discussi si verificano interventi di *eutanasia volontaria*: di tipo *diretto* nel “caso Englaro” e nel “caso Welby”, di tipo *indiretto* nel “caso Fabo/Cappato”. Nel primo caso la morte di Eluana viene causata dal fatto che vengono interrotti i trattamenti di alimentazione e di idratazione; nel secondo caso (il “caso Welby”) la morte interviene perché il medico rimuove il respiratore; nel terzo caso, alla morte di Fabo viene dato un contributo causale determinante, sia pure indiretto, da Cappato. Naturalmente il riconoscimento che si tratta di atti eutanasi lascia totalmente impregiudicata la valutazione etica, positiva o negativa, di tali atti.

⁹³ G. Fiandaca, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in «Il Foro italiano», V, 2009, c. 227. Nello stesso senso, H.T. Engelhardt, *Manuale di bioetica*, tr. it. Milano, Il Saggiatore, 1999², p. 372. Cfr. anche J. Rachels, *The End of Life*, cit., p. 107.

⁹⁴ La definizione costituisce una rielaborazione, in chiave estensiva di quella data da M.A. Warren, *Moral Status. Obligations to Persons and Other Living Things*, New York, Oxford University Press, 1997, p. 185. Cfr. anche R. Dworkin, *Life's Dominion. An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, New York, Alfred A. Knopf, 1993, p. 213 e J. Harris, *Euthanasia and the Value of Life*, cit. p. 6.

In ogni caso, da parte dello schieramento laico, la riflessione bioetica di carattere generale riconosce da tempo la piena legittimità del diritto dell'individuo, pienamente libero e capace di intendere, di darsi la morte, o per mano propria (con qualche forma di assistenza) o per mano altrui⁹⁵; e la nostra dottrina comincia a porsi ulteriormente il problema se non sia possibile dare vita, già da ora, ad una *costruzione interpretativa* che consenta di individuare un più generale *diritto di morire* scaturente da un *principio implicito* ricavato, come sostiene la Corte di Assise nel caso "Fabo/Cappato", dagli artt. 2, 13.1 e 32.2 del nostro testo costituzionale e dagli artt. 2 e 8 della CEDU (per via della copertura offerta dall'art. 117 della nostra Costituzione)⁹⁶.

Ciò non toglie, naturalmente, che da parte della bioetica religiosa non si possano contrapporre altri buoni argomenti, di segno contrario, nei confronti della possibilità di configurare un diritto di morire, sia sul piano etico generale⁹⁷, che dal punto di vista di una interpretazione corretta del nostro testo costituzionale. Ricordiamoci che siamo in una delle aree più centrali dei DIP. Entrambe le letture sono possibili e pienamente legittime⁹⁸, nel senso che trovano entrambe una copertura costituzionale sufficiente nel testo, copertura che supera la soglia di tollerabilità culturale di cui prima abbiamo parlato.

⁹⁵ A livello di bioetica generale tale diritto è ampiamente riconosciuto da molti studiosi. Una formulazione molto chiara e persuasiva è dovuta a P. Singer, *Practical Ethics*, cit., pp. 169-181.

⁹⁶ Nella nostra dottrina, molti studiosi da tempo si pronunciano affermativamente, anche se in forme diverse, sulla possibilità di costruire, con "copertura costituzionale", un principio che sancisca tale diritto, o quantomeno convergono sull'opportunità di definirlo su base legislativa: si vedano, a titolo di esempio, G. Fornero, *Indisponibilità e disponibilità della vita*, cit., posizione 7643 ss.; G. Maniaci, *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia e al suicidio assistito*, in AIC, 1, 2019, pp. 24-61; L. Risicato, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire"*, cit., pp. 289 ss.; M. Donini, *"Libera nos a malo"*, cit.

⁹⁷ Si può ad esempio sostenere, come fa Finnis, che la vita è il *basic good* per ogni essere umano, *basic good* che nessuno ha il diritto di distruggere (J. Finnis, *A Philosophical Case*, cit., pp. 30-34). Oppure, come fa Gormally, si può affermare che la scelta di alcune "capacità rilevanti" per essere trattati come persone è una scelta arbitraria, e che ogni essere umano, proprio perché tale, ha la dignità e il riconoscimento di valore che implica l'attribuzione dei diritti fondamentali (cfr. L. Gormally, *Walton, Davies, Boyd and the Legalization of Euthanasia*, in *Euthanasia Examined*, cit., pp. 114-120). E molti altri esempi potrebbero farsi.

⁹⁸ In questo senso ha pienamente ragione Chiara Tripodina nel segnalare che, non appena si comincia a discutere della pretesa di morire con l'aiuto e per mano di altri, si presentano due *universi morali e giuridici antagonisti* (C. Tripodina, *Diritti alla fine della vita e Costituzione*, in «BioLaw Journal», 25, 2019, pp. 411 ss.).

Che le due alternative siano legittimamente sostenibili non vuol dire, però, che siano *equivalenti*, ad esempio sul piano della qualità degli argomenti sostenuti, soprattutto dal punto di vista della loro coerenza interna, della loro fecondità esplicativa e della loro “rispondenza ai fatti”. Abbiamo già notato sopra le incongruenze degli argomenti di coloro che si rifiutano di riconoscere la *natura eutanasica* degli gli atti che procurano, direttamente o indirettamente, la morte dei pazienti in tutti e tre i casi paradigmatici di DIP sopra menzionati.

Ma vi è un altro argomento di dubbia coerenza, sostenuto prevalentemente dalla bioetica religiosa⁹⁹, e utilizzato anche da parte della nostra dottrina giuridica, ancora una volta per mettere una barriera all'accesso di pratiche eutanasiche all'interno del nostro diritto positivo. A questo proposito in giurisprudenza e in dottrina molti sostengono¹⁰⁰, per allontanare da sé l'amaro calice dell'eutanasia, che bisogna distinguere fra i casi di interruzione/rifiuto di cure, in cui la morte è la conseguenza della malattia, non più arginata dagli strumenti terapeutici; e i casi dove la causa della morte è il comportamento eutanastico del soggetto, che aiuta il paziente a darsi la morte, o ne determina direttamente la morte stessa.

Da questo punto di vista, si sostiene, ad esempio, che nel caso Welby non si assisterebbe ad un atto eutanastico, perché con il distacco del respiratore non si farebbe che rispettare il decorso naturale della malattia (“si lascia che la persona muoia”), che sarebbe sicuramente mortale.

L'argomento è apertamente inconsistente¹⁰¹. Quando il dottore, come nel caso Welby, rimuove il respiratore che tiene in vita il paziente, pone immediatamente termine alla sua vita, indipendentemente dall'eventuale futuro decorso infausto della sua malattia (decorso che, tra l'altro, potrebbe essere lungo e doloroso).

⁹⁹ Cfr. B. Steinbock, *Introduction*, in B. Steinbock, A. Norcross (eds.), *Killing and Letting Die*, New York, Fordham University Press, 1994², pp. 24-48.

¹⁰⁰ Si veda, ad esempio, A. D'Aloia, *Eutanasia (dir. cost.)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, Utet, 2016, pp. 300-349.

¹⁰¹ Buona parte della bioetica contemporanea è schierata su questa posizione: c'è solo l'imbarazzo della scelta. Si vedano, comunque, F. Poggi, *La Corte costituzionale nelle strettoie fra uccidere e lasciar morire*, in «BioLaw Journal», 1, 2020; P. Singer, *Practical Ethics*, cit., pp. 182 ss.; J. Rachels, *Active and Passive Euthanasia*, in P. Singer (ed.), *Applied Ethics*, New York, Oxford University Press, 1986, pp. 29-35, e Id., *More Impertinent Distinctions and a Defense of Active Euthanasia*, in *Killing and Letting Die*, cit., pp. 139-140; D.W. Brock, *Medical Decisions at the End of Life*, in *A Companion to Bioethics*, cit., pp. 268-271.

A questo proposito, una storiella raccontata da Dan Brock serve a chiarire molto bene l'inconsistenza della distinzione. Brock ci invita a immaginare che un «patient with ALS disease has a greedy son who mistakenly believes that his mother will never stop treatment and fears that his inheritance will be used up by her lengthy and costly hospitalization. So he slips into her room while she is sedated, extubates her, and she dies. However, the medical staff find out what he has done and, when confronted with having killed his mother, the son replies: "I didn't kill her, I merely allowed her to die. It was her ALS disease that caused her death"»¹⁰².

Questa affermazione sarebbe ovviamente considerata del tutto destituita di fondamento, perché in realtà il figlio ha ucciso deliberatamente la madre. Ma egli ha fatto la stessa cosa, dal punto di vista materiale dell'atto, in sé e per sé considerato, del medico del "caso Welby": entrambi hanno causato la morte del paziente. Le ragioni sono ovviamente diverse, ma quello che fanno è materialmente la stessa cosa. Il dottore uccide, ma ciò, ad alcune condizioni, non è moralmente sbagliato. Alcune uccisioni sono giustificate, altre no: in questi casi sono le valutazioni etiche ed etico-giuridiche a rendere i casi differenti.

Vi è un ultimo punto importante da mettere in rilievo: dalle discussioni dottrinali sul tema dell'eutanasia rimangono quasi sempre fuori i casi dei poveri malati in PVS¹⁰³, che non hanno rilasciato alcuna disposizione anticipata di trattamento né hanno nominato un fiduciario in grado prendere decisioni in loro vece. La nuova legge sulle DAT, precedentemente citata, non offre una soluzione a questo caso, e del resto avrebbe reso ancora più complicata la stessa soluzione del "caso Englaro".

Si tratta di quei malati ai quali si applica molto bene l'immagine di Chiara Tripodina di coloro che sono «immersi in una notte senza fine»¹⁰⁴.

Ebbene, in questi casi tornerebbe molto utile, per coloro che si schierassero sul fronte della bioetica laica, la distinzione, di carattere etico, fra "essere umano in vita" e "persona". Si potrebbe allora argo-

¹⁰² D.W. Brock, *Medical Decisions at the End of Life*, cit., p. 269.

¹⁰³ Non ne parla, ad esempio, il più recente tentativo, nel nostro paese, di fornire una trattazione organica delle questioni del "fine vita". Mi riferisco a G. Fornero, *Indisponibilità e disponibilità della vita*, cit.

¹⁰⁴ C. Tripodina, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano d'altri"*, in «BioLaw Journal», 3, 2018.

mentare, che, non potendosi qualificare, e da tempo, questi individui come “persone”, la discussione non si porrebbe più sul piano dei loro diritti fondamentali (dei quali non sono dotati, in quanto “non più persone”), ma semmai sul piano più agevole della composizione dei vari *interessi in gioco*: l'eventuale interesse del soggetto passivo stesso, ma anche quelli dei parenti, e delle strutture sanitarie, a che quella persona rimanga o meno in vita (una vita che ha soltanto un carattere biologico-organico). Ebbene, a questo punto ci si potrebbe porre opportunamente l'interrogativo di cosa sia nel “miglior interesse” del paziente, se vivere a tempo indeterminato in una “notte senza fine”, o “porre fine ad una vita che non ha più nulla di umano”¹⁰⁵.

9. Osservazioni conclusive

In sede di commenti finali, vorrei ancora rilevare che la sentenza della Corte costituzionale sul caso “Fabo/Cappato”, pur con tutte le sue – pallide – aperture, ha creato grossi problemi di disparità di trattamento, e proprio per il fatto che, nel circoscrivere l'area di non conformità costituzionale della fattispecie dell'aiuto al suicidio, ha posto, al legislatore e ai giudici che dovessero di nuovo intervenire su queste vicende, dei requisiti estremamente rigidi. Infatti, secondo i requisiti “suggeriti” dalla Corte, gli individui legittimati a richiedere un “aiuto al suicidio” dovrebbero essere: i) affetti da una patologia irreversibile; ii) soggetti a sofferenze fisiche o psicologiche ritenute intollerabili; iii) tenuti in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale; iv) capaci di prendere decisioni libere e consapevoli.

Questa imposizione di condizioni così rigide crea forti disparità, a fronte della possibilità del paziente, riconosciuta apertamente dalla Costituzione e adesso regolamentata dalla legge, di rinunciare a qualsiasi tipo di trattamento medico, senza dover specificare le ragioni di tale decisione. Quella che si ricava dalla sentenza della Corte è una limitazione molto netta del diritto di richiedere il suicidio assistito, che crea certamente forti discriminazioni, e che, a mio avviso, aprirà una stagione di nuovi ricorsi alla Corte costituzionale.

Ci sarebbe da chiedersi, ad esempio: perché le sofferenze insopportabili devono essere legate alla presenza di una malattia terminale?

¹⁰⁵ A questa soluzione fa riferimento Francesco Viganò, secondo il quale negare la somministrazione di liquidi e alimenti a questi pazienti è la soluzione più lineare (F. Viganò, *L'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali nei confronti di pazienti in stato vegetativo permanente: la prospettiva penalistica*, in «Persona e danno», 2009).

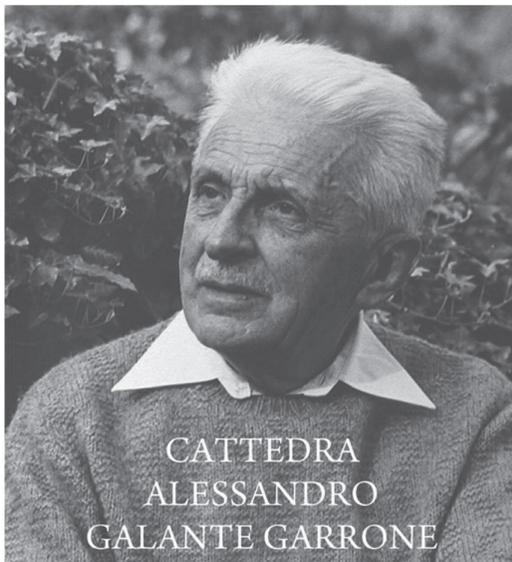
E non esistono forse sofferenze di carattere psichico che possono rivelarsi altrettanto insopportabili? E perché, per chiedere di essere aiutato a morire, devo per forza essere legato ad una macchina? E questi sono solo alcuni degli interrogativi che si pongono a proposito di questi requisiti.

Se ci collochiamo di nuovo, adesso, al livello delle concezioni etico-giuridiche che vengono evocate o presupposte dalle parti discordanti in merito a questi DIP, c'è da domandarsi, ulteriormente, se non siano più coerenti le tesi più radicali, sull'uno e sull'altro fronte, a prescindere da quello al quale si voglia aderire, e cioè: i) da una parte, sul fronte cattolico, coloro che ritengono che non ci sia effettivamente una differenza rilevante fra *killng* e *letting die*, e che si riconoscono in una definizione ampia di eutanasia (in fondo simile a quella che ho trattato in precedenza), ma vogliono estendere al massimo, in questo campo, *l'area del vietato*, e dunque proibire l'uccisione di ogni essere umano *innocente*, fatta salva l'eccezione posta dal l'art. 32.2 Cost, (che però, secondo questo schieramento, non sarebbe comunque un caso di eutanasia – e questo è certamente un punto problematico per la bioetica religiosa)¹⁰⁶; ii) dall'altra parte, sul fronte laico, coloro che vogliono estendere al massimo l'area di legittimità dell'eutanasia, per poter allargare l'area del permesso, sulla falsariga dell'ordinanza della Corte di Assise di Milano, e delle riflessioni di una parte consistente della bioetica laica, sulle quali mi sono soffermato più volte lungo il corso del saggio.

¹⁰⁶ Ho già menzionato in proposito, per questo tipo di posizione, Finnis (alla nota 97). Si veda anche A. Ruggeri, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in «Forum di Quaderni costituzionali», 2009, p. 17.

Università degli Studi del Piemonte Orientale
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA E
SCIENZE POLITICHE, ECONOMICHE E SOCIALI

Anno accademico 2018 – 2019



Il Corso

ANTONELLA MENICONI
*Storia della magistratura italiana:
metodi e contesti*

26 – 28 febbraio 2019

Palazzo Borsalino
Via Cavour, 84 – Alessandria

«Qualcuno, nei primi tempi del fascismo, lo chiamava [Aurelio Sansoni] “il pretore rosso”. E non era in realtà né rosso né bigio: [...] era semplicemente un giudice giusto: per questo lo chiamavano “rosso” (perché sempre, tra le tante sofferenze che attendono il giudice giusto, vi è anche quella di sentirsi accusare, quando non è disposto a servire una fazione, di essere al servizio della fazione contraria)».

(P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*)

Antonella Meniconi insegna Storia delle istituzioni politiche all'Università La Sapienza di Roma. È autrice di numerose pubblicazioni, tra cui si segnalano: *La «maschia avvocatura». Istituzioni e professione forense in epoca fascista (1922-1943)* (2006); *Storia della magistratura italiana* (2012), ambedue edita da il Mulino; e la cura (insieme a Marcello Pezzetti) di *Razza e inGiustizia. Gli avvocati e i magistrati al tempo delle leggi antiebraiche* (2018). Dal 2012 è vicedirettore della rivista «Le Carte e la Storia. Rivista di storia delle istituzioni».

La magistratura italiana e la giustizia di transizione (1943-1953)

Antonella Meniconi

1. Premessa. – 2. La mancata epurazione della magistratura. – 3. Una giustizia “straordinaria” e i giudici ordinari. – 4. L'amnistia Togliatti e la Corte di Cassazione. – 5. Epilogo.

1. Premessa

Alla fine del 1945 le illusioni generate dalla Resistenza dovettero fare i conti con la continuità dello Stato e con gli interessi costituiti preesistenti nella società italiana¹. Nei primi giorni del dicembre del 1945 cadde il Governo di Ferruccio Parri², espressione del Comitato di liberazione nazionale (Cln) e di una volontà più netta di rinnovamento istituzionale e morale. Con quell'evento – si disse – finiva di spirare il vento del Nord (l'area dove più si era radicata la lotta partigiana). Allora (10 dicembre) si formò l'esecutivo di Alcide De Gasperi, leader della Democrazia cristiana (Dc), cui partecipavano ancora i partiti antifascisti e, in particolare, prendeva parte personalmente Palmiro Togliatti, segretario del Partito comunista, che conservò nel nuovo esecutivo la carica di guardasigilli. Si operava in una fase complessa, innanzitutto, com'è evidente, dal punto di vista dei bisogni materiali della popolazione appena finita guerra. La tendenza del nuovo governo fu quella di attenuare l'intransigenza iniziale, tenendo realisticamente conto che il futuro assetto istituzionale si andava definendo in una difficile dialettica con la Corona e gli Alleati.

In questo quadro l'anno successivo, il 1946, può essere visto si-

¹ C. Pavone, *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Torino, Bollati Boringhieri, 1995, in particolare i capitoli 2 e 3, che riprendono scritti del 1974 e del 1982.

² In carica dal 21 giugno al 10 dicembre 1945.

curamente come un vero spartiacque per la transizione italiana dal fascismo alla democrazia³.

In quell'anno l'amnistia decisa dal Governo De Gasperi e realizzata da Togliatti, rappresentò un passaggio cruciale verso un nuovo ordine che si voleva fosse di riconciliazione per «far attecchire la fragile pianta della democrazia»⁴.

Non solo perché il provvedimento di perdono fu emanato poche settimane dopo la proclamazione della Repubblica, conseguenza della vittoria del referendum del 2 giugno, ma anche per il suo significato più generale: chiudere i conti con il passato recente in un paese appena uscito dalla guerra e dal regime fascista. Passato e futuro segnarono indissolubilmente quel 1946, caratterizzato anche dalla messa in cantiere di un nuovo disegno costituzionale (il 2 giugno, per la prima volta a suffragio universale, era stata eletta anche la nuova Assemblea costituente).

E passato e futuro infatti furono le parole cruciali, scritte dal leader comunista nella relazione che accompagnava il provvedimento di amnistia, quando, affermata la necessità di dare un segno di «pacificazione e riconciliazione di tutti i buoni italiani», si soggiungeva che si doveva «continuare, entro i limiti stabiliti, la necessaria opera di giustizia per il definitivo nostro risanamento politico e morale»⁵. «Opera di giustizia» affidata soprattutto a una serie di organi creati *ad hoc* negli anni precedenti: una giustizia di transizione in cui la magistratura ordinaria aveva e avrebbe continuato a giocare senza dubbio un ruolo decisivo⁶.

³ V. Galimi, *Circulation of models of Epuration after the Second World War: from France to Italy*, in L. Israel and G. Mouralis (eds.), *Dealing with Wars and Dictatorships. Legal Concepts and Categories in Action*, Berlin, Springer, 2014, pp. 197-208, pp. 198-199.

⁴ H. Woller, *I conti con il fascismo. L'epurazione in Italia 1943-1948*, Bologna, Il Mulino, 1987, p. 13.

⁵ P. Togliatti, *Relazione del Ministro Guardasigilli sul Decreto Presidenziale 22 giugno 1946*, in «Rivista penale», LXXI, n. 4, 1946, pp. 707-714.

⁶ Negli ultimi anni si è assistito sul tema a un vero fiorire di ricerche e di interpretazioni. Senza pretese di completezza, ci si limita a citare: R.G. Ruti, *Transitional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2000; M. Battini, *Peccati di memoria. La mancata Norimberga italiana*, Roma-Bari, Laterza, 2003; M. Dondi, *La lunga liberazione. Giustizia e violenza nel dopoguerra italiano*, Roma, Editori Riuniti, 2004; L. Baldissara, P. Pezzino (a cura di), *Giudicare e punire. I processi per crimini di guerra tra diritto e politica*, Napoli, L'Anchoredel Mediterraneo, 2005; M. Franzinelli, *L'Amnistia Togliatti: 1946. Colpo di spugna sui crimini fascisti*, Milano, Feltrinelli, 2006; J. Elster, *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche* (2004), Bologna, Il Mulino, 2008; M. Storchi, *Il sangue dei vincitori. Saggio sui crimini fascisti e i processi del dopoguerra (1945-1946)*, Reggio Emilia, Aliberti, 2008; P. Pombeni, H.-G. Haupt (a cura di), *La transizione come problema storico-*

Peraltro, l'amnistia riguardò, soprattutto, i crimini commessi dai rappresentanti della Repubblica sociale italiana (Rsi), dai collaborazionisti (e ovviamente anche dai partigiani). Ma non v'è dubbio che contribuì di fatto a un generale cambiamento nel clima politico, sociale e culturale. La percezione della chiusura della fase resistenziale si concretizzò sempre di più nel Paese, così come emersero con maggiore influenza le opinioni di coloro che consideravano il ventennio fascista solo come una parentesi, oscura ma da collocare nel passato.

A giudicare caso per caso (ma tenendo conto del quadro generale) nell'applicazione dell'amnistia fu chiamata ovviamente la magistratura, che peraltro venne a trovarsi, nella circostanza, in una situazione quanto meno ambigua. Non epurato, se non in minima parte, dagli elementi più vicini al regime fascista, il corpo giudiziario si dovette confrontare, infatti, con un complesso di norme confuse e contraddittorie, affastellatesi rapidamente e disordinatamente nel tempo, avendo a che fare per di più con una classe politica divisa al suo interno sulla direzione che la cosiddetta "defascistizzazione" (espressione non a caso mutuata dagli Alleati) doveva imboccare. Non fu dunque casuale se la giustizia di transizione, amministrata in quelle condizioni, assunse un'andatura oscillante e, in definitiva, finì per avere un esito fallimentare.

Si trattò, peraltro, di una transizione "lunga", protrattasi almeno fino al 1953, quando fu emanato l'ultimo provvedimento di clemenza che chiuse così (quasi definitivamente) i casi ancora rimasti aperti. Anche se non risolse né poteva farlo il tema più generale del «fare i conti con il passato»⁷.

Il ruolo della magistratura nella transizione è dunque al centro dell'analisi: sia dal punto di vista "interno", con attenzione all'epura-

grafico. *Le fasi critiche dello sviluppo della modernità*, Bologna, Il Mulino, 2013; A.M. Di Stefano, *Da Salò alla Repubblica. I giudici e la transizione dallo stato di eccezione al nuovo ordine (d.lgs. lgt. 249/1944)*, Bologna, Patron, 2013; G. Focardi, C. Nubola (a cura di), *Nei tribunali. Pratiche e protagonisti della giustizia di transizione nell'Italia repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2018; I. Bolzon, F. Verardo (a cura di), *Cercare giustizia. L'azione giudiziaria in transizione*, Trieste, Istituto regionale per la storia della Resistenza, 2018; C. Nubola, P. Pezzino, T. Rovatti (a cura di), *Giustizia straordinaria tra fascismo e democrazia. I processi presso le Corti d'assise e nei tribunali militari*, Bologna, Il Mulino, 2019; A. Martini, *Dopo Mussolini. I processi ai fascisti e ai collaborazionisti (1943-1953)*, Roma, Viella, 2019; P. Caroli, *Il potere di non punire. Uno studio sull'amnistia Togliatti*, Napoli, Esi, 2020; M. Meccarelli, C. Paixão (a cura di), *Comparing Transitions to Democracy. Law and Justice in South America and Europe*, Cham (Switzerland), Springer, 2021.

⁷ J. Elster, *Chiudere i conti*, cit.

zione, sia dal punto di vista “esterno”, con riferimento alla concreta attuazione giudiziaria delle norme sanzionatorie e dell’amnistia; infine, si delinearà una possibile conclusione.

2. *L'epurazione della magistratura*

A partire dall'8 settembre 1943, la magistratura stessa, per lo meno dapprima quella del cosiddetto Regno del Sud, si era trovata sottoposta all'epurazione antifascista. Fu chiarito esplicitamente già nei primi provvedimenti emanati nel 1943 (primo governo Badoglio) e nel 1944 (secondo governo Badoglio e governo Bonomi) che non si poteva applicare ai magistrati la garanzia di inamovibilità prevista dallo Statuto albertino del 1848⁸. Ciononostante, di fatto, l'epurazione dei magistrati più compromessi con il regime non fu affatto incisiva, anzi la storiografia ha ormai appurato che si limitò a colpire pochi casi. Dagli studi più recenti, che si sono potuti valere delle fonti archivistiche ora finalmente disponibili⁹, è anche emerso che, nel periodo tra il 1944 e il 1946, il tentativo per un'epurazione più radicale fu portato avanti in modo vigoroso¹⁰, in special modo dall'Alto commissariato per l'epurazione, guidato prima da Mauro Scoccimarro (dal novembre 1944) e poi da Ruggero Grieco (gennaio-luglio 1945), entrambi comunisti. La “macchina” dell'epurazione coinvolse in quel primo periodo, almeno un migliaio di giudici – non proprio pochi se si calcola che erano circa un quarto dell'organico formato in totale di quattromila magistrati¹¹. Circa quattrocento de-

⁸ Art. 11 del r.d.l. 28 dicembre 1943, n. 29/b (modificato dal r.d.l. 12 aprile 1944, n. 101).

⁹ Ci si riferisce ai fascicoli personali dei magistrati conservati presso l'Archivio centrale dello Stato versati fino al 1970. Per una valutazione complessiva del fenomeno epurativo riferito alla magistratura ci si permette di rinviare ad A. Meniconi, G. Neppi Modona (a cura di), *L'epurazione mancata. La magistratura tra fascismo e Repubblica*, Bologna, Il Mulino, 2022.

