

GIUGNO 2021

d  
q

XXI. 2021/1

diritto & questioni pubbliche

SULL'EDUCAZIONE  
GIURIDICA





COMITATO EDITORIALE

*Direzione*

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

*Redazione*

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

COMITATO SCIENTIFICO

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

© 2021, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo

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

ISSN 1825-0173

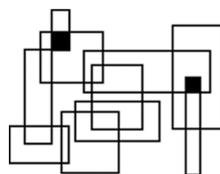
Double-Blind Peer Review

Banche dati: Scopus, Heinonline, Elsevier

Progetto grafico e impaginazione rospeinfrantumi

Tutti i diritti riservati

# SULL'EDUCAZIONE GIURIDICA



Diritto & Questioni Pubbliche  
XXI 2021 /1 (giugno)



Ricordo di  
Eugenio Bulygin  
(1931 - 2021)



# Ricordo di Eugenio Bulygin

TECLA MAZZARESE

«Eugenio [... a] todos nos ha [...] dato testimonio de que se puede trabajar intelectualmente y lograr niveles de excelencia con alegre seriedad y hasta con sonora risa»  
[E. Garzón Valdés<sup>1</sup>]

## *Quasi un ricordo*

Non so se essere grata a Giorgio Pino per avermi sollecitato a scrivere un ricordo di Eugenio Bulygin.

Non so se essergli grata perché Eugenio Bulygin non è stato soltanto uno studioso che ha avuto una grande influenza sulla mia formazione di studiosa (il mio primo lavoro – dopo una recensione a *Position and Change. A Study in Law and Logic*, libro del 1977 di Lars Lindahl – è stato proprio un articolo<sup>2</sup> su un saggio di Carlos Alchourrón ed Eugenio Bulygin<sup>3</sup>) ma è stato anche, e non meno significativamente, un amico, un buon amico, un caro amico per quasi quarant'anni (lo avevo incontrato per la prima volta a Bologna, nel 1984, in occasione del convegno *Reason in Law* e, dopo averlo visto un'ultima volta a Lisbona nel 2015 in occasione del *XXII Seminário Luso-Hispano-Franco-Italiano de teoria do direito*<sup>4</sup>, avevamo continuato a scriverci, informandoci a vicenda dei nostri lavori, delle nostre letture, della nostra vita e lui, in particolare, nonostante gli sforzi per dissimularlo, sempre più triste dopo la scomparsa di Elvira, raccontandomi dei figli, dei nipoti e, da ultimo, anche di una graditissima nuova compagnia: Mishka, un gatto «persa muy peludo, juguetón y alegre»<sup>5</sup>).

Combinazione, quella fra debito scientifico e amicizia, che mi ha sempre messo in grande difficoltà nel condividere pubblicamente ricordi personali o anche solo aneddoti accademici. Difficoltà, in particolare, che non sono riuscita a superare, qualche anno fa, riguardo alla richiesta di Georg Meggle di contribuire a un *liber amicorum* in memoria di Georg Henrik von Wright<sup>6</sup>, né, pochi mesi addietro, riguardo alla sollecitazione di Roberto Conti ad unirmi a chi, su *Giustizia insieme*, ha testimoniato il proprio cordoglio per la scomparsa di Michele Taruffo.

Difficoltà alla quale questa volta non potrò però sfuggire. Bulygin infatti non è mai stato troppo indulgentemente comprensivo riguardo alle mie lamentele che (quale che ne fosse la causa o la ragione) tendeva a non prendere mai troppo sul serio. E, anche in questo caso, ne sono

\* Professoressa ordinaria, Università degli Studi di Brescia. E-mail: [tecla.mazzarese@unibs.it](mailto:tecla.mazzarese@unibs.it).

<sup>1</sup> GARZÓN VALDÉS 2007, 223.

<sup>2</sup> MAZZARESE 1981.

<sup>3</sup> ALCHOURRÓN, BULYGIN 1979.

<sup>4</sup> In quell'occasione, a conclusione del Congresso, avevamo entrambi preso parte alla tavola rotonda su *Direito e Lógica em Georg Hnerink von Wright*; Bulygin nella veste di moderatore, io in quella di relatrice. Una tavola rotonda per entrambi molto coinvolgente anche sotto il profilo affettivo perché, per quanto in tempi e modi diversi, per quanto in prospettive non coincidenti, von Wright aveva giocato un ruolo fondamentale nella vita e nella formazione culturale di ognuno di noi e la sua amicizia, diversamente declinata con ognuno di noi, aveva contribuito a innescare un circolo virtuoso di legami reciproci. Una grande ammirazione e un sincero affetto quello che ciascuno di noi nutriva per von Wright, un filosofo di rarissima onestà intellettuale, sempre pronto a ridiscutere e a sottoporre al vaglio la tenuta delle proprie tesi; sempre preoccupato non tanto del consenso di cui potevano godere le proprie teorie e le proprie posizioni quanto piuttosto del loro rigore e della loro correttezza; ma anche, e non meno significativamente, un uomo curioso, aperto e attento e, con Elisabeth, compagna della sua vita, sempre generoso e accogliente.

<sup>5</sup> Così BULYGIN, in una sua mail del 26 dicembre 2019.

<sup>6</sup> MEGGLE, VIKKO 2016.

convinta, non avrebbe preso troppo sul serio le ragioni del mio disagio né, ancor meno, di una mia possibile defezione. Cedendo quindi alla graffiante ironia di quella che sarebbe stata la sua prevedibile reazione a qualunque mia ritrosia, proverò a scriverne.

Proverò a farlo, evitando però di elencare o chiosare le principali ragioni del rilievo e dell'influenza della produzione scientifica sua, e del "mitico" Carlos Eugenio Bulyrrón<sup>7</sup>, per la filosofia del diritto di indirizzo analitico in Argentina, in America latina, negli Stati Uniti, nei paesi dell'Europa occidentale e da ultimo, con la traduzione in russo di *Normative Systems*<sup>8</sup>, anche nei paesi dell'Europa Orientale<sup>9</sup>; accadimento, quest'ultimo, di cui era orgogliosamente fiero, lui che – come racconta nel 1993 in una intervista a Ricardo Caracciolo – era nato «en 1931 en un país hoy inexistente: la Unión Soviética»<sup>10</sup>, paese al quale lui e la sua famiglia, nel 1949, avrebbero deciso di non fare ritorno, emigrando in Argentina, dopo che, nel 1943, erano stati deportati in Germania a seguito dell'invasione tedesca, e dopo che, alla fine della guerra, nel 1945, avevano vissuto alcuni anni in Austria<sup>11</sup>.

Non solo, proverò a farlo evitando anche di indulgere a notazioni estranee alla sua figura di studioso. Dei "meriti" e dei "demeriti" di Eugenio Bulygin ha già scritto magistralmente Ernesto Garzón Valdés almeno in due occasioni. Una, in particolare, nel 1997, non solo offrendo una puntuale ricognizione delle sue discutibili capacità di diplomatico, di guidatore, di *gaucho* e di raccogli-tore di funghi ma anche e non meno dettagliatamente elencandone le doti di bevitore, di esperto in arte romanica, di giardiniere, di cuoco, di distillatore (e altro ancora)<sup>12</sup>. E poi ancora, nel 2007, quando, con una impareggiabile "leggerezza" che Italo Calvino avrebbe molto apprezzato, Garzón Valdés decide di «formularle tres preguntas relacionadas con su concepción de la vida y lo vivido y – adelantándonos a los comentarios que ellas pueden provocarle – sugerir respuestas conjeturales que contribuyan a un mejor conocimiento de su – supongamos – ya madura personalidad»<sup>13</sup>. Tre domande, o più correttamente tre sequenze di domande le cui presunte risposte da parte di Bulygin trovano un felice epilogo là dove Garzón Valdés chiosa «A todos nos ha [...] dato testimonio de que se puede trabajar intelectualmente y lograr niveles de excelencia con alegre seriedad y hasta con sonora risa»<sup>14</sup>. Parole, queste, che anticipano la giocosa ironia di quelle suggerite dallo stesso Bulygin a Bonnie Litschewski Paulson, a conclusione di un schizzo (auto)biografico scritto a quattro mani: «Bulygin's main philosophical interests are (normative) logic, logical structures of legal concepts, and analytical philosophy, but these are not, of course, his only interests. He likes dogs and horses, he says, as well as "architecture, literature (especially Russian), chess, and, above all, the company of friends and nice ladies"»<sup>15</sup>.

<sup>7</sup> Questa, come si legge nella *Introducción* a ALCHOURRÓN, BULYGIN 1991, XVII, potrebbe essere la corretta dizione del nome dell'autore di tutti i saggi raccolti nel volume, indipendentemente dal fatto che la loro rispettiva firma sia quella di Alchourrón e/o di Bulygin. Sintonia filosofica, quella fra Alchourrón e Bulygin, iniziata a Buenos Aires nelle aule dell'Università, entrambi allievi dell'ammiratissimo Ambrosio Gioja.

<sup>8</sup> ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971; la traduzione russa, di M.V. Antonov e E.N. Lisanyuk, mi ricorda Pablo Navarro che ringrazio, è apparsa in *Russian Yearbook of Law*, 3, 2010, 280 ss. e poi ripubblicata, assieme ad altri suoi saggi, in ALCHOURRÓN, BULYGIN 2013.

<sup>9</sup> Di questo hanno già fornito analisi attente, puntuali e dettagliate, ad esempio, CHIASSONI, GUASTINI, RATTI 2007, NAVARRO 2007, NAVARRO 2011 e NAVARRO 2015, HILPINEN 2015. E ancora, di certo non mancheranno ancora altre analisi attente e puntuali nella prossima pubblicazione, curata da Navarro, di quello che avrebbe dovuto essere un *Festschrift* per il novantesimo compleanno di Bulygin e, a pochi mesi dalla sua pubblicazione, si è trasformato in un omaggio alla memoria.

<sup>10</sup> Eugenio Bulygin è nato nella città di Jarkov, in Ucraina.

<sup>11</sup> CARACCILO 1993.

<sup>12</sup> GARZÓN VALDÉS 1998.

<sup>13</sup> GARZÓN VALDÉS 2007, 218-219.

<sup>14</sup> GARZÓN VALDÉS 2007, 223.

<sup>15</sup> BULYGIN, LITSCHESKI PAULSON 2015, 363.

## Un confronto che continua

E così, dopo avere escluso di avventurarmi vuoi sul terreno, già più volte autorevolmente esplorato, della fortuna della sua vasta produzione scientifica (inclusa naturalmente quella del “leggendario” Carlos Eugenio Bulyrón), vuoi su quello insidioso di una non facile disamina di suoi pregi e difetti, già mirabilmente tratteggiata da Garzón Valdés e in larga misura confermata dallo stesso Bulygin, quello che vorrei provare ad affrontare sono piuttosto i termini di un confronto riguardo a un tema sul quale, se e quando ne abbiamo fatto menzione, lo abbiamo fatto di sfuggita. Il tema, in particolare, che, riprendendo una formulazione dello stesso Bulygin, può sintetizzarsi, nell’apparente alternativa fra due interrogativi: “Perché la logica? Perché non occuparsi piuttosto della realtà giuridica?” Non, quindi, uno dei diversi profili della complessa e plurale analisi logica del diritto, delle sue categorie e del suo linguaggio sui quali, spesso senza trovare un accordo, ci si è più volte confrontati (come, ad esempio, nel caso della caratterizzazione delle norme di competenza, delle forme e dei modi della discrezionalità dell’interpretazione giuridica, della problematicità della nozione di proposizioni normative o della distinzione, in alcuni calcoli di logica deontica, fra “permesso forte” e “permesso debole”) quanto piuttosto sull’alternativa, tanto fuorviante quanto ancora ricorrente in ambito della filosofia analitica del diritto, tra due opzioni che di per sé non sono affatto in contrasto.

Contrapposizione, quella fra “logica” e “realtà giuridica”, tracciata (o solo presupposta) in nome della gloriosa tradizione logico-filosofica del Circolo di Vienna (che di per sé non ha però alcun esplicito legame con il diritto) e soprattutto in nome di una lettura intransigentemente radicale della sin troppo spesso citata settima proposizione del *Tractatus logico-philosophicus* di Ludwig Wittgenstein: «Su ciò, di cui non si può parlare, si deve tacere»<sup>16</sup>.

Contrapposizione, quella fra “logica” e “realtà giuridica”, presupposta dallo stesso Bulygin sia nei termini in cui richiama una critica che più volte gli è stata rivolta sia nei termini della sua replica. Scrive infatti Bulygin

«Ci si potrebbe domandare, e molte volte mi è stato domandato: perché la logica? perché non occuparsi piuttosto della realtà giuridica? La risposta è molto semplice: la filosofia in generale e la filosofia del diritto in particolare non si occupano della realtà, giacché questo è l’oggetto delle diverse scienze, ivi inclusa la scienza giuridica. La filosofia si occupa degli aspetti necessari della realtà: idee, concetti, o sintesi apriori, che dir si voglia. Ciò implica l’adesione all’idea che la filosofia sia essenzialmente analisi concettuale. Da questo punto di vista, la filosofia del diritto consiste fondamentalmente nell’analisi dell’apparato concettuale mediante il quale i giuristi pensano questo fenomeno complesso che chiamiamo “diritto”»<sup>17</sup>.

Ma perché questa contrapposizione? E perché mai formulata in questi termini?

A ben vedere una prima “smentita” di questa contrapposizione la offre lo stesso Wittgenstein e non solo perché – dopo il *Tractatus*, a dispetto della perentorietà dell’enunciazione della sua settima proposizione – ha molto parlato ai suoi studenti di Cambridge e molto ha scritto<sup>18</sup> di argomenti riconducibili all’ambito di “ciò di cui non si può parlare”. Ma non solo. Un’ulteriore “smentita” è offerta da Wittgenstein non solo dai suoi appunti – della cui pubblicazione si sarebbero occupati i suoi esecutori testamentari – ma dallo stesso *Tractatus*, là dove la proposizione 4.112 afferma

<sup>16</sup> WITTGENSTEIN 1968 [1961].

<sup>17</sup> BULYGIN 2009, 273-274; con un titolo leggermente diverso e con qualche integrazione nella sua parte iniziale, una versione spagnola è apparsa sempre nel 2009; la traduzione inglese (della versione spagnola) di Litschewski Paulson è apparsa in BULYGIN 2015, 355-359.

<sup>18</sup> Scritto molto anche se, della pubblicazione dei suoi appunti, alla morte, avrebbero dovuto occuparsi i curatori testamentari: Elisabeth Anscombe, Rush Rhees e George Henrik von Wright.

«Scopo della filosofia è la chiarificazione logica dei pensieri. La filosofia è non una dottrina, ma un'attività. Un'opera filosofica consta essenzialmente d'illustrazioni. Risultato della filosofia non sono "proposizioni filosofiche", ma il chiarirsi di proposizioni. La filosofia deve chiarire e delimitare nettamente i pensieri che altrimenti, direi sarebbero torbidi e indistinti».

E quale ambito se non quello della realtà, della varietà e pluralità delle sue diverse percezioni e delle sue discordi letture, è la fonte più immediata e l'oggetto più complesso di "pensieri torbidi e indistinti"?

E poi, quale analisi logica consente un "chiarirsi di proposizioni"? Piaccia o no, le proposizioni sono relative a "stati di cose" e, anche a volere circoscrivere gli stati di cose a quelli relativi alla sola dimensione empirica della realtà, le letture delle proposizioni che li hanno ad oggetto possono essere condizionate da concezioni e percezioni fra loro diverse. Da qui il (ri)fiorire, a partire dai primi decenni del novecento, dell'elaborazione di una pluralità varia ed eterogenea di calcoli di logiche non-classiche – logiche polivalenti, paraconsistenti, defettibili, *fuzzy* o del ragionamento approssimato, e poi ancora, di quelle riconducibili al caleidoscopico universo delle logiche filosofiche (fra le quali: le logiche alethiche, deontiche, doxastiche)<sup>19</sup> – idonee a render conto di modelli argomentativi condizionati, secondo i casi, da letture filosoficamente differenti della realtà. Da qui due ovvie conseguenze: (i) la complessità e pluralità del reale sollecita la moltiplicazione dell'elaborazione di calcoli logici diversi per render conto dell'eterogeneità delle sue possibili letture e concezioni; (ii) una rigorosa analisi concettuale non è di per sé condizione né necessaria né sufficiente per decidere della (non) razionalità dei propri risultati proprio perché non esclude ma comporta l'individuazione e distinzione di possibili forme logiche differenti di ciò che ne è oggetto.