¹⁰ G. Focardi, *Arbitri di una giustizia politica: i magistrati tra la dittatura fascista e la Repubblica democratica*, in G. Focardi, C. Nubola (a cura di), *Nei Tribunali*, cit., pp. 91-132, pp. 93 ss. Per una visione articolata del problema cfr. G. Neppi Modona, *La magistratura italiana e l'epurazione mancata (1940-1948)*, in «Le Carte e la Storia», 1, 2017, pp. 25-37.

¹¹ Da considerare, però, che il numero più ampio comprende anche cancellieri e fascicoli doppi. Al 25 marzo 1946 per tutto il dicastero risultavano: casi esaminati 4.052; giudizi iniziati 589; conclusi 575; dispense 56; sanzioni minori 147; proscioglimenti 372; collocati a riposo dall'amministrazione 55; ricorsi 174; ricorsi conclusi 56. Per l'ordine giudiziario dell'Alta Italia, sottocommissioni di Milano: casi esaminati 1.248; giudizi iniziati 412; conclusi 235; dispense 24; sanzioni minori nessuna;

gli inquisiti furono poi sottoposti effettivamente al procedimento di epurazione (il dieci per cento dell'intero corpo giudiziario): di essi, poche decine effettivamente espulsi dal corpo giudiziario, mentre alcuni preferirono l'uscita di scurezza del collocamento a riposo su domanda; salvo poi rientrare, in qualche caso, in magistratura negli anni successivi, una volta passata la fase più acuta dell'epurazione¹².

A essere sottoposti al giudizio delle commissioni del resto furono in blocco, in quei primi anni, tutti coloro che appartenevano alle amministrazioni civili e militari dello Stato, con la previsione concreta della rimozione dal servizio per chi, dipendente pubblico, avesse attivamente aderito al regime fascista, ne avesse fatto l'apologia e avesse dato prova di «faziosità fascista, o [si fosse reso responsabile] della incapacità, del malcostume introdotti dal fascismo nelle Pubbliche amministrazioni». Ovviamente la rimozione era certa per chi avesse seguito il governo fascista al Nord, nella Repubblica sociale italiana, avesse prestato giuramento o collaborato con questo o persino avesse tenuto comportamenti tali da sfociare in reati più gravi¹³.

Più in generale, dopo questa prima fase "ascendente" dell'epurazione, che aveva interessato migliaia di funzionari pubblici, il nuovo Governo De Gasperi visibilmente attenuò gli sforzi per un'epurazione più radicale degli apparati pubblici, dando luogo alla seconda fase, "discendente o di ripiegamento", culminata con la liquidazione nel febbraio del 1946 dell'Alto commissariato delle sanzioni contro il fascismo e dei suoi uffici¹⁴.

Certo, ancora nel novembre del 1945 vi erano stati gli allontanamenti di personaggi particolarmente compromessi, dovuti "all'interesse del servizio" (qualche centinaio)¹⁵, su proposta dell'alto commissario aggiunto per l'epurazione, in carica dal luglio, il magistrato Domenico Riccardo Peretti Griva; ma questi era stato presto

proscioglimenti 211; collocati a riposo dall'amministrazione nessuno; ricorsi 7. Cfr. Archivio centrale dello Stato (d'ora in poi AcS), *Presidenza del Consiglio dei ministri, Alto commissariato per le sanzioni contro il fascismo*, III, 3, vol. 1.

¹² P. Saraceno, *Le «epurazioni» della magistratura in Italia. Dal Regno di Sardegna alla repubblica: 1848-1951*, in «Clio», XXIX, n. 2, 1993, pp. 509-523; Id., *I magistrati italiani tra fascismo e Repubblica. Brevi considerazioni su un'epurazione necessaria ma impossibile*, ivi, XXXV, n. 1, pp. 65-109, ora ripubblicato in *L'epurazione mancata*, cit. pp. 29-64; G. Focardi, *Le sfumature del nero: sulla defascistizzazione dei magistrati*, in «Passato e presente», n. 64, 2005, pp. 61-87.

¹³ D.lgs.lt. 27 luglio 1944, n. 159, Titolo II.

¹⁴ D.lgt. 8 febbraio 1946, n. 22. Cfr. G. Melis, *Note sull'epurazione dei ministri, 1944-1946*, in «Ventunesimo secolo. Rivista di studi sulle transizioni», 2, pp. 17-52.

¹⁵ D.l.lgt. 9 novembre 1945, n. 716; si veda anche D.lgt. 9 novembre 1945, n. 702.

“dimissionato” dal ministro responsabile Nenni (e ciò già nel dicembre dello stesso anno), nell’ambito di quella che poteva considerarsi la chiusura di fatto della vicenda epurativa¹⁶. Quegli allontanamenti del novembre, d’altra parte, non avevano mancato di suscitare vive proteste e denunce di «attentato all’indipendenza della magistratura» da parte dell’Associazione nazionale magistrati (Anm) appena costituitasi, mentre il silenzio o la reticenza sul passato (quel passato che aveva dato luogo alle dispense dal servizio) furono la regola, adottata tacitamente in modo generalizzato¹⁷.

La fase più “morbida” culminò con l’amnistia Togliatti del 1946, che, sebbene non riguardasse direttamente i dipendenti pubblici, avrebbe segnato irrimediabilmente la fine anche del loro processo epurativo¹⁸. Tra le cause di questo che può considerarsi un vero e proprio fallimento si possono rilevare: l’inefficienza complessiva degli apparati preposti all’epurazione; la mancanza di uffici inquirenti; il susseguirsi di norme confuse tali da rendere difficilmente applicabili la legislazione epurativa; le caratteristiche stesse del giudizio di epurazione, in cui – sottolineò Massimo Severo Giannini – era arduo provare che «i generici sentimenti fascisti della maggioranza dei dipendenti pubblici si fossero tradotti in una delle condotte illecite tipizzate dal legislatore»¹⁹.

Saldamente alla guida degli organi giudiziari rimase, per lo più, il personale già anziano, quello cioè che era stato maggiormente segnato dallo stretto rapporto con il fascismo. Nonostante diversi tentativi di forze politiche più legate al movimento partigiano, prevalse nel Governo De Gasperi la volontà di non rompere cogli apparati, anche a costo – come sottolineò Togliatti in Consiglio dei ministri – di «avere negli alti gradi della magistratura persone non democratiche»²⁰. Nei nuovi governanti, anche della sinistra, si im-

¹⁶ Sulla vicenda cfr. R. Canosa, *Storia dell’epurazione in Italia. Le sanzioni contro il fascismo 1943-1945*, Milano, Baldini & Castoldi, 1999, p. 113. Mi permetto anche di rinviare ad A. Meniconi, *La breve esperienza come commissario per l’epurazione*, in F. Campobello (a cura di), *Una spina dorsale. Domenico Riccardo Peretti Griva: magistrato, antifascista, fotografo*, Torino, Edizioni SEB27, 2017, pp. 73-85.

¹⁷ G. Scarpari, *Obiettivo. I magistrati, il fascismo, la guerra*, in «Questione giustizia», 2, 2008, pp. 71-118, p. 115.

¹⁸ G. Melis, *Note sull’epurazione dei ministri, 1944-1946*, cit., p. 17.

¹⁹ M.S. Giannini, *L’epurazione del secondo dopoguerra*, in Id., *Scritti giuridici*, X, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 283 ss., p. 285.

²⁰ Archivio centrale dello Stato, *Verbalì del Consiglio dei ministri, luglio 1943-maggio 1948*, edizione critica, a cura di A.G. Ricci, *Governo De Gasperi 10 dicembre 1945-13 luglio 1946*, VI, 1, 178.

pose la considerazione che fosse impossibile, date le condizioni del Paese, un più radicale rinnovamento dello “Stato maggiore della magistratura”, giacché non solo nei vertici ma anche nei quadri medi (più giovani e formatisi durante il regime) allignava comunque la compromissione con modalità, stili e comportamenti tipici del regime autoritario.

Si preferì allora continuare ad affidarsi a vertici di provata esperienza e capacità, anche se di non altrettanto sicura fede democratica.

Peraltro, organizzato in una carriera gerarchizzata al massimo, il corpo giudiziario aveva attraversato il fascismo, nella maggioranza dei casi (a parte poche eccezioni di rilievo), praticando un mix di conformismo e di formalistico tecnicismo giuridico. Queste caratteristiche avevano permesso di accettare e applicare anche le norme più repressive della dittatura (si pensi alle leggi antiebraiche del 1938, alle quali solo pochissimi magistrati avevano saputo opporre un sia pur minimo argine), senza contare che quasi tutti avevano accettato la tessera del Pnf (che peraltro era stata resa obbligatoria per tutti senza eccezione solo dal 1940, mentre per gli uditori giudiziari dal 1932)²¹. In effetti, il corpo giudiziario non aveva mai contestato il regime nel suo fondamento autoritario, avendo, invece, messo a disposizione del fascismo le proprie competenze tecnico-giuridiche.

Per un paradosso singolare, ma che dipendeva dalle scelte politiche appena illustrate, gli stessi uomini, sopravvissuti al regime e scampati all'epurazione, avrebbero guidato il passaggio della magistratura nella nuova Repubblica. Né si ebbe rinnovamento quanto all'ordinamento giudiziario, che rimase anzi, sia pure con alcune importanti modifiche “chirurgiche” (quindi parziali), quello voluto dal guardasigilli Grandi del 1941. La legge sulle guarentigie di Togliatti del 1946 eliminò – certo – tutte o quasi le disposizioni più repressive dell'ordinamento precedente, ma mantenendo inalterate le norme in materia di carriera, promozioni e modalità di scelta dei responsabili degli uffici: tutti nodi salienti per la vita giudiziaria²². Sopravvissero, inoltre, altri due elementi di continuità ordinamentale: la rigidità della struttura gerarchica, riconfermata dai poteri di sorveglianza attribuiti ai dirigenti degli uffici; e la titolarità dell'azione disciplinare, in capo al guardasigilli (cui era ora affiancato il procuratore generale della Cassazione), mentre il giudizio era affidato

²¹ A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 143-243.

²² R.d.l. 31 maggio 1946, n. 511.

alla Corte disciplinare (già prevista negli ordinamenti precedenti) e ai tribunali disciplinari (che venivano adesso istituiti). Si riconobbe, certo, il principio dell'indipendenza "esterna" di giudici e pubblici ministeri dal potere esecutivo, ma rimase immutata l'organizzazione "interna" della magistratura. Il tema dell'indipendenza "interna", vale a dire «l'autonomia dei singoli giudici dai capi degli uffici», fu per ora accantonato, anche se si trattava di una questione dirimente che avrebbe invece potuto «scalfire l'organizzazione gerarchica degli apparati giudiziari», nonché condurre a una vera democratizzazione della magistratura²³. Forse fu inevitabile in quel momento, ma – com'è noto – il tema sarebbe riemerso nel nuovo testo costituzionale, e ci sarebbero voluti ancora molti anni perché fosse risolto.

Un altro dato significativo fu l'inserimento dei magistrati, in base al grado, nelle commissioni di epurazione delle diverse amministrazioni (al lavoro dall'agosto 1944), così come fu previsto dal decreto del luglio del 1944²⁴: il che creò una sorta di doppio ruolo di difficile interpretazione (sintetizzato nella retorica domanda: "chi epura chi?"), ma che conferì al corpo giudiziario una indubbia centralità²⁵.

Due esempi, in proposito: quelli di Massimo Pilotti, procuratore generale della Corte di cassazione (dal 6 agosto 1944)²⁶ e di Vincenzo De Ficchy, presidente della seconda sezione della stessa Corte. Entrambi presiedettero importanti commissioni. Il primo, quelle del Ministero degli affari esteri, del Consiglio di Stato, della Corte dei conti e dell'Avvocatura erariale; il secondo, quella, cruciale, del dicastero dell'Interno. Il primo sarebbe rimasto negli incarichi solo per pochi mesi (dal settembre al novembre del 1944) perché fu presto accusato da *Il Tempo* di voler «ridurre al minimo l'epurazione» d'accordo

²³ G. Neppi Modona, *Togliatti guardasigilli*, in A. Agosti (a cura di), *Togliatti e la fondazione dello Stato democratico*, Milano, Franco Angeli, 1986, pp. 284-321, pp. 305-306.

²⁴ D.lgs.lgt. 27 luglio 1944, n. 159, Titolo II; modifiche furono apportate dal successivo d.lgs.lt. 11 ottobre 1944, n. 257, recante *Norme per l'acceleramento del giudizio di epurazione e per il collocamento a riposo dei dipendenti civili e militari dello Stato appartenenti ai primi quattro gradi della classificazione del personale statale*.

²⁵ G. Neppi Modona, *La Magistratura dalla Liberazione agli anni Cinquanta. Il difficile cammino verso l'indipendenza*, in F. Barbagallo (a cura di), *Storia dell'Italia repubblicana*, Torino, Einaudi, 1997, vol. 3, t. 2, pp. 83-137, pp. 84-85; G. Focardi, *Le sfumature del nero*, cit., p. 63. Si veda anche M. Cardia, *L'epurazione dei magistrati del Consiglio Superiore della Magistratura alla caduta del fascismo*, in P. Aimo, E. Colombo, F. Ruggie (a cura di), *Autonomia, forme di governo e democrazia nell'età moderna e contemporanea. Scritti in onore di Ettore Rotelli*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2014, pp. 65-78.

²⁶ Cfr. A. Meniconi, *Pilotti, Massimo*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2015, vol. 83, ad vocem https://www.treccani.it/enciclopedia/massimo-pilotti_%28Dizionario-Biografico%29/ [cons. 4 novembre 2020].

con alti diplomatici, a cui era legato da antiche consuetudini (era stato rappresentante italiano del governo fascista alla Società delle nazioni dal 1932)²⁷; il secondo, peraltro, non brillò per entusiasmo e fattività nel delicato compito affidatogli²⁸.

La commissione per i dipendenti del Ministero della giustizia fu invece presieduta dal futuro primo presidente della Corte di cassazione Giuseppe Pagano, rientrato in magistratura nel 1944 – al contrario dei colleghi citati in precedenza – dopo esserne stato allontanato per motivi politici nel 1939²⁹; e fu composta dal consigliere di cassazione Ferrante Ferranti e dall'avvocato Sinibaldo Tino³⁰.

Dalle carte d'archivio emergono due elementi. Il primo è la circostanza che i comportamenti sanzionati fossero (e ciò anche per osservare la lettera della norma), soprattutto, ravvisati negli scritti dei magistrati (gli articoli nelle riviste fasciste o giuridiche o quelli che riproducevano i loro discorsi), piuttosto che nelle loro sentenze o negli atti d'ufficio che essi avessero eventualmente redatto nell'esercizio delle loro funzioni. Il motivo era da individuarsi naturalmente anche nella maggior facilità con cui questo materiale, per così dire pubblicistico, era reperibile (e interpretabile), il che scatenò una vera e propria caccia agli scritti più compromettenti (con relativo tentativo di distruzione delle prove da parte degli interessati)³¹. Ma certamente bisognava anche mettere nel conto la difficoltà intrinseca di entrare nel merito dei singoli processi, ripercorrendone l'iter, in pratica rifacendo il processo. Ciò era impossibile, sia per la vastità del materiale che si sarebbe dovuto scrutinare, sia per la problematicità

²⁷ Archivio storico-diplomatico del Ministero degli affari esteri, Archivio De Gasperi, Epurazione, b. 4.

²⁸ Cfr. G. Tosatti, *Storia del Ministero dell'Interno. Dall'Unità alla regionalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 241-243; M. Franzinelli, *L'Amnistia Togliatti*, cit., pp. 57-61.

²⁹ Giuseppe Pagano fu nominato primo presidente il 5 settembre 1945; sulla sua figura A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, cit., ad indicem.

³⁰ Cfr. G. Melis, *Sinibaldo Tino*, in G. Melis, A. Meniconi (a cura di), *L'élite irpina. Centocinquanta biografie 1861-2016*, Napoli-Avellino, Editoriale scientifica, Centro Guido Dorso, 2019, ad vocem. Membro supplente della commissione fu Arturo Erra, consigliere di cassazione. Cfr. AcS, *Ministero di grazia e giustizia* (d'ora in poi *Min.giust.*), *Direzione generale dell'organizzazione giudiziaria, Epurazione*, b. 5.

³¹ *Per la storia del costume fascista*, in "Il Ponte", n. 10, 1952, 1337 ss., 1344. A riprova di questo atteggiamento, si veda il caso di un magistrato R.T., che, nel dicembre del 1944 fu accusato di aver strappato un lembo di un suo libro, dove aveva fatto considerazioni a favore della "tanto calunniata violenza fascista", temendo l'epurazione (che poi non subì); egli fu poi ammonito per il fatto dalla Suprema corte disciplinare. Cfr. AcS, *Min. giust., Suprema Corte disciplinare, Verbali 1945-1946*, verbale del 19 gennaio 1946.

della valutazione tecnica che una simile operazione avrebbe comportato. Vi si rinunciò dunque. Ma ciò che ne derivò fu il paradosso che il giudizio verté piuttosto su “atti esteriori”, marginali, che non sulla attività professionale in senso proprio³².

Impegnati nel difendere sé stessi dalle accuse che venivano loro mosse, – questo è il secondo punto – i vertici giudiziari rifiutarono ovviamente di aprire i conti con il passato (sia il proprio, sia quello del Paese)³³. Le scelte (le sentenze, o il linguaggio esibito senza pudore in centinaia di occasioni pubbliche) furono giustificate per lo più con lo stato di necessità e accompagnate dalla rivendicazione di una non compromissione diretta con la politica, che se anche spesso era davvero intervenuta, non aveva però impedito che l'amministrazione quotidiana della giustizia si svolgesse nelle linee della dittatura, senza che mai questi giudici ne avessero minimamente contrastato gli equilibri. In realtà – come affermò una delle poche decisioni di dispensa dal servizio della commissione di epurazione del Ministero della giustizia – «non era possibile scindere l'apporto tecnico da quello politico, almeno ad altissimo livello, persino quando si era collaborato all'edificazione delle ‘opere del regime’ in cambio di promozioni non dovute o di altre prebende»³⁴. Ma le centinaia di pagine di memorie difensive, spesso in carta da bollo e redatte da chi senza dubbio conosceva il mestiere dell'argomentare (e, forse, anche il collega che avrebbe letto e valutato quelle autodifese), testimoniano che – per chi vi era coinvolto, in quel dato momento – l'epurazione non costituì una mera farsa, una sorta di messinscena, ma il pericolo concreto di perdere tutto: prestigio, impegno professionale e, in fondo, anche la cosa più concreta, vale a dire lo stipendio. L'edificio della giustizia sembrò insomma – per una breve fase – traballare dal vertice, e ciò spiega il ricorso a testimoni illustri, alle volte anche antifascisti, chiamati a dichiarare l'assoluta estraneità di molti alti magistrati al fascismo³⁵.

Peraltro, nella commissione ministeriale prevalse da subito – come si può intuire – un certo senso di prudenza, anche nei casi di evi-

³² A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 250 ss.

³³ G. Neppi Modona, *La Magistratura dalla Liberazione agli anni Cinquanta*, cit., p. 97.

³⁴ AcS, *Min. giust., Direzione generale dell'organizzazione giudiziaria, Epurazione*, busta 5, fasc. 39.

³⁵ Il presidente di sezione della Corte di cassazione Antonio Azara, ad esempio, portò a sua difesa le lettere di centottanta giuristi stranieri, nonché la testimonianza di Carlo Scialoja, all'epoca ministro per l'Aeronautica, e già “componente del Comitato di liberazione nazionale clandestino”, nonché alla guida de “Il Foro Italiano”. Cfr. AcS, *Min. giust., Direzione generale dell'organizzazione giudiziaria, Epurazione*, b. 2, fasc. 5.

dente compromissione con il governo repubblicano, nei quali la richiesta dell'Alto commissariato di dispensa dal servizio veniva in genere accolta, ma accompagnata dalla concessione "almeno" della pensione³⁶. Per il resto, soprattutto nei confronti degli alti gradi della magistratura, non si può parlare di una severa repressione³⁷. I criteri seguiti dalla commissione tendevano a interpretare le norme restrittivamente (ad esempio scusando anche "l'apologia fascista", quando non ripetuta) o riconoscendo alcune attenuanti (in conformità del resto con gli orientamenti della Commissione centrale per l'epurazione), come il fatto che l'attività sotto la Repubblica sociale si fosse «svolta in un'atmosfera di incertezza, intimidazione e pericoli che attenuavano la responsabilità di quanti non ebbero il coraggio di opporsi alle autorità fasciste»³⁸. Anche in presenza di una partecipazione a organi particolarmente delicati e importanti per l'attuazione delle politiche del regime (come era ad esempio la Commissione per il sequestro dei beni degli ebrei), si preferì prosciogliere il magistrato accusato, pronunciando talora anche parole di apprezzamento per la sua «integrità di vita»³⁹.

In generale i giudici rivendicarono, nelle loro lunghe memorie difensive, la natura tecnica delle funzioni svolte, anche quando ciò aveva comportato il percorrere "a braccetto" con i responsabili politici (in "intimità di lavoro") lunghi tratti della loro vita professionale, e aveva implicato non sottrarsi a nessun compito (anche a quelli non strettamente giuridici). In alcuni casi (essenzialmente per alcuni alti funzionari del Ministero come il capo di gabinetto di Grandi, Dino Mandrioli), la commissione ritenne quasi impossibile tracciare i confini tra expertise giuridica e partecipazione all'attività politica fascista e alla sua realizzazione (come ad esempio nella codificazione civile, magnificata a suo tempo come "opera del Regime", ma al tempo stesso ricca di aspetti tecnici e specialistici) e concluse per la

³⁶ AcS, *Min. giust., Direzione generale dell'organizzazione giudiziaria, Epurazione*, b. 5, fasc. 451.

³⁷ P. Saraceno, *Le epurazioni della magistratura in Italia*, cit., pp. 521 ss.

³⁸ AcS, *Min. giust., Direzione generale dell'organizzazione giudiziaria, Epurazione*, b. 13, fasc. 57.

³⁹ Fu il caso, ad esempio, di Michele Delle Donne, componente appunto della Commissione per il sequestro dei beni degli ebrei (vale a dire l'Egeli) e di quella di disciplina federale dei Pnf dell'Urbe (cui furono assegnati per breve tempo anche i magistrati); il magistrato andò poi in pensione per limiti d'età il 4 ottobre 1945 (cfr. AcS, *Min. giust., Direzione generale dell'organizzazione giudiziaria, Epurazione*, b. 13, fasc. 57); o di Giuseppe Lampis, capo di gabinetto del Tribunale della razza (cfr. G. Focardi, *Le sfumature del nero: sulla defascistizzazione dei magistrati*, cit., 75-76).

semplice dispensa dal servizio⁴⁰. In altri casi, come quello di Adolfo Giaquinto, docente di diritto amministrativo che aveva collaborato alla rivista *Diritto razzista* (e alla redazione della normativa antisemita, nonché del codice civile), si diede luogo senz'altro all'assoluzione, con reintegro nei ruoli della magistratura come presidente di sezione della Corte di cassazione; collocato a riposo nel 1949, Giaquinto sarebbe rimasto nei ruoli fino al 1956 quale presidente della Commissione centrale delle imposte⁴¹.

Come già accennato, alcuni alti magistrati più compromessi di altri preferirono dimettersi per non sottoporsi al giudizio di epurazione⁴², anche se solo pochi alla fine sarebbero stati definitivamente dispensati⁴³.

⁴⁰ Come riconobbe la stessa commissione per i dipendenti del Ministero della giustizia a proposito del capo di Gabinetto Mandrioli in rapporto con Grandi. Cfr. AcS, *Min. giust., Direzione generale dell'organizzazione giudiziaria, Epurazione*, b. 5, fasc. 39.

⁴¹ AcS, *Min. giust., Fascicoli personali magistrati, III versamento*, b. 345, fasc. 65678; ivi, *Direzione generale dell'organizzazione giudiziaria, Epurazione*, b. 6, fasc. 342; A. Meniconi, *Giaquinto, Adolfo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, I, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, Bologna, Il Mulino, vol. I, p. 995; S. Gentile, «*Le mani nella pasta, gli occhi al cielo*» e *la coscienza sporca: la magistratura e le leggi antiebraiche tra fascismo e Repubblica*, in *Lepurazione mancata*, cit. pp. 115-153, p. 126.

⁴² Di 4 tra i 37 primi presidenti e procuratori generali della Cassazione e delle Corti d'appello, come Cosentino e Saltelli, riferisce P. Saraceno, *Le epurazioni della magistratura in Italia*, cit., pp. 519-520 ss. Ci fu anche Leopoldo Conforti, nominato dalla Rsi avvocato generale, dopo la dispensa decisa dalla commissione, chiese e ottenne il collocamento a riposo il 29 gennaio 1945, conservando così il diritto alla pensione; cfr. AcS, *Min. giust., Direzione generale dell'organizzazione giudiziaria, Epurazione*, b. 1, fasc. 17; T. Carnacini, *Ricordo di tre magistrati (Giuseppe Azzariti, Dino Mandrioli, Leopoldo Conforti)*, in «*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*», XVII, 1963, pp. 1275 ss.; F. Cipriani, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e professionisti*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1992, pp. 20 ss. e 30 ss.; M.R. Cardia, *Lepurazione dei magistrati del Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., pp. 75-76; ; T. Rovatti, *Giudici della Rsi nella guerra civile. Tra «scandalosi salvataggi» e «ingiuste persecuzioni»*, in *Lepurazione mancata*, cit. pp. 155-198, *passim*. Si veda anche sul suo ruolo nella commissione che redasse il codice di procedura civile del 1940: G. Melis, A. Meniconi, *Il professore e il ministro: Calamandrei, Grandi il nuovo Codice*, in G. Alpa, S. Calamandrei, F. Marullo di Condojanni (a cura di), *Piero Calamandrei e il nuovo Codice di procedura civile (1940)*, Bologna, Il Mulino, 2018, pp. 125-176, p. 129, anche *passim*.

⁴³ Inizialmente vennero collocati a riposo d'ufficio (con decreti del 29 gennaio 1945) almeno una decina di alti magistrati, di cui alcuni però chiesero e ottennero in seguito la revisione dei procedimenti. Furono collocati a riposo d'ufficio, tra gli altri, il procuratore generale di Messina Luigi Barone, condannato il 26 ottobre 1944 soprattutto per avere ottenuto, grazie ai suoi appoggi politici, la promozione al grado terzo (che non gli sarebbe spettata) e poi collocato a riposo il 29 gennaio del 1945. Cfr. AcS, *Direzione generale dell'organizzazione giudiziaria, Epurazione*, b. 13, fasc.

Sta di fatto – è stato calcolato – che, in definitiva, su un apparato amministrativo di diverse centinaia di migliaia di persone furono epurati tra i 10.000 e i 20.000 impiegati pubblici: troppo pochi, dunque, ma anche in modo poco giusto⁴⁴. Scriveva il 13 febbraio 1945 Gaetano Salvemini all'amico antifascista Ernesto Rossi:

«La situazione in Italia è tale che non si riesce a vedere cosa si possa fare per gettare le basi per una rinascita democratica. L'esercito, la burocrazia, la magistratura tutto è in putrefazione. Come "epurare" se la maggioranza degli epuratori andrebbe epurata?»⁴⁵.

Sono espressioni ricorrenti in quel torno di mesi, insieme a un certo scoramento diffuso in chi conosceva la realtà istituzionale italiana, le sue vischiosità, le sue continuità. Dalle pagine de «Il Ponte» nel novembre dello stesso anno, anche il giurista Arturo Carlo Jemolo si sarebbe domandato, forse alquanto retoricamente, se un'altra scelta sarebbe stata possibile, rispondendosi egli stesso di no: non era pronta in quel momento una nuova classe dirigente in grado di prendere le leve del comando nei gangli essenziali dello Stato (corpi amministrativi e giudiziari, forze armate e università) senza «rischiare di distruggere l'ossatura» di un paese già rovinato dalla guerra⁴⁶.

D'altro canto, non si può però sottacere che, nei mesi intercorsi tra l'inverno del 1943-44 e il 25 aprile del 1945, la lotta contro il nazifascismo aveva visto l'impegno attivo e coraggioso di molti magistrati, sia singolarmente, sia in forma associata. Al Nord e al Centro si erano organizzati numerosi gruppi: da quello piemontese (guidato da Giorgio Agosti, Alessandro e Carlo Galante Garrone), a quello veneto (sotto l'esempio di Giovanni Colli). Nel vivido racconto di Peretti Griva (designato clandestinamente capo della magistratura piemontese dal Cln e punto di riferimento in tutta l'Italia settentrionale) emergono figure esemplari di giudici, che

ad nomen; o Arturo Cantelli, andato a Brescia per ricoprire l'incarico di presidente di sezione, cui fu riconosciuto dalla Commissione centrale il diritto alla pensione di consigliere di cassazione il 31 ottobre del 1945 (cfr. M.R. Cardia, *Lepurazione dei magistrati del Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., pp. 74-75).

⁴⁴ Su tutto cfr. G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana 1861-1993*, Bologna, Il Mulino, 2020², pp. 410-419.

⁴⁵ E. Rossi, G. Salvemini, *Dall'esilio alla Repubblica. Lettere 1944-1957*, a cura di M. Franzinelli, Torino, Einaudi, 2004, p. 56.

⁴⁶ A.C. Jemolo, *Le sanzioni contro il fascismo e la legalità*, in «Il Ponte», I, n. 4, 1945, pp. 277-285 (postilla di P. Calamandrei, *ivi*, pp. 285-286), p. 284.

costruirono la rete della Resistenza in campo giudiziario, concentrata soprattutto a Torino, dove convenivano magistrati da tutto il Nord⁴⁷. Successivamente lo stesso Peretti Griva, dopo la deludente esperienza romana nell'epurazione, sarebbe tornato a Torino e avrebbe ricoperto la carica di primo presidente della Corte d'appello fino al 1952, quando sarebbe stato collocato a riposo⁴⁸.

A Roma si era costituito, in base alle rappresentanze dei partiti, un Cln all'interno della magistratura, quasi una sua "proiezione" come "corpo autonomo" nello stesso Comitato di liberazione nazionale. Ne erano stati attivi componenti: Michele Fragali (futuro giudice costituzionale dal 1960 al 1969), Paolo Silvio Migliori, Nicola Picella (di lì a poco segretario della Presidenza della Repubblica), Salvatore Zingale, Romolo Gabrieli (procuratore nel processo contro i componenti del Tribunale speciale per la difesa dello Stato)⁴⁹, Italo D'Abbiere e Andrea Lugo (nel 1947 consigliere di Stato). Alcuni di loro sarebbero stati uccisi dalla rappresaglia nazifascista, come il giudice Mario Fioretti a Roma⁵⁰. Inoltre, il rifiuto opposto alla richiesta di giuramento di fedeltà alla Rsi fu molto diffuso tra i magistrati, sia al Nord dove fu capitanato ancora una volta da Peretti Griva, sia presso la Corte di cassazione, guidata *ad interim* nel 1944 (per l'assenza del primo presidente Ettore Casati, trasferitosi clandestinamente e divenuto guardasigilli nel Governo Badoglio nel febbraio) dal presidente Salvatore Messina. Proprio per queste ragioni, dopo averlo chiesto ripetutamente ai magistrati nelle diverse sedi, il guardasigilli Piero Pisenti aveva dovuto tacitamente rassegnarsi a rinunciare alla pretesa⁵¹.

⁴⁷ D.R. Peretti Griva, *Esperienze di un giudice*, Torino, Einaudi, 1956, pp. 29 ss.

⁴⁸ F. Campobello (a cura di), *Una spina dorsale. Domenico Riccardo Peretti Griva*, cit.

⁴⁹ L.P. D'Alessandro, *Giustizia fascista. Storia del Tribunale speciale (1926-1943)*, Bologna, Il Mulino, *passim*.

⁵⁰ Consiglio superiore della magistratura, *I magistrati e la lotta di liberazione*, Roma, 1976. Cfr. anche F. Campobello, *L'Associazione nazionale magistrati nel secondo dopoguerra. Profili e protagonisti (1943-1952)*, in *L'epurazione mancata*, cit. pp. 261-308, p. 268-269.

⁵¹ A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, cit., pp. 241-243. Si veda anche S. De Nardi, *La 'resistenza' della (e nella) magistratura ordinaria all'imposizione di giurare fedeltà alla Repubblica sociale italiana*, in F. Cortese (a cura di), *Resistenza e diritto pubblico*, Firenze, University Press, 2016, pp. 47-89 (con la bibliografia).

3. Una giustizia “straordinaria” e i giudici ordinari

Sebbene la macchina della giustizia straordinaria, avviata nel 1944 e conclusasi con l'amnistia e l'indulto “definitivi” del 1953⁵², avesse coinvolto migliaia di imputati e centinaia di magistrati⁵³, di quell'esperienza non rimane molta traccia né nelle memorie dei giudici coinvolti⁵⁴, né, tantomeno, nei loro fascicoli personali. Appare con una certa evidenza – a scorrere proprio i fascicoli personali – che svolgere il ruolo di presidente o di p.m. nelle Corti di assise straordinarie (d'ora in poi Cas) non fosse certo una cosa ambita e non avesse positive conseguenze sulla carriera successiva, visto un certo qual silenzio (sia nei giudizi dei superiori o in altri documenti) o anche apprezzamenti negativi che risultano dalle carte. Dagli studi più recenti, emerge poi come a guidare e a far parte delle Cas fosse un insieme di magistrati in generale poco compromessi con il regime, ma con altrettanto limitati contatti con la Resistenza, a parte alcune eccezioni come per il caso piemontese; erano pochi rispetto al corpo giudiziario (il 10-12 per cento dei circa 4.000 magistrati in servizio)⁵⁵.

Leggendo, ad esempio, il libro *Un magistrato indipendente*, che Mario Berutti (futuro presidente dell'Associazione nazionale dei magistrati dal 1964 al 1966)⁵⁶ scrisse nel 1950, colpisce l'amaro bilancio che il protagonista Mario Ferrari (alias dell'autore) trae dal suo lavoro come pubblico ministero presso la Sezione speciale di Corte d'assise. Ferrari non aveva ottenuto la promozione tanto attesa a sostituto procuratore generale di corte d'appello, in quanto «il suo fascicolo personale gli aveva nuociuto, perché, se le accuse di antifascismo non avevano più alcun peso, gli apprezzamenti ingiusti dei superiori fascisti erano rimasti ed avevano influenzato

⁵² D.p.r. 19 dicembre 1953, n. 922.

⁵³ G. Focardi, *Sotto la toga con la camicia nera? Presidenti ordinari per una giustizia straordinaria*, in C. Nubola, P. Pezzino, T. Rovatti (a cura di), *Giustizia straordinaria tra fascismo e democrazia*, cit., pp. 71-96, p. 72. Si veda anche A. Martini, *Dopo Mussolini. I processi ai fascisti e ai collaborazionisti (1944-1953)*, Roma, Viella, 2019.

⁵⁴ Una, fra poche eccezioni, è l'autobiografia di Giovanni Di Matteo, *Vita a rischio di un magistrato: da piazzale Loreto a via Fani*, Cinisello Balsamo, Edizioni Paoline, 1993; per la sua biografia cfr. C. Venezia, *Giovanni De Matteo*, in *L'élite irpina. Centocinquanta biografie 1861-2016*, cit., ad vocem.

⁵⁵ G. Focardi, *Sotto la toga con la camicia nera?*, cit., p. 72. Si veda anche G. Neppi Modona, *Dopo la Liberazione: i presidenti delle Corti di assise straordinarie di Torino e la continuità dei vertici della magistratura*, in *Lepurazione mancata*, cit. pp. 243-260.

⁵⁶ Sulla figura di Berutti cfr. A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, cit., ad indicem, ed E. Bruti Liberati, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2018, ad indicem.

la decisione della commissione giudicatrice». Insomma, a nulla era valso aver accettato il difficile incarico direttivo presso la Sezione speciale dal quale «tutti gli altri sostituti erano riusciti a farsi dispensare con i pretesti vari»⁵⁷.

Nel luglio del 1944 la c.d. Magna Charta della defascistizzazione (come fu presto definita in senso ironico)⁵⁸, vale a dire il già citato decreto luogotenenziale n. 159 del 29 luglio 1944, era stata emanata dal primo governo Bonomi⁵⁹, configurando quella che si può definire come l'espressione della volontà delle forze più moderate e degli alleati di non fare un «processo al fascismo, alla monarchia e alla borghesia conservatrice» (come invece richiesto dai socialisti in particolare), ma di disporre una soluzione normativa istituzionale unitaria dei quattro rami della defascistizzazione («delitti fascisti», «epurazione dell'amministrazione», avocazione dei «profitti di regime» e liquidazione degli stessi)⁶⁰. Non stupisce – anche alla luce di queste motivazioni – la scelta di affidare alla magistratura un ruolo essenziale. Al pari di tutta la legislazione del periodo si trattò, però, di un provvedimento redatto assai male, con «formule infelicissime»⁶¹ in cui si intrecciavano molteplici riferimenti normativi da applicare o di cui tener conto (ad es. il codice penale del 1889 non più in vigore, il codice penale militare di guerra e il codice di procedura penale del 1930 per il rito sommario). Il testo – frutto di una situazione anche in continua evoluzione dal punto di vista anche bellico – avrebbe avuto bisogno, in seguito, di numerose integrazioni e aggiornamenti tali da richiedere l'emanazione di circa quaranta decreti in un anno⁶².

Nello stesso decreto fu prevista l'istituzione dell'Alta corte di giustizia per le sanzioni contro il fascismo (d'ora in poi Acgsf) per processare i gerarchi fascisti, secondo una scelta definita quando il conflitto bellico era ancora in corso e forse si riteneva ancora di poter circoscrivere la giustizia straordinaria ai pochi responsabili politici e materiali della «catastrofe» del conflitto mondiale e della guerra civile, mentre agli altri sarebbe stata applicata la giustizia ordinaria.

⁵⁷ M. Berutti, *Un magistrato indipendente e altri racconti di vita e costumi giudiziari contemporanei*, Milano, Gastaldi, 1950, pp. 77 e ss.

⁵⁸ H. Woller, *I conti con il fascismo*, cit.

⁵⁹ Dal 18 giugno al 2 dicembre 1944.

⁶⁰ M. Giannetto, *Defascistizzazione: legislazione e prassi della liquidazione del sistema fascista e dei suoi responsabili (1943-1945)*, in «Ventunesimo Secolo», 2, n. 4, 2003, pp. 53-90, p. 61.

⁶¹ P. Calamandrei, *Postilla*, in «Il Ponte», I, n. 4, 1945, pp. 285-286, 285.

⁶² M. Giannetto, *Defascistizzazione*, cit., p.62.

Da qui la collocazione simbolica della sede in una Roma liberata da poco (4 giugno 1944) e il fatto che le sentenze non fossero ricorribili in Cassazione⁶³ (un organo simile con lo stesso nome e le stesse funzioni fu istituito anche in Francia)⁶⁴.

L'Agsf, che iniziò i suoi lavori il 20 settembre, era composta di «un presidente e di otto membri, nominati dal Consiglio dei Ministri fra alti magistrati, in servizio o a riposo, e fra altre personalità di rettitudine intemerata», mentre l'alto commissario per le sanzioni contro il fascismo svolgeva le funzioni di pubblico ministero⁶⁵. Come presidente fu scelto (in sostituzione di Casati, gravemente malato), Lorenzo Maroni, un consigliere della Corte di cassazione non esattamente al di sopra di ogni sospetto, anzi di trascorsi fascisti fino al 1943: durante un'udienza gli fu rimproverato da un imputato di «avere indossato durante il ventennio la camicia nera sotto la toga»⁶⁶.

Nel novembre 1945⁶⁷, al termine della sua opera, Maroni avrebbe riferito sull'azione dell'Agsf in una relazione al presidente Parri: su 31 imputati giudicati in pubblico dibattimento erano stati condannati 27 (di cui 14 alla pena di morte e assolti 4; dei 68 imputati giudicati in camera di consiglio, condannati 4 e assolti 64 (di cui 23 morti per cause naturali). Quindi, si era avuto un totale di 31 condannati e di 69 assolti (sul totale di 99 giudicati in 16 processi, che si erano tenuti secondo le regole dell'istruzione sommaria), ma l'alto numero dei latitanti riduceva di fatto la portata delle pene. Data la complessità delle «questioni d'indole giuridica, politica e anche militare» che l'organo si era trovato ad affrontare, tutto si era svolto – assicurò l'alto magistrato – «nel massimo ordine e senza incidenti di rilievo, nonostante la gravità delle imputazioni, la vivacità delle discussioni ed il loro riverbero nell'opinione pubblica»⁶⁸. Di fatto, sull'operato

⁶³ D.l.lgt. 13 settembre 1944, n. 198.

⁶⁴ V. Galimi, *Circulation of models od Epuration after the Second World War*, cit., p. 205.

⁶⁵ D.lgs.lgt. 27 luglio 1944, n. 159.

⁶⁶ M. Dondi, *La lunga liberazione. Giustizia e violenza nel dopoguerra italiano*, Roma, Editori Riuniti, 2004, p. 44.

⁶⁷ D.l.lgt. 5 ottobre 1945, n. 625.

⁶⁸ L. Maroni, *Relazione sul lavoro giudiziario dell'Alta Corte di giustizia presentata dal Presidente dell'Alta Corte alla Presidenza e al Ministro di grazia e giustizia*, in «Rivista penale», LXXI, 1947, pp. 294-298, p. 297. In realtà durante il primo processo svoltosi davanti all'Alta corte, quello all'ex questore Pietro Caruso per l'eccidio delle Fosse ardeatine (avvenuto il 24 marzo 1944), il 18 settembre 1944 la folla inferocita aveva linciato il direttore del carcere di Regina Coeli Donato Carretta. Il processo si era poi concluso con la condanna a morte (ed eseguita) di Caruso si sarebbero svolte sotto un controllo più stretto in un'aula a Palazzo Corsini (attuale sede dell'Accademia dei

dell'Acgsf appare più efficace il giudizio tagliente del giovane Gianini: «avevano fatto un incrociatore per pescare sardine e tonni»⁶⁹. In parte la valutazione era dovuta al fatto che erano state processate in quella sede solo le secondo linee del fascismo, mentre montava nel Paese la sfiducia nella giustizia “legale”, come avrebbe dimostrato anche l'uccisione di Mussolini e degli ultimi gerarchi il 28 aprile 1945. Tra l'altro, nel 1945 buona parte degli imputati e alti gerarchi del regime si erano resi latitanti (come Giuseppe Bottai e Dino Grandi) e la scelta di abolire l'organo derivò anche dal giudizio pressoché unanime sulla sua inefficienza⁷⁰.

Intanto, al Nord, ancora a guerra civile in corso, il già ricordato Peretti Griva aveva ammonito, in una circolare del 15 agosto 1944 diretta ai capi degli uffici indicati al pari di lui segretamente, come fosse necessario che «il popolo senta fin dalle prime ore, che la giustizia è presente, che i membri dell'ordine giudiziario sono rimasti in mezzo a lui, ai loro posti, e che l'opera di rivendicazione delle vittime innocenti e di punizione dei colpevoli è già in corso». Non solo: l'intervento dei magistrati resistenti si era incentrato «sulla composizione e il funzionamento degli organi giudiziari destinati ad applicare le sanzioni penali per i reati di collaborazionismo». Sulla formazione di questi tribunali Peretti Griva aveva avanzato una proposta che prevedeva corti di assise ordinarie con giurati popolari antifascisti e sentenze non appellabili, tentando di contemperare «principio di legalità e di continuità dell'ordinamento giuridico» con un certo realismo. Inoltre, veniva tenuto “integro” il più possibile il principio delle garanzie processuali e della irretroattività della legge penale, considerando possibile punire «i traditori della Patria attraverso lo stesso Codice penale fascista»⁷¹. In questa visione più garantista (ma ferma) lo stesso magistrato si era scontrato con il Cln Piemonte, schierato nettamente per una «giustizia politica», per i «tribunali del popolo», che operarono in alcune zone del Paese all'indomani della liberazione, in un «lunguissimo 25 aprile» (giorno appunto della Liberazione dal nazifascismo)⁷². Grazie alla considerazione di cui

Lincei). Si veda, tra l'altro, G. Ranzato, *Il linciaggio di Carretta. Roma 1944. Violenza politica e ordinaria violenza*, Milano, Il Saggiatore, 1997.

⁶⁹ Cit. da M. Giannetto, *Defascistizzazione*, cit., p. 79.

⁷⁰ M. Dondi, *La lunga liberazione*, cit., pp. 32-33

⁷¹ D.R. Peretti Griva, *Esperienze di un magistrato* cit., pp. 35 ss.

⁷² T. Rovatti, *Tra giustizia legale e giustizia sommaria: forme di punizione del nemico nell'Italia del dopoguerra*, in G. Focardi, C. Nubola (a cura di), *Nei Tribunali*, cit.,

godeva lo stesso Peretti Griva nella fila partigiane, si era raggiunto, infine, un compromesso il 6 aprile del 1945, con l'inserimento della nomina dei presidenti delle Corti straordinarie d'assise attribuita al primo presidente di Corte d'appello⁷³.

Nel frattempo, fu però emanato in tutta fretta il decreto luogotenenziale 22 aprile 1945, n 142, in gestazione da lungo tempo e influenzato, ancora una volta, dal coevo modello francese delle *Courts de Justice*⁷⁴. Il provvedimento istituì le Cas, presiedute da un magistrato non inferiore al grado di consigliere di corte d'appello (V grado), e formate da quattro giurati estratti a sorte tra 100 nominati dal Cln e poi ridotti a 50 dopo la selezione del presidente del tribunale, e con la presenza di un pubblico ministero appartenente ai ruoli della magistratura e designato dalla procura generale della corte d'appello o di un avvocato di «ineccepibile» fede antifascista designato dal Cln⁷⁵. Nel nuovo quadro normativo il peso dei magistrati ordinari divenne ancora più centrale. La loro importanza venne rafforzata ancor di più dall'introduzione della ricorribilità (non prevista nel progetto del Cln) davanti a una Sezione speciale provvisoria della Corte di cassazione istituita a Milano. Ciò contribuì a riportare i processi nell'alveo della giustizia, se non proprio ordinaria, almeno non di eccezione o politica *tout court* rispetto ai «tribunali del popolo».

Il provvedimento non poté che affidare alla componente togata delle Cas (ovviamente) anche il compito "tecnico" di redigere le sentenze. Accadde, perciò, che talvolta, nella prassi, i magistrati si contrapponevano alla volontà espressa dai giudici popolari, sfruttando la propria *expertise* giuridica e professionale. Tra l'altro, – fu denunciato già nel 1947 da Giuliano Vassalli – capitava che non solo non si correggessero errori formali, ma si scrivessero sentenze che per la loro natura sarebbero state senz'altro annullate dalla Corte

pp. 15-49, p. 16; G. Filippetta, *L'estate che imparammo a sparare. Storia partigiana della Costituzione*, Milano, Feltrinelli, 2018, p. 143.

⁷³ Su tutto cfr. G. Neppi Modona, *Il magistrato "cospirante" negli anni della Resistenza*, in F. Campobello (a cura di), *Una spina dorsale. Domenico Riccardo Peretti Griva*, cit., pp. 55-71.

⁷⁴ V. Galimi, *Circulation of models od Epuraton after the Second World War*, cit. p. 205.

⁷⁵ G. Neppi Modona, *Togliatti Guardasigilli*, cit.; T. Rovatti, *Tra giustizia legale e giustizia sommaria*, cit. p. 21; C. Nubola, *Governare la transizione attraverso la giustizia*, in G. Bernardini et al. (a cura di), *Letà costituente. Italia 1945-1948*, Bologna, Il Mulino, 2017, pp. 28-51.

di cassazione (c.d. sentenze suicide, fenomeno già presente anche in passato)⁷⁶.

Ciononostante, il ruolo delle Cas non deve essere sottovalutato. Tra il maggio e il giugno del '45 le province del Nord in cui furono istituite le Corti furono tra le 50 e le 100, e fino al dicembre 1947 (termine entro il quale vennero esauriti gli ultimi procedimenti), il numero dei processi per «collaborazionismo col tedesco invasore» furono quantificabili tra le 15.000 e le 20.000 unità. Più precisamente, secondo il guardasigilli Togliatti, al novembre 1945 i procedimenti (esauriti e pendenti) avrebbero riguardato 21.454 imputati, di cui 5.928 condannati per collaborazionismo; la cifra delle condanne alla pena di morte oscillerebbe tra le 259 pene capitali (stime del Ministero della giustizia del 1952) e le 500 e le 550 (secondo studi più recenti), mentre le condanne eseguite risulterebbero 91⁷⁷. Ancora, ricerche più recenti, che hanno anche interrogato la Banca dati elaborata dall'Istituto nazionale Ferruccio Parri (ancora in corso di completamento) sull'attività delle Cas⁷⁸, sono giunte alla conclusione che nel Nord Italia siano state circa cinquemila le persone sottoposte a processo sempre fino all'ottobre 1945, data in cui questi organi furono sostituiti dalle Sezioni speciali presso le Corti d'assise⁷⁹.

Rispetto ai tribunali del popolo o ai tribunali partigiani – istituzioni che comunque funzionarono per un periodo limitato –, le Cas rappresentarono senz'altro la prima risposta legale e istituzionale della giustizia contro i crimini perpetrati dai fascisti durante il conflitto, differenziandosi nettamente dalla giustizia politica e, in modo esplicito, dal fascista Tribunale speciale per la difesa dello Stato⁸⁰. Non si trattò dunque di un giudice “speciale” anche nel senso tecnico del termine, ma di organi «speciali della giurisdizione ordinaria: giudici specializzati, ma non speciali», come più tardi avrebbe confermato la Corte di cassazione⁸¹.

⁷⁶ G. Vassalli, *Ancora sentenze suicide*, in «La Giustizia penale», parte III, 1947, col. 345.

⁷⁷ H. Woller, *I conti con il fascismo*, cit., p. 434; M. Dondi, *La lunga liberazione*, cit., p. 48.

⁷⁸ <http://www.straginzifasciste.it/cas/> [cons. 6 novembre 2020]. Cfr. A. Martini, *Dopo Mussolini*, cit., pp. 216-217.

⁷⁹ D.l.lgt. 5 ottobre 1945, n. 625.

⁸⁰ M. Dondi, *La lunga liberazione*, cit., pp. 33-39; T. Rovatti, *Tra giustizia legale e giustizia sommaria*, cit., p. 33.

⁸¹ M. Franzinelli, *L'Amnistia Togliatti*, cit., p. 19.

Peraltro, i processi si svolsero – com'è evidente – tra difficoltà immaginabili, materiali e operative, legate al funzionamento della macchina giudiziaria nei territori appena liberati, e in presenza di istruttorie affrettate o archiviazioni infondate⁸². Il tutto avveniva in un clima ancora infiammato dalla conflittualità e nei territori che erano stati poco prima teatro della guerra civile: una «quotidianità della violenza», che si riverberava inevitabilmente nelle aule dei processi, davanti alle stesse Corti in cui si riviveva, in modo quasi catartico, attraverso il racconto delle vittime e dei testimoni, la tragicità di eventi molto vicini nel tempo. Un'atmosfera satura di violenza e di dolore accompagnava i dibattimenti e, a volte, sfociava nei linciaggi. In effetti, in quei mesi, in tutta Italia la «mappa dei linciaggi (o dei tentativi di linciaggio)» si sovrappose «largamente ai territori del dolore» dell'occupazione nazifascista: il loro stesso svolgersi rimandava drammaticamente a quegli eccidi⁸³. Nel Paese (ma si trattò di un fenomeno anche europeo) tutto il 1945 e in parte il 1946 sarebbero stati segnati dal ricorso alla giustizia sommaria con uccisione di fascisti o di persone ritenute responsabili di crimini contro le popolazioni o i partigiani, che erano sfuggiti alla giustizia «legale»⁸⁴.

La scelta dell'istituzione delle Cas (e, prima, dell'Acgsf), sia pure tecnicamente imperfetta dal punto di vista normativo, può quindi essere spiegata con le rudi (ma significative) parole di Togliatti: «La collera del popolo bisogna prenderla così come essa è; non bisogna provocarla; bisogna, con opera rapida, ed energica di giustizia, impedire che essa scoppi. Ecco quello che bisogna fare»⁸⁵.

D'altro canto, la varietà di norme da applicare, di comportamenti adottati, di soggetti presenti sul territorio (si pensi anche ai tribunali degli Alleati, a quelli militari nel Centro-Sud e a quelli ordinari, ivi comprese le corti d'assise) rende difficile riferirsi a un unico modello di Cas, a un'amministrazione della giustizia omogenea sul territorio nazionale⁸⁶. Si può però individuare una tendenza nell'agire di

⁸² C. Nubola, *Governare la transizione attraverso la giustizia*, cit.

⁸³ G. Crainz, *Il dolore e la collera: quella lontana Italia del 1945*, in «Meridiana», 22-23, 1995, pp. 249-273.

⁸⁴ C. Nubola, *Governare la transizione attraverso la giustizia*, cit., pp. 33 ss.

⁸⁵ P. Togliatti, *Avanti verso la democrazia! Discorso al congresso della Federazione romana del Pci 24 settembre 1944*, in P. Togliatti, *La politica di Salerno aprile-giugno 1944*, Roma, Editori Riuniti, 1969, p. 96.