E ancora, se da argomenti di filosofia della logica si passa ad argomenti più specificamente pertinenti alla filosofia del diritto, la contrapposizione fra logica e realtà giuridica diventa ancor più fuorviante. Come si può, nei termini in cui lo fa Bulygin, rivendicare che «la filosofia del diritto consiste fundamentalmente nell'analisi dell'apparato concettuale mediante il quale i giuristi pensano questo fenomeno complesso che chiamiamo "diritto"»<sup>20</sup> e, al tempo stesso, proclamare, che «la filosofia del diritto non si [occupa] della realtà [...] giacché questo è l'oggetto [... della] scienza giuridica»? «[L']apparato concettuale mediante il quale i giuristi pensano» il "diritto" condiziona ed è condizionato infatti dalla continua trasformazione della realtà giuridica, condiziona ed è condizionato dalle mutazioni dei criteri in relazione ai quali, in tempi e luoghi differenti, si decide della sua individuazione, interpretazione e applicazione. In altri termini, le ripetute trasformazioni del diritto sono «aspetti necessari della realtà» giuridica dalle quali non può prescindere la tematizzazione delle categorie concettuali necessarie a render conto delle diverse forme in cui il diritto ha trovato espressione in tempi e luoghi differenti.

Non so di quante delle notazioni che precedono Bulygin avrebbe drasticamente decretato che «están totalmente equivocadas», secondo una formula che gli piaceva usare, spesso enfatizzandola scherzosamente. Voglio comunque sperare che ne avrebbe salvata qualcuna così come, nella replica a un mio intervento<sup>21</sup>, dopo aver contestato la plausibilità di considerare il costituzionalismo del secondo novecento «un nuevo paradigma del derecho» perché «no hay en él nada esencialmente nuevo más que la ampliación de la lista de los derechos fundamentales que ya estaban

<sup>19</sup> In tema di logiche non-classiche, di logiche filosofiche e di filosofia della logica non possono non citarsi i volumi di HAACK 1974 [ried. 1996] e HAACK 1978. E ancora, in particolare, sul fondamentale contributo di Georg Henrik von Wright allo sviluppo delle logiche filosofiche anche ma non solo con la tematizzazione di una teoria generale delle modalità e con la pubblicazione nel 1951 di uno dei primi articoli sulla logica deontica, rinvio a MAZZARESE 2018.

<sup>20</sup> BULYGIN 2009, 274.

<sup>21</sup> MAZZARESE 2007.

contenidos en las viejas constituciones del siglo XIX»<sup>22</sup>, nondimeno era disposto (i) a condividere in pieno la mia affermazione che il costituzionalismo del secondo novecento «no tiene por qué ser interpretado como un neo-ius-naturalismo» e, soprattutto, (ii) a considerare degna di un ulteriore sviluppo la mia affermazione che «el viejo modelo según el qual todo derecho es fundamentalmente derecho estatal está en profunda crisis, no sólo por el surgimiento de autonomías regionales y órdenes jurídicos supranacionales, sino también por la creciente injerencia del derecho internacional»<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> BULYGIN 2007, 184.

<sup>23</sup> BULYGIN 2007, 185.

*Riferimenti bibliografici*

- ALCHOURRÓN C.E., BULYGIN E. 1971. *Normative Systems*, Springer Verlag.
- ALCHOURRÓN C.E., BULYGIN E. 1979. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Oficina Latino-Americana de Investigaciones jurídicas y sociales.
- ALCHOURRÓN C.E., BULYGIN E. 1991. *Análisis Lógico y derecho. Prologo de Georg H. von Wright*, Centro de Estudios Constitucionales.
- ALCHOURRÓN C.E., BULYGIN E. 2013. “Normativnye sistemy” i drugie raboty paboty po filosofii prava i logike norm, Università di San Pietroburgo (trad. russa di M.V. Antonov e E.N. Lisanyuk di *Normative systems y otros trabajos sobre la filosofía del derecho y lógica de normas*. La prima traduzione russa di *Normative Systems*, sempre ad opera di Antonov e Lisanyuk, era apparsa per la prima volta in «Russian Yearbook of Law», 3, 2010, 280 ss).
- BULYGIN E. 2007. *Tecla Mazzaresse sobre el positivismo y la globalización del derecho*, in MORESO J.J., REDONDO M.C. (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Marcial Pons, 2007, 185 s.
- BULYGIN E. 2009. *La mia filosofia del diritto*, in «Ragion Pratica», 32, 273 ss. (trad. it. di R. Guastini da *Mi filosofía del derecho, Lectio doctoralis* pronunciata presso l'Università di Alicante. Versione spagnola: *Mi Visión de la filosofía del derecho*, in «Doxa», 32, 2009, 85-90; trad. ingl. di B. Litschewski Paulson, *My View of the Philosophy of Law*, in BULYGIN E., *Essays in Legal Philosophy*, a cura di C. BERNAL, C. HUERTA, T. MAZZARESE, J.J. MORESO, P. NAVARRO, S. PAULSON, Oxford University Press, 2015, 355-359).
- BULYGIN E., LITSCHESKI PAULSON B. 2015. *An (Auto)biographical Sketch (2014)*, in BULYGIN E., *Essays in Legal Philosophy*, a cura di C. BERNAL, C. HUERTA, T. MAZZARESE, J.J. MORESO, P. NAVARRO, S. PAULSON, Oxford University Press, 2015, 360 ss.
- CARACCILO R. 1993. *Entrevista a Eugenio Bulygin*, in «Doxa», 14, 1993, 499 ss.
- CHIASSONI P., GUASTINI R., RATTI G. 2007. *Presentazione*, in BULYGIN E., *Positivismo giuridico*, Giuffrè, 2007, VII ss.
- GARZÓN VALDÉS E. 1998. *Appunti sul carattere e la personalità di Eugenio Bulygin*, in «Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica», 1998, II ss.
- GARZÓN VALDÉS E. 2007. *Eugenio Bulygin cumple 75*, in MORESO J.J., REDONDO M.C. (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Marcial Pons, 2007, 217 ss.
- HAACK S. 1974. *Deviant Logic, Fuzzy Logic. Beyond the Formalism*, The University of Chicago Press [ried. 1996].
- HAACK S. 1978. *Philosophy of Logics*, The Press Syndicate of the University of Cambridge.
- HILPINEN R. 2015. *Aspects of Eugenio Bulygin's Norm Theory*, in BULYGIN E., *Essays in Legal Philosophy*, a cura di C. BERNAL, C. HUERTA, T. MAZZARESE, J.J. MORESO, P. NAVARRO, S. PAULSON, Oxford University Press, 2015, 22-35.
- LINDAHL L. 1977. *Position and Change. A Study in Law and Logic*, Reidel.
- MAZZARESE T. 1981. *Negazione e abrogazione in deontica. (A proposito d'un saggio di C.E. Alchourrón ed E. Bulygin)*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», II, 1981, 205 ss.
- MAZZARESE T. 2007. *Iuspositivismo y globalización del derecho:¿Qué modelo teórico?* in MORESO J.J., REDONDO M.C. (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Marcial Pons, 2007, 61 ss.
- MAZZARESE T. 2018. “An Empty Play with Symbols”? von Wright e le criticità della logica deontica, in «Politeia», 34, 2018, 130., 60 ss.

- MEGGLE G., VIKKO, R. (eds) 2016. *George Henrik von Wright's book of friends*, Societas Philosophica Fennica.
- NAVARRO P. 2007. *Eugenio Bulygin y la filosofía del derecho contemporánea*, in MORESO J.J., REDONDO M.C. (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Marcial Pons, 2007, 15-32.
- NAVARRO P. 2011. *Laudatio de Eugenio Bulygin; Laudatio*, in occasione del conferimento del *Dotto-rato honoris causa*, conferito dall'Università Pompeu Fabra. Disponibile in: [https://www.upf.edu/documents/10193/1888364/laudatio\\_bulygin.pdf/d5410aa7-f263-4e81-b3e1-de7040c769e0](https://www.upf.edu/documents/10193/1888364/laudatio_bulygin.pdf/d5410aa7-f263-4e81-b3e1-de7040c769e0)
- NAVARRO P. 2015. *Normative Systems and Legal Positivism*, in BULYGIN E., *Essays in Legal Philosophy*, a cura di C. BERNAL, C. HUERTA, T. MAZZARESE, J.J. MORESO, P. NAVARRO, S. PAULSON, Oxford University Press, 2015, 1 ss.
- WITTGENSTEIN L. 1968. *Tractatus logico-philosophicus*, 2 ed., Einaudi (tr. it. da *Tractatus logico-philosophicus*, Basil Blackwell, 1961).



MONOGRAFICA

Quale formazione  
per il giurista di oggi?

a cura di MASSIMO VOGLIOTTI e MARCO BRIGAGLIA



# Presentazione

Nel precedente fascicolo della Rivista, è apparso il saggio di Massimo Vogliotti *Per una nuova educazione giuridica*, che raccoglie e rielabora alcune riflessioni sull'insegnamento del diritto pubblicate in questi ultimi anni in francese.

Nel lavoro in questione, si notava come, a partire dall'inizio del nuovo millennio, il tema della formazione giuridica, tradizionalmente trascurato nei paesi di *civil law*, fosse finalmente riuscito a conquistare l'attenzione di una parte crescente della comunità scientifica, sia sul fronte della riflessione teorica sia sul terreno della sperimentazione di nuovi modelli pedagogici. Nel rilevare lo stretto legame tra concezione del diritto e metodi e contenuti dell'insegnamento, Vogliotti formulava alcune proposte per un nuovo modello formativo in linea con le trasformazioni dell'esperienza giuridica contemporanea e con la riconquistata centralità del ruolo del giurista nella società.

Sollecitato da quelle proposte e persuaso della necessità e dell'urgenza di approfondire la riflessione su una questione tanto cruciale per il futuro dello stato costituzionale di diritto, Marco Brigaglia, nella sua qualità di redattore di questa Rivista, ha proposto ai direttori Giorgio Maniaci, Giorgio Pino e Aldo Schiavello di invitare l'autore di quel saggio a curare insieme il presente forum. Ne è risultata una discussione a molte voci, provenienti da esperienze e prospettive disciplinari diverse, che fa in parte da contrappunto a quel lavoro e che si spera possa fornire un utile contributo per l'elaborazione di un nuovo modello di educazione giuridica all'altezza delle sfide del tempo presente.

L'Università, come ebbe ad osservare lo scorso 9 dicembre la futura Ministra della giustizia, Marta Cartabia, in occasione del conferimento del *PhD honoris causa* in Giurisprudenza da parte della Rettore della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, «è una istituzione millenaria che ha attraversato radicali trasformazioni sulla base delle sollecitazioni provenienti dall'ambiente circostante». Per far fronte a quelle sfide e rispondere a queste sollecitazioni, «non è sufficiente offrire una buona formazione professionale (che pure è necessaria); serve un punto di appoggio senza il quale non è possibile protendersi con slancio verso il futuro, né sprigionare le energie di creatività e costruttività necessarie alla vita personale e sociale». Oggi, «come sempre», prosegue Marta Cartabia – il cui contributo a questo forum era particolarmente atteso fino al momento della sua chiamata all'alta carica istituzionale – «è sulla capacità di un pensiero libero, e perciò creativo e critico, in tutti i rami del sapere e del fare a cui ciascuno è specificamente chiamato, che si gioca il volto della società. Per questo l'Università (e con essa la Scuola) deve tornare ad essere la priorità tra le priorità di questo inaspettato presente e deve essere preservata come bene essenziale: nell'Università di oggi si gioca una partita decisiva anche per la società di domani e per la democrazia di domani»<sup>1</sup>.

MARCO BRIGAGLIA e MASSIMO VOGLIOTTI

<sup>1</sup> M. CARTABIA, *Le risposte dell'Università al tempo dell'incertezza*, in «Il Corriere della Sera», 9 dicembre 2020, 36.



UNA NUOVA  
FORMAZIONE  
GIURIDICA  
PER RIDARE FIDUCIA  
ALLA GIUSTIZIA

ANTONIO **BALSAMO**



Una nuova formazione giuridica per ridare fiducia alla giustizia

A new legal education to restore trust in justice

ANTONIO BALSAMO

Magistrato.

E-mail: [antonio.balsamo@giustizia.it](mailto:antonio.balsamo@giustizia.it).

#### ABSTRACT

Il dibattito italiano sul processo penale vive ormai da decenni una fase stagnante. Emblematico il paradigma di una giustizia “cieca”, spesso irrazionale, che mette in crisi il rapporto tra processo e democrazia. In questo contributo, l'autore invita ad ampliare la prospettiva di osservazione, promuovendo una cultura internazionale dei diritti umani. È su queste fondamenta che è necessario lavorare a una riforma che investa, *in primis*, la formazione dei giudici in un'ottica interdisciplinare e poi l'assetto degli uffici giudiziari. Su questa strada sarà possibile ripensare il diritto penale, attribuendogli quella “umanità” che altri grandi giuristi del passato hanno auspicato.

In this paper, the author proposes a broadened perspective on problems of criminal procedure by promoting an international human rights culture. It is upon these foundations that, according to the author, a reform effort needs to be developed which includes, foremost, the training of judges in an interdisciplinary perspective and, later on, the organization of the judicial offices. It is on these tracks that a rethinking of criminal law will be made possible, attributing it the “humanity” that great lawyers of the past aspired to.

#### KEYWORDS

Formazione giuridica, diritti umani, cultura giuridica internazionale, processo penale, processo e democrazia

Legal education, human rights, international legal culture, penal procedure, procedure and democracy

# Una nuova formazione giuridica per ricostruire la fiducia nella giustizia

ANTONIO BALSAMO

1. *L'Italia vista dal di fuori e i pericoli della percezione* – 2. *Una giustizia bendata nel mondo postmoderno?* – 3. *Un futuro da costruire nella prospettiva della cultura internazionale dei diritti umani* – 4. *Una formazione interdisciplinare per la nuova dimensione organizzativa del processo.*

## 1. *L'Italia vista dal di fuori e i pericoli della percezione*

Il saggio di Massimo Vogliotti<sup>1</sup> che lancia l'idea di un nuovo modello di educazione giuridica adeguato alle trasformazioni della società, del diritto, del mondo del lavoro, costituisce, a sua volta, un grande strumento di formazione e di arricchimento culturale. Le mille suggestioni storico-comparatistiche in esso contenute, e la intensa progettualità che lo ispira, possono essere il punto di partenza per una serie di proposte innovative capaci di affrontare alcuni dei problemi-chiave della realtà giudiziaria italiana.

Le riflessioni suscitate dal saggio possono partire dal riferimento a un invito contenuto nel messaggio di fine anno del 2019 del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, che conserva una fortissima attualità per progettare la formazione dei giuristi di domani, e per costruire il futuro della nostra giustizia: «Proviamo a guardare l'Italia dal di fuori, allargando lo sguardo oltre il consueto. In fondo, un po' come ci vedono dall'estero».

Due cose colpiscono immediatamente chi si trova a lavorare nell'ambito delle Nazioni Unite sui temi che riguardano la tutela dei diritti e la lotta alla criminalità.

La prima è come alcuni dei protagonisti della nostra storia recente, per lungo tempo perseguitati in patria, siano oggi divenuti l'immagine più intensa di valori che rispecchiano le attese dell'intera umanità. Nel Palazzo dell'ONU a Vienna ci sono soltanto due monumenti commemorativi dedicati ad italiani: uno è per Enrico Fermi, l'altro è per Giovanni Falcone. In loro, i rappresentanti di tutti gli altri Paesi vedono il simbolo dell'impegno per la scienza e per la giustizia.

Ma la seconda caratteristica che si percepisce immediatamente è di segno molto diverso: si tratta della crescente divaricazione tra le idee-guida che stanno alla base del dibattito sulla giustizia rispettivamente all'interno e all'esterno del nostro paese.

Negli anni '80 e '90 si sono sviluppate, in Italia, una serie di innovazioni normative e visioni anticipatrici che hanno prefigurato i più importanti sviluppi della giustizia penale a livello internazionale: dalla creazione, sulla base dell'esperienza della Direzione Nazionale Antimafia, di un organo di coordinamento come Eurojust da cui ha tratto poi origine la Procura Europea, alla istituzione della Corte Penale Internazionale, fino alla strategia di contrasto della dimensione economica della criminalità, su cui punta la Dichiarazione di Kyoto, adottata nel marzo 2021 all'esito del Congresso delle Nazioni Unite sulla Prevenzione del Crimine e la Giustizia Penale.