⁸⁶ G. Focardi, *Corti d'assise straordinarie: nuove prospettive di ricerca. Nota introduttiva*, in I. Bolzon, F. Verardo (a cura di), *Cercare giustizia*, cit., pp. 89-93, p. 91.

queste corti⁸⁷. Ebbene, vi fu sicuramente una prima fase di grande corrispondenza delle sentenze alla “volontà” popolare, cui anche i giudici si adeguarono perché ne condividevano l'intento riparativo (non solo punitivo) o per la pressione che la popolazione esercitava durante le udienze. In questa fase si presentò concretamente talvolta il rischio di ingiustizie. D'altronde, accadeva anche che nelle aule di giustizia andassero in scene delle vere e proprie «lezioni di storia patria»⁸⁸ con un evidente valore pedagogico⁸⁹, con le udienze trasmesse dagli altoparlanti, in alcuni casi, addirittura nelle piazze gremite. Tuttavia, appare evidente che l'affidamento dei processi a delle Corti sparse in tutte le province non permise un netto e univoco riconoscimento di colpa dei vertici dello Stato nei riguardi dei crimini perpetrati durante il ventennio fascista e la Seconda guerra mondiale, sul modello del processo di Norimberga ai gerarchi nazisti⁹⁰. È stato, però, recentemente notato, come, in molti casi, le sentenze pronunciaronero di fatto una condanna “politica” della Rsi; condanna che emergeva dalle valutazioni sugli imputati e sul periodo storico, dalle argomentazioni e dal linguaggio utilizzati dai giudici all'interno dei dispositivi, aldilà degli esiti di condanna o assoluzione definiti⁹¹.

Una seconda fase si aprì di lì a poco, man mano che la giurisdizione dello Stato italiano venne reinstaurata nei territori liberati (anche se si dovette attendere il 1° gennaio 1946 per completare il processo al Nord). Soprattutto in sede di revisione delle sentenze l'orientamento della magistratura inclinò per un'applicazione più moderata delle nuove norme assai presto, richiedendosi per l'incriminazione condizioni assai difficili da dimostrare (come il nesso causale tra comportamenti del singolo e mantenimento al potere del regime, ad esempio)⁹². Ciò avvenne malgrado le circolari dei

⁸⁷ <http://www.straginazifasciste.it/cas/>.

⁸⁸ H. Woller, *I conti con il fascismo*, cit., p. 421.

⁸⁹ F. Colao, *I processi a Rodolfo Graziani. Un modello italiano di giustizia di transizione dalla Liberazione all'anno Santo*, in G. Focardi, C. Nubola (a cura di), *Nei tribunali*, cit., pp. 169-220, p. 174.

⁹⁰ T. Rovatti, *Tra giustizia legale e giustizia sommaria*, cit. Cfr. M. Battini, *Peccati di memoria. La mancata Norimberga italiana*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

⁹¹ L.P. D'Alessandro, *Per uno studio delle sentenze della Corte d'assise straordinaria di Milano. Il giudizio sulla Repubblica sociale italiana e sulla sua classe dirigente*, in C. Nubola, P. Pezzino, T. Rovatti (a cura di), *Giustizia straordinaria tra fascismo e democrazia*, cit., pp. 31-56, p. 56.

⁹² A. Battaglia, *I giudici e la politica*. Bari, Laterza, 1962, p. 79.

diversi ministri della Giustizia (Tupini e Togliatti) ingiungessero di applicare la legislazione contro il fascismo «con celerità e rigore». In un messaggio di saluto al corpo giudiziario il 30 giugno 1945, lo stesso guardasigilli comunista, appena entrato in carica, si premurò di affidare ai magistrati italiani il compito di «dare fiducia al paese» e di fargli «compiere un enorme passo in avanti sulla via della riabilitazione e del ritorno a un ordine democratico»⁹³. Non solo: nello stesso torno di tempo (il 30 giugno 1945, ad es.) vi furono riunioni a Milano tra l'Autorità alleata, i presidenti delle Corti d'appello del Nord e i rappresentanti del Ministero proprio per imprimere una direzione il più possibile unitaria ed efficace all'azione delle singole Cas. Dalla documentazione d'archivio risalta, peraltro, l'intensa attività ministeriale volta ad assicurare le condizioni minime per il funzionamento degli organi straordinari, anche nella delicata fase di passaggio dalle Cas alle Sezioni speciali presso le Corti d'assise nell'ottobre 1945 (ben 24 sul territorio nazionale e rimaste attive fino al 31 dicembre 1947)⁹⁴. Un altro dato testimonia l'ampiezza del lavoro di queste Corti: dal 1° gennaio 1946 al 31 luglio 1947, su 37.800 denunce era stata esaurita l'istruttoria di 37.335 e si erano svolto 8.800 processi in udienza⁹⁵.

Per quanto riguarda la Corte di cassazione occorre operare un distinguo, al punto che si potrebbe quasi parlare di “due” Cassazioni che si occuparono entrambe della materia, ovviamente in fasi diverse. La prima, la Sezione speciale provvisoria della Corte di cassazione di Milano, fu costituita *ad hoc* dopo la guerra e iniziò a lavorare il 13 giugno 1945, concludendo la sua attività il 12 novembre dello stesso anno, dopo aver emesso 441 sentenze su un totale di 1681 ricorsi⁹⁶. La seconda Corte “romana” fu investita dei giudizi a partire dal novembre del 1945, quando la sezione milanese fu soppressa⁹⁷. Secondo l'opinione di Togliatti espressa in Assemblea costituente, la Sezione di Milano aveva adempiuto «brillantemente» al proprio compito, mentre nella capitale si sarebbe evidenziato come «l'animo del giudice non [fosse] più a contatto con l'animo del popolo, da cui

⁹³ Togliatti *saluta la Magistratura italiana e invoca il ritorno ad un ordine democratico*, in «L'Unità democratica», 1° luglio 1945, 1.

⁹⁴ AcS, *Min.giust.*, *Gabinetto*, b. 9. Si veda G. Neppi Modona, *Togliatti Guardasigilli*, cit., p. 299.

⁹⁵ M. Bracci, *Come nacque l'amnistia*, in «Il Ponte», 11-12, pp. 1090-1107, p. 1106.

⁹⁶ M. Pilotti, *La Giustizia e la Ricostruzione nazionale (Discorso per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1946)*, in “Rivista penale”, pp. 1-32, p. 3.

⁹⁷ D.l.lgt. 5 ottobre 1945, n. 625.

erano sorti giudizi che si trattava di rivedere»⁹⁸. All'opposto, l'Anm giudicò positivamente il trasferimento dei processi contro i collaborazionisti a Roma: finalmente vi sarebbe stato «un ambiente sereno», dove i magistrati «intendevano far giustizia al di sopra delle passioni e dei risentimenti di parte», dichiarò un magistrato che aveva fatto, peraltro, parte del c.d. Tribunale della razza⁹⁹.

A Milano, la Sezione fu composta, tra gli altri, da magistrati espulsi nel 1926 dal corpo giudiziario ad opera della dittatura, come Vincenzo Chieppa e Giuseppe Badia (appena reimmessi in ruolo)¹⁰⁰ e nettamente antifascisti, come Mario Dalla Mura¹⁰¹. Nei ricorsi sottoposti all'organo furono annullate molte sentenze delle Cas quando la «componente ambientale emotiva (per la pressione popolare e per la vicinanza degli elementi giudicati) aveva precluso le garanzie di difesa e determinato la condanna capitale», e, in alcuni casi, le cause vennero rinviate a Corti diverse da quelle che avevano emesso il giudizio di primo grado¹⁰². In generale – è stato sottolineato – come la Sezione supervisionasse attentamente «l'andamento dei lavori delle Assise straordinarie e a limitarne gli eccessi, pur non sconfessandone *in toto* i pronunciamenti»¹⁰³.

Nel novembre del 1945, lo si è visto, i processi pendenti a quella data furono dunque trasferiti alla Cassazione a Roma e assegnati alla II Sezione penale presieduta dal già ricordato Vincenzo De Ficchy. Allora 1240 giudizi più altri 375 giudizi nel frattempo iniziati furono assegnati alla Corte¹⁰⁴. Ben presto si innalzò un'unità di indirizzo della Sezione, che iniziò ad annullare le sentenze delle Cas con ar-

⁹⁸ Assemblea costituente, Atti, seduta del 27 novembre 1947, p. 2581.

⁹⁹ Petraccone Giovanni, *Difesa della Cassazione unica*, in *La Magistratura*, n. 5-6, maggio-giugno 1946.

¹⁰⁰ A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, cit., ad indicem.

¹⁰¹ M. Pivetti, *Magistrati, questori, prefetti e ministro durante il fascismo (Storia sconosciuta di Mario Dalla Mura, magistrato indipendente)*, in «*Questione giustizia*», 5, 2001, pp. 957-969.

¹⁰² M. Franzinelli, *L'Amnistia Togliatti*, cit., p. 30.

¹⁰³ A. Martini, *Dopo Mussolini*, cit., p. 220. Sull'orientamento giurisprudenziale della Sezione milanese nelle sue motivazioni cfr. R. Bianchi Riva, in «*Per superiori ragioni di giustizia e pubblico interesse. Legislazione eccezionale e principi liberali dal fascismo alla Repubblica*», in F. Colao, L. Lacchè, C. Storti (a cura di), *Giustizia penale e politica in Italia tra Otto e Novecento. Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto*, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 155-179, pp. 162 ss.

¹⁰⁴ M. Pilotti, *La Giustizia e la Ricostruzione nazionale*, cit. pp. 3-4.

dite motivazioni, finendo poi per prosciogliere persino i giudici del Tribunale speciale per la difesa dello Stato¹⁰⁵.

In alcuni casi, si giunse a una vera e propria «contronarrazione del passato»¹⁰⁶. Così la II Sezione della Cassazione nell'aprile del 1947, confermando l'assoluzione stabilita dalla Sezione speciale della Corte d'assise di Bergamo nel luglio 1946, giunse a descrivere il guardasigilli della Rsi, Pisenti, che aveva certamente collaborato con i nazisti, «né come un fascista, né come un antifascista, bensì come un semplice patriota». In quel processo emblematico (ma anche in altri), giocò un ruolo probabilmente la volontà della magistratura di assolvere sé stessa insieme al suo guardasigilli, celebrando un passaggio indolore dal fascismo alla democrazia¹⁰⁷.

Un altro segnale di questa tendenza si rileva, tra l'altro, nel riconoscimento da parte delle Sezioni unite della Corte della possibilità di ricorso contro le sentenze dell'Acgsf¹⁰⁸, quando invece, stando alle norme, ciò non era previsto; la ricorribilità sarebbe stata introdotta solo in seguito, da un decreto del maggio 1947¹⁰⁹. La cosa appare ancora più strana (e grave) se si considera che in questo caso il mutamento di indirizzo della Corte riguardò un'identica sentenza dell'Acgsf, vale a dire quella per l'omicidio dei fratelli Rosselli contro Anfuso e altri¹¹⁰, in violazione del principio della *res giudicata* e, in definitiva, con il risultato di un nuovo processo "ordinario" a Perugia, che assolse gli imputati¹¹¹. Il procuratore generale Pilotti avrebbe giustificato il cambiamento significativo, sostenendo che dava «la

¹⁰⁵ G. Vassalli *La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza della Sezione speciale della Cassazione*, in «La Giustizia penale», 1945, I, parte II, coll. 1-15; G. Scarpari, *Obiettivo. I magistrati, il fascismo, la guerra*, in «Questione giustizia», 2008, 2, pp. 71-118, p. 116.

¹⁰⁶ H. Woller, *I conti con il fascismo*, cit.

¹⁰⁷ G. Scarpari, *RSI: processo al Ministro della giustizia*, in «Il Ponte», 11, 2005, pp. 96-124; A. Meniconi, *La «maschia avvocatura». Istituzioni e professione forense in epoca fascista (1922-1943)*, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 310-312; A. Grilli, *Una legalità impossibile. RSI, giustizia e guerra civile (1943-1945)*, Roma, Carocci, 2018.

¹⁰⁸ M. Pilotti, *La Giustizia e la Ricostruzione nazionale*, cit. pp. 17 ss.

¹⁰⁹ P. Barile, *La magistratura si ribella alle leggi?*, in «Il Ponte», 11-12, 1947, pp. 1067-1074, pp. 1072-1073.

¹¹⁰ Sezioni unite penali. 1944-1946. Sentenza 22 giugno 1946, Pres. De Ficchy P., Est. Giocoli, P. M. Battaglini (concl. conf.); ricc. Anfuso, Navale, Angioi (Avv. D'Amico, Jacobelli), in «Il Foro Italiano», 1946, II, cc. 129-132.

¹¹¹ D.I.Cps. 17 maggio 1947, n. 494. A. Battaglia, *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, in *Dieci anni dopo 1945-55. Saggi sulla vita democratica italiana*, Bari, Laterza, 1955, pp. 317-407, p. 355; R. Canosa, *La magistratura dal 1945 a oggi*, Bologna, Il Mulino, 1974, p. 160.

prova della sensibilità alle ragioni eterne della giustizia sostanziale, che la Corte Suprema» portava «nell'adempimento del suo compito di interprete della norma scritta»¹¹².

Il discorso è ovviamente complesso poiché l'indirizzo della Corte non fu sempre uniforme, ma variegato com'era la casistica che le si presentò¹¹³. Leggendo le sentenze e i commenti dell'epoca, apparsi sulle riviste non solo giuridiche, colpisce comunque la rilevanza politica e generale della giurisprudenza nel difficile periodo che l'Italia stava affrontando, nonché il compito gravoso che la magistratura si assunse nel "traghetamento" verso la democrazia.

Ben si può affermare che la «macchina imperfetta» delle sanzioni contro il fascismo fu messa a dura prova dalla giurisprudenza e non ne uscì benissimo¹¹⁴.

4. *Amnistia Togliatti e la Corte di cassazione*

Fin dalla sua emanazione, il 22 giugno 1946, l'amnistia Togliatti¹¹⁵ è stata oggetto di giudizi tra loro contrastanti: secondo alcuni, un «colpo di spugna», che andava a cancellare ingiustamente le responsabilità dei fascisti anche ai più alti livelli¹¹⁶; secondo altri, un inevitabile risultato della pacificazione voluta da tutte le forze politiche all'indomani della proclamazione della nuova, giovane, Repubblica¹¹⁷.

A quarant'anni dall'emanazione del provvedimento, nel 1986, Guido Neppi Modona rilevò come, nell'idea del leader comunista, fosse molto chiara la necessità di escludere dall'amnistia i reati fascisti compiuti da «persone rivestite di elevate funzioni di direzione civile o politica o di comando miliare», nonché i casi in cui fossero commessi «fatti di strage, sevizie particolarmente efferate, omicidio o saccheggio, ovvero i delitti» fossero eseguiti «a scopo di lucro». Ma proprio la pericolosità delle definizioni spesso ambigue contenute nel testo fu sottovalutata – su ciò concordano anche le testimonianze dei

¹¹² M. Pilotti, *La Giustizia e la Ricostruzione nazionale*, cit. pp. 19.

¹¹³ Su un aspetto specifico della giurisprudenza delle "due" Cassazioni cfr. R. Bianchi Riva, "Una saggia politica criminale". I "ragazzi di Salò" nella giurisprudenza della corte di cassazione, in «Italian Review of Legal History», n. 4, 2019, pp. 384-436.

¹¹⁴ Il riferimento è a G. Melis, *La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2018.

¹¹⁵ D. pres. 22 giugno 1946, n. 4.

¹¹⁶ M. Franzinelli, *L'Amnistia Togliatti*, cit.

¹¹⁷ Inserisce l'amnistia in un quadro transnazionale P. Caroli, *Il potere di non punire*, cit.

collaboratori di Togliatti, che Neppi Modona raccolse – dal ministro della Giustizia comunista, mosso anche dal timore che si potessero limitare altrimenti gli ampi benefici previsti per gli ex partigiani¹¹⁸. Peraltro, almeno per quanto riguardava l’inserimento dell’avverbio «particolarmente» (riferito alle sevizie), aggiunto in Consiglio dei ministri dai rappresentanti dei partiti moderati, lo stesso guardasigilli era stato messo in guardia dai rischi interpretativi dai magistrati giovani della sua segreteria particolare e dal ministro azionista e futuro giudice costituzionale Mario Bracci (e anche i ministri socialisti avevano espresso le loro perplessità)¹¹⁹. Si ritennero “dettagli”, ma che poi risultarono determinanti per la concreta applicazione della misura di clemenza.

Solo nei primi quattro giorni di applicazione (25-28 giugno 1946) la Corte d’assise di Roma scarcerò 89 fascisti accusati di collaborazionismo o di «atti rilevanti» (per l’instaurazione e il mantenimento al potere del regime fascista, art. 3 del decreto n. 159 del 1944)¹²⁰. Ai primi di luglio, subissato da notizie allarmate che provenivano dal partito sulle «scarcerazioni dei criminali fascisti», Togliatti emise una circolare “telegrafica” indirizzata ai capi delle Corti d’appello. In quel testo conciso, il guardasigilli precisò che l’amnistia doveva essere applicata «secondo spirito legislatore che volle continuasse azione punitiva» (come precisato nella relazione illustrativa) e «ordinò» che in caso di dubbio ci si orientasse per la «presunzione collaborazionismo» prevista dal decreto n. 142 del 22 aprile 1945¹²¹.

Ma fu del tutto inutile. L’applicazione dell’amnistia fu estesa a tal punto da esentare anche i responsabili alla guida della Rsi, nonostante la norma disponesse espressamente il contrario¹²². Il provvedimento venne, infatti, applicato ai responsabili del reato di «atti rilevanti», non ritenendosi che fossero «elevanti funzioni di direzione» quelle svolte da personaggi di rilievo nella Rsi, come direttori di grandi giornali politici, a sottosegretari e ministri, e ai presidenti dei tribunali straordinari, che avevano represso l’attività partigiana

¹¹⁸ G. Neppi Modona, *Togliatti guardasigilli*, cit., p. 308.

¹¹⁹ M. Bracci, *Come nacque l’amnistia*, cit., p. 1102; D. Lajolo, *Ventiquattro anni. Storia spregiudicata di un uomo fortunato*, Milano, Rizzoli, 1981, p. 52; G. Neppi Modona, *Togliatti guardasigilli*, cit., p. 308; A. Agosti, *Togliatti. Un uomo di frontiera*, Torino, Utet, 2003, p. 311.

¹²⁰ M. Franzinelli, *L’Amnistia Togliatti*, cit., p. 49.

¹²¹ G. Neppi Modona, *La Magistratura dalla Liberazione agli anni Cinquanta*, cit., p. 103.

¹²² A. Battaglia, *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, cit., p. 339.

concretamente, al di fuori delle regole previste dal codice penale militare di guerra, spesso con procedimenti sommari¹²³. Vale la pena di ricordare che proprio l'incriminazione per «atti rilevanti» non era stata ben vista da molti giuristi, avendo – essi sostenevano – un carattere retroattivo¹²⁴.

In una delle prime sentenze post-amnistia, il 13 luglio 1946, la II Sezione della Corte presieduta da De Ficchy (che fu anche il relatore) dispiegò tutta la propria dottrina per applicare il provvedimento a Vito Mussolini, per molto tempo direttore del *Popolo d'Italia* (condannato per «atti rilevanti» dalla Cas di Milano). Nella decisione si sostenne che, poiché non si potevano compiere «atti rilevanti» senza avere un ruolo di direzione, l'amnistia non si sarebbe dovuta applicare a nessuno¹²⁵. Ciò non era possibile e quindi l'amnistia si doveva attribuire a tutti, e quindi anche all'imputato¹²⁶. Ma, ci si potrebbe domandare, non contava nulla l'intenzione del legislatore evidentemente in contrasto con l'interpretazione?¹²⁷.

La Corte svolse dunque in quei mesi una funzione decisiva, indirizzando la giurisdizione verso un “perdono” pressoché generale e aprendo la via a una giurisprudenza “pietistica” anche nell'applicazione delle sanzioni contro il fascismo, per cui vennero assolti uomini con responsabilità gravissime, che vi si sottrassero sostenendo di aver fatto «doppio gioco», ovvero di aver tenuto nascosta la propria ostilità «interiore» al nazismo, durante la loro «collaborazione con il tedesco invasore»¹²⁸.

Ancora, l'atteggiamento della II Sezione, inizialmente forse giustificato per temperare i giudizi troppo duri pronunciati nell'immediato dalle Cas, prese nel tempo (e assai presto) una piega molto decisa e sempre più a favore degli imputati. Ciò avvenne – lo sottolinearono da subito in molti osservatori – in materia di condono ai latitanti, di confisca dei beni, di impugnabilità delle sentenze (come si è visto) e della discussa definizione della nozione di sevizie «particolarmente» efferate (quasi mai riconosciute tali da escludere l'amnistia)¹²⁹.

¹²³ Z. Algardi, *Processi ai fascisti*, Firenze, Parenti, 1958, p. 19.

¹²⁴ A. Battaglia, *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, cit., p. 339.

¹²⁵ M. Pilotti, *La Giustizia e la Ricostruzione nazionale*, cit., pp. 22-23.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ R. Canosa, *La magistratura dal 1945 a oggi*, cit., p. 141.

¹²⁸ Z. Algardi, *Processi ai fascisti*, cit., pp. 21-22; C. Galante Garrone, *Guerra di liberazione (dalle galere)*, in «Il Ponte», 11-12, 1947, pp. 1041-1066.

¹²⁹ A. Battaglia, *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, cit., p. 347.

L'indirizzo "estensivo" della Suprema corte ottenne un duplice effetto: non solo di annullare gran parte delle pene già comminate, ma di sancire il non luogo a procedere per molte cause non ancora dibattute, con la conseguenza di un immediato rilascio per un ampio numero di imputati detenuti per espiare la pena o in attesa di giudizio. L'applicazione dell'amnistia implicava, inoltre, la concessione di sconti di pena i quali, grazie al loro accumulo, permettevano di giungere in breve tempo alla scarcerazione, oppure, ancora, alla possibilità di chiedere la grazia o la liberazione condizionale (avendo scontato almeno due terzi della pena)¹³⁰.

In sostanza, dalla giurisprudenza della magistratura, sotto la guida autorevole della II Sezione, emersero due tendenze: la larga estensione del provvedimento di clemenza ai gerarchi e collaborazionisti e, al contrario, la scarsa attuazione nei confronti dei partigiani, chiamati addirittura a rispondere davanti al giudice civile degli atti compiuti durante la lotta armata¹³¹.

Occorre aggiungere: l'organo supremo aveva ricevuto in questo senso un ampio potere discrezionale da chi aveva redatto (in modo così impreciso) il testo legislativo.

Da parte di alcuni, come il giurista antifascista Piero Calamandrei, a giustificare almeno in parte gli orientamenti giurisprudenziali letti «con amarezza e rammarico», infatti, si additava ancora come responsabile (come era stato già sottolineato nel 1945) la «superlativa imperizia tecnica» dei «legislatori usciti dalla lotta clandestina»¹³². Accusa respinta al mittente da Togliatti che, invece, chiamò sul banco degli imputati (solo in senso metaforico s'intende) la magistratura conservatrice e le sue radici reazionarie, precisando più volte quali fossero gli esatti confini del provvedimento di clemenza¹³³. A parte le polemiche, dovute anche a motivi politici (si era in piena discussione alla Costituente e nel maggio del 1947 le sinistre sarebbero state escluse dal governo), emergeva, più in generale, l'incapacità della nuova classe dirigente di fare i conti con la complessità del legiferare

¹³⁰ C. Nubola, *Governare la transizione attraverso la giustizia*, cit., pp. 46-47.

¹³¹ D.L. Bianco, *Partigiani e C.L.N. davanti ai tribunali civili*, in «Il Ponte», 11-12, 1947, pp. 1033-1040, p. 1033.

¹³² P. Calamandrei, *Restaurazione clandestina*, in «Il Ponte», 11-12, pp. 959-968, p. 967.

¹³³ P. Togliatti, *È possibile un giudizio equanime sull'opera di Alcide De Gasperi?*, in «Rinascita», 1955-1956, ora in M. Ciliberto, G. Vacca (a cura di), *P. Togliatti, La politica nel pensiero e nell'azione*, Milano, Bompiani, 2014, pp. 1312-1389, p. 1342; M. Franzinelli, *L'Amnistia Togliatti*, cit., pp. 330-335.

e dell'amministrare in un dopoguerra in cui si andava ormai esaurendo la spinta unitaria antifascista. È stato recentemente affermato come sia errato «collegare l'impunità direttamente ed esclusivamente alle disposizioni contenute nell'amnistia Togliatti», ma che sarebbe più giusto riconoscere che si trattò di una combinazione tra un «intervento normativo con le sue imperfezioni tecniche» (e tutte le responsabilità che vi si possono attribuire) e l'apporto negativo di una magistratura non epurata¹³⁴.

In ogni caso, le aspre critiche per il comportamento dei giudici insorte nel Paese (in centinaia di lettere private e pubbliche di protesta e manifestazioni di dissenso) trovarono subito un'eco anche all'Assemblea costituente. In quella sede, il 22 luglio del 1946, il ministro comunista Fausto Gullo (subentrato a Togliatti nel II Governo De Gasperi) rispose a una specifica interrogazione di Sandro Pertini (come del resto Parri, contrario *tout court* all'amnistia) nel più classico stile dei suoi predecessori liberali: di avere già «provveduto» con circolare ai procuratori generali, chiedendo loro di procedere ad applicare l'amnistia ai partigiani in misura maggiore di quanto non fosse sino ad allora accaduto e che avrebbe personalmente vigilato affinché non si estendesse troppo l'esenzione per i reati compiuti dai fascisti. Pertini avrebbe obiettato che, per indirizzare l'azione della magistratura in un regime democratico, esisteva soltanto uno strumento da utilizzare al posto del vecchio armamentario delle circolari: una norma interpretativa a carattere legislativo (approvata dal governo che aveva al tempo questa facoltà) di cui la giurisprudenza dovesse per forza tener conto¹³⁵.

Del resto, anche in occasioni pubbliche, come l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1947 presso la Corte di cassazione, l'alta magistratura manifestò quasi platealmente – come fece in modo eclatante nelle parole e nei gesti del procuratore generale Pilotti – la propria distanza dalla nuova Repubblica, quasi a voler cancellare l'avvenuto cambiamento istituzionale (e morale)¹³⁶.

Alla data del 31 luglio 1946 gli amnistiati erano stati 219.481, di

¹³⁴ P. Caroli, *Il potere di non punire*, cit., p. 104.

¹³⁵ Atti Assemblea Costituente, *Discussioni*, seduta del 22 luglio 1946, 207 ss.

¹³⁶ La vicenda si concluse con la rimozione ma la contestuale “promozione” di Pilotti a presidente del Tribunale delle acque; egli fu poi il primo presidente, rappresentante dell'Italia, della Corte di giustizia della Comunità del carbone e dell'acciaio (Ceca), nominato dal governo De Gasperi nel 1952, restando in carica fino al 1958. A. Meniconi, *Pilotti, Massimo*, cit. Si veda sul discorso di Pilotti, L. Bianchi D'Espinosa, *Il «caso Pilotti»*, in «Il Ponte», 11-12, 1947, pp. 1108-1111.

cui i “politici” 10.040 (153 partigiani, 7.106 fascisti, 802 vari)¹³⁷. Non erano molti, secondo alcuni, ma erano destinati a crescere¹³⁸. Inoltre, a partire dall'estate del 1946 e ancora di più nel 1947 e negli anni successivi, il ritorno dei colpevoli generò ulteriore violenza e dolore tra la popolazione nei luoghi dove si erano svolte le tragiche vicende di cui essi si erano resi protagonisti. In questo modo il traguardo di una pacificazione sembrò allontanarsi anziché farsi più vicino, come era stato negli intenti dell'amnistia Togliatti e di quelle che l'avrebbero seguita¹³⁹.

5. *Epilogo*

Dopo il 1946 il dibattito continuò accesamente, specie in occasione dell'applicazione dell'amnistia nei confronti di alcune famigerate figure. A suscitare più scandalo nell'opinione pubblica furono, tra gli altri, i provvedimenti di clemenza a favore di componenti delle bande di torturatori, come la famosa Koch; o il condono nel 1949 per Junio Valerio Borghese, capo della famigerata X^a Mas (una delle divisioni militari “indipendenti” dedicate alla repressione antipartigiana nella Rsi), condannato a due ergastoli per diversi eccidi, ma rimesso in libertà dalla “benevola” Corte d'assise di Roma (il principe sarebbe stato poi autore di un fallito tentativo di colpo di Stato nel 1970)¹⁴⁰; o il “lungo” processo a Rodolfo Graziani, nominato maresciallo d'Italia nel 1937, per essere stato lo spietato autore di massacri nei confronti delle popolazioni civili in Libia e in Etiopia, nonché poi ministro della Guerra della Rsi e in quelle vesti responsabile anche delle fucilazioni di partigiani e “renitenti” alla leva repubblicana: il Tribunale militare di Roma lo avrebbe condannato a diciannove anni di reclusione, applicando però uno sconto di tredici anni e otto mesi per le attenuanti. Il maresciallo tornò in libertà il 29 agosto del 1950¹⁴¹. La sentenza, poi confermata dal Tribunale supremo militare nel 1951, avrebbe decretato «la verità ufficiale della Repubblica italiana»¹⁴². Si trattò in qualche modo – anche per il rilievo che ebbe nella propaganda del rinascente neofascismo – di

¹³⁷ M. Bracci, *Come nacque l'amnistia*, cit., pp. 1103-1104.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ M. Franzinelli, *L'Amnistia Togliatti*, cit., *passim*.

¹⁴⁰ G. Crainz, *Il Paese mancato*, Roma, Donzelli, 2003, pp. 372 ss.

¹⁴¹ F. Colao, *I processi a Rodolfo Graziani*, cit.

¹⁴² *Ivi*, p. 217.

una vicenda simbolica di tutto l'andamento a ritroso della giustizia di transizione: dalla condanna a morte, non eseguita, da parte del Clnai al riconoscimento di aver agito per «motivi di particolare valore morale e sociale» (motivazione della concessione delle attenuanti) nella sentenza redatta dal Tribunale militare romano.

Ovviamente, tutto ciò si intrecciava con l'inasprimento dello scontro politico (nelle piazze e in Parlamento) tra il governo, ormai a maggioranza democristiana, e le sinistre, nel clima della guerra fredda. Come fu evidente nell'aspro confronto sulle responsabilità dell'amnistia avvenuto tra Togliatti e Mario Scelba, potente ministro democristiano dell'Interno, nel febbraio 1949 dopo, appunto, il processo Borghese¹⁴³.

Nel frattempo (e per tutti gli anni Cinquanta), molte Procure della Repubblica riesumarono processi archiviati nel 1945 o 1946 o revocarono sentenze istruttorie che avevano prosciolto partigiani (tra gli altri, gli autori dell'attentato contro i nazisti a via Rasella a Roma)¹⁴⁴. D'altronde, già a suo tempo l'indirizzo delle Procure aveva preoccupato Togliatti ministro, che aveva indirizzato più di una circolare ai vertici giudiziari e predisposto un'apposita amnistia per fermare la repressione giudiziaria antipartigiana¹⁴⁵. Ma, nonostante questo, il «processo alla resistenza», che avrebbe segnato il dopoguerra italiano, era inesorabilmente iniziato e sarebbe continuato per qualche anno¹⁴⁶.

Nel 1952, dal bilancio tracciato dal ministro della Giustizia (il democristiano ed ex partigiano Adone Zoli)¹⁴⁷, risultò che, dopo numerosi ulteriori provvedimenti di clemenza (anche individuali), i condannati per collaborazionismo ancora detenuti erano 266, mentre i condannati ancora latitanti risultavano 334. Rispetto al totale dei condannati (5.928) appena il 4,4 per cento. Tutto (o quasi)¹⁴⁸

¹⁴³ Z. Algardi, *Processi ai fascisti*, cit., p. 183; M. Franzinelli, *L'Amnistia Togliatti*, cit., pp. 330-335.

¹⁴⁴ G. Bocca, *Palmiro Togliatti*, Roma-Bari, Laterza, 1973, p. 459; C. Nubola, *Governare la transizione attraverso la giustizia*, cit., p. 28.

¹⁴⁵ AcS, *Min. giust., Gabinetto*, b. 9. Cfr. G. Neppi Modona, *Togliatti guardasigilli*, cit., p. 299.

¹⁴⁶ AcS, *Min. giust., Gabinetto*, b. 44. Si veda G. Neppi Modona, *Il problema della continuità dell'amministrazione della giustizia dopo la caduta del fascismo*, in L. Bernardi, G. Neppi Modona, S. Testori (a cura di), *Giustizia penale e guerra di liberazione*, Milano, Franco Angeli, 1984, pp. 11-40, p. 28.

¹⁴⁷ M. Franzinelli, *L'Amnistia Togliatti*, cit., p. 266

¹⁴⁸ Sarebbero seguiti, peraltro, ulteriori provvedimenti, cfr. P. Caroli, *Il potere di non punire*, cit. p. 57.

si sarebbe concluso nel 1953, quando il ministro della Giustizia, il magistrato Antonio Azara, avrebbe varato un provvedimento di indulto e amnistia con l'intento di «chiudere il ciclo fin troppo lungo di una lotta politica assai aspra e drammatica, cancellando i residui della dura guerra civile e dare così inizio ad una nuova era di solidarietà nazionale»¹⁴⁹.

I dati del 1952, insieme alla vicenda più generale, hanno indotto la storiografia italiana (e non solo) a sostenere la tesi del “fallimento” della giustizia di transizione, ovvero la sconfitta della resa dei conti con il passato regime fascista, che avrebbe ipotecato il futuro della nascente Repubblica. In verità è interessante notare come, nelle ricerche più recenti prevalga oggi quella visione minoritaria, che, inascoltata allora dalle forze più influenti (e più popolari) sulla scena politica, sosteneva all'epoca il prevedibile insuccesso di quelle norme nella loro attuazione pratica, anche e specialmente per come erano state configurate.

Sono significative a questo riguardo, le parole di allora di Peretti Griva, secondo il quale «lo spirito di pacificazione non dovrebbe andare oltre certi limiti, a pena di determinare un effetto nettamente contrario allo scopo dello spirito stesso, e di fallire, di fronte alla storia, al compito educativo della giustizia»¹⁵⁰.

Si potrebbe sostenere che il giudizio della storia oggi abbia sancito una sorta di rivincita morale di quelle istanze allora minoritarie.

Ma, a distanza di più di settant'anni, sorge anche la domanda legittima se veramente questo fallimento ci fu, se la “giustizia legale” fu davvero così inefficiente e se la mancata riconciliazione nel Paese (che sarebbe durata per molto tempo) fu colpa delle scelte effettuate dalla classe dirigente italiana tra il 1943 e il 1946.

In Italia – è stato sostenuto – si assistette a una combinazione diacronica di modelli: da un primo modello (attuato con il d.lgs. lgt. n. 159 del 1944) di stampo prettamente penale, con poco spazio alla prospettiva del perdono e della riconciliazione, si passò, dapprima con lo strumento della interpretazione giurisdizionale, poi con l'intervento normativo, ad attenuare la spinta punitiva puntando sulla pacificazione sociale e civile¹⁵¹. In ciò giocò sicuramente un ruolo il

¹⁴⁹ Sono le parole del relatore Colitto cit. da P. Caroli, *Il potere di non punire*, cit., pp. 56-57. Su Azara cfr. *L'epurazione mancata*, cit., *passim*.

¹⁵⁰ D.R. Peretti Griva, *Il fallimento dell'epurazione*, in «Il Ponte», 11-12, 1947, pp. 1075-1081, p. 1080.

¹⁵¹ G. Fornasari, R. Wenin, *La giustizia di transizione*, in R. Wenin, G. Fornasari,

mutamento di prospettive politiche nazionali e, soprattutto, internazionali al termine della Seconda guerra mondiale. Ma ebbe un peso altrettanto significativo l'azione della magistratura, cui fu affidato, forse inevitabilmente ma certo addossandole un peso sproporzionato alle sue forze e alla sua cultura professionale, il giudizio sulle responsabilità del passato regime, del coinvolgimento nella guerra e sui crimini commessi dalla Rsi. Si decise fin da subito di non risolvere i «conti con il passato»¹⁵² con gli strumenti della giustizia sommaria, anche se, a lungo, qualcuno ritenne che sarebbe stato meglio non trasferire sul «piano delle responsabilità penali le maggiori responsabilità politiche del fascismo». Da questo punto di vista era lecito sostenere (come si sostenne) che il risultato di quell'originaria scelta fosse alla fine quello di ottenere «una legalità incerta e una giustizia falsificata» ostacolando quel «moto di rinnovamento dello Stato» che era insito nella Resistenza¹⁵³. Ma, contro questa tesi, Calamandrei rilevò a caldo come, in ogni caso, la «macchina» delle sanzioni evitasse la violazione del «principio essenziale, indispensabile alla civile convivenza, che vieta ai singoli di farsi giustizia da sé»¹⁵⁴.

È pur vero che l'andamento della giurisprudenza delle corti si adattò ai cambiamenti politici intervenuti durante il periodo di transizione. Del resto, i giudici italiani erano sempre stati sensibili al potere politico, dotati di antenne in grado di captare i più lievi cambiamenti del vento e adeguarvisi in tempi rapidi, nonostante alti magistrati professassero, ancora negli anni Settanta, la presunta «asetticità» del giudice¹⁵⁵. Così le leggi contro il fascismo furono da loro applicate con il massimo del rigore quando la forza politica dell'antifascismo era al suo massimo, per poi essere “interpretate alla rovescia”, ovvero

E. Fronza (a cura di), *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta*, Trento, Università di Trento, Collana dei Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, 15, 2015, pp. 47-64, pp. 52-53. Per un quadro comparativo dei diversi modelli ed esperienze di giustizia di transizione cfr. *Comparing Transitions to Democracy*, cit.

¹⁵² J. Elster, *Chiudere i conti*, cit.

¹⁵³ A. Battaglia, *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, cit., p. 339.

¹⁵⁴ P. Calamandrei, *Postilla*, cit., p. 285.

¹⁵⁵ Ci si riferisce a un articolo di Alessandro Galante Garrone di critica al discorso di inaugurazione pronunciato dall'allora procuratore generale della Corte di cassazione, Giovanni Colli, il quale asseriva appunto la necessità della “distanza” del giudice dalla politica, ma che, in realtà, criticava, secondo Galante Garrone, l'impegno per l'affermazione dei valori della Costituzione da parte dei giovani giudici. A. Galante Garrone, *Lettera aperta al P.G. Colli. I magistrati e la politica*, in «La Stampa», 6 gennaio 1975, p. 1.

“con il massimo dell’indulgenza, allorché essa andò declinando”¹⁵⁶. Ed è vero, inoltre, che – come scrisse Mario Bracci nel 1947 – da questi orientamenti appariva una “malcelata antipatia” per il mondo “nuovo”, che emergeva forse “in modo scomposto”, ma che voleva far rinascere il Paese dalle sue rovine. Soprattutto l’alta magistratura sembrò quasi praticare una sorta di “isolamento” dalla turbolenta realtà nelle mura ben custodite del diritto e della tradizione contro una presunta rivoluzione¹⁵⁷. Ben si poteva affermare nel 1955 che la politica delle sanzioni contro il fascismo fosse stata un fallimento, impantanatosi tra amnistie, condoni, revisioni, revocazioni, sentenze “suicide”, addirittura con la violazione del giudicato. Una giustizia inadeguata, i cui responsabili si potevano rinvenire in un legislatore frettoloso e nelle resistenze opposte dal corpo giudiziario¹⁵⁸.

Anche se si guarda alla giustizia dell’epoca oggi, con la distanza degli anni che sono trascorsi, e un giudizio che non può non farsi storico, non si può non condividere quella valutazione, pur inserendola in un quadro per forza di cose complesso, come dimostrano anche i nuovi studi sulle carte delle Cas (e non solo).

Innanzitutto, occorre distinguere tra una prima fase, che fu – pur tra mille difficoltà non solo logistiche – gestita dalle Cas e dalla Sezione della Cassazione di Milano applicando severamente le norme sanzionatorie, e una seconda fase, in mano soprattutto alla II Sezione della Corte a Roma (e ai tribunali militari, come si è visto), che vide invece – nella maggior parte dei casi – il prevalere di un’interpretazione eccessivamente favorevole agli esponenti del passato regime, o, addirittura, della Repubblica sociale.

Tra gli elementi positivi si può annoverare il fatto che si trattò di una giustizia amministrata per lo più da giudici italiani (e non degli Alleati come in Germania), con il giusto peso della giuria popolare reintrodotta dopo il fascismo, praticata in modo pubblico (e con la partecipazione emotiva e civile della popolazione), ma il potere che la classe politica delegò – con la redazione di norme mal congegnate e da interpretare largamente – alla magistratura fu senz’altro eccessivo.

In effetti, proprio l’esercizio di quel potere – nei modi che si è cercato di illustrare – da parte di un corpo giudiziario (per lo più) di stampo autoritario avrebbe reso il passaggio dal fascismo alla democrazia ancora più tormentato e difficile.

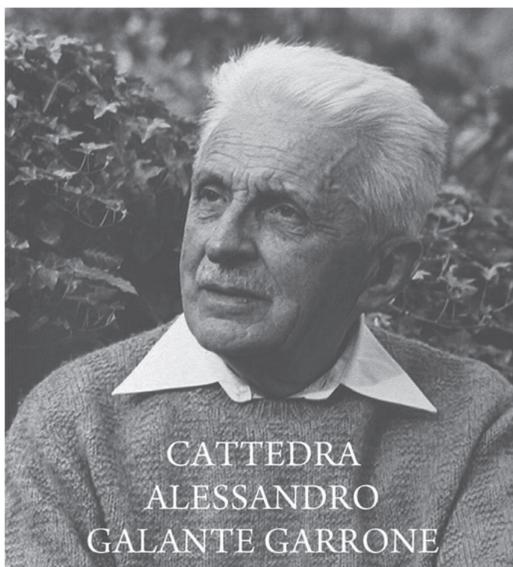
¹⁵⁶ A. Battaglia, *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, cit., p. 351.

¹⁵⁷ M. Bracci, *Come nacque l’amnistia*, cit., p. 1107.

¹⁵⁸ A. Battaglia, *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, cit., p. 356.

Università degli Studi del Piemonte Orientale
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA E
SCIENZE POLITICHE, ECONOMICHE E SOCIALI

Anno accademico 2019 – 2020



Il Corso

ETTORE DEZZA

*Paradigmi della giustizia penale:
la prospettiva storica*

4 marzo – 8 aprile 2020

Palazzo Borsalino
Via Cavour, 84 – Alessandria

«Est haec rerum criminalium materia longe omnium quae in foro versantur pulcherrima. Nulla enim adeo frequens, nulla huic utilitate aut gravitate comparari potest, cum hic non de tritico aut oleo legato, sed de hominum fortunis, existimatione ac capite agatur, quibus rebus nihil est in orbe terrarum pretiosius».

(G. Claro, *Receptarum Sententiarum Liber Quintus*)

«La storia del ‘penale’ può essere pensata come la storia di una lunga fuoriuscita dalla vendetta»

(M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*)

Ettore Dezza insegna Storia del diritto italiano e Storia delle codificazioni all’Università di Pavia. È autore di numerose pubblicazioni, tra cui si segnalano: *Il Codice di Procedura Penale del Regno Italico (1807)*, Padova 1983; *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, Milano 1989; *Tommaso Nani e la dottrina dell’indizio nell’Età dei Lumi*, Milano 1992; *Breve storia del processo penale inglese*, Torino 2009; *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia 2013; *Geschichte des Strafprozessrechts in der Frühen Neuzeit. Eine Einführung*, Berlin-Heidelberg 2017. Dal 2008 al 2018 è stato preside della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Pavia.

L'abolizione della pena di morte. Cronache di un'avventura illuminista (1764-1797)

Ettore Dezza

1. Alle origini della modernità penale: il *Dei delitti e delle pene*. – 2. I tre argomenti abolizionisti di Beccaria. – 3. Le prime violente contestazioni e l'avvio del dibattito sulla pena di morte. – 4. La riflessione dei giuristi post-beccariani. – 5. I Lumi antiabolizionisti: Gaetano Filangieri. – 6. La prima effimera vittoria dell'abolizionismo: la *Leopoldina*. – 7. Alla ricerca della *recta ratio*. – 8. Tommaso Nani e il nuovo argomento abolizionista: l'irreparabilità della pena di morte. – 9. Le ultime battaglie dell'abolizionismo illuminista.

1. *Alle origini della modernità penale: il Dei delitti e delle pene*

Publicato anonimo a Livorno nel 1764, il trattatello *Dei delitti e delle pene* coglie e manifesta con perfetto tempismo la ormai conseguita maturità del problema penale all'interno della cultura giusfilosofica europea. Nei suoi brevi e nervosi paragrafi Cesare Beccaria, prendendo come punti di riferimento le idee dell'utilitarismo e i principi della legalità penale e dell'umanitarismo proporzionalista, getta le basi di un dibattito ancora attuale sul diritto di punire e nel contempo fonda le concezioni liberali e garantiste della modernità penale¹. Come ancor oggi universalmente riconosciuto, la pagina più famosa del *Dei delitti e delle pene* è peraltro quella nella quale viene sviluppata «la prima, puntuale e autorevole critica alla pena di morte, di cui si auspicava espressamente l'abolizione»². A dire il vero, opinioni contrarie alla pena capitale erano state saltuarial-

¹ M.N. Mileti, *Beccaria e la fondazione della scienza penale. Origine settecentesca di un equivoco*, in «Criminalia. Annuario di scienze penalistiche», 2013, pp. 179-201; B.E. Harcourt, «*Dei delitti e delle pene*» di Beccaria: uno strumento di riflessione sulla storia delle fondamenta del diritto penale moderno, ivi, pp. 149-177. Cfr. inoltre L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Roma-Bari, Laterza, 2018¹¹, pp. 382-387, 393 e note corrispondenti.

² F.E. Zimring, *The Contradictions of American Capital Punishments*, Oxford, Oxford University Press, 2003, tr. it. *La pena di morte. Le contraddizioni del sistema penale americano*, Bologna, il Mulino, 2009, pp. 42-43.

mente manifestate fin dall'età postmedievale in circoscritti ambiti prevalentemente teologici e filosofici, ma in quei casi le esternazioni abolizioniste – se così si possono definire – avevano avuto scarsa risonanza e non avevano comunque prodotto alcun effetto concreto³. Gli stessi ispiratori del pensiero beccariano avevano assunto, pochi anni prima della pubblicazione del *Dei delitti e delle pene*, posizioni sfavorevoli alla totale eliminazione della pena capitale, pur lamentando l'eccessivo e arbitrario rigore dei vigenti ordinamenti penali. Montesquieu nell'*Esprit des lois* del 1748 aveva affermato che un cittadino merita la morte – definita «une espèce de talion» – quando «il a violé la sûreté au point qu'il a ôté la vie ou entrepris de l'ôter»⁴. Rousseau nel *Contrat social* del 1762 aveva a sua volta ammesso in parecchi casi il ricorso alla pena capitale, ad esempio nei confronti degli assassini o di chi avesse infranto il patto sociale e fosse divenuto *nemico pubblico* in quanto ribelle e traditore della patria⁵.

Resta il fatto che intorno al 1760 i tempi, come accennato, sembrano ormai maturi per un salto di qualità, per così dire, anche in tema di pena di morte. Sul finire di quell'anno il giurista e funzionario fiorentino Giuseppe Pelli elabora (senza completarla) una dissertazione – destinata a restare inedita per oltre 250 anni – nella quale si contesta la legittimità della pena capitale con motivazioni umanitarie e contrattualiste che sembrano anticipare quelle beccariane⁶, mentre

³ Cfr. I. Mereu, *La morte come pena* (1982), Roma, Donzelli, 2007³, pp. 65-74, 84-87, 93-95; R. Zaller, *The Debate on Capital Punishment During the English Revolution*, in «American Journal of Legal History», 31, 2, 1987, pp. 126-144; E. Cantarella, *Il ritorno della vendetta. Pena di morte: giustizia o assassinio?*, Milano, Rizzoli, 2007, pp. 45-48.

⁴ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (Genève 1748), XII, 4, éd. Derathé, Paris, Garnier, 1973, I, p. 205. Cfr., in argomento: M. Porret, *Beccaria. Le droit de punir*, Paris, Michalon, 2003, tr. it. *Beccaria*, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 80-81; D. Ippolito, *Giusnaturalismo e pena di morte nell'Esprit des lois*, in «Beccaria. Revue d'histoire du droit de punir», 2, 2016, pp. 117-138; T. Gazzolo, *Montesquieu e la pena di morte*, in «Diacronia. Rivista di storia della filosofia del diritto», 1, 2019, pp. 191-214.

⁵ M. Porret, *Beccaria*, cit., p. 81; D. Ippolito, *Contratto sociale e pena capitale. Beccaria vs. Rousseau*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 91, 2014, 4, pp. 589-620; Ph. Audegean, *La philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, Vrin, 2011, tr. it. *Cesare Beccaria, filosofo europeo*, Roma, Carocci, 2014, pp. 119-120.

⁶ G. Pelli, *Contro la pena di morte* (1760-1761), a cura di Ph. Audegean, Padova, Cleup, 2014. Sull'annosa questione se anche il giurista e letterato palermitano Tommaso Natale sia da annoverare tra gli immediati anticipatori dell'abolizionismo beccariano con le *Riflessioni politiche intorno all'efficacia e necessità delle pene dalle leggi minacciate*, Palermo, Bentivenga, 1772 (opera composta, a detta dell'autore, nel 1759), rinviamo da ultimo a R. Alibrandi, *La «merveilleuse oppression» de la peine. Tommaso Natale, précurseur de Beccaria ou épigone de Leibniz?*, in Ph. Audegean et al. (eds.), *Le bonheur du plus grand nombre. Beccaria et les Lumières*, Lyon, Ens Éditions, 2017, pp. 243-254.

nel 1765 un indiscusso protagonista dell'illuminismo penale, Joseph von Sonnenfels, fa sentire da Vienna la sua voce, negando che la pena capitale risponda agli specifici scopi preventivi che devono essere attribuiti alle pene⁷.

È peraltro solo grazie alla pubblicazione del trattatello beccariano che l'istanza abolizionista penetra in modo compiuto e definitivo nel dibattito culturale e, cosa ancor più rilevante, entra a far parte pressoché stabilmente dell'agenda del legislatore come ipotesi plausibile. A due secoli e mezzo di distanza, in effetti, la questione della pena di morte resta ancora drammaticamente attuale quando si consideri che non solo numerosi regimi totalitari e repressivi ma anche alcuni ordinamenti di lunga e consolidata tradizione democratica e garantista tuttora prevedono largamente o quantomeno consentono il ricorso alla pena capitale.

Conviene dunque assumere come punto di partenza della presente esposizione le argomentazioni sulle quali Beccaria fonda la proposta abolizionista⁸.

Cfr. inoltre V. Tolasi, *Natale, Giovanni Tommaso*, in I. Birocchi et al. (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, Bologna, Il Mulino, 2013, vol. II, pp. 1410-1411.

⁷ J. von Sonnenfels, *Sätze aus der Polizey Handlungs- und Finanz-Wissenschaft*, I, Wien, von Trattner, 1765, pp. 307-308. Cfr.: W. Ogris, *Joseph von Sonnenfels und die Entwicklung des österreichischen Strafrechts*, in L. Berlinguer, F. Colao (a cura di), *Illuminismo e dottrine penali*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 459-482, in part. pp. 477-478; M.A. Cattaneo, *Beccaria e Sonnenfels. L'abolizione della tortura nell'età teresiana*, in A. De Maddalena, E. Rotelli, G. Barbarisi (a cura di), *Economia, istituzioni, cultura in Lombardia nell'età di Maria Teresa*, II, Bologna, il Mulino, 1982, pp. 143-155, ora in Id., *Illuminismo e legislazione penale. Saggi sulla filosofia del diritto penale nella Germania del Settecento*, Milano, Led, 1993, pp. 63-76, in part. p. 65.

⁸ Su tali argomentazioni esiste una più che cospicua letteratura, nel cui ambito ci limitiamo a segnalare nella presente occasione i seguenti contributi: A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, II, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 210-215; L. Garlati, *Utilità, esemplarità, certezza della pena. Il pensiero di Beccaria tra mito e realtà*, in «Archivio Storico Lombardo», 140, 2014, pp. 47-74, in part. pp. 64-73; G. Francioni, «*Ius*» e «*potestas*». *Beccaria e la pena di morte*, in «Beccaria. Revue d'histoire du droit de punir», 2, 2016, pp. 13-49; Id., *Beccaria, philosophe utilitariste*, in Ph. Audegean et al. (eds.), *Le bonheur du plus grand nombre*, cit., pp. 23-44, in part. pp. 35-44 (quest'ultimo testo ripropone con modifiche il contributo originariamente apparso in lingua italiana con il titolo *Beccaria filosofo utilitarista*, in G.D. Pisapia, S. Romagnoli (a cura di), *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Milano Roma Bari, Cariplo e Laterza, 1990, pp. 69-87); P. Costa, «*Voilà le sophisme qui a séduit tant de publicistes*». *Lectures contractualistes des Délits et des peines dans l'Italie du second XVIII^e siècle*, in Ph. Audegean et al. (eds.), *Le bonheur du plus grand nombre*, cit., pp. 197-224. Cfr., inoltre, M. Maestro, *Cesare Beccaria and the Origins of Penal Reform*, Philadelphia, Temple University Press, 1974, tr. it. *Cesare Beccaria e le origini della riforma penale*, Milano, Feltrinelli, 1977, pp. 32-34; M.A. Cattaneo, *La pena di morte tra morale e politica nel pensiero dell'Illuminismo*, in «Sociologia del diritto», 10, 1983, 1, pp. 7-34.

2. I tre argomenti abolizionisti di Beccaria

L'illuminista lombardo affronta il problema nel § XXVIII, *Della pena di morte*, del *Dei delitti e delle pene* (il paragrafo più lungo, giova rilevarlo, dell'intera opera), dopo avere discusso nel § XXVII, *Dolcezza delle pene*, il tema della crudeltà delle sanzioni⁹. Su quest'ultimo punto Beccaria osserva come l'atrocità delle pene e le feroci modalità di esecuzione delle stesse appaiano contrarie ai principi di umanità, ledano il principio di proporzionalità, ma specialmente siano inefficaci da un punto di vista utilitaristico, in quanto ciò che importa «perché una pena ottenga il suo effetto» non è la «crudeltà» dei castighi ma la loro «infallibilità». Ed è proprio la constatazione della assoluta inutilità di questa «prodigalità di supplicii» che lo conduce a esaminare se la pena di morte sia «veramente utile e giusta».