Eppure, leggendo oggi i titoli dei *mass-media* italiani che parlano di giustizia, si ha molto spesso la sensazione di un dibattito stagnante da decenni, sganciato dalla realtà vera, impantanatosi su una serie di argomenti triti e ritriti, di cui, non a caso, nessuno si sognerebbe mai di parlare al di fuori dei nostri confini nazionali.

<sup>1</sup> VOGLIOTTI 2020

Sembra che proprio nella materia della giustizia si manifesti con particolare forza quel fenomeno che i più recenti studi scientifici hanno descritto come “i pericoli della percezione”<sup>2</sup>: un netto distacco tra la realtà dei fatti e la loro percezione collettiva, che viene misurato attraverso un “*Misperceptions Index*”, nel quale l’Italia occupa il primo posto tra tutti i Paesi presi in considerazione.

Nel settore della giustizia, però, vi è una interessante (e preoccupante) specificità: la percezione errata della realtà molto spesso non riguarda tanto il cittadino comune, quanto i protagonisti del dibattito pubblico. Ciò, chiaramente, rischia di creare un circolo vizioso che influenza anche l’autocoscienza e i comportamenti collettivi della magistratura.

Ad esempio, se il tema dell’integrità giudiziaria, fortemente sentito a livello internazionale (tanto che dopo il Congresso delle Nazioni Unite del 2015 sulla prevenzione della criminalità e la giustizia penale è stato istituito il *Global Judicial Integrity Network*), è largamente ignorato nella disciplina dei numerosissimi poteri discrezionali conferiti ai più diversi organi della magistratura, e non forma neppure oggetto di seria attenzione da parte dei settori più qualificati dell’opinione pubblica, non c’è da stupirsi del diffondersi di gravi fenomeni di corruzione, spesso celati sotto il velo di una (solo) apparente legalità.

La crescita della corruzione nel mondo giudiziario rappresenta una drammatica involuzione che ha contrassegnato gli ultimi anni e che – insieme alla lentezza dei processi e alla politicizzazione (intesa in senso “basso”, e non certo in senso “nobile”) – è alla base del crollo di fiducia nella magistratura registrato dai recenti sondaggi<sup>3</sup>.

## 2. Una giustizia bendata nel mondo postmoderno?

Per effetto del progressivo distacco dalla realtà del dibattito pubblico sulla giustizia, e in alcuni casi anche del funzionamento effettivo della giustizia, il nostro tempo rischia di riscoprire la valenza profondamente inquietante dell’immagine della “giustizia bendata”.

Contrariamente a quanto spesso si pensa, la giustizia raffigurata come dea bendata è una immagine che appartiene essenzialmente alla modernità<sup>4</sup>.

Nel mondo antico l’idea dominante era esattamente quella opposta, rispecchiata dal pensiero di Platone secondo cui *la Giustizia vede tutto*.

La giustizia come dea bendata è un’immagine nata nel 1494 con *La nave dei folli* (*Das Narrenschiff*), un’opera satirica in tedesco alsaziano di Sebastian Brant, che ha un forte contenuto di critica verso la società dell’epoca. Essa è illustrata con xilografie, molte delle quali sono state eseguite da Albrecht Dürer.

Tra queste vi è l’immagine della giustizia bendata da un folle, il quale porta un cappello con due orecchie d’asino, e annoda una fascia sugli occhi della giustizia. La valenza dell’immagine è chiaramente negativa, si tratta di una componente di un mondo alla rovescia governato dalla follia:



<sup>2</sup> DUFFY 2018.

<sup>3</sup> Cfr. PAGNONCELLI 2021.

<sup>4</sup> V. sul tema PROSPERI 2009.

Meno di quarant'anni dopo, al tempo della *Constitutio Criminalis Carolina* (voluta da Carlo V e promulgata nel 1532), l'immagine assume una valenza positiva, contemporaneamente alla diffusione nell'Impero dello *jus commune* scritto e del processo inquisitorio rigidamente formalizzato, in sostituzione delle antiche pratiche consuetudinarie. Adesso la benda sta a significare l'imparzialità di una giustizia che non guarda in faccia a nessuno e non si fa condizionare dalle differenze sociali<sup>5</sup>.

Nella nostra epoca postmoderna (che per alcuni versi è un ulteriore sviluppo della modernità, ma sotto altri profili ne rappresenta l'antitesi), questa immagine viene di nuovo percepita con un forte effetto inquietante, evidenziato dalla potente raffigurazione contenuta in bella poesia di Edgar Lee Masters<sup>6</sup>, dove la "donna bellissima" che "non guarda in faccia nessuno", non appena le viene tolta la benda, lascia apparire, scritta sul suo volto, "la follia di un'anima morente".

Nella realtà di oggi, le maggiori criticità che rimandano a questa immagine negativa della "giustizia bendata" sono due, e sono strettamente connesse tra di loro in quanto coinvolgono entrambe il tema del rapporto tra processo e democrazia, su cui ha scritto pagine indimenticabili Piero Calamandrei.

Da un lato, si fa strada l'idea di una amministrazione della giustizia contrassegnata da una ineliminabile e vistosa componente di arbitrio, che si pone agli antipodi della visione europea del principio di legalità e delle stesse radici ideali del costituzionalismo moderno, volto a rimuovere ogni forma di potere assoluto per rendere effettiva la garanzia delle libertà individuali. È appena il caso di osservare come una situazione del genere contraddica quelle esigenze di sicurezza giuridica «che sono immanenti alla giurisdizione nello Stato di diritto contemporaneo e che, nella realtà dell'organizzazione sociale, costituiscono il principale fattore della legittimazione sostanziale della giurisdizione»<sup>7</sup>.

Dall'altro lato, in un malriuscito sforzo di pseudo-modernizzazione che sfocia in una sostanziale riedizione di antiche logiche burocratiche, viene non di rado a determinarsi una netta scissione tra i valori dell'efficienza della giustizia, dell'umanità e della verità, la cui sinergia è invece

<sup>5</sup> Sull'argomento cfr. SBRICCOLI 2003, 41-95.

<sup>6</sup> La rotativa del "Clarion" di Spoon River fu distrutta, e io impieciato e impiumato, perché il giorno che gli Anarchici furono impiccati a Chicago pubblicai questo:  
 "Ho visto una donna bellissima con gli occhi bendati sui gradini di un tempio di marmo.  
 Una grande folla le passava dinanzi, i volti imploranti alzati verso di lei.  
 Nella sinistra impugnava una spada.  
 Brandendo quella spada, colpiva ora un bimbo, ora un operaio, ora una donna in fuga, ora un pazzo.  
 Nella destra teneva una bilancia: nella bilancia venivano gettate monete d'oro da chi scampava ai colpi della spada.  
 Un uomo in toga nera lesse da un manoscritto: "Non guarda in faccia nessuno".  
 Poi un giovane con berretto rosso le fu accanto con un balzo e le strappò la benda.  
 Ed ecco, le ciglia erano state corrose dal marcio delle palpebre; le pupille bruciate da un muco lattiginoso; la follia di un'anima morente era scritta su quel volto- allora la folla capì perché portasse la benda".  
 (Carl Hamblin, in *Antologia di Spoon River*)

<sup>7</sup> SEVERINI 2019

essenziale per il funzionamento del processo penale, soprattutto nel quadro di un sistema accusatorio, imperniato sul modello del “processo di persone” e del rapporto diretto tra il giudice e la prova e tra quest’ultima e il fatto.

Contro ogni tendenza involutiva di questo tipo, resta attualissima la riflessione di Calamandrei, secondo cui «il segreto della giustizia sta in una sempre maggior umanità e in una sempre maggiore vicinanza umana tra avvocati e giudici nella lotta contro il dolore. Infatti il processo, e non solo quello penale, è di per sé una pena che giudici e avvocati devono abbreviare rendendo giustizia»<sup>8</sup>. A ciò deve aggiungersi che, dopo l’esperienza negativa dello Stato totalitario, lo Stato costituzionale non può più rinunciare alla verità come valore culturale di riferimento: è proprio in funzione della ricerca della verità che vanno valorizzati il principio dell’indipendenza personale e istituzionale del giudice, la regola della pubblicità dei dibattimenti giudiziari, e le norme sul giusto processo<sup>9</sup>.

### 3. *Un futuro da costruire nella prospettiva della cultura internazionale dei diritti umani*

La realtà della giustizia oggi è anche questa. Ma non è solo questa.

Proprio la forza dei fatti, e la caduta delle mistificazioni, da cui è scaturita la crisi di fiducia degli ultimi anni, aprono, a ben vedere, una straordinaria prospettiva di rinnovamento, che passa attraverso un intenso impegno di riforma legislativa, sorretto e accompagnato da un autentico salto di qualità nella formazione giuridica; una formazione che non si deve limitare all’aspetto tecnico, ma deve investire il quadro di valori, l’identità profonda del mondo della giustizia.

È attraverso questo percorso che è possibile riscoprire la «bellezza del fresco profumo della libertà», di cui parlava Paolo Borsellino nel suo meraviglioso discorso del 23 giugno 1992.

Se «diffondere la speranza è il nostro compito» – come ha ricordato la Ministra della Giustizia Marta Cartabia nella sua dichiarazione nazionale in apertura del Congresso di Kyoto delle Nazioni Unite<sup>10</sup> – allora non c’è dubbio che le fasi storiche più difficili sono quelle in cui un simile compito diviene più importante e fecondo.

Per uscire da una stagione sterile che è durata troppo a lungo, un nuovo orientamento di fondo della formazione giuridica può assumere un ruolo essenziale: l’ampliamento degli orizzonti assicurato dall’apertura alla società e dall’apertura al mondo, di cui parlava André Tunc<sup>11</sup>, è sicuramente la via maestra per riattivare quella sinergia tra elaborazione scientifica, impegno giudiziario e passione civile che ha contrassegnato l’opera di giuristi come Cesare Beccaria, di avvocati come Piero Calamandrei, di magistrati come Giovanni Falcone, che continuano a rappresentare l’identità più autentica e più forte del mondo giuridico italiano agli occhi della comunità internazionale.

La base su cui innestare questo processo di rinnovamento è, senza ombra di dubbio, la cultura internazionale dei diritti umani.

I diritti fondamentali sono divenuti «il linguaggio comune dell’epoca attuale»<sup>12</sup>. Di fronte alle sfide del multiculturalismo e della globalizzazione, che rendono molto più complessa e magmatica la società civile rispetto al passato, il mondo della giustizia ha il difficile ma affascinante compito di ricostruire una base culturale unitaria incentrata sulla tutela dei diritti fondamentali, visti come il comune denominatore su cui costruire il processo di integrazione e il dialogo tra le diverse identità<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> CALAMANDREI 1999.

<sup>9</sup> HÄBERLE 2000.

<sup>10</sup> CARTABIA 2021.

<sup>11</sup> TUNC 1957, 71 ss.

<sup>12</sup> ZAGREBELSKY 1995, 21; ONIDA 2006, 411.

<sup>13</sup> Cfr. VIOLA 2006, 38-41.

Tutto ciò conduce ad una centralità del ruolo della giurisdizione, su cui si concentrano domande che in passato erano dirette verso altre sedi istituzionali, fondate su meccanismi di rappresentanza politica ormai entrati in crisi.

La “punta avanzata” del sistema attuale della protezione internazionale dei diritti fondamentali è, senza dubbio, rappresentata dalla garanzia giurisdizionale assicurata dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo<sup>14</sup>, che presenta, sul terreno procedurale, la “novità rivoluzionaria” del diritto di ricorso individuale<sup>15</sup>. In essa è possibile intravedere una importante tappa della parabola che vede la sovranità degli Stati subordinarsi progressivamente alla tutela dei diritti umani, mentre assumono la qualifica di soggetti di diritto internazionale anche gli individui<sup>16</sup>.

Una parabola ancora tutt’altro che conclusa, ma ricca di importanti significati, anche perché i diritti fondamentali, quali sono stati consacrati dall’esperienza storica del costituzionalismo, si configurano tutti come *leggi del più debole*: essi hanno rappresentato altrettante conquiste di soggetti deboli contro le leggi dei più forti (compresi gli apparati polizieschi o giudiziari) ed hanno corrisposto, ogni volta, a un “mai più” stipulato contro la violenza e la prepotenza generate dall’assenza di limiti e di regole. I diritti umani, e con essi ogni progresso nell’uguaglianza, sono sempre nati «dal disvelarsi di una violazione della persona divenuta a un certo punto intollerabile»<sup>17</sup>.

È quindi connaturata allo stesso fondamento storico ed assiologico dei diritti fondamentali la loro duplice incidenza sul sistema penale: come limite alla pretesa punitiva statale, ma anche come oggetto necessario della tutela penale<sup>18</sup>.

La tutela internazionale dei diritti si colloca in uno sfondo completamente diverso rispetto a quello dello scontro di poteri e di ideologie (soprattutto nel senso marxiano) che ha spesso contrassegnato il dibattito italiano sulla giustizia penale, stretto nelle morsa di una inaccettabile polarizzazione tra opposte tifoserie. Il quadro dei valori sotteso alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo è, invece, quello di un “garantismo a 360 gradi”, che porta a “prendere sul serio” in uguale misura i diritti fondamentali di tutte le persone, a prescindere dalle loro condizioni socio-economiche e dalla loro nazionalità.

In questa prospettiva, i diritti fondamentali vengono ad operare come “motore di espansione” del diritto penale nelle situazioni nelle quali si riscontra una diffusa sottoprotezione di determinate categorie di soggetti, “deboli” anche in quanto vittime – per usare le parole di un Rosario Livatino – di «quei reati che per tradizione o per costume o per altro nel passato erano raramente perseguiti»<sup>19</sup>.

Un altro importantissimo valore aggiunto fornito dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nel campo penalistico è l’insistenza sulla dimensione dell’effettività, invece che su quella funzione simbolico-espressiva che spesso presiede alle riforme introdotte dal legislatore nazionale: il principio per cui «la Convenzione garantisce diritti non teorici o illusori ma concreti ed effettivi» allontana lo strumento penale dallo scenario delle “grida manzoniane” per avvicinarlo al pensiero di Cesare Beccaria, secondo il quale «la certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza della impunità».

A ben vedere, vi è una significativa linea di continuità tra l’attenzione ai temi della ragionevole durata del processo e della prontezza della pena da parte del pensiero illuministico (sempre Cesare Beccaria considerava «di somma importanza la vicinanza del delitto e della pena» per l’esplicazione dell’efficacia preventiva di quest’ultima), il forte impulso alla riduzione dei tempi

<sup>14</sup> BOBBIO 1990, 37.

<sup>15</sup> CASSESE 2005, 107-108.

<sup>16</sup> Sul tema v. FERRAJOLI 2004, 39-41.

<sup>17</sup> FERRAJOLI 2007.

<sup>18</sup> Sull’argomento cfr. VIGANÒ 2011, 243 ss.

<sup>19</sup> LIVATINO 1984.

della giustizia che è derivato dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, e la configurazione degli obblighi procedurali di tutela dei diritti fondamentali, visti dalla più attenta dottrina come una delle elaborazioni più originali della giurisprudenza di Strasburgo<sup>20</sup>.

Si tratta, infatti, di obblighi gravanti sulle autorità giurisdizionali e sulle autorità inquirenti e investigative, che devono garantire l'effettiva punizione dei comportamenti lesivi, attraverso la corretta interpretazione e applicazione delle previsioni incriminatrici, lo svolgimento di indagini ufficiali, trasparenti, efficaci, approfondite, celeri e imparziali, l'identificazione dei responsabili, il corretto esercizio dell'azione penale, l'applicazione di sanzioni proporzionate alla gravità del fatto commesso.

È evidente come proprio il corretto svolgimento di questo insieme di compiti risponda pienamente alle attese sociali che oggi si concentrano sulla giustizia.

Alla base della suesposta elaborazione della giurisprudenza europea vi sono due presupposti impliciti: da un lato, l'idea che il diritto penale «non vive senza il processo»<sup>21</sup>, e, dall'altro lato, la comprensione del ruolo fondamentale che la qualità e i tempi della giurisdizione giocano in un periodo storico in cui sfumano sempre di più le tradizionali distinzioni tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale, e molte delle garanzie da sempre riservate al primo vengono progressivamente estese al secondo.

La cultura internazionale dei diritti umani, con il suo insistere sui *test* di proporzionalità e di ragionevolezza, è, poi, una condizione essenziale per l'efficace funzionamento della responsabilità sociale della giustizia, anche sotto il profilo delle conseguenze etiche, sociali, economiche e politiche delle scelte interpretative. In questa cultura può trovarsi la fonte primaria di quella «educazione al rispetto dell'altro» di cui parla Massimo Vigliotti anche nell'ottica della leale collaborazione tra i poteri dello Stato.

Non vi è dubbio, quindi, che la potenzialità del sistema-giustizia nel suo insieme di ricostruire un rapporto di fiducia con la società dipende dalla capacità della magistratura di trovare nella cultura internazionale dei diritti umani la base essenziale di tutta la propria attività di interpretazione e di applicazione della legge, e della sua stessa struttura organizzativa.

Per realizzare questa esigenza si rende necessario un nuovo modello di educazione giuridica, partendo dal mondo universitario per estendersi alla preparazione all'accesso alle professioni, e alla formazione professionale dei magistrati: il futuro della giustizia italiana è strettamente collegato alla loro capacità di assumere come guida del proprio pensiero e della propria azione gli standard di tutela dei diritti fondamentali elaborati a livello internazionale; questo orientamento culturale di fondo deve essere parte integrante del loro DNA, della loro «filosofia spontanea» (per usare le parole di Massimo Vogliotti).

Le riforme *in itinere* offrono una importante occasione di realizzare un progetto del genere.

Ad esempio, un preciso impulso in tal senso può essere dato dal disegno di legge attualmente in discussione in Parlamento, che all'art. 4 fissa i principi e criteri direttivi di delega per la riforma della disciplina dell'accesso in magistratura, prevedendo il ritorno a un concorso di primo grado, cui possono partecipare tutti i laureati in giurisprudenza, una accelerazione del percorso formativo pre-concorsuale, e la rimodulazione delle materie richieste per il concorso.

A ben vedere, la riforma potrebbe coniugare l'obiettivo della riduzione dei tempi per l'accesso in magistratura con quello di un vero e proprio salto di qualità culturale, che avvicini la nostra giustizia alle attese profonde della società e la inserisca a pieno titolo nelle più avanzate dinamiche presenti nel contesto globale.

A questo scopo, si potrebbe pensare a una modifica che, nell'ambito delle materie costituenti oggetto della prova scritta e di quella orale del concorso per magistrato ordinario, richieda per il

<sup>20</sup> VIGANÒ 2011, 252.

<sup>21</sup> LATTANZI 2008, 135.

diritto civile, per il diritto penale, per entrambe le relative procedure, nonché per il connesso tema dell'ordinamento giudiziario, la conoscenza dei profili europei e internazionali, con specifico riferimento alla tutela dei diritti dell'uomo. Si potrebbe, anzi, aggiungere la previsione che il colloquio in una lingua straniera, abbia ad oggetto proprio la tutela internazionale dei diritti fondamentali.

È appena il caso di osservare come una simile modifica sia destinata a riflettersi immediatamente sull'impostazione dello studio delle stesse materie nell'ambito delle Facoltà giuridiche e di tutto il percorso formativo pre-concorsuale: un effetto a cascata che può innescare una fruttuosa progettualità comune tra il mondo accademico e quello giudiziario.

#### 4. Una formazione interdisciplinare per la nuova dimensione organizzativa del processo

Una particolare rilevanza pratica caratterizza anche le riflessioni di Massimo Vogliotti a proposito della interdisciplinarietà, sotto il triplice profilo del costante inserimento della prospettiva comparata nello studio (ma anche nella riforma) del diritto positivo, della introduzione a metodi e contenuti delle varie scienze considerate utili per la formazione di un giurista culturalmente attrezzato anche nel settore dell'economia, e dell'attitudine ad esaminare temi specifici da diverse prospettive disciplinari.

Si tratta di una impostazione che rende possibile una ulteriore valorizzazione di una delle novità più significative introdotte dalla recente legislazione, come l'ufficio per il processo, che potrebbe costituire il principale motore di innovazione inserito nel campo della giustizia dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

Oltre alla sua effettiva istituzione in tutti gli uffici giudiziari, sono infatti possibili importanti cambiamenti nelle sue funzioni e nella sua composizione. Si apre quindi la prospettiva di una stagione di progettualità sulle nuove potenzialità di un ufficio per il processo rafforzato non solo sul piano quantitativo, ma anche e soprattutto sul piano qualitativo, con la presenza di laureati in giurisprudenza, economia e scienze politiche.

Per questa via, può realizzarsi una notevole accelerazione dei tempi processuali, mettendo in pratica quella moderna visione del lavoro giudiziario che è diffusa nel contesto europeo ed internazionale.

Nel 1988, subito dopo un risultato referendario che esprimeva una profonda crisi della legittimazione sociale della Giustizia, Giovanni Falcone tenne a Milano un discorso<sup>22</sup> lontano mille miglia da ogni visione rivendicativa, manichea e autoreferenziale. Resta attualissima la sua idea che «bisogna abbandonare principi irreali, come quello della onniscienza del giudice». Questa lucida visione ha trovato ampia realizzazione in molteplici esperienze di altri ordinamenti, dove si è assistito a due essenziali innovazioni:

a) la sentenza e gli altri provvedimenti del giudice, come pure l'organizzazione della macchina giudiziaria, sono il frutto di un lavoro collettivo, realizzato con l'ausilio di collaboratori estremamente qualificati;

b) gli uffici giudiziari comprendono una pluralità di professionalità, anche di estrazione extragiuridica.

Più precisamente, sotto il primo aspetto, può osservarsi che in pressoché tutte le Corti europee e internazionali sono presenti *legal officers* con compiti analoghi a quelli riscontrabili nella struttura organizzativa della nostra Corte Costituzionale, i cui Giudici hanno i loro assistenti, scelti nell'ambito dei magistrati e dei docenti universitari.

<sup>22</sup> FALCONE 2010 [1988].

Ad esempio, nei tribunali internazionali, il *legal officer* svolge tipicamente i seguenti compiti:

- fornire supporto amministrativo legale e giudiziario specializzato al giudice;
- condurre ricerche giuridiche;
- preparare le bozze di tutte le decisioni e sentenze
- svolgere analisi di precedenti decisioni e prove;
- valutare le osservazioni e argomentazioni sviluppate dalle parti.

Con il reclutamento e la formazione di laureati in giurisprudenza idonei a svolgere i suddetti compiti, si potrebbe valorizzare enormemente il ruolo del collaboratore del giudice, e, al contempo, consentire al magistrato di concentrarsi sulla parte più importante e veramente essenziale del suo lavoro, spesso soffocata da mille altre incombenze.

È evidente come una simile innovazione possa favorire la realizzazione del principio di ragionevole durata del processo, che potrebbe potenziarsi ulteriormente mediante l'attribuzione al personale amministrativo di una serie di compiti di natura organizzativo-gestionale.

In altri ordinamenti giuridici simili al nostro (come quello spagnolo), sono presenti specifiche figure professionali, come quelle dei funzionari di gestione del processo, che provvedono – almeno “in prima battuta”, e fatta salva la possibilità di una revisione giurisdizionale su istanza di parte – ad una serie di incombenze estremamente ampia, che comprende anche la liquidazione delle spese processuali e dei compensi per l'attività difensiva, il controllo sulla durata dei termini di custodia cautelare e di prescrizione dei reati, la verifica dei termini di ammissibilità delle impugnazioni, la videoregistrazione delle udienze, ecc.

È appena il caso di osservare come un simile meccanismo consenta di recuperare un importantissimo, duplice potenziale di risorse umane e professionali: quello dei funzionari amministrativi, che vedono valorizzato intensamente il loro ruolo; e quello dei magistrati, che possono concentrare la loro attività sui compiti tipicamente giurisdizionali, che rappresentano l'essenza della loro funzione.

Non sembra essere un caso che proprio il sistema spagnolo conosca – pur in presenza di un numero di cause e di magistrati non troppo diverso dalla realtà italiana, in rapporto alla diversa popolazione – una durata dei processi molto inferiore rispetto a quella dei processi italiani (cfr. i dati indicati dalla *European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) - European judicial systems*).

Sotto il secondo aspetto, va rilevato che la struttura delle Corti internazionali include una pluralità di professionalità di estrazione non solo giuridica, ma comprendente anche materie come l'uso appropriato delle tecnologie, la comunicazione istituzionale, la mediazione linguistica, la psicologia ai fini dell'assistenza appropriata alle vittime di reato, e così via.

Se ristrutturato sulla base di queste linee-guida l'ufficio del processo può divenire un fondamentale punto di partenza verso un modello europeo di giurisdizione non “solitaria” e autoreferenziale ma fondata sulla sinergia di competenze giuridiche e tecniche e sul valore della responsabilità sociale della giustizia.

Attraverso la creazione di nuove figure di collaboratori del magistrato dotati di competenze extragiuridiche, si può rinnovare sul serio la giustizia italiana, guardando ad essa “con gli occhi del cittadino” e “dal punto di vista dell'Europa”.

In un futuro che va pensato e programmato già adesso, diverrebbe possibile ottenere importanti risultati anche internalizzando nell'ufficio per il processo una serie di professionalità extragiuridiche nel campo economico-aziendale. L'inserimento di questo tipo di competenze rappresenta una scelta fondamentale per consentire di tracciare i soldi delle mafie (tradizionali ma anche straniere), come pure per ripensare il sistema dell'amministrazione dei beni sequestrati e confiscati, che può divenire una grande risorsa per il paese.

Non si vede perché l'amministratore giudiziario, almeno nei casi più semplici, non possa essere un componente dell'ufficio per il processo, con grande risparmio di denaro e con una gestione coordinata costantemente con il giudice.

Il pubblico ministero e il giudice, inoltre, hanno bisogno del costante ausilio di un collaboratore con competenze economiche per "leggere" correttamente gli elementi indiziari relativi ad attività di impresa collegate a circuiti criminali.

Un analogo apporto professionale si potrebbe ricevere da soggetti esperti nell'analisi dei problemi internazionali per indagare sulle mafie straniere e sul terrorismo, o da esperti informatici per il contrasto al *cybercrime* e per la costruzione di banche dati e programmi capaci di potenziare il funzionamento degli uffici giudicanti e requirenti.

A proposito di quest'ultima tematica, può aggiungersi che la costruzione di banche dati della giurisprudenza con l'uso delle tecnologie più avanzate risponde ad esigenze ineludibili che riguardano i magistrati come pure i cittadini.

La vera posta in gioco in questo sviluppo tecnologico è la piena attuazione della dimensione europea del principio di legalità<sup>23</sup>. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha fortemente valorizzato gli aspetti qualitativi della legalità, che riguardano l'accessibilità e prevedibilità non solo delle fonti normative ma anche della giurisprudenza. Sul piano dei principi democratici, si tratta di rendere veramente effettiva l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e di accrescere la fiducia diffusa nella giustizia. Sul piano dell'efficienza del sistema, si tratta di un grosso fattore deflattivo.

L'uso avanzato delle tecnologie della informazione e della comunicazione riveste un ruolo chiave anche per dare attuazione concreta alle indicazioni scaturenti da alcune importanti sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sugli obblighi di coordinamento tra uffici giudiziari in funzione della tutela dei diritti fondamentali (come, ad esempio, la sentenza del 15 dicembre 2009 nel caso *Maiorano e altri c. Italia*, con la quale il dovere di adottare le appropriate misure con funzione preventiva di azioni criminose di terzi viene imposto all'apparato giudiziario e investigativo nel suo insieme, sulla base di una visione sistemica che si oppone ad ogni parcellizzazione atomistica delle sfere di competenza dei diversi organi).

Non vanno poi sottovalutate le potenzialità del raccordo tra il nostro sistema giudiziario e banche dati di dimensione internazionale, come la piattaforma informatica *Sherloc* (*Sharing Electronic Resources and Laws on Crime*), realizzata dall'UNODC (l'Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine).

La suddetta piattaforma informatica è stata progettata per agevolare la diffusione della giurisprudenza, della legislazione e delle strategie di azione adottate nell'attuazione della Convenzione ONU contro la criminalità organizzata transnazionale, dei suoi Protocolli addizionali e del quadro normativo internazionale sul terrorismo. Essa comprende sette banche dati contenenti informazioni-chiave su molteplici fenomeni delittuosi e sui più moderni strumenti di indagine, anche per quanto attiene alla prova digitale.

La condivisione nel contesto internazionale della produzione giurisprudenziale dei nostri principali uffici giudiziari può rappresentare un autentico salto di qualità per la valorizzazione dell'esperienza italiana, offrendo un contributo concreto all'armonizzazione delle legislazioni, alla formazione della magistratura di altri paesi e alle più avanzate forme di cooperazione giudiziaria, come, ad esempio, l'innovativo strumento dei magistrati di collegamento tra l'Italia e vari paesi extraeuropei.

Attraverso l'ufficio per il processo, si può aprire quindi una nuova stagione per la dimensione organizzativa della giustizia italiana.

Il tradizionale modello di strutturazione degli uffici giudiziari, caratterizzato dalla mancanza di veri e propri assistenti del giudice e dalle competenze assai circoscritte del personale di can-

<sup>23</sup> Sul tema v. le approfondite riflessioni di CANZIO, FIECCONI 2021, 120-121.

celleria, è largamente considerato insoddisfacente; l'esigenza di una riforma complessiva, largamente avvertita, può trovare realizzazione in un futuro ormai prossimo.

Giovanni Falcone sottolineava: «In qualsiasi azienda è un criterio addirittura elementare quello secondo cui il personale va adeguatamente selezionato, formato professionalmente e, quindi, destinato a quegli impieghi in cui le sue specifiche attitudini e professionalità possono essere maggiormente utili. Per quanto concerne il servizio-giustizia, invece, questi concetti spesso non vengono tenuti in adeguata considerazione». Questa può essere l'occasione giusta per dare attuazione al suo pensiero anticipatore.

Ma perché l'ufficio per il processo diventi un potente fattore di innovazione, occorre dotarlo di risorse adeguate non solo sotto il profilo quantitativo, ma anche e soprattutto sotto il profilo qualitativo, valorizzando intensamente la dimensione interdisciplinare della formazione di tutti i suoi componenti (dal giudice alle figure professionali diverse e ai tirocinanti) in vista dell'affidamento di un complesso di nuovi compiti che ne farebbe un importante punto di riferimento a livello internazionale, in una fase storica in cui stanno prendendo avvio nuove realtà giudiziarie come la Procura Europea, e in cui vari paesi tendono a ripensare la propria organizzazione della giustizia in settori cruciali – come quelli della lotta alla criminalità organizzata e alla corruzione – traendo ispirazione dall'esperienza italiana.

I diversi significati del concetto di interdisciplinarietà descritti da Massimo Vogliotti sono la chiave di volta per creare, sin dal momento degli studi universitari, le condizioni di ordine culturale, istituzionale, motivazionale, senza le quali – come lo stesso Autore sottolinea – nessuna riforma può sperare di vedere la luce.

*Riferimenti bibliografici*

- BOBBIO N. 1990. *L'età dei diritti*, Einaudi.
- CALAMANDREI P. 1999. *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Ponte alle Grazie.
- CANZIO G., FIECCONI F. 2021. *Giustizia. Per una riforma che guarda all'Europa*, Vita e Pensiero.
- CARTABIA M. 2021. *Intervention by the Ministry of Justice at the 14th UN Congress on Crime Prevention and Criminal Justice - Kyoto, 8 March 2021*. Disponibile in: [www.unodc.org/documents/congress//01\\_Statements\\_HLS/8Mar/Italy.pdf](http://www.unodc.org/documents/congress//01_Statements_HLS/8Mar/Italy.pdf).
- CASSESE A. 2005. *I diritti umani oggi*, Laterza.
- DUFFY B. 2018. *The Perils of Perception: Why We're Wrong About Nearly Everything*, Atlantic Books.
- FALCONE G. 2010 [1988]. *La professionalità e le professionalità*, in ID., *La posta in gioco: Interventi e proposte per la lotta alla mafia*, Rizzoli.
- FERRAJOLI L. 2004. *La sovranità nel mondo moderno*, Laterza.
- FERRAJOLI L. 2007. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza.
- HÄBERLE P. 2000. *Diritto e verità*, Einaudi.
- LATTANZI G. 2008. *Prospettive di un sistema di giustizia penale europeo*, in «La Magistratura», 1, 2008, 134 ss.
- LIVATINO R. 1984. *Il ruolo del giudice nella società che cambia* (conferenza tenuta il 7 aprile 1984 presso il Rotary Club di Canicattì).
- ONIDA V. 2006. *I diritti umani in una comunità internazionale*, il Mulino.
- PAGNONCELLI N. 2021. *Il crollo della fiducia nei magistrati. In 11 anni è passata dal 68 al 39%*, in «Corriere della Sera» (15 maggio 2021).
- PROSPERI A. 2009. *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Einaudi.
- SBRICCOLI M. 2003. *La benda della Giustizia: iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna*, in M. SBRICCOLI et al., *Ordo iuris: storia e forme dell'esperienza giuridica*, Giuffrè, 47 ss.
- SEVERINI G. 2019. *La trasparenza delle decisioni e il linguaggio del giudice. La prevedibilità e la sicurezza giuridica* (Relazione al Congresso nazionale dei magistrati amministrativi, Roma, 6-7 giugno 2019).
- TUNC A. 1957. *Sortir du néolithique (Recherche et enseignement dans les Facultés de droit)*, in «Dalloz», 1957, Chron., 71 ss.
- VIGANÒ F. 2011. *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 243 ss.
- VIOLA F. 2006. *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, in A. BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Giuffrè, 37 ss.
- VOGLIOTTI M. 2020. *Per una nuova educazione giuridica*, in «Diritto e questioni pubbliche», 2, 2020.
- ZAGREBELSKY G. 1995. *Relazione*, in AA.VV. *I diritti fondamentali oggi. Atti del V Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Cedam, 20 ss.