Contro la pena di morte Beccaria sviluppa fundamentalmente tre argomenti. I primi due – l'uno giuridico, l'altro squisitamente politico – sono basati sui principi del contrattualismo e dell'utilitarismo e sono oggetto di una accurata esposizione, in quanto ritenuti di particolare efficacia nel contesto culturale dell'epoca. Con essi si intende dimostrare rispettivamente l'illegittimità e l'inutilità della pena di morte. Il terzo argomento è invece di natura etica, e nonostante la sua rilevanza universale è toccato quasi incidentalmente nella parte finale del paragrafo.

Il primo argomento affonda le proprie radici nella speculazione giusnaturalistica legata al patto sociale, e afferma che la pena di morte è giuridicamente illegittima in quanto essa non trova il suo fondamento nel contratto con cui si è costituita la società e dal quale discendono la sovranità e le leggi. Il diritto di punire e le leggi mediante le quali esso si manifesta si basano bensì su una delega contenuta nel patto sociale, ma con questa delega il singolo individuo non ha affatto concesso ad altri «l'arbitrio di ucciderlo». Le leggi espressione del diritto di punire sono infatti costituite dalla «somma di minime porzioni della privata libertà di ciascuno», e in questo «minimo sacrificio di libertà» non è certo ricompreso il sacrificio del «massimo di tutti i beni», e cioè della vita, che costituisce un diritto naturale indisponibile (tanto che «l'uomo non è padrone di uccidersi»). In altre parole, nessuno sottoscrivendo il patto sociale può avere ceduto

⁹ Si utilizza in questa sede: C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Torino, Einaudi, 1994. Per l'edizione critica si rinvia a C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Francioni, in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, I, Milano, Mediolanica, 1984.

il diritto alla vita, del quale non avrebbe comunque potuto disporre essendo tale diritto (come aveva insegnato John Locke) inalienabile.

È stato con ragione osservato che questa prima argomentazione appare al moderno osservatore «ingegnosa ma artificiosa»¹⁰, in quanto basata sul presupposto puramente teorico e speculativo del contratto sociale. Il rilievo è senz'altro fondato, ma non si deve dimenticare che nel momento in cui Beccaria compone il *Dei delitti e delle pene* i principi giusnaturalistici e contrattualistici rappresentavano pur sempre la base comune, diffusa e pressoché indiscussa del pensiero giuspolitico e giusfilosofico. Tale dato è dunque in grado di conferire all'argomentazione in oggetto, nel contesto culturale del pieno XVIII secolo, una particolare efficacia. Avremo modo di verificare la effettiva rilevanza del principio contrattualistico quando esamineremo le scelte operate in tema di pena di morte dalla *Leopoldina*, la più rilevante tra le concrete iniziative normative settecentesche scaturite dalle idee di Beccaria.

Passiamo ora a esaminare il secondo argomento, di carattere rigidamente utilitaristico, che rappresenta la parte forse più articolata e 'politica' del discorso beccariano.

Se la pena capitale non è un diritto fondato sul contratto sociale, essa – osserva Beccaria – finisce per rappresentare non un atto di giustizia ma una vera e propria «guerra» finalizzata all'eliminazione fisica di un cittadino quando questa sia reputata utile o necessaria. Beccaria intende vincere «la causa dell'umanità» proprio dimostrando che la pena di morte non è necessaria in quanto *meno utile* di quella della detenzione perpetua.

Il ragionamento prende le mosse dall'individuazione di due specifiche ipotesi nelle quali la morte di un cittadino «può credersi» (si noti l'indeterminatezza e il carattere eventuale di questa espressione) utile o necessaria. Ciò può verificarsi:

- a) quando in situazione di violenta emergenza, e segnatamente in caso di pericolo per la libertà della nazione e nei periodi di guerra civile e di anarchia, un soggetto, pur privato della libertà, abbia «relazioni» e «potenza» tali da minacciare la «sicurezza della nazione» e la «forma di governo stabilita»;
- b) quando in una situazione di normalità, e cioè «durante il tranquillo regno delle leggi», tale pena costituisca «il vero ed unico freno per distogliere gli altri dal commettere delitti».

¹⁰ A. Cavanna, *Storia del diritto moderno*, II, cit., p. 212.

La formulazione delle due ipotesi testé riassunte ha indotto alcuni osservatori – con un clamoroso (e voluto?) fraintendimento – a ritenere che la posizione di Beccaria sia contraddittoria e comunque non pienamente abolizionista, proprio perché egli «si dichiara favorevole all'uso di questa pena» almeno in due casi¹¹. Le due ipotesi non devono però essere estrapolate dal contesto del discorso beccariano, che risulta in realtà accurato e tutt'altro che contraddittorio. Una lettura meno superficiale della pagina in oggetto, segnata dal ricorso «ripetuto e sapiente»¹² all'espressione *può credersi*, induce infatti a concludere che Beccaria «n'admet donc aucun cas où la peine de mort puisse être, au sein d'un État de droit, juste, utile et nécessaire»¹³.

Se infatti è vero che nei due casi testé menzionati la pena di morte «può credersi» utile o necessaria, quantomeno come *extrema ratio*, si deve peraltro osservare che:

- a) la prima delle due ipotesi configura una situazione di assenza o di sospensione della società organizzata e delle sue leggi («quando i disordini stessi tengon luogo di leggi») che non incide dunque sul principio della non necessità della pena di morte *in una società civile*, e anzi contribuisce a dimostrarne la sussistenza con un ragionamento *a contrario*;
- b) la fondatezza della seconda ipotesi è smentita sia dall'esperienza storica che dall'esame della natura umana.

In ordine a questo secondo punto è lo stesso Beccaria a sottolineare come «l'esperienza di tutti i secoli» dimostri che «l'ultimo supplicio» non abbia mai «distolti gli uomini determinati dall'offender la società». Ciò che infatti rileva a tal fine – prosegue Beccaria, spostando il fulcro del discorso dal versante storico a quello psicologico e naturalistico – non è l'intensità della pena ma la sua estensione nel tempo («Non è l'intensione della pena che fa il maggiore effetto sull'animo umano, ma l'estensione di essa»). Il massimo effetto dissuasivo non discende dallo spettacolo «terribile ma passeggero» della morte di un criminale, ma dal «lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà, che, divenuto bestia di servizio, ricompensa con le sue fatiche quella società che ha offesa». Questa condizione di «bestia di servizio», a ben vedere, è il deterrente che incide veramente sulla

¹¹ I. Mereu, *La morte come pena*, cit., p. 98; Id., *La pena di morte a Milano nel secolo di Beccaria*, Vicenza, Neri Pozza, 1988, *Prefazione*.

¹² A. Cavanna, *Storia del diritto moderno*, II, cit., p. 213.

¹³ G. Francioni, *Beccaria, philosophe utilitariste*, cit., p. 42.

determinazione a delinquere⁽¹⁴⁾. Il «freno più forte contro i delitti» è dunque «la pena di schiavitù perpetua», che deve sostituirsi alla pena di morte, mentre la presunta esemplarità di quest'ultima ha invece effetti contraddittori e diseducativi: contraddittori in quanto la pena capitale «diviene uno spettacolo per la maggior parte e un oggetto di compassione mista di sdegno per alcuni»; diseducativi «per l'esempio di atrocità che dà agli uomini».

Evidente, in questa seconda argomentazione, è la decisa prevalenza del presupposto utilitarista sugli altri elementi ideali e speculativi – a cominciare da quello umanitario – che concorrono a formare il pensiero beccariano. La descrizione dello stato di «schiavitù perpetua» chiamato a surrogare la pena di morte non lascia dubbi al proposito: la «bestia di servizio» è condannata ai lavori forzati a vita «fra i ceppi e le catene, sotto il bastone, sotto il giogo, in una gabbia di ferro», e la condanna non rappresenta la fine ma l'inizio dei suoi mali. Si tratta di un regime riconosciuto dallo stesso Beccaria come «anche più crudele» della pena capitale e, probabilmente, altrettanto distruttivo, anche se Beccaria precisa che tale condizione per la sua durezza e specialmente per la sua perpetuità in realtà «spaventa più chi la vede che chi la soffre». Chi la subisce finisce infatti per concentrarsi sull'infelicità del momento presente, perdendo di vista la mancanza di prospettive future.

Il Beccaria umanitario, colui che mediante la dimostrazione dell'inutilità e della non necessarietà della pena di morte intendeva vincere «la causa dell'umanità», si riaffaccia con il terzo e ultimo argomento, che respinge la pena di morte come moralmente ingiusta.

Questo terzo argomento, come già rilevato, più che distesamente esposto risulta semplicemente accennato. Nondimeno, esso merita di essere sottolineato in quanto coniuga la condanna logica e etica della pena capitale all'esaltazione della sacralità della vita umana. L'illogicità e l'immoralità della pena di morte discendono dall'«assurdo» secondo cui le leggi, «che sono l'espressione della pubblica volontà, che detestano e puniscono l'omicidio, ne commettono uno esse medesime, e per allontanare i cittadini dall'assassinio» finiscono per ordinare «un pubblico assassinio». In ordine poi alla sacralità – originaria e naturale – della vita umana, Beccaria si chiede innanzitutto quali siano «i sentimenti di ciascuno sulla pena di morte», e per

¹⁴ Cfr. F. Zanuso, *I "fluidi" e le "bestie di servizio". Utilitarismo ed umanitarismo nella concezione penale di Cesare Beccaria*, in F. Zanuso, S. Fuselli (a cura di), *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Padova, Cedam, 2004, pp. 101-139.

rispondere a questo interrogativo riflette sulla detestata figura del carnefice (che altri non è se non un «buon cittadino», «innocente esecutore della pubblica volontà») e in particolare sull'universale disprezzo che la circonda. Le motivazioni profonde di tale condiviso e sdegnato disprezzo risiedono nel fatto che «gli uomini nel più segreto dei loro animi ... hanno sempre creduto non essere la vita propria in potestà di alcuno fuori che della necessità, che col suo scettro di ferro regge l'universo». In altre parole, tutti gli uomini hanno sempre saputo che la propria vita non è «affidata ad altro potere che non sia quello delle leggi naturali», mentre ora la vedono in balia dei «gravi sacerdoti della giustizia» che ne dispongono «con indifferente tranquillità». Nondimeno, la vita di ogni uomo rimane essenzialmente sacra, e nessuno ne può disporre. Dunque, la sua distruzione è assolutamente ingiusta.

3. *Le prime violente contestazioni e l'avvio del dibattito sulla pena di morte*

Il clamoroso successo che immediatamente arride al *Dei delitti e delle pene* in tutta Europa (e ben presto anche in Nordamerica)¹⁵ dà la stura – come ben noto – a innumerevoli commenti, interpretazioni e prese di posizione che variamente si collocano nell'ampio ventaglio che va dalle critiche più feroci alle più convinte adesioni. Ed è ben comprensibile che, tra le numerosissime argomentazioni sviluppate nelle pagine dell'illuminista milanese, una delle più discusse se non la più discussa in assoluto sia stata quella che, attraverso la proposta abolizionista, forse più di ogni altra veniva a incidere in profondità su un aspetto costitutivo della tradizione penalistica europea quale il ricorso più o meno indiscriminato alla pena capitale.

A conferma della loro portata concretamente rivoluzionaria e per molti aspetti destabilizzante, le conclusioni beccariane in tema di pena di morte non vengono condivise dalla grande maggioranza

¹⁵ M. Maestro, *La popolarità di Cesare Beccaria nel Nord-America alla fine del Settecento*, in «Rivista Storica Italiana», 84, 1972, 3, pp. 814-821; P. Spurlin, *Beccaria's Essay on Crimes and Punishments in Eighteenth Century America*, in «Voltaire Studies», 18, 1963, pp. 1489-1504; J. Bessler, *Revisiting Beccaria's Vision: The Enlightenment, America's Death Penalty, and the Abolition Movement*, in «Northwestern Journal of Law & Social Policy», 2009, 4 (<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njls/vol4/iss2/1>); Id., *Cruel and unusual: The American Death Penalty and the Founders' Eight Amendment*, Boston, Northeastern University Press, 2012, pp. 50-56; Id., *The Birth of American Law: an Italian Philosopher and the American Revolution*, Baltimore, Carolina Academic Press, 2014.

dei commentatori, e tra questi – il dato ci pare di indubbia rilevanza – anche da molti tra coloro che con maggiore apertura culturale avevano comunque accolto il messaggio di riforma, modernizzazione e umanizzazione del sistema penale che scaturiva dalle pagine del *Dei delitti e delle pene*.

Che l'opera di Beccaria sia stata oggetto di violenti attacchi da parte di una nutrita serie di difensori della tradizione non stupisce. In Italia, nel fuoco di sbarramento messo in opera non appena si ebbe la percezione delle potenzialità eversive dell'opera beccariana si distingue innanzitutto il monaco vallombrosano Ferdinando Facchinei, singolare figura non priva di ingegno e di talenti dialettici che tra i primi comprende come il *Dei delitti e delle pene* metta pericolosamente in gioco innanzitutto la consolidata visione dei rapporti fra politica e religione. Facchinei nei primissimi giorni del 1765 pubblica a Venezia un irridente opuscolo di *Note ed osservazioni sul libro intitolato Dei delitti e delle pene*¹⁶ nelle quali sviluppa una piccata difesa del tradizionale sistema delle pene, delle consolidate procedure inquisitorie e della indiscussa natura divina della giustizia, considerati «fondamenti inattaccabili della società»¹⁷.

In tema di pena di morte Facchinei porta un attacco frontale sostenendo la sostanziale empietà delle posizioni espresse nel § XXVIII del *Dei delitti e delle pene*. Particolarmente temibile è l'accusa di contestare ai sovrani il diritto a irrogare la pena di morte (con il rischio di un'imputazione di lesa maestà), che comporta una seconda accusa ancora più minacciosa, e cioè quella di contestare le Sacre Scritture e di affermare non giuste e necessarie le pene capitali decretate da Dio nel governo del Popolo Eletto (il che comporta un'imputazione di lesa maestà divina). «Se l'autore crede alla Sacra Scrittura – osserva Facchinei – dunque deve credere alla medesima anche quando gl'insegna che la pena di morte è giusta, e necessaria, e che si devono rispettare le leggi ed i sovrani»¹⁸. Queste pericolose accuse non esauriscono peraltro il ricco bagaglio argomentativo messo in campo dal monaco vallombrosano, che intende confutare l'«insano ragionamento»¹⁹ di Beccaria anche cercando di volgere a

¹⁶ F. Facchinei, *Note ed osservazioni sul libro intitolato Dei delitti e delle pene*, s.l. [ma: Venezia, Zatta], 1765.

¹⁷ R. Pasta, *Beccaria tra giuristi e filosofi: aspetti della sua fortuna in Toscana e nell'Italia centrosettentrionale*, in G.D. Pisapia, S. Romagnoli (a cura di), *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, cit., pp. 512-533, in part. p. 551.

¹⁸ F. Facchinei, *Note ed osservazioni*, cit., p. 133.

¹⁹ Ivi, 112.

proprio vantaggio il presupposto contrattualista. A tale fine egli osserva preliminarmente – considerando ovviamente il contrattualismo mera ipotesi di lavoro – come sia incontestabile che l'uomo libero, prima di entrare in società, per la propria sicurezza e tranquillità abbia il diritto di uccidere un altro uomo che voglia in qualunque maniera privarlo della vita. Ora – prosegue Facchinei – se la società nasce proprio per garantire agli uomini maggiore sicurezza e maggiore tranquillità, non si può ammettere che, dopo l'entrata in società, venga meno questo diritto all'autodifesa ora trasferito alla società e che, di conseguenza, l'individuo divenga più debole e meno sicuro e tranquillo in società rispetto a quando era solo, aveva il diritto all'autodifesa e lo esercitava con pienezza. In altre parole, la pena di morte è lo strumento di autodifesa e di autoconservazione della società contro i malvagi, ed è dunque legittima e necessaria. Passando poi dall'argomento contrattualista a quello utilitarista, Facchinei contesta che la pena che trasforma l'individuo in «bestia da servizio» sia più utile della pena di morte. Dopo avere osservato che anche filosoficamente tale pena è meno tollerabile della morte, egli contesta che la pena capitale abbia un effetto dissuasivo minore della pena perpetua (e dunque sia meno utile e non necessaria) in quanto è invece proprio quest'ultima a ingenerare nel pubblico un sentimento di abitudine e di indifferenza. Inoltre, al contrario di quanto afferma Beccaria, la prospettiva della schiavitù anche più penosa non trattiene affatto dal commettere i delitti più atroci, perché chi subisce una condanna perpetua spera sempre di potersene in qualche modo liberare proprio perché conserva la vita.

Alle *Note ed osservazioni* di Facchinei Pietro e Alessandro Verri oppongono a stretto giro una puntuale *Risposta* (pubblicata a Lugano nel febbraio del 1765) nella quale si preoccupano innanzitutto, in ordine al problema della pena capitale, di proteggere Beccaria dalle pericolose accuse di lesa maestà umana e divina²⁰. A tale scopo i due fratelli scindono abilmente – mettendo a frutto e scomponendo la risalente endiadi di matrice romano-canonica *ius et potestas* – il diritto di punire con la morte dalla *potestà* sovrana di fare altrettanto quando ciò sia utile e necessario. Questo *diritto* non esiste, poiché è escluso dal patto sociale, ma la *potestà* sovrana rimane intatta – analogamente a quanto accade in caso di guerra – quando «si trova che la morte d'un uomo sia utile e necessaria al ben pubblico». Ma poiché nel

²⁰ P. Verri, A. Verri, *Risposta ad uno scritto che s'intitola Note ed osservazioni sul libro Dei delitti e delle pene*, s. l. [ma: Lugano, Agnelli], 1765.

Dei delitti e delle pene si dimostra appunto che in una situazione di normale funzionamento della società e delle sue istituzioni la pena di morte non è né utile né necessaria, ne consegue che questa «non deve darsi»²¹.

Sulle orme di Facchinei, e con argomentazioni per lo più analoghe, numerosi sono in tutta la penisola coloro che negli anni Settanta e Ottanta del Settecento muovono all'assalto delle posizioni abolizioniste propugnate da Beccaria²². Tra gli appartenenti a questa schiera, diffusa in tutta la penisola e talora animata da spirito francamente reazionario, si distinguono l'erudito abruzzese Antonio Silla, il sacerdote di origini piemontesi Paolo Vergani, l'avvocato e funzionario sabaudo Francescantonio Pescatore, il giureconsulto salernitano Gaetano Majo. Al primo è comunemente attribuito lo scritto anonimo (pubblicato a Napoli nel 1772) *Il dritto di punire o sia risposta al trattato de' delitti e delle pene del signor marchese di Beccaria*, opera nella quale sono riprese a piene mani e talora alla lettera molte delle opinioni di Facchinei e segnatamente quelle relative all'origine divina del diritto di punire e al carattere di utilità e di necessità della pena di morte²³. Paolo Vergani – un ecclesiastico di stretta osservanza cattolica che si occupa di temi economici, giuridici e politici – pubblica a Milano nel 1777 *Della pena di morte* ove, affermata l'ineluttabilità della pena capitale, da un lato mostra moderazione augurandosi che la morte sia inflitta solo nei casi di maggiore gravità (al fine peraltro di limitare il continuo ricorso alla grazia sovrana) e in base prove certe (poiché ritiene insufficiente – giova rilevarlo – la sola confessione), ma dall'altro manifesta pieno favore per l'esacerbazione dell'esecuzione capitale

²¹ G.P. Massetto, *Pietro e Alessandro Verri in aiuto di Cesare Beccaria: la risposta alle Note del Facchinei*, in C. Capra (a cura di), *Pietro Verri e il suo tempo*, I, Milano, Cisalpino, 1999, pp. 289-351; G. Francioni, «*Ius*» e «*potestas*». *Beccaria e la pena di morte*, cit., in part. pp. 30-49.

²² Cfr., in argomento: R. Pasta, *Beccaria tra giuristi e filosofi*, cit., pp. 512-533; Id., *Dei delitti e delle pene et sa fortune en Italie: les milieux juridiques et la lecture des «philosophes»*, in M. Porret (ed.), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Genève, Droz, 1997, pp. 119-148; A.M. Rao, «*Delle virtù e de' premi*»: *la fortuna di Beccaria nel Regno di Napoli*, in G.D. Pisapia, S. Romagnoli (a cura di), *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, cit., pp. 534-586; M.G. di Renzo Villata, *Beccaria e gli altri. Noterelle sulla criminalistica del tardo Settecento*, in G. Rossi, F. Zanuso, (a cura di), *Attualità e storicità del «Dei delitti e delle pene» a 250 anni dalla pubblicazione*, Napoli, Esi, 2015, pp. 41-74; E. Tavilla, *Beccaria, l'anti-juriste. Critiques de la culture juridique et résistances aux réformes dans l'Italie du XVIII^e siècle*, in Ph. Audegean et al. (eds.), *Le bonheur du plus grand nombre*, cit., pp. 97-110.

²³ [A. Silla], *Il diritto di punire o sia risposta al trattato de' delitti, e delle pene del signor marchese di Beccaria*, Napoli, Raimondi, 1772.

come elemento necessario per accrescerne l'effetto intimidatorio²⁴. Come Silla, anche Pescatore (nel *Saggio intorno diverse opinioni di alcuni moderati politici sopra i delitti e le pene*, pubblicato a Torino nel 1780) e Majo (ne *La giustizia delle leggi prevenienti i delitti*, edita a Napoli nel 1787) appaiono particolarmente preoccupati degli effetti della laicizzazione del diritto penale conseguente alla dissociazione tra l'elemento sacro e quello politico, e dunque sviluppano la loro critica riaffermando con forza la matrice divina del potere sovrano di dare la morte²⁵. Majo in particolare ritiene che alla pena capitale si debba ricorrere con notevole frequenza e anche per reati di relativa gravità come il falso²⁶. Assai meno violenta appare invece la posizione di un poligrafo bensì conservatore ma certamente non reazionario come il conte Giovanni Battista Gherardo d'Arco, che legge a Mantova nel 1775 una dissertazione *Sopra il fondamento del diritto di punire* nella quale la rivendicazione al sovrano del diritto di ricorrere alla pena capitale si ricollega a un rassegnato scetticismo nei confronti dell'ideologia umanitaria del secolo²⁷.

Oltralpe – ove più clamoroso e travolgente era stato il successo di Beccaria – la reazione alle istanze abolizioniste si manifesta a partire dal 1767 grazie all'opera di un giurista di professione, Pierre-François Muyart de Vouglans, avvocato e in seguito consigliere del Parlamento di Parigi, che avrebbe dato alle stampe, nel 1780, un poderoso trattato, *Les lois criminelles de la France dans leur ordre naturel*, improntato a uno spirito di repressiva severità e di conservazione²⁸.

Non privo di rimarchevoli capacità tecniche, Muyart scrive appunto nel 1767 una *Réfutation des principes hasardés dans le Traité des*

²⁴ P. Vergani, *Della pena di morte*, Milano, Malatesta, 1777. Lo scritto, riedito sempre a Milano nel 1779, appare anche in traduzione francese: *Traité de la peine de mort, traduit de l'italien*, Paris, Guillot, 1782.

²⁵ F. Pescatore, *Saggio intorno diverse opinioni di alcuni moderati politici sopra i delitti e le pene*, Torino, Briolo, 1780. Cfr. A. Massironi, voce Pescatore, Francescantonio, in I. Birocchi et al. (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, 2 voll., cit., vol. II, p. 1552.

²⁶ G. Majo, *La giustizia delle leggi prevenienti i delitti*, Napoli, Orsini, 1787.

²⁷ G.B. Gherardo d'Arco, *Sopra il fondamento del diritto di punire*, Cremona, Manini 1775.

²⁸ P.-F. Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de la France dans leur ordre naturel*, Paris, Merigot-Crapart-Morin, 1780. Cfr. M. Porret, «Les lois doivent tendre à la rigueur plutôt qu'à l'indulgence». *Muyart de Vouglans versus Montesquieu*, in «Revue Montesquieu», 1, 1997, pp. 65-95; Id., *Atténuer le mal de l'infamie: le réformisme conservateur de Pierre-François Muyart de Vouglans*, in «Crime, Histoire & Sociétés. Crime, History and Societies», 4, 2000, 2, pp. 95-120.

délits et des peines ricca di argomentazioni antiabolizioniste che bene esemplificano lo sterile tradizionalismo della parte maggioritaria del ceto giudiziario del tardo diritto comune europeo di fronte alle innovative concezioni beccariane. Un tradizionalismo di casta che in Italia è ben rappresentato dalla totale chiusura manifestata in tema di pena capitale (e non solo) dal Senato di Milano in una sua nota consultata del 1776, che si contrappone alle pur timide aperture operate in argomento dal Collegio Fiscale di Milano e dal Consiglio di Giustizia di Mantova²⁹.

Muyart sostiene, tra l'altro, che le proposte di Beccaria sono contrarie a ogni diritto positivo, all'esperienza dei secoli e allo stesso contratto sociale, poiché in quest'ultimo è insito un principio di reciprocità (che assomiglia pericolosamente alla legge del taglione) in base al quale sarebbe «une injustice souveraine de ne point faire souffrir aux meurtriers la même peine qu'ils font souffrir aux autres». Il penalista francese sostiene altresì che la sostituzione alla pena capitale della schiavitù perpetua non sia ammissibile: a) perché in questo modo non si dà soddisfazione agli eredi della vittima (Muyart parla di «consolation», termine sotto il quale si scorge agevolmente l'atavico richiamo alla vendetta); b) perché rimanendo in vita il condannato continua comunque a nuocere alla società «par le scandale que donneroient sa présence et le souvenir de son crime»; c) perché – *last not least* – sarebbero insostenibili i costi destinati a gravare sulle casse dello Stato per assicurare il mantenimento e la sorveglianza di una moltitudine di condannati³⁰.

²⁹ A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 34-36 e 188-190; Id., *La giustizia penale nella Milano del Settecento. Un'occasione di riflessione sulla preistoria dei diritti dell'uomo*, in «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo», 2 (1989), I, pp. 1-20, ora in Id., *Scritti (1968-2002)*, 2 voll., Napoli, Jovene, 2007, II, pp. 657-687; Id., *Giudici e leggi nella Milano di Cesare Beccaria*, in G.D. Pisapia, S. Romagnoli (a cura di), *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, cit., pp. 168-195, ora in Id., *Scritti*, cit., I, pp. 627-656; S. Di Noto, *Documenti del dibattito su tortura e pena capitale nella Lombardia austriaca*, in «Studi parmensi», 19, 1977, pp. 267-406; Id., *Le letture dei giuristi. Aspetti del dibattito sulla tortura nel Consiglio di Giustizia di Mantova (1772)*, in L. Berlinguer, F. Colao (a cura di), *Illuminismo e dottrine penali*, cit., pp. 39-174; M.G. di Renzo Villata, *Giuristi, cultura giuridica e idee di riforma nell'età di Beccaria*, in G.D. Pisapia, S. Romagnoli (a cura di), *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, cit., pp. 225-278.

³⁰ P.-F. Muyart de Vouglans, *Réfutation des principes hasardés dans le Traité des délits et des peines*, Lausanne-Paris, Desaint, 1767. Cfr., in argomento, A. Laingui, *Pierre-François Muyart de Vouglans ou l'Anti-Beccaria (1713-1791)*, in «Revue de la Société internationale d'histoire de la profession d'avocat», 1, 1989, pp. 69-80; Id., voce *Muyart de Vouglans Pierre-François*, in P. Arabeyre, J.-L. Halperin, J. Krynen (eds.), *Dictionnaire historique des juristes français, XI^e-XX^e siècle*, Paris, Presses Universitaires de France, 2015², pp. 762-763. Oltralpe raggiunge una certa notorietà tra i sostenitori della pena di

In posizione specularmente opposta rispetto ai più radicali detrattori dell'opera e delle opinioni di Beccaria si collocano coloro che approvano talora con slancio la proposta abolizionista. A dire il vero, in un primo tempo gli esempi maggiormente significativi di una piena adesione (pur largamente minoritaria) alle tesi abolizioniste sono individuabili non tanto in Italia quanto oltralpe, tra i seguaci del pensiero illuminista, che aveva ormai assunto il ruolo di modello culturale di riferimento per la speculazione giuspolitica e giusfilosofica.

Voltaire, che pure accoglie con entusiasmo il *Dei delitti e delle pene*, nel suo *Commentaire* all'opera di Beccaria scritto nel 1766 mostra una certa reticenza in ordine alla totale abolizione della pena di morte³¹, ma cambia in seguito opinione e diviene un fervente sostenitore della sua eliminazione dalla scala penale nel *Prix de la justice et de l'humanité* del 1777³². Sulla scia di Voltaire, Louis Philipon de la Madeleine³³, Jean Paul Marat³⁴ e altri assumono posizioni contrarie alla pena di morte, ma oltralpe è Jacques-Pierre Brissot de Warville a divenire, nel 1780, il paladino dell'abolizionismo con la dissertazione *De la suppression de la peine de mort*³⁵ e con le appassionante pagine del suo

morte anche l'«illuminista eretico» Simon-Nicolas-Henri Linguet: G. Conti Odorisio, *Linguet e i philosophes. Illuminismo e terrore*, Torino, Giappichelli, 2015; F. Taricone, *Simon-Nicolas Linguet, illuminista eretico*, in «Rivista di Studi Politici Internazionali», 82, 2015, pp. 599-604; A. Wijffels, voce *Linguet Simon-Nicolas-Henri*, in P. Arabeyre, J.-L. Halperin, J. Krynen (eds.), *Dictionnaire historique des juristes français*, cit., pp. 667-669.

³¹ [Voltaire], *Commentaire sur le livre Des délits et des peines, par un avocat de province*, s.n.t., 1767, tr. it. Voltaire, *Commentario sul libro Dei delitti e delle pene*, Como-Pavia, Ibis, 1994, X, *Della pena di morte*, pp. 54-54. Cfr. G. Francioni, *Prefazione*, ivi, pp. 7-28, in part. pp. 23-25. In argomento, cfr. da ultimo Ch. Cave, *Voltaire lecteur de Beccaria. Le Commentaire sur le livre Des délits et des peines*, in Ph. Audegean et al. (eds.), *Le bonheur du plus grand nombre*, cit., pp. 257-270.

³² [Voltaire], *Prix de justice et de l'humanité*, à Londres 1777, pp. 12-18. Cfr., in argomento, C. Mervaud, *Sur le testament judiciaire de Voltaire: le Prix de la justice et de l'humanité et le Traité des crimes de Pierre-François Muyart de Vouglans*, in J. Renwick (ed.), *Voltaire. La tolérance et la justice*, Louvain Paris Walpole, Peeters, 2011, pp. 389-409.

³³ [L. Philipon de la Madeleine], *Discours sur la nécessité et les moyens de supprimer les peines capitales*, s.n.t., 1770 (discorso letto il 15 dicembre 1770 nell'Accademia delle Scienze di Besançon).

³⁴ J.-P. Marat, *Plan de législation criminelle*, Paris, Rochette, 1790 (l'opera, composta in occasione del concorso indetto dalla *Gazette de Berne* il 15 febbraio 1777 per il miglior progetto di legislazione penale, era stata stampata una prima volta a Neuchâtel nel 1780).

³⁵ J.-P. Brissot de Warville, *De la suppression de la peine de mort* (1780), ouvrage couronné par l'Académie de Chalons-sur-Marne en 1780, réimprimé par A. Brissot, Lille, Leleux, 1849.

capolavoro, la *Théorie des loix criminelles*³⁶. Brissot de Warville sarà seguito, ormai in piena Rivoluzione, da Claude-Emmanuel Pastoret con il trattato *Des loix pénales* (1790)³⁷, e da Jean-André Perreau con il discorso *Sur l'abolition absolue de la peine de mort* (1791)³⁸. Resta peraltro il fatto che la grande maggioranza degli autori transalpini preferisce mantenersi sulle orme tracciate da Montesquieu e da Rousseau (che, come abbiamo visto, si erano dichiarati a favore del mantenimento della pena capitale), optando per una linea mediana e di compromesso che biasima l'eccessivo ricorso alla pena capitale ma lo ritiene comunque necessario in alcuni casi estremi³⁹. Analoghe, nel contesto culturale tedesco (ove pure non mancano i convinti fautori dell'abolizionismo⁴⁰), saranno le prudenti prese di posizione di Karl Ferdinand Hommel – il «Beccaria tedesco»⁴¹ – e dello stesso Immanuel Kant, che giudicherà un «sofisma» la tesi contrattualista di Beccaria⁴².

³⁶ J.-P. Brissot de Warville, *Théorie des loix criminelles*, Neuchâtel-Paris, Desauges, 1780, I, pp. 137-154. Cfr. É. Salvi, «Adoucir le sort des hommes accablés par l'oppression légale». *La réception de Beccaria dans la Bibliothèque philosophique (1782-1785)*, in Ph. Audegean et al. (eds.), *Le bonheur du plus grand nombre*, cit., pp. 271-288.

³⁷ C.-E. Pastoret, *Des loix pénales*, 2 voll., Paris, Buisson, 1790.

³⁸ J.-A. Perreau, *Sur l'abolition absolue de la peine de mort*, s.n.t., 1791. Per una prima informazione su questo autore, cfr. H. RICHARD, voce *Perreau Jean-André*, in P. Arabeyre, J.-L. Halperin, J. Krynen (eds.), *Dictionnaire historique des juristes français*, cit., p. 804.

³⁹ Sul punto si rinvia a: J. Imbert, *La peine de mort et l'opinion au XVIII^e siècle*, in «Revue de science criminelle et de droit pénal comparé», 19, 1964, pp. 509-525; Id., *La peine de mort*, Paris, Puf, 1993², pp. 41-59; B. Schnapper, *La diffusion en France des nouvelles conceptions pénales dans la dernière décennie de l'Ancien Régime*, in L. Berlinguer, F. Colao (a cura di), *Illuminismo e dottrine penali*, cit., pp. 409-433, in part. pp. 427-433; J.-M. Carbasse, *La peine de mort*, Paris, PUF, 2016, pp. 56-83.

⁴⁰ Cfr., in via d'esempio: V. Barkhausen, *Bemerkungen über die Todesstrafen* (1776-1777), Halle u. Leipzig, Ruff, 1805; Id., *Über die Abschaffung der Todesstrafe. Probe eines Kommentars über den Beccaria*, in J.F. Plitt (ed.), *Repertorium für das peinlichen Recht*, Frankfurt am Main, van Düren, 1786, pp. 302-420.

⁴¹ M.A. Cattaneo, *Karl Ferdinand Hommel, il «Beccaria tedesco»*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 5, 1975, pp. 261-349, ora in Id., *Illuminismo e legislazione penale*, Milano, Led, 1993, pp. 77-158; C.F. Stuckenberg, *Karl Ferdinand Hommel – der «deutsche Beccaria»*, in E. Hilgendorf, S. Seminara (a cura di), *Strafrechtsphilosophie der Aufklärung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2018, pp. 13-32.

⁴² M.A. Cattaneo, *Beccaria e Kant. Il valore dell'uomo nel diritto penale*, in *Memorie del Seminario di Storia della Filosofia della Facoltà di Magistero*, 21, Sassari, Presso l'Istituto di Filosofia, 1981, pp. 1-46, ora in Id., *Illuminismo e legislazione penale*, cit., pp. 15-61, in part. p. 18. Cfr. inoltre G. Schlüter, *Kant lettore di Beccaria. Aspetti filologici del dibattito*, in H. Meter, F. Brugnolo (a cura di), *Vie lombarde e venete. Circolazione e trasformazione dei saperi letterari nel Sette-Ottocento fra l'Italia settentrionale e l'Europa transalpina*, Berlin-Boston, De Gruyter, 2011, pp. 249-257.

In questa sede – consacrata in particolare al contesto culturale della penisola – conviene peraltro non soffermarsi sulla pur coinvolgente vicenda relativa al successo europeo (e non solo) del *Dei delitti e delle pene*, e prendere piuttosto in specifica considerazione l'impatto che la proposta abolizionista di Beccaria ebbe in Italia. A tale scopo, appare ora opportuno concentrare l'attenzione su quella generazione di penalisti – che non a caso possiamo definire postbeccariani – a cui spettò il non agevole compito storico di costruire la nuova sintassi della giustizia penale scaturita dal lento e diseguale processo di penetrazione delle idee di riforma nella cultura giuridica della penisola.

4. *La riflessione dei giuristi postbeccariani*

Definiti *traghettatori* verso il nuovo e la modernità⁴³ e *mediatori* tra il sistema penale prodotto dalla tradizione e le inedite, razionali e laiche costruzioni elaborate dal pensiero settecentesco⁴⁴, i giuristi postbeccariani formano agli occhi del moderno osservatore una articolata, composita e prestigiosa comunità di studiosi. Ciò che maggiormente caratterizza questa comunità è da un lato la pratica costante della moderazione (e cioè il rifiuto delle posizioni estreme) e dall'altro la volontà di inserire la giustizia penale in un quadro strutturale bensì nuovo ma che non respinga *in toto* la tradizione nella quale questa stessa comunità si è formata. Con questi giuristi e grazie a essi, come è stato scritto, «l'illuminismo penale valicava le barriere di granito del diritto comune»⁴⁵.

Poste queste premesse, è agevole comprendere per quale motivo questi penalisti si muovano con estrema circospezione nel momento in cui si trovano a dover fare i conti con la proposta abolizionista (della cui portata destabilizzante e rivoluzionaria sono ben consapevoli, in quanto essa demolisce un caposaldo del loro tradizionale modello di riferimento). Ed è altrettanto agevole comprendere per quale motivo l'approdo comune della riflessione dei postbeccariani in tema di pena capitale da una parte preveda il graduale abbandono-

⁴³ A. Cavanna, *Storia del diritto moderno*, II, cit., p. 221.

⁴⁴ M. Sbriccoli, *Beccaria ou l'avènement de l'ordre. Le philosophe, les juristes et l'émergence de la question pénale*, in M. Porret (ed.), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, cit., pp. 177-187, ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, I, pp. 393-405, in part. p. 399.

⁴⁵ S. Solimano, *Paolo Risi e il processo penale*, in *Studi di storia del diritto*, III, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 419-519, in part. p. 514.

no dello «splendore dei supplizi»⁴⁶ e la massima compressione del ricorso alla pena di morte, ma dall'altro comporti il rifiuto della sua totale abolizione.

All'avanguardia in questo itinerario si collocano taluni giuristi appartenenti al mondo della prassi, che con maggiore prontezza sono in grado di reagire agli stimoli nuovi. Nel 1766 Paolo Risi, funzionario e magistrato di carriera, pubblica a Milano le *Animadversiones ad criminalem iurisprudentiam pertinentes*, prima opera di un tecnico del diritto che possa essere salutata, nonostante la forma e il linguaggio ancorati alla tradizione, come pienamente beccariana. A due anni dal *Dei delitti e delle pene*, Risi – il «capocordata» dei postbeccariani⁴⁷ – assume in tema di pena di morte una posizione estremamente cauta, destinata peraltro a evolversi – come vedremo meglio in seguito – in senso abolizionista. I limiti posti al ricorso alla pena capitale sono di triplice natura. Innanzitutto non può essere applicata se non appaia necessaria in base alla natura del delitto («delicti genus»). In secondo luogo è possibile ricorrervi solo sulla base di un'esplicita e letterale applicazione dei «verba legis». Infine, alla pena capitale si deve guardare come a un «extemum rimedium», al quale ricorrere esclusivamente quando non si possa «aliter consuli Reipublicae»⁴⁸.

Dieci anni dopo le *Animadversiones* e sempre in area lombarda il tema della pena di morte è affrontato da due avvocati, il milanese Franchino Rusca e il bormiese Alberto De Simoni, formatosi a Innsbruck e a Salisburgo. Il primo pubblica a Milano nel 1775 uno *Specimen jurisprudentiae criminalis ad principia legis naturae* nel quale conferma la necessità del ricorso alla pena capitale auspicandone peraltro un uso moderato⁴⁹. Più interessante è l'opera di Alberto De Simoni, che pubblica a Lugano nel 1776 un trattato *Del furto e sua pena* originato da un caso giudiziario conclusosi con l'esecuzione di un ladro, accusato di una serie di furti semplici e difeso dall'autore.

⁴⁶ M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Galliard, 1975, tr. it. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 1976, p. 35.

⁴⁷ S. Solimano, *Paolo Risi e il processo penale*, cit., p. 517.

⁴⁸ P. Risi, *Animadversiones ad criminalem iurisprudentiam pertinentes*, Milano, Galeazzi, 1766, pp. 29 e 95-96. Cfr. S. Solimano, «Le pendant du marquis Beccaria», *la strategia discorsiva garantista del giudice Paolo Risi*, in A. Cascetta, D. Zardini (a cura di), *Giustizia e ingiustizia a Milano fra Cinque e Settecento*, Roma, Bulzoni, 2016, pp. 167-184.

⁴⁹ F. Rusca, *Specimen jurisprudentiae criminalis ad principia legis naturae*, Milano, Galeazzi, 1775. Cfr. G. De Giudici, voce *Rusca, Franchino*, in I. Birocchi et al. (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., vol. II, pp. 1761-1762.

L'opera si risolve in una sorta di continuo contrappunto alle idee e alle opinioni espresse nel *Dei delitti e delle pene* da parte di un giurista sostanzialmente legato al passato ma non indifferente alla filosofia dei Lumi. In particolare, De Simoni critica con forza il ricorso alla pena capitale per reati non atroci – quali appunto il furto semplice – in quanto contrario ai principi di umanità e di proporzionalità e alle leggi naturali e divine. De Simoni non giunge peraltro a pronunciare una condanna assoluta dell'istituto; al contrario, lo ammette senza esitazione nei casi di necessità, riconducendolo alla sfera della sovranità da un lato come diritto-dovere prodotto dal patto sociale in capo a chi abbia l'obbligo di vigilare sul bene dello Stato e dall'altro come conseguenza dell'origine divina della potestà sovrana⁵⁰.

Dagli anni Settanta i temi beccariani, compresa l'abolizione della pena di morte, iniziano a essere significativamente presenti anche nelle opere di matrice accademica. A Roma Filippo Maria Renazzi pubblica tra il 1773 e il 1786 i quattro volumi degli *Elementa iuris criminalis*, nei quali avvia un itinerario di generale ristrutturazione del tradizionale sistema della giustizia penale fondata sull'accoglimento – sovente tramite il pensiero Beccaria – di una parte consistente delle istanze di rinnovamento propugnate dal pensiero illuminista. Nondimeno Renazzi, che si trova a operare in un contesto certo non favorevole, appare estremamente reticente e (prudentemente) timido nel prendere una chiara posizione sul punto centrale della pena capitale, e dopo numerose esitazioni finisce per accettarla, pur non esprimendosi a chiare lettere sull'argomento⁵¹.

Negli stessi anni e fino al 1786, anno di promulgazione della *Leopoldina*, anche gli esponenti della celebre scuola pisana sono concordi nell'ammettere un limitato ricorso della pena di morte. Francesco Foggi nel suo *Saggio sopra l'impunità legittima o l'asilo* (Livorno 1774) si appoggia a Rousseau e criticando l'argomento contrattualista di Beccaria afferma che dal patto sociale scaturisce un ente che ha diritti ulteriori rispetto alle parti che l'hanno formato, e tra questi diritti

⁵⁰ A. De Simoni, *Del furto e sua pena*, Lugano, Agnelli, 1776. Cfr. R. Pasta, *Dei delitti e delle pene et sa fortune en Italie*, cit., pp. 132-133. Cfr. inoltre I. Birocchi, voce *De Simoni, Alberto*, in I. Birocchi et al. (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., vol. I, pp. 718-720.

⁵¹ F.M. Renazzi, *Elementa iuris criminalis*, 4 voll., Roma, Salomoni, 1773-1786, vol. II, *De poenis generatim* (1775), IX, *An et qualenus possit debeatque poena mortis instigi*, pp. 127-128. Cfr. M.R. Di Simone, *L'influenza di Beccaria nello Stato pontificio: il trattato di Filippo Maria Renazzi*, in «Rivista di storia del diritto italiano», 87 (2014), pp. 365-398, in part. pp. 381-382.

figura anche quello di punire con la morte⁵². Il maestro di Foggi, Giovanni Maria Lampredi, nei *Theoremata juris publici universalis* (pubblicati a Livorno tra il 1776 e il 1778) si affianca a Beccaria nel ritenere generalmente inutile il ricorso alla pena capitale nella società civile, ma ammette che nella *potestas eminentis* conferita al sovrano dal popolo sia pur sempre ricompreso il diritto di privare della vita un suddito quando ciò sia indispensabile per la salute pubblica⁵³.

Nel 1784 il milanese Antonio Giudici, che fino all'anno prima aveva insegnato Istituzioni civili a Pavia, pubblica una *Apologia della giurisprudenza romana* che reca come trasparente sottotitolo *Note critiche al libro intitolato Dei delitti e delle pene*. Scopo dell'opera è quello di rivendicare all'esperienza giurisprudenziale basata sul diritto romano il ruolo di modello difficilmente superabile. La posizione è assunta con fermezza ma con spiccata moderazione, evidente specie quando si affrontano temi delicati quali la tortura, il diritto di grazie e la pena di morte, che viene giustificata in base al diritto naturale all'autodifesa contro l'ingiusta aggressione, parallelo a quello che spetta al sovrano per la difesa dello Stato. Nondimeno, il ricorso alla pena capitale è giudicato assolutamente necessario solo per i delitti veramente atroci, rappresentati dalla lesa maestà, dai «pubblici assassinii» e dagli «omicidi deliberati», e cioè dai reati che – per usare le parole di Giudici – «infrangono il nodo sociale e turbano con premeditata malvagità la pubblica o privata sicurezza delle persone»⁵⁴.

5. I Lumi antiabolizionisti: Gaetano Filangieri

Una posizione assai vicina a quella che accomuna la gran parte dei giuristi postbeccariani era stata assunta, un anno prima della pubblicazione dell'*Apologia* di Giudici, anche da una delle grandi voci dell'illuminismo giusfilosofico europeo, Gaetano Filangieri.

⁵² F. Foggi, *Saggio sopra l'impunità legittima o l'asilo*, Livorno, Falorni, 1774. Cfr. P. Comanducci, *La scuola criminalistica pisana tra Sette e Ottocento*, in L. Berlinguer, F. Colao (a cura di), *Illuminismo e dottrine penali*, cit., pp. 241-304, in part. pp. 251-255.

⁵³ G.M. Lampredi, *Theoremata juris publici universalis*, Livorno, Falorni, 1776-1778. Cfr. P. Comanducci, *La scuola criminalistica pisana*, cit., pp. 241-304, in part. pp. 249-251.

⁵⁴ A. Giudici, *Apologia della giurisprudenza romana. Note critiche al libro intitolato Dei delitti e delle pene*, Milano, Galeazzi, 1784. Cfr. L. Garlati, *Nemo propheta in patria. La proposta abolizionista di Beccaria nel dibattito italiano di fine Settecento tra tiepidi entusiasmi e tenaci opposizioni*, in G. Chiodi, L. Garlati (a cura di), *Un uomo, un libro. Pena di morte e processo penale nel Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. IX-XXXI, in part. pp. XIII-XV.

Nel terzo volume della *Scienza della Legislazione*, edito nel 1783 e dedicato alla materia criminale, la pena di morte è infatti giudicata pienamente legittima in quanto parte integrante del diritto di punire. Filangieri critica espressamente l'argomento contrattualista di Beccaria secondo cui le leggi espressione del diritto di punire sono costituite dalla «somma di minime porzioni della privata libertà di ciascuno», considerandolo (al pari di Kant) un vero e proprio «sofisma» che, se applicato generalmente, finirebbe per privare di legittimità qualsiasi tipo di pena. In realtà – afferma il filosofo napoletano – nello stato di natura ciascuno ha il diritto di togliere la vita a tutti per proteggere la propria ingiustamente minacciata, e il patto sociale non ha fatto altro che trasferire alla società (e dunque al sovrano) e rendere perfetto (in quanto sempre esercitabile) un diritto che in natura tutti avevano su ciascuno e ciascuno su tutti, ma che l'assenza di strutture sociali poteva rendere di difficile esercizio. In altre parole, il diritto di applicare la pena di morte non è un 'nuovo' diritto ma un perfezionamento di quello già esistente nello stato di natura, e deriva da una cessione di diritti esercitabili non su sé stessi ma sugli altri.

Resta il fatto, conclude Filangieri, che il diritto di punire con la morte deve essere esercitato con estrema moderazione per una cospicua serie di buoni motivi. Una sua smodata e arbitraria applicazione porterebbe infatti, come dimostra l'esperienza, alla distruzione del corpo sociale, non consentirebbe di preservarne l'efficacia come strumento di intimidazione generale e speciale, e porrebbe in serio pericolo il fondamentale principio di proporzionalità⁵⁵.

6. *La prima effimera vittoria dell'abolizionismo: la Leopoldina*

Alla metà degli anni Ottanta del Settecento sembra dunque prendere corpo tra i giuristi (e non solo tra essi) una posizione largamente maggioritaria che arresta la recezione della nuova filosofia penale beccariana alle soglie della pena di morte, che deve essere bensì limi-

⁵⁵ G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, III, *Delle leggi criminali*, 2, *Dei delitti e delle pene* (1783), capi 29-30, ed. critica a cura di G. Tocchini e A. Trampus, Venezia, Centro di Studi sull'Illuminismo europeo "Giovanni Stiffoni", 2004, vol. IV, pp. 18-33. Sulla posizione assunta da Filangieri in tema di pena di morte cfr., da ultimo, P. Costa, «Voilà le sophisme qui a séduit tant de publicistes», cit., pp. 197-224. Cfr. inoltre K. Seelman, *Gaetano Filangieri e la proporzionalità fra reato e pena. Imputazione e prevenzione nella filosofia penale dell'Illuminismo*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 31, 2001, 1, pp. 3-25.

tata ai casi che la esigano come *extrema ratio* ma che non deve essere affatto abolita. Nondimeno, la maturità dei tempi cui abbiamo fatto cenno in esordio (e della quale il *Dei delitti e delle pene* è espressione privilegiata) trova proprio in questo momento la sua più significativa conferma grazie a un intervento legislativo destinato in prospettiva ad assumere una straordinaria valenza simbolica.

Ci riferiamo alla promulgazione, il 30 novembre 1786, della *Leopoldina*, quella *Riforma della legislazione criminale toscana* che al § LI per la prima volta sopprime ufficialmente, con un primato probabilmente planetario, la pena di morte sostituendola con i pubblici lavori a vita (dopo circa un quindicennio in cui nel Granducato la pena capitale non era stata più di fatto eseguita). La matrice beccariana di tale scelta normativa, voluta in prima persona da Pietro Leopoldo, è evidente specie se si consultano i lavori preparatori. Nella *Veduta 11* del *Progetto* iniziale il granduca motiva l'abolizione riprendendo quasi alla lettera la prima argomentazione (contrattualistica) di Beccaria: «nessun membro della Società ha potuto trasfondere nella medesima un diritto, che non ha lui stesso sulla sua propria persona»⁵⁶. Il dato è ovviamente significativo, come sono significative le posizioni tutt'altro che univoche assunte in argomento dai consiglieri del sovrano. In particolare, l'auditore Giuliano Tosi ritiene debole l'argomento contrattualistico e sconsiglia di fondare su di esso l'abolizione perché «non tutti ne potrebbero rimaner convinti». Sulla base di questo e di altri suggerimenti, Pietro Leopoldo riscrive interamente il paragrafo eliminando qualsiasi riferimento alle argomentazioni contrattualistiche (e quindi accelerandone l'incipiente declino). In compenso, egli sviluppa altre motivazioni di pieno sapore beccariano: la pena dei lavori pubblici a vita è assai più utile della pena capitale, attua con la sua esemplarità una migliore effetto di prevenzione generale e speciale, e realizza una opportuna mitigazione delle pene che si accorda pienamente con «la maggior dolcezza e docilità di costumi» del popolo toscano e «del presente secolo». Inoltre – e qui siamo di fronte a una motivazione umanitaria che, giova sottolinearlo, era stata fino a quel momento trascurata – l'abolizione della pena di morte consente «la correzione del reo figlio anche esso della Società e dello Stato, della di cui emenda non può mai disperarsi»⁵⁷.

L'esempio di Pietro Leopoldo è in larga parte seguito dal fratello Giuseppe II d'Austria. Anche nei territori ereditari dell'impero

⁵⁶ D. Zuliani, *La riforma penale di Pietro Leopoldo*, Milano, Giuffrè, 1995, II, p. 207.

⁵⁷ Ivi, pp. 207-232.

asburgico le pene capitali non erano di regola più eseguite dal 1781, ed anche nell'impero asburgico il nuovo codice penale del 1787 (probabilmente il primo vero codice penale moderno) abolisce quasi totalmente al § 20 la pena capitale, che viene prevista dal § 53 solo per i reati di «sedizione o tumulto» da perseguire mediante «procedura stataria ossia sommarissima». Conviene peraltro sottolineare come nel codice giuseppino la pena capitale sia sostituita da un sistema di pene alternative di straordinaria durezza, tali da provocare in numerosissimi casi la morte del condannato nel giro di pochi anni⁵⁸.

7. *Alla ricerca della recta ratio*

Gli ulteriori sviluppi del dibattito sulla pena di morte in Italia vanno necessariamente inquadrati alla luce dei mutamenti normativi determinati non solo dalla *Leopoldina* ma anche dai successivi provvedimenti che resero effimera la pur fondamentale decisione abolizionista del 1786. È infatti ben noto che il 30 giugno 1790, a seguito di moti popolari la pena capitale viene reintrodotta in Toscana contro i promotori di tumulti a opera del Consiglio di Reggenza (e in seguito a un dispaccio dello stesso Pietro Leopoldo). È altrettanto noto, poi, che nel 1795 il nuovo granduca Ferdinando estende – con la *Ferdinandina* – la previsione della pena capitale ai reati di lesa maestà umana e divina e agli omicidi premeditati. Analogamente, a partire dal 1796 la pena di morte sarà progressivamente reintrodotta anche in Austria come unico mezzo per proteggere la pubblica sicurezza nei confronti di coloro che, commettendo crimini atrocissimi, dimostrino l'impossibilità di qualsiasi emenda⁵⁹.