# LA FORMAZIONE GIURIDICA DELL'AVVOCATO

LUCA **BISORI**



La formazione giuridica dell'avvocato

The lawyer's legal education

LUCA BISORI

Avvocato del foro di Firenze.

E-mail: [avv.bisori@studiovalignani.it](mailto:avv.bisori@studiovalignani.it).

#### ABSTRACT

Nel contributo proposto l'autore affronta il tema della formazione giuridica dell'avvocato attraverso l'analisi integrata del suo cambiamento nel tempo e dei suoi attuali limiti. La questione si pone attorno a due momenti fondamentali: quello universitario e quello post lauream. In ordine al primo, si rileva una carenza dell'esperienza pratica del diritto: l'accademia forma neolaureati che quasi per nulla si sono confrontati con la realtà processuale o con la scrittura. Dopo il conseguimento del titolo le cose non cambiano: da qualche anno la cd. formazione permanente ha assunto un ruolo dominante, a scapito della pratica forense. L'autore evidenzia la crisi di un modello che a sua volta rimanda alla crisi dell'avvocatura: occorre ripensare la formazione universitaria e professionale per ricostruire - stavolta in una dimensione che non trascenda dalla realtà - la professione del giurista.

The author addresses the problem of an attorney's legal training through an analysis of its changes over time and its current limitations. The discussion revolves around two crucial moments, namely the university studies and the post-degree training. In reference to the former, the author emphasizes the lack of practical education. The university trains lawyers who have hardly been confronted with the reality of legal procedures or with legal writing. After graduation, things hardly change: in recent years, the so-called life-long learning has assumed a dominant role, to the detriment of legal traineeship. The author highlights the crisis of this model which in turn sheds light on the crisis of the legal profession. He argues for the necessity of rethinking both the university and the professional in order to reconstruct - this time in a dimension that does not transcend reality - the profession of the lawyer.

#### KEYWORDS

Formazione giuridica dell'avvocato, formazione universitaria, pratica forense, formazione permanente

Legal education of attorneys, university education, legal traineeship, permanent education

# La formazione giuridica dell'avvocato

LUCA BISORI

Il punto di vista dell'avvocatura, rispetto alla formazione universitaria nelle materie giuridiche, è inevitabilmente condizionato dalla verifica sul campo del possesso, nei neolaureati, degli strumenti indispensabili ad avviarsi allo svolgimento della professione.

Che nella gran parte dei casi si tratti di una formazione avvertita come insufficiente o inadeguata costituisce quasi un *topos letterario* nelle conversazioni sul tema tra avvocati attempati.

Si tratta in parte di una enfaticizzazione – anche un po' *di stile* – di difficoltà che il giovane laureato incontra fisiologicamente all'ingresso in un mondo variegato e complesso quale quello delle professioni legali, talvolta governato da logiche e prassi scarsamente comprensibili ai non addetti ai lavori. Ma la “vulgata avvocatizia” non è priva di un suo fondamento, e merita almeno un tentativo di razionalizzazione; anche perché la sostanza delle doglianze degli avvocati maturi è in larga parte condivisa dagli stessi neolaureati che, se richiesti di una valutazione spassionata, magari a qualche tempo dall'inizio del tirocinio, formulano normalmente considerazioni non dissimili.

Sarebbe tuttavia riduttivo confinare la riflessione sulla formazione universitaria del giurista “nella prospettiva di un avvocato” a questo solo tema (della adeguatezza o meno della formazione del neolaureato rispetto al suo futuro inserimento nella professione legale), poiché un secondo aspetto merita indagine, quello del profondo cambiamento avvenuto negli ultimi anni nel rapporto tra l'avvocato e la formazione giuridica, soprattutto di quella parte – per così dire – teorica che un tempo era di fatto affidata alla sola formazione universitaria iniziale, e che oggi accompagna invece il neolaureato orientatosi per la professione legale in una sequenza di momenti formativi in tutto o in parte egualmente teorici (scuole di specializzazione per le professioni legali, scuole forensi, corsi abilitanti per l'iscrizione in albi ed elenchi, formazione permanente, scuole di specializzazione in senso stretto), che prende avvio immediatamente dopo la laurea e che non ha di fatto mai termine.

Questa dimensione formativa permanente dell'avvocato deve forse indurre a qualche riflessione – per così dire *retrospettiva*, e fors'anche *reciproca* – sulla relazione tra l'istruzione universitaria vera e propria e queste diverse esperienze oramai disseminate lungo l'intera vita professionale dell'avvocato, nell'ambito delle quali la stessa Accademia svolge non di rado un ruolo centrale.

## La preparazione dei neolaureati nella prospettiva della professione forense

Veniamo dunque ai limiti della formazione universitaria nella prospettiva della professione forense.

Un primo aspetto critico rispetto alle competenze richieste dalle professioni legali sta nella scarsa abitudine degli studenti di giurisprudenza a misurarsi con la *dimensione pratica del diritto*.

Con l'eccezione certamente meritevole delle esperienze citate nel saggio del prof. Vogliotti (*mott court e cliniche legali*), che costituiscono tuttavia iniziative ancora rapsodiche, rimesse all'intuito o alle propensioni culturali dei singoli docenti, la dimensione del diritto “applicato alla vita concreta” sembra ancora estranea, di fatto, alla formazione accademica.

Una lacuna che forse trae origine – in particolare in alcune branche del diritto: penso al diritto penale – da una tradizionale resistenza ad ammettere la rilevanza delle fonti giurisprudenziali tra i formanti del sistema normativo. Al netto delle molte considerazioni che si potrebbero svolgere sulla crisi (più o meno irreversibile, più o meno auspicabile) della legalità formale, e dunque della fonte normativa di esclusivo rango legislativo, è possibile che per lungo tempo uno studio

consentito principalmente su manuali dogmaticamente perfetti, ma non sempre sensibili ai mutamenti della *law in action*, abbia ritardato l'approccio allo studio della giurisprudenza, che si è invece andato affermando in tempi più recenti.

Sebbene questa diffidenza sia largamente superata, o in fase di superamento, resta però il fatto che lo studio del diritto delle corti non è di per sé equivalente alla educazione dello studente alla dimensione applicata del diritto, che dovrebbe passare invece – anche quando muova dallo studio di singoli casi decisi dalla giurisprudenza – per un approccio dialettico e concreto, che esalti insomma la natura “pragmatica e controversiale” del diritto (cito ancora dal lavoro del prof. Vogliotti).

Ovviamente si tratta di un metodo che può impiegarsi più agevolmente negli insegnamenti di diritto positivo piuttosto che in altri ambiti disciplinari, e che è altrettanto certamente possibile solo ove la logistica dei numeri lo consenta: si tratta però di un profilo dell'esperienza dello studente essenziale per la sua capacità di pensare agli istituti dello studio accademico come a strumenti vivi, che incidono nella carne delle relazioni umane e della tutela dei diritti.

Nel medesimo senso, è oggettivamente inadeguato uno studio delle materie processuali che non si misuri pressoché mai – come pare che accada, almeno nei racconti della maggioranza dei tirocinanti – con la vita vera degli *atti*, e specialmente degli atti processuali (siano essi documenti scritti o accadimenti d'aula). Gli studenti universitari studiano alacramente la conformazione dei riti, ma non vedono mai un atto di citazione o un decreto che dispone il giudizio; studiano l'inutilizzabilità degli atti d'indagine nel dibattimento ma non hanno mai visto una informativa di polizia giudiziaria; si interrogano e vengono interrogati sui requisiti di ammissibilità di una impugnazione, ma non ne hanno mai vista né tanto meno tentato di scriverne una. Allo stesso modo, si affaticano sulle regole codicistiche dei contratti ma raramente ne conoscono l'epifania applicativa, sono esaminati sui requisiti di un testamento ma non ne viene mostrato loro un esemplare vero o verosimile, studiano la centralità della motivazione negli atti amministrativi ma raramente ne hanno uno sottomano.

È ben vero che siamo qui sull'incerto crinale tra la formazione universitaria e l'addestramento professionale, giacché si potrebbe dire che non spetta all'università occuparsi dei saperi pratici che costituiscono bagaglio del professionista (del giudice come dell'avvocato): ma l'argomento prova troppo, perché in alcune discipline – come quelle processuali in particolare – la dimensione applicativa è essenziale alla stessa comprensione delle regole teoriche, e del loro fondamento. Ed anche nell'ambito del diritto sostanziale, potrebbe domandarsi a buon diritto che senso abbia la pretesa di una conoscenza anche puntigliosa della conformazione astratta di un atto se non misurata, o almeno misurabile, su una sua concreta esplicazione reale.

Se il diritto è *ordinamento del sociale* (Grossi), è *relazione*, conoscerne e studiarne le manifestazioni *in corpore vili* non è “altro” dallo studiare il diritto in sé.

È possibile che, nella resistenza ad incamminarsi su percorsi formativi orientati alla conoscenza delle manifestazioni applicative del diritto, vi sia anche un fraintendimento di fondo: insegnare a *riconoscere* un atto e conseguentemente a misurare le regole giuridiche che lo governano sulla sua concreta conformazione, non significa necessariamente insegnare a *formare* quell'atto.

Vi è infine un'ultima carenza nell'insegnamento universitario, che attiene alla scrittura giuridica, cioè alla capacità di adoperare il mezzo scritto per esporre o impiegare le regole del diritto.

All'università si scrive di regola assai poco, e certo non possono annoverarsi tra le significative eccezioni a questa scarsità né lo sporadico impiego del mezzo scritto per gli esami, né la redazione della tesi di diploma, che interviene solo al termine del corso degli studi, e che ha comunque un taglio diverso da quello che lo studente sarà poi chiamato ad impiegare negli atti della professione.

Certo, anche qui si potrebbe dire che le abilità necessarie per la scrittura degli atti appartengono al novero tipico di quelle capacità professionali che è compito della pratica forense (o del tirocinio in magistratura) garantire al praticante.

Ma lasciare alla formazione post-universitaria un monopolio pressoché assoluto in questo ambito non è affatto auspicabile, per più ragioni.

Anzitutto perché il diritto è essenzialmente, nella sua dimensione applicativa, scritto: si scrivono contratti, atti, delibere, ordinanze, sentenze. Si tratta di una considerazione forse banale, ma proprio per questo appare curioso che gli studenti di giurisprudenza, che saranno fisiologicamente impegnati a scrivere per tutta la durata della loro vita professionale, non abbiano nel proprio bagaglio educativo di base un orientamento anche essenziale alla scrittura del diritto. Di nuovo: non un addestramento alla redazione di singoli atti, ma una formazione all'impiego della scrittura in ambito giuridico. Ed invece, dopo avere ininterrottamente scritto nel corso di tutto il proprio percorso scolastico, lo studente di giurisprudenza cessa improvvisamente di adoperare la penna, per anni, e la riprende in mano soltanto al termine degli studi al fine di redigere *semel in vita* un documento decisamente *sui generis*, salvo ritrovarsi infine a scrivere per il resto della vita professionale.

In secondo luogo – guardando ora più specificamente alle professioni della giurisdizione – perché la scrittura degli atti è da anni soggetta ad una regolamentazione specifica e sempre più stringente: la scrittura “processuale”, insomma, non è più a forma libera. La redazione tanto degli atti di parte come delle decisioni del giudice è assoggettata in modo crescente a regole di struttura (e di logica dell'argomentazione che con essi si vuole veicolare) che non possono restare estranee all'insegnamento universitario degli istituti, di quelli processuali in particolare. Al netto delle novelle legislative che si sono succedute negli ultimi anni proprio a detto riguardo, vi è poi una *soft law* disseminata e pervasiva (circolari del CSM, protocolli, buone prassi per la redazione delle sentenze, etc.) che si prefigge di fissare sempre più in dettaglio canoni e requisiti della scrittura processuale. Il fenomeno, inizialmente confinato all'area delle decisioni e delle conseguenti impugnazioni, è destinato ad ampliarsi, se non altro perché si è di fatto ampliato – vuoi per effetto di altre novelle normative, vuoi per effetto di prassi giudiziarie – l'impiego della scrittura a discapito dell'oralità. Esempi luminosi del primo genere sono le regole emergenziali dell'era Covid, verosimilmente destinate a consolidarsi almeno in parte – secondo l'opinione di molti – anche dopo il superamento dell'emergenza sanitaria; esempio significativo del secondo genere è invece l'uso sempre più diffuso di discussioni scritte in esito a procedimenti (come quelli penali) che pure vorrebbero la sola discussione orale, e che tuttavia esigono di fatto la puntualizzazione scritta degli argomenti, a valle del definitivo tramonto del principio di immediatezza della decisione (come affidarsi alla sola *parola persuasiva* se il giudice rinvia la decisione a tre mesi?).

Insomma: nell'ambito della giurisdizione si scrive sempre di più, sempre più spesso l'atto scritto tiene luogo di un incombente processuale orale, ed è sempre più spesso assoggettato a regole di “ammissibilità” in senso lato. In questo panorama, la scrittura giuridica non può rimanere estranea ai compiti formativi dell'istruzione universitaria.

## L'insegnamento del diritto tra formazione universitaria e formazione professionale

Fino a non molti anni addietro il percorso professionale dell'avvocato era piuttosto semplice: studi universitari, pratica forense, studio individuale finalizzato al superamento dell'esame di Stato, attesa del decorso del tempo per l'iscrizione agli albi delle giurisdizioni superiori.

Nel breve volgere di alcuni anni (la riforma della legge professionale è del 2012, alcuni suoi principi informativi – come l'obbligatorietà di una formazione permanente – erano stati anticipati da prassi locali di pochi anni prima, alcune sue innovazioni profonde stanno entrando in vigore in questi mesi) questa elementare dinamica, invalsa per decenni, è profondamente cambiata.

In primo luogo, sono progressivamente mutate le regole della pratica professionale, che è diminuita per durata, ed è in parte trasfigurata nei contenuti (con l'introduzione di attività adde-

strative equipollenti ma esterne ad uno studio professionale: corsi delle Scuole di Specializzazione per le Professioni Legali, tirocini presso magistrati).

È stato poi codificato l'obbligo della formazione permanente, con il conseguente fiorire di agenzie formative presso le stesse istituzioni dell'avvocatura (es. le Fondazioni per la formazione dei singoli Ordini territoriali, la Scuola del Consiglio Nazionale Forense), nonché presso le principali realtà associative forensi (per tutte le Scuole territoriali delle Camere Penali, e la Scuola nazionale dell'Unione delle CCPP).

Per l'iscrizione agli albi dei patrocinatori dinanzi alle giurisdizioni superiori, non è più sufficiente il decorso del tempo, ma è necessario (o il superamento del relativo esame, ovvero) frequentare proficuamente i corsi della Scuola Superiore dell'Avvocatura istituita presso il CNF.

Ancora, entreranno in funzione nel marzo 2022 (salvo proroghe) le Scuole Forensi già istituite con la legge del 2012, la frequentazione dei cui corsi (della durata di ben 160 ore) sarà passaggio formativo obbligatorio per l'accesso all'esame di Stato; ed allo stesso modo, stanno per entrare in funzione i percorsi formativi previsti dalla legge professionale per l'ottenimento del titolo di "specialista", consistenti in corsi di specializzazione organizzati dalle Università in convenzione con il CNF o con i Consigli dell'Ordine territoriali e le Associazioni forensi.

Vi sono poi i vari corsi abilitanti per l'iscrizione ai più diversi elenchi e ruoli (per tutti, il corso biennale, con esame finale, per l'iscrizione alle liste della difesa d'ufficio penale).

L'Università, infine, continua a gestire con alterne fortune le Scuole di Specializzazione per le Professioni Legali, la cui frequenza determina alcune facilitazioni per l'accesso all'esame di Stato ed al concorso di magistratura.

Breve: dalla sola formazione universitaria, di per sé sufficiente – superato l'esame – per il resto della vita professionale, siamo approdati oggi ad una formazione *immanente* alla stessa professione, che ha origine contestualmente all'apertura del tirocinio (*immediatamente* post-universitaria), vuoi con le Scuole di Specializzazione vuoi con le Scuole forensi (una delle due comunque obbligatoria), viene più volte ripetuta ad ogni significativa modifica dell'abilitazione (difensore d'ufficio, specialista, cassazionista), e si alimenta di un obbligo permanente di formazione e aggiornamento, almeno sino ad età matura.

Occorre chiedersi se un potenziamento tanto intenso (per obbligatorietà, numerosità e progressione temporale) degli obblighi formativi possa avere riflessi sulla formazione universitaria.

Da un lato, si potrebbe ritenere che proprio l'intensificazione della formazione orientata all'addestramento professionale possa legittimare l'insegnamento universitario a fare un passo indietro rispetto alla "dimensione applicativa" del diritto: forniti allo studente gli strumenti concettuali teorici e generali di base, e magari una più ampia ed interdisciplinare formazione culturale, dovrebbe spettare all'Avvocatura soltanto (ed alle sue oramai numerose agenzie formative, spesso significativamente presidiate da rappresentanti della stessa Accademia), o al più all'Avvocatura assieme all'Università – ma comunque in un contesto diverso da quello dell'insegnamento universitario di base – farsi carico della formazione professionale in senso proprio.

D'altra parte – si potrebbe aggiungere – è questo un fenomeno che già si sta manifestando in aree contigue: la Magistratura da tempo si fa carico in proprio della formazione del giudice e del PM, non solo attraverso lo strumento tradizionale del tirocinio professionale (la "pratica forense" del magistrato), ma oggi anche, efficacemente, attraverso una qualificatissima agenzia formativa quale la Scuola Superiore della Magistratura, che egualmente si occupa di formazione "all'ingresso" tanto quanto di formazione permanente.

E tuttavia, ad una simile prospettiva resiste – almeno per ciò che riguarda l'avvocatura – l'apparente contraddizione della svalutazione della pratica forense, vale a dire di quella "palestra educativa" che per decenni ha rappresentato idealmente il cuore dell'addestramento professionale dell'avvocato.

La verità, pare di poter dire, è che quel modello è oramai entrato in una crisi fortissima, di cui il depotenziamento normativo (di cui abbiamo detto) suona quasi come una realistica presa

d'atto; sebbene su di esso abbiano sicuramente inciso anche le pulsioni eurounitarie verso l'equiparazione dell'avvocato ad un mero prestatore di servizi, e le conseguenti spinte per la semplificazione delle procedure di accesso alla professione, alla cui stregua si propone anche per l'avvocatura l'approdo al modello della "laurea abilitante", ove il solo diploma abilita pressoché direttamente all'esercizio di una professione.

Ma occorre dirsi con franchezza che la crisi del modello è anzitutto figlia del suo fallimento pratico, che affonda a sua volta le proprie radici nella crisi dell'avvocatura: una professione esorbitante nei numeri rispetto al potenziale mercato di riferimento, tra le cui fila si sono via via allocate schiere di laureati che l'impiego pubblico e privato non sono più stati in grado di assorbire, e perciò anche inevitabilmente impoverita sul piano economico oltre che – e non da meno – culturale. In questo quadro, il modello tradizionale del rapporto formativo interpersonale tra *dominus* e praticante, che si alimenta della frequentazione assidua di uno studio professionale normalmente a carattere "artigianale", in cui alla progressiva crescita professionale del neolaureato corrisponde anche un graduale inserimento "lavorativo" nel contesto socio-economico di riferimento, è divenuto *rara avis*.

Occorre certamente rimediare a questa mancanza, e non è un caso che le linee guida dettate dal CNF per le *Scuole forensi* in ingresso indichino la netta preferenza per un modello d'insegnamento di tipo eminentemente *casistico* («la trattazione congiunta di un caso tra il docente e i discenti per stimolare il processo di autoapprendimento»: così le *Linee Guida CNF* del 13.07.2018): un modello assai simile a quello, empirico e tradizionale, della pratica forense per come tradizionalmente immaginata.

Resta tuttavia fortissima l'impressione che anche in questi nuovi contesti formativi la dimensione pratico-applicativa sia comunque destinata a diluirsi, almeno in parte, nella dinamica di una relazione docente-discente che è essenzialmente diversa da quella dell'addestramento professionale presso uno studio.

E tuttavia, pur volendo lasciare in disparte quest'ultimo tema, la profonda trasformazione dell'iter formativo professionale del giurista pratico, segnata dall'avanzata delle agenzie formative professionali "domestiche" (gli avvocati per gli avvocati, i magistrati per i magistrati), non può considerarsi irrilevante rispetto alla delineazione delle linee portanti dell'istruzione universitaria.

Recuperando alcune illuminanti considerazioni del prof. Vogliotti, è certamente necessario che l'Università assicuri allo studente consapevolezza di quanto il lavoro del giurista richieda «costanti valutazioni circa le conseguenze etiche, sociali, economiche e politiche delle scelte interpretative», di come sia fallace l'idea di una «scienza giuridica senza qualità, dissolta nelle altre scienze sociali e politiche», di come la "rivoluzione costituzionale" delle carte *rigide*, interne e sovranazionali, che consacrano un universo di valori non derogabili, interpellino costantemente la responsabilità del giurista e ne innervi la funzione sociale, indipendentemente dalla sua qualifica (giudice, pubblico ministero, avvocato, funzionario della P.A., etc.), ed infine di quanto sia imprescindibile il rispetto dell'opinione differente e del metodo dialettico, nonché (vorrei aggiungere) della *funzione* altrui (dell'avvocato per il giudice, del giudice per l'avvocato, etc.).

Sussiste il pericolo concreto che, entrando nei circuiti formativi professionalizzanti categoriali post-laurea, lo studente di giurisprudenza costruisca idealmente la propria identità professionale in termini squisitamente corporativi, rimanendo indifferente o comunque meno sensibile ad aspetti valoriali dell'esperienza giuridica valorizzati in altri percorsi, con l'ulteriore rischio che la parzialità dell'orizzonte si sclerotizzi nel tempo, per effetto di una formazione permanente autoreferenziale ed impermeabile al confronto dialettico.

Mentre sarà compito delle professioni scongiurare questa deriva settoriale, nociva per la qualità della giurisdizione, la formazione universitaria dovrebbe per parte sua farsi carico di educare lo studente ancor più intensamente alla tavola di valori che costituiscono patrimonio comune del giurista pratico, ed in una prospettiva non meramente teorica: educare ai principi del giusto

processo – ad esempio – evidenziandone la funzione concreta di regolazione di una giurisdizione non solo *giusta* in sé, ma perciò anche più efficace.

Costruire, insomma, un'identità culturale comune del futuro giurista professionale, e dei protagonisti della giurisdizione in particolar modo, solida e resiliente nei principi rispetto alle inevitabili pulsioni corporative di una formazione permanente categoriale che è divenuta cifra comune d'ogni percorso professionale.

# CHE COSA (CI) INSEGNANO LE CLINICHE LEGALI?

CECILIA **BLENGINO**



Che cosa (ci) insegnano le cliniche legali?

What do legal clinics teach (us)?

CECILIA BLENGINO

Professoressa associata in Filosofia del diritto, Università degli Studi di Torino.

E-mail: [ceciliapiera.blengino@unito.it](mailto:ceciliapiera.blengino@unito.it)

#### ABSTRACT

L'interesse che l'educazione clinica legale riscuote oggi in Italia suggerisce di riflettere sul contributo dell'approccio clinico alla costruzione di un nuovo modello di educazione giuridica. Gli obiettivi e gli strumenti con cui le cliniche legali conducono gli studenti alla comprensione ed alla pratica del diritto rappresentano un'opportunità per riflettere sugli scopi della formazione giuridica sia per configurare, in modo nuovo, la relazione tra docenti e studenti nell'esperienza formativa.

The recent interest in clinical legal education in Italy suggests thinking about its contribution to the construction of a new model of legal education. The objectives and tools used by legal clinics to lead students both to the understanding and to the practice of law represent an opportunity to reflect on the purposes and methods of legal education and to reconfigure the relationship between teachers and students in the training experience.

#### KEYWORDS

Cliniche legali, formazione giuridica, didattica del diritto, pratica riflessiva, law in context

Legal clinics, legal education, teaching of law, reflective practice, law in context

# Che cosa (ci) insegnano le cliniche legali?

CECILIA BLENGINO

1. *Le cliniche legali nella crisi dell'educazione giuridica* – 2. *Il paradigma dell'educazione clinico legale* – 3. *Pedagogia clinica e pratica riflessiva* – 4. *Conclusioni*.

## 1. *Le cliniche legali nella crisi dell'educazione giuridica*

L'educazione clinica legale è un metodo di formazione giuridica che persegue obiettivi di apprendimento esperienziale e di accesso alla giustizia, attraverso attività pratiche che immergono gli studenti in situazioni reali<sup>1</sup>. La recente diffusione del metodo clinico legale nel contesto italiano offre l'opportunità di esplorarne le potenzialità formative e la capacità di contribuire al *saltum*<sup>2</sup> verso una nuova educazione giuridica suggerito dalle riflessioni di Massimo Vogliotti<sup>3</sup>.

In Italia l'educazione clinica legale occupa uno spazio ancora contenuto nei percorsi della formazione giuridica, tuttavia l'evidenza empirica fotografa un processo in rapida crescita<sup>4</sup> capace di scalfire l'impermeabilità per molto tempo opposta dai sistemi formativi legati alla tradizione giuridica dell'Europa continentale<sup>5</sup> e di introdurre entro tali sistemi elementi di dirompente novità<sup>6</sup>.

L'incapacità euristica del paradigma giuridico moderno mette oggi in discussione la legittimazione scientifica del modello di educazione giuridica consolidatosi negli ultimi due secoli. Vogliotti sottolinea, infatti, la *crisi in cui versano* i principali fondamenti su cui si struttura la cornice epistemologica di tale paradigma: l'affermazione del metodo descrittivo, veritativo oggettivante delle scienze teoretiche e la *logica dei confini* geopolitici, temporali, teorici e disciplinari<sup>7</sup>.

La resistenza che il modello predicativo della lezione cattedratica ha saputo opporre nel tempo a critiche sempre rimaste ai margini nel dibattito accademico<sup>8</sup> trova spiegazione nella predominante

<sup>1</sup> Nell'ambito del dibattito tra proposte definitorie, si ricorre in questa sede alla definizione adottata dallo European Network of Clinical Legal Education, che considera la clinica legale come un «*legal teaching method based on experiential learning, which fosters the growth of knowledge, personal skills and values as well as promoting social justice at the same time*» (<http://www.encl.org/about-encl/definition-of-a-legal-clinic>). Sebbene la formazione clinica faccia ampio ricorso ad attività di simulazione, esercitazioni, tecniche interattive e giochi di ruolo, tali attività sono concepite come propedeutiche al coinvolgimento degli studenti in attività di pratica del diritto che si riferiscono a situazioni reali.

<sup>2</sup> La validità di un paradigma permane, secondo Khun, finché i problemi riescono a trovare una soluzione entro la sua cornice epistemologica. Al venir meno di tale capacità euristica, avviene la sostituzione per *saltum* da parte di un nuovo paradigma (KHUN 1978).

<sup>3</sup> VOGLIOTTI 2020, VOGLIOTTI 2014.

<sup>4</sup> Sebbene la diffusione delle cliniche legali in Italia risulti ancora contenuta, l'evidenza empirica fotografa un processo in rapida crescita. Dopo le prime cliniche istituite a Brescia nel 2009 (BARBERA 2019) e nel 2011 a Roma (ASTA, CAPRIOGLIO, RIGO 2018) e Torino (BLENGINO 2015 e BLENGINO 2018a; STEGE, VEGLIO 2018), la ricognizione effettuata nel 2015 contava quattordici cliniche legali attive sul territorio nazionale (BARTOLI 2015). A distanza di cinque anni, una nuova indagine rileva la presenza di 108 progetti che si autodefiniscono cliniche legali distribuiti in 58 atenei sul territorio nazionale (SCOMPARIN 2020). La mappatura è stata realizzata nell'ambito del Coordinamento Nazionale delle Cliniche Legali Italiane la cui costituzione nel 2019 testimonia, a sua volta, l'avanzamento del processo di maturazione dell'educazione clinica legale in Italia (MAESTRONI, BRAMBILLA, CARRER 2018).

<sup>5</sup> WILSON 2009, WILSON 2017.

<sup>6</sup> ALEMANNI, KADDAR 2018 e BLENGINO, GASCÓN-CUENCA 2019. Si soffermano in particolare sugli elementi di innovatività introdotti dalle cliniche sul sistema italiano AMATO 2018, BARBERA 2018a, DI DONATO, SCAMARDELLA 2016, BERNARDINI 2017, BLENGINO 2018a, CASADEI 2019 e SANTORO 2019.

<sup>7</sup> VOGLIOTTI 2020, 244.

<sup>8</sup> Citando solo alcune delle più risalenti, il riferimento è tanto alle critiche mosse da SCIALOJA 1936 alle "predicazio-

convinzione che l'insegnamento del diritto coincida con il trasferimento della conoscenza di un sistema di «verità cristallizzate nelle categorie senza tempo della dogmatica»<sup>9</sup>. A corollario di tale concezione, il dibattito sull'educazione giuridica tende ad assumere in Italia<sup>10</sup> un carattere episodico e prevalentemente confinato al livello sistematico dei piani di studio<sup>11</sup>. A tale livello, importanti sollecitazioni a transitare dal modello trasmissivo della conoscenza giuridica verso modalità pedagogiche di matrice esperienziale sono giunte dal processo volto a stimolare nella European Higher Education Area la connessione della formazione alle esigenze del mercato del lavoro<sup>12</sup>.

In Italia le sollecitazioni a partecipare al processo di cambiamento hanno suscitato una sostanziale indifferenza nel mondo accademico giuridico<sup>13</sup>. Entro tale scenario generale, la comparsa delle cliniche legali ha costituito una piccola ma significativa eccezione. L'approccio *learning by doing* e la capacità di coniugare obiettivi di formazione pratica e di giustizia sociale<sup>14</sup> hanno perciò indotto a riconoscere al metodo clinico un ruolo strategico nell'adeguamento dei percorsi dell'educazione giuridica agli obiettivi di apprendimento delineati dal European Higher Education Area<sup>15</sup>.

Una nuova opportunità di riflessione sull'educazione giuridica è offerta oggi dall'emergenza sanitaria dovuta al COVID 19. Il venire meno della possibilità di accedere agli spazi fisici conduce ad interrogarsi su quali siano gli elementi essenziali affinché l'università possa configurarsi come «esperienza intellettuale fortemente formativa, intesa a stimolare e far interagire le intelligenze di docenti e studenti». I timori che la didattica a distanza non faccia altro che vestire con un nuovo «vestito tecnologico [...] una visione della didattica universitaria vecchia»<sup>16</sup> procedono dall'idea che lo spazio fisico sia presupposto necessario allo stimolo dell'interazione tra docenti e studenti.

Senza sottovalutare le criticità presentate da una possibile deriva tecnologica dell'insegnamento universitario, le differenti reazioni alla crisi generata dalle limitazioni imposte dal coronavirus suggeriscono di dirigere la riflessione per una nuova educazione giuridica evitando la tentazione di mitizzare la didattica pre-pandemica e, al contempo, esplorando in profondità le ragioni che conducono a riconoscere nell'educazione clinica legale l'espressione ed il motore di un mutamento di paradigma<sup>17</sup>.