Le reazioni a questi sussulti normativi da parte dei giuristi toscani non furono univoche. Nel 1787 Piero Ranucci, allievo di Lampredi e professore di Istituzioni criminali a Pisa, nel commentare in forma anonima la *Leopoldina* sul n. 65 del *Giornale de' letterati*, approva senz'altro l'abolizione della pena capitale, ma sulla base di un'unica empirica motivazione tra quelle enumerate nel § LI della *Leopoldina*, e cioè il «dolce e mansueto carattere della nazione toscana». Per il resto, egli continua a sostenere, come del resto Lampredi e Foggi, la

⁵⁸ A.Cavanna, *Storia del diritto moderno*, II, cit., pp. 294-308.

⁵⁹ M. Da Passano, *Dalla "mitigazione delle pene" alla "protezione che esige l'ordine pubblico"*. *Il diritto penale toscano dai Lorena ai Borbone (1786-1807)*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 105-153; Id., *La pena di morte nel Granducato di Toscana (1786-1860)*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 26, 1996, 1, pp. 39-66.

piena legittimità della pena capitale come diritto del sovrano esercitabile *ex iure necessitatis* e con finalità di intimidazione generale (non a caso Ranucci sarà uno dei principali ispiratori della *Ferdinandina*)⁶⁰.

Sul versante opposto, ampia ed entusiastica è l'apologia delle scelte leopoldine operata da un altro allievo di Lampredi, Cammillo Ciaramelli, nel «trattato filosofico-politico» *Della pena di morte* (pubblicato a Firenze nel 1788), che si risolve in una riproposizione appassionata ma non sempre efficace delle medesime argomentazioni contrattualistiche, utilitaristiche e umanitarie che già erano state sviluppate da Beccaria nel *Dei delitti e delle pene*⁶¹. Particolarmente originale era invece stata, due anni prima e contemporaneamente alla promulgazione della *Leopoldina*, la posizione sostanzialmente abolizionista assunta da Cesare Malanima, giurista ed erudito pisano, nel *Commentario filologico-critico sopra i delitti e le pene secondo il gius divino* (Livorno 1786). Con una serie di argomentazione di natura squisitamente teologica, Malanima aveva sostenuto che mentre nel Vecchio Testamento la morte del reo era conforme al comando divino e aveva il significato di un sacrificio di espiazione e di purificazione per la rottura dell'alleanza con Dio, con l'avvento di Cristo e della Nuova Alleanza tutte le colpe sono espiate con l'Eucaristia, e devono perciò cessare i sacrifici degli animali e degli uomini. In altre parole, il divieto delle pene capitali è conforme al diritto divino della Nuova Alleanza, e conservare la pena di morte significa rifiutare il Nuovo Testamento e l'unico fondamentale sacrificio espiatorio, che è quello di Cristo⁶².

⁶⁰ P. Ranucci, *Nuovo Codice Criminale della Toscana pubblicato il 30 novembre 1786*, in «Giornale de' letterati», 65 (1787), VII, pp. 194-233. Cfr.: P. Comanducci, *La scuola criminalistica pisana*, cit., pp. 90-91; M. Da Passano, *Dalla "mitigazione delle pene" alla "protezione che esige l'ordine pubblico"*, cit., pp. 128-135; P. Costa, «*Voilà le sophisme qui a séduit tant de publicistes*», cit., n. 53.

⁶¹ C. Ciaramelli, *Della pena di morte. Trattato filosofico-politico*, [Firenze], s.t., [1788]. Cfr.: P. Comanducci, *La scuola criminalistica pisana*, cit., pp. 255-257 e 283-294; L. Delia, *Une suite philosophique et politique au chapitre XXVIII de Beccaria. Le traité Della pena di morte de Cammillo Ciaramelli*, in Ph. Audegean et al. (eds.), *Le bonheur du plus grand nombre*, cit., pp. 225-242; P. Costa, «*Voilà le sophisme qui a séduit tant de publicistes*», cit., n. 54 e testo corrispondente.

⁶² C. Malanima, *Commentario filologico-critico sopra i delitti e le pene secondo il gius divino*, Livorno, Masi, 1786. Cfr.: P. Comanducci, *La scuola criminalistica pisana*, cit., pp. 294-297; S. Rotta, *Un avversario della pena di morte: Cesare Malanima*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, I, *Saggi storici*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 467-540; P. Costa, «*Voilà le sophisme qui a séduit tant de publicistes*», cit., n. 55. Mette conto segnalare che una posizione quasi sovrapponibile a quella di Malanima era stata espressa dall'audire Giuliano Tosi nel corso dell'elaborazione del § LI della *Leopoldina*: D. Zuliani, *La riforma penale di Pietro Leopoldo*, cit., II, pp. 215-219.

Dopo le oscillazioni degli anni Ottanta, a metà degli anni Novanta la più significativa manifestazione del ritorno a posizioni antiabolizioniste è rappresentata dal *Saggio di giurisprudenza criminale*, uno scritto giovanile di Giovanni Carmignani che viene edito a Firenze nel 1795 e che sarà in seguito oggetto di ampie ritrattazioni da parte dell'autore. Concepita come generale confutazione delle opinioni di Beccaria a sostegno della controriforma operata dalla *Ferdinandina*, l'opera afferma la necessità della pena capitale innanzitutto respingendo nettamente l'argomento contrattualista e sostituendolo con uno organicista: come al singolo individuo spetta il diritto di conservare se stesso e le parti che lo compongono, così la società ha il diritto di conservare se stessa e le parti che la compongono eliminando metaforicamente gli elementi cancerogeni (e cioè chi rappresenta un pericolo per la società) al fine di salvare l'intero corpo sociale. Passando poi all'argomento utilitarista Carmignani, dopo avere osservato che la giustizia coincide con l'utilità del maggior numero, con una analitica serie di argomentazioni ritiene di poter dimostrare che la pena di morte è utile a fini di prevenzione tanto generale che speciale (e in quest'ultimo caso rappresenta ovviamente un eccellente e insuperabile mezzo di prevenzione...), e conclude che essa è dunque espressione di giustizia. Resta il fatto che, secondo Carmignani, per conservare efficacia alla pena di morte ne deve essere fatto un uso responsabilmente moderato, limitato ai sovversivi, ai traditori e agli omicidi⁶³.

Un analogo auspicio era stato formulato pochi anni prima da un altro illustre criminalista di scuola pisana, Luigi Cremani, che tra il 1791 e il 1793 aveva pubblicato a Pavia, ove insegnava dal 1775, il *De iure criminali libri tres*, poderosa ed enciclopedica opera di sintesi che rappresenta l'approdo forse di maggior spessore tecnico e scientifico dell'opera di mediazione tra tradizione e innovazione svolta dai giuristi postbeccariani. Anche in tema di pena di morte la cauta opinione di Cremani è esemplare della posizione assunta da un'intera generazione di penalisti pratici e accademici, e può essere considerata come il punto di arrivo di una speculazione protrattasi per circa un trentennio e alla quale appartengono numerose opere di minore respiro ma non prive di interesse, come quella dell'avvo-

⁶³ G. Carmignani, *Saggio di giurisprudenza criminale*, Firenze, Cambiagi, 1795. Cfr. P. Comanducci, *Alle origini del diritto penale liberale: Carmignani e la pena di morte*, in S. Vinciguerra (a cura di), *Diritto penale dell'Ottocento. I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, Cedam, 1999, pp. 72-98, in part. pp. 76-87.

cato parmigiano Giuseppe Bonvicini, che nel pubblicare a Parma nel 1787 le sue *Osservazioni sopra varj mezzi di prevenire i delitti nella civile società* aveva auspicato un limitato ricorso alla pena di morte «allor che con la vita del colpevole non possa il ben pubblico conciliarsi»⁶⁴.

Secondo Cremani – che ben conosce le vicende toscane susseguenti alla promulgazione della *Leopoldina* – la pena capitale trova il suo principale fondamento in un diritto di autoconservazione contro ogni lesione illegittima. Tale diritto è proprio del singolo individuo per diritto naturale ma appartiene nello stesso modo anche alla società, e dunque allo Stato, dal momento del suo costituirsi. Il che non significa peraltro che vi si debba fare ricorso in ogni caso. Cremani tende infatti a restringerne l'applicazione ai casi più gravi: egli non accetta la «nimia clementia» degli abolizionisti ma nemmeno la «nimia severitas» dei tradizionalisti, ritiene che la «recta ratio» sia la «media», e conclude che la pena di morte debba essere riservata ai crimini «quae vere gravissima sunt», e in primo luogo ai reati contro lo Stato⁶⁵.

Che agli inizi degli anni Novanta il dibattito avviato dal *Dei delitti e delle pene*, dopo la fiammata abolizionista innescata dalla *Leopoldina*, si stia assestando su un ormai diffuso convincimento circa la legittimità della pena di morte condizionato dall'altrettanto diffusa opinione che ad essa si debba ricorrere solo in un numero assai limitato di casi di particolare gravità, è confermato dalla presa di posizione di un altro esponente di primissimo piano del pensiero penalistico dell'epoca, Giandomenico Romagnosi. Nel 1791 il filosofo emiliano dà alle stampe a Pavia – dedicandola a un freddo Luigi Cremani – la *Genesis del diritto penale*, nella quale non manca di trattare il tema della pena capitale, liquidandolo peraltro in pochi brevi capoversi (i §§ 221-224 e 344-347), quasi a sottolineare la perdita centralità dell'argomento. Secondo Romagnosi il diritto di infliggere la pena di

⁶⁴ G. Bonvicini, *Osservazioni sopra varj mezzi di prevenire i delitti nella civile società*, Parma, Borsi, 1787. Cfr. D. Edigaiti, *Una riforma di fine Antico Regime alla vigilia dell'annessione. Moreau de Saint-Méry e il problema della giustizia criminale nel ducato parmense*, in «Historia et ius», 9, 2016, paper 8, pp. 8-12 (www.historiaetius.eu, 9/2016, paper 8). Cfr. inoltre M.G. di Renzo Villata, *Beccaria e gli altri tra ieri e oggi. Alcune riflessioni a margine della relazione Zagrebelsky*, in V. Ferrone, G. Francioni (a cura di), *Cesare Beccaria: la pratica dei lumi. IV Giornata Firpo*, Firenze, Olschki, 2000, pp. 23-47, in part. pp. 38-39.

⁶⁵ L. Cremani, *De iure criminali libri tres*, Pavia, Galeazzi, 1791-1793, I, p. 146. Cfr. A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia*, cit., pp. 164-165; Th. Vormbaum, *Luigi Cremani über Cesare Beccarias Buch "Von den Verbrechen und von den Strafen"*, in «Journal der Juristischen Zeitgeschichte JoJZG», 4, 2010, 3, pp. 99-103.

morte discende dal diritto di difesa contro ogni ingiusta aggressione che minacci l'esistenza dell'agredito e spetta originariamente sia a ogni singolo individuo sia all'intero corpo sociale. La pena di morte è dunque giusta, a condizione che sia necessaria per distogliere dal commettere reati gravi. Romagnosi non ci dice peraltro in quali casi si manifesti concretamente tale necessità, e nel concludere il suo breve discorso si limita a osservare che saranno le specifiche circostanze di fatto a determinarla⁶⁶.

8. *Tommaso Nani e il nuovo argomento abolizionista:
l'irreparabilità della pena di morte*

Nonostante l'affievolirsi delle contrapposizioni, è proprio all'inizio degli anni Novanta che il dibattito settecentesco sulla pena di morte vive la sua ultima intensa stagione spostandosi nuovamente, come vedremo tra breve, dalle pagine dei dotti e dei polemisti al tavolo di lavoro dei legislatori, e trovando temporaneamente nuova linfa nello sviluppo di un ulteriore argomento abolizionista: la irreparabilità della pena di morte in caso di errore giudiziario.

L'argomentazione è indubbiamente di notevole spessore ed è destinata a una larga diffusione in epoche successive, ma risulta assente nel *Dei delitti e delle pene* e in gran parte del dibattito settecentesco. Solitamente se ne attribuisce la valorizzazione a Jacques-Pierre Brissot de Warville, che in un suo opuscolo del 1781, *Le sang innocent vengé*, lamenta che «lorsque la loi, trompée par les apparences, a fait tomber la tête d'un innocent, l'injustice est irréparable»⁶⁷. In realtà, nello stesso 1781 l'argomentazione in oggetto viene sviluppata in modo assai più approfondito in un piccolo trattato, il *De indicibus, eorumque usu in cognoscendis criminibus*, pubblicato a Pavia in occasione della laurea da un allievo di Cremani, il valtellinese Tommaso Nani, destinato a succedere al maestro sulla cattedra penalistica dell'ateneo ticinese.

Nani ridefinisce il problema della pena capitale in base a parametri totalmente nuovi in quanto lo inquadra in una dimensione squisitamente tecnico-processuale, sottesa al passaggio dal tradizionale sistema della prova legale a quello della certezza morale. La possibilità di irrogare la pena capitale deve poggiare, a giudizio di Nani,

⁶⁶ G.D. Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, Pavia, Stamperia del Monastero di San Salvatore, 1791, pp. 110-111 e 156-157.

⁶⁷ J.-P. Brissot de Warville, *Le sang innocent vengé, ou Discours sur les réparations dues aux accusés innocents*, Berlin-Paris, Desauges, 1781, p. 53.

su un fondamento assai più consistente di una piena prova che sia tale secondo i criteri comunemente accettati. La pena di morte deve infatti richiedere, per essere pronunciata, un cumulo probatorio in pratica corrispondente alla *fisica evidenza*, rarissima certo a verificarsi ma non del tutto impossibile. Quando, e si tratta della stragrande maggioranza dei casi giudiziari, tale fisica evidenza – l'«*ipsa veritas*» – non può essere conseguita, quando cioè il giudice decide sulla base della «*probabilitas*» che presiede alla formazione della certezza morale e che deriva dalla prova per testimoni, documenti o indizi, il ricorso alla pena capitale deve essere *disapprovato* («*extremum supplicium improbari debet*»), e il giudice deve applicare una pena che comporti per il condannato un danno almeno in parte riparabile qualora si verifichi il caso, sempre possibile, di un errore giudiziario. A questa posizione di principio Nani aggiunge poi un ulteriore rilievo assai utile per chiarire la sua personalissima considerazione della delicata questione. Il fatto che il «*damnum*» provocato dalla pena capitale risulti ovviamente definitivo e irreparabile spinge il giovane giurista valtellinese, nelle ultime righe della sua opera, ad abbandonare per un momento la cauta e circospetta scelta dei termini che solitamente caratterizza il suo lavoro e lo induce ad affermare apertamente («*vehementissime*») che, proprio in conseguenza di questa irreparabilità, *mai* il sovrano dovrebbe esercitare nei confronti dei cittadini «*ex causa delicti*» lo «*ius vitae et necis*», e che la pena di morte dovrebbe essere *sempre* evitata («*proscripta*»), anche nei casi di confessione spontanea dell'imputato⁶⁸.

9. *Le ultime battaglie dell'abolizionismo illuminista*

Più avanti nel corso della sua carriera Nani non mancherà di rientrare prudentemente nella schiera ormai largamente maggioritaria di coloro che, pur disapprovando il ricorso eccessivo alla pena capitale, la reputavano tuttavia non eliminabile in assoluto⁶⁹. Ciò che peraltro

⁶⁸ T. Nani, *De indicis, eorumque usu in cognoscendis criminibus liber singularis*, Pavia, Tipografia del Monastero di San Salvatore, 1781, pp. 179-183. Cfr. G.P. Massetto, *Osservazioni sulla Leopoldina in Lombardia*, in L. Berlinguer, F. Colao (a cura di), *La "Leopoldina" nel diritto e nella giustizia in Toscana*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 355-437, ora in Id., *Saggi di storia del diritto penale lombardo (Sec. XVI-XVIII)*, Milano, Led, 1994, pp. 425-494, in part. pp. 475-481; E. Dezza, *Tommaso Nani e la dottrina dell'indizio nell'età dei lumi*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 100-110.

⁶⁹ T. Nani, *Nuova legislazione criminale da osservarsi nella Toscana*, Milano, Stamperia del Genio tipografico, 1803, pp. 62-63. Cfr. A. Cavanna, *La codificazione penale*

rileva in questa sede è il fatto che proprio il tema dell'irreparabilità della pena capitale – accuratamente sviluppato in ottica processuale da Nani – è destinato a salire alla ribalta in due memorabili occasioni, prive di effetti concreti ma ricche di valenze ideali. Intendiamo riferirci alle discussioni svoltesi a Milano nel gennaio del 1792 nell'ambito della Giunta nominata da Leopoldo II allo scopo di approntare un progetto di codice penale per la Lombardia Austriaca e all'intervento operato da Robespierre davanti all'Assemblea Costituente meno di un anno prima, il 30 maggio 1791, nel corso dello storico dibattito sull'inserimento della pena capitale nel codice penale della Rivoluzione⁷⁰.

La corrente di minoranza della Giunta penale lombarda, formata – oltre che da Francesco Gallarati Scotti – dal già menzionato Paolo Risi e da Cesare Beccaria, si oppone infatti, salvi casi eccezionali, al ricorso alla pena capitale non solo perché la giudica, con argomentazioni non nuove, «non giusta» in quanto «non necessaria» e «meno efficace della pena perpetua», ma anche perché essa risulta «irreparabile», e tale irreparabilità viene presa in considerazione sia dal punto di vista della «inevitabile imperfezione delle umane prove» che sotto il profilo dei «limiti della certezza morale»⁷¹.

Robespierre, dal canto suo, alcuni mesi prima aveva avuto modo di sottolineare, in modo indubbiamente stringato ma con non minore efficacia, che «les jugements humains ne sont jamais assez certains pour que la société puisse donner la mort à un homme condamné par d'autres hommes sujets à l'erreur», e che anche nel più perfetto degli ordinamenti giudiziari e tra i più integri e illuminati giudici «il restera toujours quelque place à l'erreur et à la prévention»⁷².

Come ben noto, a Parigi come a Milano le ultime battaglie dell'abolizionismo settecentesco si chiudono con una sconfitta in quanto sia il *Code Pénal* del 1791 sia il progetto della Giunta milanese finiscono per ammettere a beneficio dell'«utile pubblico» la pena di morte, anche se in un numero di casi largamente minore rispetto agli assetti

in Italia, cit., p. 163, n. 350; G.P. Massetto, *Osservazioni sulla Leopoldina in Lombardia*, cit., pp. 474-477.

⁷⁰ Cfr. M. Da Passano, *La pena di morte nella Francia rivoluzionaria e imperiale*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 27, 1997, 2, pp. 379-426; Id. *Emendare o intimidire? La codificazione del diritto penale in Francia e in Italia durante la Rivoluzione e l'Impero*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 33-37.

⁷¹ A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia*, cit., pp. 151-171 e 193-196.

⁷² *Archives Parlementaires*, XXVI, Paris, Dupont, 1887, pp. 622-623. Cfr. A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia*, cit., pp. 155-156 e 167.

tradizionali. Queste chiare scelte normative, unitamente ai *revirements* che si registrano negli stessi anni in Toscana e in Austria, pongono sostanzialmente fine alla fase illuministica della battaglia – che per gli abolizionisti era assurda a vera e propria «crociata intellettuale»⁷³ – pro o contro la pena capitale. Le posizioni abolizionista viene definitivamente messa in crisi dall'affievolirsi delle spinte ideali ma anche, e in misura non indifferente, dall'avviata opera di codificazione, che sia in area mitteleuropea, sia in Italia, sia nella Francia della Rivoluzione mette a dura prova le dichiarazioni di principio nel momento in cui le confronta con le urgenze dei tempi⁷⁴. Essa ha comunque ottenuto un primo risultato tutt'altro che trascurabile: quello di diffondere e consolidare anche tra gli avversari dell'abolizione la percezione della pena di morte come castigo «orribile» – l'espressione, si badi bene, è utilizzata dai membri della Giunta milanese favorevoli al mantenimento della pena capitale – ancorché talvolta necessario⁷⁵.

In Francia gli avversari della pena capitale godranno ancora di un breve ed effimero trionfo nel 1795, quando la Convenzione, senza alcuna pratica conseguenza, voterà il 4 brumaio anno IV la soppressione della pena di morte «à dater du jour de la publication de la paix générale»⁷⁶. In Italia cercheranno di mantenere accesa la fiaccola abolizionista – a dire il vero con ben poco seguito – autori come Giovanni Compagnoni, che negli *Elementi di diritto costituzionale democratico*, pubblicati a Venezia nel 1797, sosterrà l'illegittimità della pena capitale rivisitando e riassessando gli argomenti contrattualistici e utilitaristici ereditati da Beccaria⁷⁷. Sarà però necessario attendere l'esaurirsi della parabola napoleonica e il consolidarsi della Restaurazione per assistere al progressivo rinascere di un sempre più diffuso interesse per il tema della pena di morte (e della sua abolizione).

Da un punto di vista strettamente dottrinale, l'aspetto forse più significativo del temporaneo esaurimento della forza propulsiva dell'abolizionismo che si registra intorno al 1790 è individuabile nel

⁷³ A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia*, cit., p. 171.

⁷⁴ E. Dezza, *La risposta del legislatore. Riforme e restaurazioni nella giustizia penale dopo Beccaria*, in G. Panizza (ed.), *Da Beccaria a Manzoni. La riflessione sulla giustizia a Milano: un laboratorio europeo*, Milano, Silvana Editoriale, 2014, pp. 81-99.

⁷⁵ A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia*, cit., pp. 172-173.

⁷⁶ Ivi, p. 168, n. 367.

⁷⁷ G. Compagnoni, *Elementi di diritto costituzionale democratico ossia principi di giurispubblico universale*, Venezia, Pasquali, 1797, VI, *Esame di un dubbio importante sul diritto di vita e di morte*, pp. 99-122. Si rinvia, in argomento, a P. Costa, «Voilà le sophisme qui a séduit tant de publicistes», cit., pp. 220-224.

deciso tramonto dell'impostazione contrattualistica del problema del diritto di punire e della pena di morte. Assolutamente centrale nel *Dei delitti e delle pene*, questa impostazione 'filosofica' aveva già mostrato le prime evidenti crepe in occasione dei lavori preparatori della *Leopoldina* ed era stata progressivamente percepita – con sempre maggiore insofferenza – come puramente teorica e meramente accademica. Quando, nel secondo quarto del XIX secolo, i pubblicisti e i penalisti italiani ed europei riapriranno il dibattito sulla legittimità della pena di morte, lo faranno con argomentazioni politiche e scientifiche di ben differente impostazione, caratterizzate da minore astrazione e da maggiore concretezza. E mentre Romagnosi nella *Memoria sulle pene capitali* del 1830 non esiterà a dileggiare la «favoletta del contratto sociale»⁷⁸, uno dei primi giuristi a incamminarsi sui rinnovati itinerari della civiltà giuridica con una celebre *Lezione sulla pena di morte*, data alle stampe a Pisa nel 1836, sarà proprio quel Giovanni Carmignani che, oltre quarant'anni prima, aveva contribuito a scolpire l'epitaffio dell'abolizionismo illuminista⁷⁹.

⁷⁸ G.D. Romagnosi, *Memoria sulle pene capitali* (1830), in *Opere di G.D. Romagnosi*, a cura di A. De Giorgi, IV, 1, *Scritti sul diritto penale*, Milano, Perelli e Mariani, 1841, pp. 419-428, in part. p. 424.

⁷⁹ G. Carmignani, *Una lezione accademica sulla pena di morte detta nella Università di Pisa il 18 marzo 1836*, Pisa, Nistri, 1836. Cfr. P. Comanducci, *Alle origini del diritto penale liberale*, cit., pp. 93-98.

Gli Autori

PAOLO BORGNA – Presidente dell'Istituto piemontese per la Storia della Resistenza e della Società Contemporanea “Giorgio Agosti” (Istoreto). Già magistrato, è stato Procuratore aggiunto presso la Procura della Repubblica di Torino.

PIETRO COSTA – Professore emerito di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università di Firenze. Socio corrispondente dell'Accademia dei Lincei.

FRANCA D'AGOSTINI – Professoressa di Logica e argomentazione presso l'Università Statale di Milano.

ETTORE DEZZA – Professore emerito di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università di Pavia.

LUIGI FERRAJOLI – Professore emerito di Filosofia del diritto presso l'Università Roma Tre.

MARIA ROSARIA FERRARESE – è stata Professoressa ordinaria di Sociologia del diritto presso l'Università di Cagliari e docente stabile presso la Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione di Roma.

ANTONELLA MENICONI – Professoressa ordinaria di Storia delle istituzioni politiche presso l'Università di Roma “La Sapienza”, dove dirige la Scuola di specializzazione in beni archivistici e librari. Presidente della Società per gli studi di storia delle istituzioni.

FRANCESCO PALAZZO – Professore emerito di Diritto penale presso l'Università di Firenze.

VITTORIO VILLA – è stato Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università di Palermo.

MASSIMO VOGLIOTTI – Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università del Piemonte Orientale. Responsabile scientifico della Cattedra Galante Garrone.

GUSTAVO ZAGREBELSKY – Professore emerito di Diritto costituzionale presso l'Università di Torino. Socio nazionale dell'Accademia dei Lincei. Presidente emerito della Corte costituzionale.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2022
presso Geca Industrie Grafiche, San Giuliano Milanese

Il volume intende ricordare e far conoscere a un pubblico più ampio i primi dieci anni della «Cattedra Galante Garrone», istituita nel 2010 presso l'Università del Piemonte Orientale grazie al contributo delle Fondazioni Cariplo e Cassa di Risparmio di Alessandria. Intitolata alla memoria di Alessandro Galante Garrone – giudice, partigiano della formazione «Giustizia e Libertà», storico ed editorialista de «La Stampa» – la Cattedra è nata con l'intento di sensibilizzare gli studenti ai valori che hanno ispirato il pensiero e l'azione del “mite giacobino” e che costituiscono l'humus da cui è germogliata la nostra Carta costituzionale. Dopo aver ricordato l'origine, il significato e i contenuti del progetto, il volume propone delle “lezioni”, scritte – a partire dai temi dei loro corsi – dai docenti cui la Cattedra è stata affidata.

Massimo Vogliotti è professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università del Piemonte Orientale, dove è responsabile scientifico della «Cattedra Galante Garrone». Ricercatore associato del «Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques» dell'Università Saint-Louis di Bruxelles, fa parte del comitato scientifico delle riviste «Droit et Société», «Sociologia del diritto», «Les cahiers de la justice» e della «Revue interdisciplinaire d'études juridiques». Tra le sue pubblicazioni, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica* (Giappichelli 2007), *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale* (Giappichelli 2011), *Pour une nouvelle éducation juridique* (a cura di, L'Harmattan 2018), *Les nouveaux chemins de la légalité. Au-delà de la modernité juridique* (Presses de l'Université Saint-Louis 2019).

www.rosenbergesellier.it

ISBN: 9791259931559



EURO 28,00