L'interazione tra docenti, studenti e realtà sociale costituisce un presupposto irrinunciabile dell'esperienza formativa clinica. L'emergenza sanitaria ha esercitato sulle cliniche legali un duplice impatto, ostacolando tanto lo scambio interattivo in aula quanto l'accesso ai contesti in cui

ni" quanto alle sollecitazioni di Carnelutti alla necessità di promuovere «un'inversione; risalire dal concreto all'astratto anziché discendere dall'astratto al concreto [...] poiché occorre non tanto sapere quanto saper fare, bisogna tener conto non solo della potenza razionale, ma altrettanto della potenza intuitiva» (CARNELUTTI 1935, 173-174).

<sup>9</sup> VOGLIOTTI 2014, 166.

<sup>10</sup> Assai diversa è la situazione in altri contesti. Per esempio, lo sviluppo nelle *law schools* americane a partire del *case metod* promosso da Christopher Columbus Langdell dal 1871 è stato accompagnato da una discussione critica, tuttora attiva, sull'efficacia di tale metodo. Gli stessi sviluppi delle cliniche legali sono stati influenzati da questo dibattito (KENNEDY 2004).

<sup>11</sup> Significative eccezioni – tra cui la Collana per l'Osservatorio sulla Formazione Giuridica (nel cui ambito ROSELLI 2012) – si distinguono entro questo quadro critico già denunciato da SCIALOJA 1936.

<sup>12</sup> In merito alle ambiguità che connotano tale processo DE SOUSA SANTOS 2012, DE SOUSA SANTOS 2016.

<sup>13</sup> Tale resistenza risulta visibile nella mancata codificazione degli obiettivi formativi della classe di laurea in giurisprudenza nei termini indicati dai Descrittori di Dublino e la declinazione della cd. riforma del "3+2" verso una formazione universitaria ancora sostanzialmente incentrata sulla conoscenza (SCOMPARIN 2019, 143).

<sup>14</sup> Questa duplice dimensione, già presente nelle prime proposte (FRANK 1933), costituisce oggi il connotato essenziale dell'evoluzione e della globalizzazione del movimento delle cliniche legali (BLOCH 2008, WILSON 2017, GARCÍA-AÑÓN 2019).

<sup>15</sup> Sul punto BLAZQUEZ-MARTÍN 2011, BARTOLI 2015 e ALEMANNI, KADDAR 2018.

<sup>16</sup> Il richiamo a tali scopi, propri dell'università fin dall'età medievale, ha motivato un gruppo di docenti lo scorso anno ad indirizzare al Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica una lettera intitolata "La Dad, il Covid, l'habeas mentem e il ruolo delle Università (al plurale)".

<sup>17</sup> BLENGINO 2018a, 233.

prende forma la pratica del diritto. Alle innegabili criticità e complessità del momento, tuttavia, le cliniche legali non hanno risposto rinunciando alla didattica interattiva o all'*apprendimento esperienziale a distanza*. La flessibilità, tipica dello sviluppo delle cliniche legali, e l'orientamento di tali esperienze formative alla risoluzione di problemi ed alla gestione degli imprevisti «che caratterizzano il fertile disordine della pratica»<sup>18</sup> hanno indotto la comunità clinica<sup>19</sup> ad esprimere una tendenziale duttilità nell'affrontare le restrizioni dettate dalla pandemia. Il “lockdown” imposto dal COVID 19 è stato colto come un'opportunità per riflettere sull'educazione clinica<sup>20</sup>, per verificare la possibilità di perseguirne gli obiettivi attraverso nuove modalità<sup>21</sup> e per sperimentare pratiche didattiche cooperative tra le cliniche legali<sup>22</sup>.

Il processo autoriflessivo sviluppatosi in relazione alla pandemia costituisce una nuova occasione per delineare le specificità con cui l'educazione clinica legale concepisce la formazione, il diritto e la figura del giurista.

## 2. Il paradigma dell'educazione clinico legale

Quale formazione, per quale diritto e per quale giurista?<sup>23</sup>

Le risposte delle cliniche legali a questi interrogativi<sup>24</sup> mettono in discussione sia i metodi sia l'oggetto del sistema tradizionale della formazione giuridica europea continentale<sup>25</sup>.

Solo in parte gli obiettivi delle cliniche legali coincidono con l'acquisizione delle abilità del futuro professionista<sup>26</sup> e già Carnelutti sottolineava l'“abisso” che separa la clinica legale dal tirocinio<sup>27</sup>. La rivoluzione epistemologica più radicale avviata alle cliniche legali rispetto al modello di educazione affermatosi nei sistemi di *civil law* risiede nella scelta del “*droit en context*”<sup>28</sup> ad oggetto e scopo della formazione del giurista.

Le cliniche concepiscono il diritto come un fenomeno che si rivela nella pratica<sup>29</sup>. Dalla posizione da cui esse guardano il diritto, esse appaiono tra i “cantieri dell'innovazione” che fanno «compiere, al giurista continentale, un ulteriore passo verso il pieno recupero della natura pratica

<sup>18</sup> SCHON 1993.

<sup>19</sup> Le modalità con cui si configurano le relazioni, le riflessioni e gli scambi di esperienze a livello internazionale e nazionale hanno indotto a riconoscere coloro che promuovono il metodo clinico legale come parte di un movimento (BLOCH 2011) che è anche una comunità interpretante (BARBERA 2018) o epistemica (BLENGINO, GASCÓN-CUENCA 2019).

<sup>20</sup> Attestano questo dibattito il numero speciale che l'International Journal of Clinical Legal Education ha dedicato alla raccolta delle esperienze maturate durante il “lockdown” (MCFAUL, RYAN 2020), la realizzazione di alcuni seminari tematici nell'ambito del Coordinamento Nazionale delle Cliniche Legali Italiane e la riflessione che la Rete delle Cliniche Legali Francofone ha dedicato alla riflessione su *Les cliniques juridiques en temps de crise: les (im)possibilités du format a distance*.

<sup>21</sup> Specialmente in alcuni ambiti, l'impossibilità di accesso ai luoghi e di incontro ha indubbiamente impoverito le opportunità di apprendimento e l'impatto delle attività nei confronti dei destinatari, tuttavia le cliniche legali non hanno generalmente rinunciato alla attività interattive con docenti, professionisti e attori della società civile e si sono impegnate durante il *lockdown* nella stesura di memorie legali, ricorsi, *reports*, interventi di terzo, oltre che nella produzione di video e siti dedicati alla divulgazione di informazioni giuridiche.

<sup>22</sup> Cito, a titolo meramente esemplificativo, la presentazione di un ricorso alla CEDU come attività congiunta delle cliniche legali dell'Università di Catania e dell'Università Sant'Anna Pisa e l'avvio della collaborazione tra studenti della Clinica Legale Antitrattra di Torino e della Migration and Trafficked Persons Law Clinic dell'Università nigeriana di Abuja.

<sup>23</sup> BAILLEUX 2018.

<sup>24</sup> PERELMAN 2014, 133.

<sup>25</sup> BLENGINO 2018a, 234.

<sup>26</sup> In questo senso i richiami alla formazione medica presenti nella proposta di FRANK (1933) come in quella di CARNELUTTI (1935) fanno riferimento all'importanza formativa del contatto con il paziente già durante il percorso di studi.

<sup>27</sup> CARNELUTTI 1935, 50.

<sup>28</sup> BAILLEUX, OST 2013, 1, 35 ss.

<sup>29</sup> PERELMAN 2014, 133 ss.

del sapere giuridico»<sup>30</sup>.

Nel trascendere la dicotomia tra teoria e pratica su cui si struttura da secoli l'insegnamento del diritto nei contesti di *civil law*, il metodo clinico legale sfida l'autosufficienza e l'autonomia del sapere giuridico<sup>31</sup> e attribuisce all'interdisciplinarietà<sup>32</sup> un ruolo centrale per «cogliere ciò che è tessuto insieme, cioè [...] il complesso»<sup>33</sup>.

Indirizzare i processi di apprendimento attivo nel «fertile disordine della pratica»<sup>34</sup>, dove l'ordine dei principi astratti lascia il posto al disordine, alle contraddittorietà ed alla soggettività della realtà<sup>35</sup>, assume per le cliniche legali diversi significati.

L'alchimia ascendente<sup>36</sup> che si realizza accostando il diritto *pensando per casi*<sup>37</sup> assume per le cliniche legali lo scopo di formare giuristi capaci di unire alla competenza tecnica la capacità di comprendere e riconnettere i meccanismi attraverso cui prende forma l'interpretazione del diritto alle complessità della realtà sociale<sup>38</sup>, focalizzando l'attenzione sulle contraddizioni che separano il «diritto in azione» dal «diritto nei libri»<sup>39</sup>. La ricongiunzione tra sapere giuridico e società<sup>40</sup> orienta il realismo delle cliniche legali verso una direzione non decostruttivista: «*in the heart of law in action*» gli studenti si confrontano con «the gaps between what the law says, what it aspires to be, and what legal officials actually do, and are therefore poised to engage questions about the role of law in society»<sup>41</sup>.

All'idea che il diritto possa essere strumento di cambiamento sociale<sup>42</sup> corrisponde una sostanziale fiducia da parte delle cliniche legali nel diritto vivente<sup>43</sup>. L'apprendimento contestualizzato in situazioni reali genera, allora, una tensione trasformativa che conduce le cliniche a prendere parte ai processi di interpretazione del diritto riconcettualizzando norme giuridiche, processi istituzionali e prassi assumendo ad orizzonte normativo-ideale l'«higher law», il cosmopolitismo, le carte costituzionali e le carte dei diritti umani<sup>44</sup>. Entro tale prospettiva, le cliniche legali intervengono, in una prospettiva di promozione dell'accesso alla giustizia<sup>45</sup>, laddove vengano ravvisate vulnerabilità tali da ostacolare l'esercizio dei diritti in concreto<sup>46</sup>. L'individuazione degli ambiti di azione<sup>47</sup> consegue infatti alla scelta di posizionare il giurista *ex parte societatis*<sup>48</sup> e nello specifico entro il punto di vista «socialmente istituito [...] dei soggetti svantaggiati»<sup>49</sup> rispetto alle dinamiche di potere che attraversano la società ed i processi di cambiamento sociale e giuridico<sup>50</sup>.

<sup>30</sup> VOGLIOTTI 2014, 115.

<sup>31</sup> BLENGINO 2018a.

<sup>32</sup> GALOWITZ 2012, BLENGINO 2018a e BLENGINO 2018b.

<sup>33</sup> MORIN 2000, 5.

<sup>34</sup> SCHON 1993, 11.

<sup>35</sup> PERELMAN 2014, 133 ss.

<sup>36</sup> PERELMAN 2014, 135.

<sup>37</sup> PERELMAN 2014, 135.

<sup>38</sup> KRUSE 2011; BARBERA 2018a, 63; BLENGINO 2018a, 234.

<sup>39</sup> POUND 1910, 12 ss., FRANK 1933, 920.

<sup>40</sup> WILSON 2004, BARBERA 2018b.

<sup>41</sup> KRUSE 2011, 317-318.

<sup>42</sup> Tra le connessioni che legano le cliniche legali ai movimenti che assumono tale concezione del diritto, emerge esplicitamente quella con il movimento per l'accesso alla giustizia (CAPPELLETTI 1994).

<sup>43</sup> BARBERA 2018b, XXV.

<sup>44</sup> BARBERA 2018b, XXIII.

<sup>45</sup> GASCÓN-CUENCA 2019, GARCÍA-AÑÓN 2019.

<sup>46</sup> BLENGINO 2019b.

<sup>47</sup> Senza pretesa di esaustività, gli interventi delle cliniche legali italiane si indirizzano oggi prevalentemente verso tematiche connesse alla protezione internazionale, al carcere, all'ambiente, alle disabilità e, in generale, alla questione antidiscriminatoria.

<sup>48</sup> CASADEI 2019.

<sup>49</sup> BARBERA 2018b, XXIV.

<sup>50</sup> Sul punto BLENGINO, GASCÓN-CUENCA 2019.

Nel fare ciò l'educazione clinica legale introduce un'ulteriore novità nella formazione del giurista nel contesto europeo continentale. La sua diffusione si configura come un veicolo di incontro tra le culture giuridiche di *common law* e di *civil law*, piuttosto che come espressione di un *imperialismo clinico* statunitense<sup>51</sup>. Le contaminazioni che connotano lo sviluppo delle cliniche legali a livello globale<sup>52</sup> concorrono a configurare una comunità epistemica<sup>53</sup> in cui una nuova idea dell'educazione giuridica si sviluppa attraverso pratiche che, a loro volta, riflettono le trasformazioni del diritto. Sotto il primo aspetto, il monopolio del docente accademico sulla trasmissione del sapere giuridico caratteristico della tradizione giuridica europea continentale<sup>54</sup> cede il passo ad una concezione ampia della formazione che vede coinvolti docenti accademici, professionisti e attori della società civile<sup>55</sup>. Sotto il secondo aspetto, l'impatto della dimensione transnazionale dell'educazione clinica legale coinvolge le pratiche educative quanto i processi di attuazione dei diritti fondamentali<sup>56</sup>.

Essendo al contempo il frutto di un'ibridazione di tecniche giuridiche<sup>57</sup> e di metodologie didattiche, le cliniche legali costituiscono uno spazio privilegiato in cui studenti e studentesse prendono parte ad attività pratiche che declinano gli obiettivi di accesso alla giustizia attraverso modalità diversificate. A questo proposito, merita di essere sottolineato come al modello originario della *legal aid clinic* – in cui gli studenti sono coinvolti in attività riconducibili all'assistenza legale – le cliniche legali affianchino da tempo attività di *street law*<sup>58</sup> e di *community lawyering*<sup>59</sup>. Si registra, inoltre, anche in Italia il crescente coinvolgimento degli studenti in *amici curiae* o in attività di contenzioso strategico (*strategic litigation clinics*)<sup>60</sup>.

### 3. *Pedagogia clinica e pratica riflessiva*

Non è possibile comprendere realmente *che cosa* siano le cliniche legali senza analizzare *come* esse perseguano gli obiettivi che si prefiggono.

Uno degli effetti più significativi della contaminazione tra pratiche didattiche alimentata dal movimento delle cliniche legali è l'avvio nell'ambito dei sistemi dell'educazione giuridica dell'Europa continentale di una riflessione pedagogica prima sconosciuta. In Italia, la dimensione propriamente didattica dell'educazione clinica occupa uno spazio ancora contenuto nel dibattito teorico<sup>61</sup>, tuttavia il continuo scambio all'interno del movimento delle cliniche legali<sup>62</sup> ha permesso anche nel nostro paese la sperimentazione di metodi e strumenti consolidati da tempo nella formazione clinica nei contesti di *common law*.

<sup>51</sup> WILSON 2011, 143.

<sup>52</sup> BLOCH 2011.

<sup>53</sup> Il concetto – proposto da Haas per indicare reti professionali, spesso interdisciplinari, entro cui si producono conoscenze rilevanti su questioni complesse in un determinata area di competenza (HAAS 1992, 16) – sembra applicabile alle cliniche legali (BLENGINO, GASCÓN CUENCA 2019).

<sup>54</sup> Mentre negli Stati Uniti il “professore clinico” è nettamente distinto dal docente accademico, il processo spontaneo dal basso proprio della diffusione delle cliniche legali nel contesto europeo prende forma attraverso la costruzione di programmi didattici che affidano la supervisione congiunta a docenti accademici e professionisti.

<sup>55</sup> Ciò porta a ritenere che il concetto di comunità di pratica (WENGER 2006) possa essere applicato alle cliniche legali (BLENGINO 2018a e BLENGINO 2019a).

<sup>56</sup> BLOCH 2011.

<sup>57</sup> BARBERA 2018b, XXVII

<sup>58</sup> ARBETMAN, O'BRIAN 2016.

<sup>59</sup> TOKARZ et al. 2008.

<sup>60</sup> GASCÓN CUENCA, SANCHEZ 2018.

<sup>61</sup> BLENGINO 2019, 30.

<sup>62</sup> Importanti riferimenti del movimento delle cliniche legali sono la Global Alliance for Justice in Education GAJE ([www.gaje.org](http://www.gaje.org)) e, a livello europeo, il European Network of Clinical Legal Education ENCLE ([www.encl.org](http://www.encl.org)).

Raccogliendo le sollecitazioni provenienti dalla pedagogia del pragmatismo<sup>63</sup> e dal costruttivismo pedagogico<sup>64</sup>, lo sviluppo delle cliniche legali si accompagna alla costante ricerca, nell'ambito delle riflessioni che attraversano il movimento clinico, della rispondenza tra gli obiettivi della formazione giuridica e le specificità dei bisogni educativi degli studenti di giurisprudenza. Ciò conduce, conseguentemente, ad interrogare ed esplorare l'impatto della didattica socratica e cooperativa entro la prospettiva andragogica<sup>65</sup> e con riferimento alle specificità della formazione dei giovani adulti<sup>66</sup>.

Stimolare l'apprendimento continuo coincide per le cliniche legali con l'obiettivo di formare *professionisti riflessivi*<sup>67</sup>.

Considerando l'apprendimento come un processo circolare socialmente situato, attraverso il quale la conoscenza viene creata attraverso la trasformazione dell'esperienza<sup>68</sup>, la pratica è concepita come *pratica riflessiva*<sup>69</sup>. Collocata nell'esperienza giuridica, la formazione nella clinica legale assegna agli studenti un ruolo attivo nel processo di apprendimento. Ciò avviene guidando l'auto riflessione su questo stesso processo<sup>70</sup>.

Grazie alla supervisione del pensiero intenzionale e sistematico<sup>71</sup>, la promozione delle competenze essenziali per un essere un 'buon' operatore del diritto<sup>72</sup> si accompagna allo stimolo costante verso una riflessione critica che indirizza gli studenti verso l'apprendimento in profondità.

L'*epistemologia socio giuridica del diritto in azione*<sup>73</sup> propria della clinica legale permette agli studenti di sperimentare che le questioni giuridiche non sono predefinite ma vengono costruite in 'zone intermedie di pratica' dove regnano 'incertezza, unicità e conflittualità'<sup>74</sup>. A fronte di ciò, l'epistemologia della pratica allena la capacità degli studenti di riflettere *nel corso dell'azione*, ma anche in modo retrospettivo. La riflessione *sull'azione*<sup>75</sup> stimolata dall'apprendimento riflessivo si rivela, di conseguenza, un potente 'antidoto' alla replicazione acritica dell'approccio giuspositivistico<sup>76</sup>.

Per gli studenti il ricorso all'auto etnografia<sup>77</sup> si rivela un significativo arricchimento alla comprensione dei fenomeni giuridici e delle loro dinamiche<sup>78</sup>. L'approccio della ricerca qualitativa insito nei diari riflessivi<sup>79</sup> contribuisce ad ampliare la capacità di osservare e affrontare la multidimensionalità dei problemi in una prospettiva interdisciplinare<sup>80</sup>.

Anche nella prospettiva dei docenti, la pratica riflessiva si presenta come un nuovo strumento strategico per lo sviluppo e il miglioramento dell'educazione giuridica, alla quale viene restituita una dimensione collettiva. Attraverso la supervisione, ai docenti sono offerte nuove strategie di valutazione degli apprendimenti, ma soprattutto l'opportunità di intraprendere percorsi di ricerca - azione<sup>81</sup> in cui anche la riflessione *sull'azione* da parte dei docenti può divenire uno strumento cruciale per riconsiderare l'efficacia dell'insegnamento e per progettare iniziative future.

<sup>63</sup> DEWEY 2014.

<sup>64</sup> PIAGET 1974.

<sup>65</sup> BLOCH 1982, 323.

<sup>66</sup> BLACKBURN 2020.

<sup>67</sup> SCHON 1993.

<sup>68</sup> KOLB 1984, 38.

<sup>69</sup> BROOKS 2012, CASEY 2014, BLENGINO et al. 2019.

<sup>70</sup> GARCÍA-ANÓN 2014, 58.

<sup>71</sup> GIBBS 1988, SCHON 1993.

<sup>72</sup> Il concetto di professionista riflessivo (SCHON 1993) assume una accezione ampia che può certamente applicarsi ai diversi operatori del diritto.

<sup>73</sup> PERELMAN 2014, 135.

<sup>74</sup> SCHON 1993, 6.

<sup>75</sup> SCHON 1993, 6.

<sup>76</sup> EVANS et al. 2017, 162.

<sup>77</sup> GIBBS 1988, HESS 2019.

<sup>78</sup> BLENGINO 2019a, BLENGINO 2019b.

<sup>79</sup> GIBBS 1988.

<sup>80</sup> GALOWITZ 2012, BLENGINO 2018b.

<sup>81</sup> LEICHT, DAY 2000.

#### 4. *Conclusioni*

L'educazione clinica legale appare oggi, al contempo, espressione e forza propulsiva di un mutamento di paradigma dell'educazione giuridica. La concezione olistica con cui le cliniche si accostano sia alla comprensione del fenomeno giuridico sia alla pratica del diritto incoraggiano l'interdisciplinarietà e la riflessività nella formazione. Si tratta di sollecitazioni che presentano caratteri di replicabilità in grado di travalicare il perimetro delle cliniche legali, animando la riflessione sugli scopi della formazione del giurista e configurando in modo nuovo il ruolo di studenti e docenti.

*Riferimenti bibliografici*

- ALEMANNO A., KADDAR L. (eds.) 2018. *Reinventing Legal Education. How Clinical Education is Reforming the Teaching and Practice of Law in Europe*, Cambridge University Press.
- AMATO C. 2018. *Experiential learning from the continental viewpoint: if the cap fits...*, in R. GRIMES (ed.), *Re-thinking Legal Education under the Civil and Common Law. A Road Map for Constructive Change*, Routledge, 13 ss.
- ARBETMAN L., O'BRIAN E. 2016. *Street Law: a course in practical law*, McGill.
- ASTA F., CAPRIOGLIO C., RIGO E. 2018. *Il ruolo delle cliniche come strumento di insegnamento e approccio al diritto*, in A. MAESTRONI, P. BRAMBILLA, M. CARRER. *Teorie e pratiche nelle cliniche legali*, Giappichelli, 207 ss.
- BAILLEUX F. 2018. *Quelle formation pour quel juriste et quel droit? Libération et responsabilisation de l'étudiant bruxellois*, in VOGLIOTTI M., *Pour une nouvelle éducation juridique*, L'Harmattan, 167 ss.
- BAILLEUX F., OST F. 2013. *Droit, contexte et interdisciplinarité: refondation d'une démarche*, in «Revue interdisciplinaire d'études juridiques», 70, 2013, 25 ss.
- BARTOLI C. 2015. *The Italian legal clinics movement: Data and prospects*, in «International Journal of Clinical Legal Education», 22, 2015, 213 ss.
- BARBERA M. 2018a. *The Emergence of an Italian Clinical Legal Education Movement: the University of Brescia Law Clinic*, in ALEMANNO A., KADDAR L. (eds.), *Reinventing Legal Education How Clinical Education is Reforming the Teaching and Practice of Law in Europe*, Cambridge University Press, 59 ss.
- BARBERA M. 2018b. *Il movimento delle cliniche legali e le sue ragioni*, in MAESTRONI A., BRAMBILLA P., CARRER M. *Teorie e pratiche nelle cliniche legali*, Giappichelli, XIX ss.
- BERNARDINI M.G. 2017. *Le cliniche legali e l'identità del giurista: spunti per un inquadramento teorico*, in «Diritto e Questioni Pubbliche», 17, 2017, 437 ss.
- BLACKBURN L. 2020. *Ephebogogy and Clinical Legal Education*, in «International Journal of Clinical Legal Education», 27, 2020, 2.
- BLAZQUEZ-MARTÍN D. 2011. *The Bologna Process and the Future of Clinical Education in Europe: A View from Spain*, in BLOCH F., *The Global Clinical Movement: Educating Lawyers for Social Justice*, Oxford University Press, 121 ss.
- BLENGINO C. 2015. *Formare il giurista oltre il senso comune penale: il ruolo della clinical legal education in carcere*, in ID. (ed.), *Stranieri e sicurezza*, ESI, 151 ss.
- BLENGINO C. 2018a, *Fondamenti teorici di una pratica: approccio bottom up, prospettiva interdisciplinare e impegno civile nella clinica legale con detenuti e vittime di tratta*, in MAESTRONI A., BRAMBILLA P. e CARRER M. (eds.), *Teorie e pratiche nelle cliniche legali*, Giappichelli, 233 ss.
- BLENGINO C. 2018b, *Interdisciplinarity and Clinical Legal Education: how synergies can improve access to rights in prison*, in «International Journal of Clinical Legal Education», 25, 2018, 210 ss.
- BLENGINO C. 2019a *Clinical Legal Education and Reflective Practice*, in BLENGINO C., GASCÓN-CUENCA A. (eds.), *Epistemic Communities at the Boundaries of Law*, Ledizioni, 21 ss.
- BLENGINO C. 2019b. *Lo sguardo della clinica sulla vulnerabilità*, in «Etica &Politica», XXI, 2019, 279 ss.
- BLENGINO C., BROOKS S.L., DERAMAT M., MONDINO S., 2019. *Reflective Practice: Connecting Assessment and Socio-Legal Research in Clinical Legal Education*, in «International Journal of Clinical Legal Education», 3, 2019, 54 ss.
- BLENGINO C., GASCÓN-CUENCA A. (eds.) 2019. *Epistemic Communities at the Boundaries of Law*.

*Clinics as a Paradigm of the Revolution of Legal Education in the European Mediterranean Context*, Ledizioni.

- BLOCH F. 1982. *The Andragogical Basis of Clinical Legal Education*, in «Vanderbilt Law Review», 35, 1982, 321 ss.
- BLOCH F. 2008. *Access to Justice and the Global Clinical Movement*, in «Washington University Journal of Law and Policy», 28, 2008, III ss.
- BLOCH F. (ed.) 2011. *The global clinical movement. Educating lawyers to social justice*, Oxford University Press.
- BRAYER P. 2000. *A Law Clinic Systems Theory and the Pedagogy of Interaction: Creating a Legal Learning System*, in «Connecticut Public Interest Law Journal», I, 12, 2000, 1.
- BROOKS S.L. 2012. Meeting the professional identity challenge in legal education through a relationship centered-experiential curriculum, in «University of Baltimore Law review», 41, 2012, 3.
- CAPPELLETTI M. (ed.) 1981. *Access to Justice and the Welfare State*, European University Institute (vol. 4).
- CAPPELLETTI M. 1994. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Il Mulino.
- CARNELUTTI F. 1935. *Le Cliniche del diritto*, in «Rivista Italiana di Diritto Procedurale Civile», 1, 1935, 169 ss.
- CASADEI T. 2019. *L'approccio clinico-legale e le sue (utili) implicazioni*, in «Rivista di Filosofia del Diritto», 2, 2019, 277 ss.
- CASEY T. 2014. *Reflective Practice in Legal Education: The Stages of Reflection*, in «Clinical Law Review», 2014, 317 ss.
- DEWEY J. 2014. *Esperienza ed educazione*, Raffaello Cortina Editore (ed. or. 1938).
- DE SOUSA SANTOS B. 2012. *La Universidad en el siglo XXI. Para una reforma democrática y emancipadora de la Universidad*, in RAMIREZ R. (ed.), *Transformar la universidad para transformar la sociedad*, Senescyt, Quito, 139 ss. (2nd ed.).
- DE SOUSA SANTOS B. 2016. *The Universities at a Crossroads*, in GROSFOGUEL R., HERNANDEZ R., VELASQUEZ R.R. (eds.), *Decolonizing the Westernized University*, Lexington Books, 295 ss.
- DI DONATO F., SCAMARDELLA F. (eds.) 2016. *Il metodo clinico legale*, Editoriale scientifica.
- EVANS A., CODY A., GIDDINGS J., JOY P., NOONE M.A., RICE S. 2017. *Reflective Practice: the essence of Clinical Legal Education*, in ID., *Australian Clinical Legal Education*, ANU Press, 153 ss.
- FRANK J. 1933. *Why Not a Clinical Lawyer-School?*, in «University of Pennsylvania Law Review», 81, 907 ss.
- GALOWITZ P. 2012. *The opportunities and challenges of an interdisciplinary clinic*, in «International Journal of Clinical Legal Education», 18, 2012, 165 ss.
- GARCÍA-AÑÓN J. 2014. *La integración de la educación jurídica clínica en el proceso formativo de los juristas*, in «REDU», 12, 2014, 153 ss.
- GARCÍA-AÑÓN J. 2017. *Teaching and learning legal ethics and professional responsibility under the civil law*, in GRIMES R. (ed.), *Re-thinking legal education under the civil and common law*, Routledge, 96 ss.
- GARCÍA-AÑÓN J. 2019. *Access to Justice and the Impact of the European Legal Clinics in Case Law in* BLENGINO C., GASCÓN-CUENCA A. (eds.), *Epistemic Communities at the Boundaries of Law*, Ledizioni, 63 ss.
- GASCÓN-CUENCA A. 2019. *The Crisis of the Welfare State and the Worsening of Access to Justice:*

- The Role of the University and of the Clinical Legal Movement in Spain and Italy*, in BLENGINO C., GASCÓN-CUENCA A. (eds.) *Epistemic Communities at the Boundaries of Law*, Ledizioni, 43 ss.
- GASCÓN-CUENCA A., SANCHEZ R.J. 2018. *Litigation strategica*, in MESTRE R., *Guída práctica para la enseñanza del derecho a través de las clínicas jurídica*, Tirant.
- GIBBS G. 1988. *Learning by doing: A guide to Teaching and Learning Methods*, Birmingham, FEU.
- HESS E. 2019. *La pratica del diario*, Besa Muci.
- KENNEDY D. 2004. *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy A Polemic Against the System*, New York University Pres.
- KHUN T. [1962] 1978. *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi.
- KOLB D. 1984. *Experiential Learning: Experience as the Source of Learning and Development*, Prentice-Hall.
- KRUSE K. 2011. *Getting Real About Legal Realism, New Legal Realism and Clinical Legal Education*, in «New York Law School Law Review», 2011, 56.
- LEICHT R., DAY C. 2000. *Action research and reflective practice: towards a holistic view*, in «Educational Action Research», 8, 2000, 79 ss.
- MAESTRONI A., BRAMBILLA P., CARRER M. 2018. *Teorie e pratiche nelle cliniche legali*, Giappichelli.
- MCFAUL K., RYAN F. (eds.) 2020. *Special Issue. Clinical Legal and Public Legal Education: Responses to Coronavirus*, in «International Journal of Clinical Legal Education», 27, 2020, 4.
- MORIN E. 2000. *La testa ben fatta. Riforma dell'insegnamento e riforma del pensiero nel tempo della globalizzazione*, Raffaello Cortina Editore, 2000.
- PERELMAN J. 2014. *Penser la pratique, théoriser le droit en action: des cliniques juridiques et des nouvelles frontières épistémologiques du droit*, in «Revue interdisciplinaire d'études juridiques», 2, 74, 2014, 133 ss.
- PIAGET J. 1974. *Lo strutturalismo*, Il Saggiatore (ed. or. 1968).
- POUND R. 2010. *Law in the books and law in action*, in «American Law Review», XLIV, 1910.
- ROSELLI O. 2012. *Scritti per una scienza della formazione giuridica*, Esi.
- SANTORO E. 2019. *Guai privati e immaginazione giuridica: le cliniche legali e il ruolo dell'Università*, in «Rivista di Filosofia del Diritto», 2, 2019, 231 ss.
- SCIALOJA V. 1936. *L'ordinamento degli studi di giurisprudenza in relazione alle professioni (1914)*, in *Scritti e discorsi politici*, Cedam (vol. II).
- SCOMPARIN L. 2019. *Lo sviluppo delle cliniche legali italiane*, in «Questioni e Giustizia», 2019, 142 ss.
- SCOMPARIN L. 2020. *Mappatura delle cliniche legali italiane. Working paper del Coordinamento Nazionale delle Cliniche Legali Italiane (Ottobre)*.
- SCHON D. 1993. *Il professionista riflessivo. Per una nuova epistemologia della pratica professionale*, Dedalo Edizioni (ed. or. 1983).
- STEGE U., VEGLIO M. 2018. *On the Front Line of the Migrant Crisis*, in ALEMANNI A., KADDAR L. (eds.), *Reinventing Legal Education*, 127 ss.
- TOKARZ K., COOK N.L., BROOKS S.L., BRATTON BLOM B. 2008. *Conversations on "Community Lawyering": The Newest (Oldest) Wave in Clinical Legal Education*, in «Washington Uniniversity Journal of Law Policy», 359 ss.
- VOGLIOTTI M. 2014. *La fine del grande stile* in BARSOTTI V. (eds.), *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello. Quaderni del dottorato fiorentino in scienze giuridiche*, Maggioli.
- VOGLIOTTI M. 2020. *Per una nuova educazione giuridica*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 2,

2020, 229 ss.

WENGER E. 2006. *Comunità di pratica. Apprendimento, significato e identità*, Raffaello Cortina.

WILSON R. 2004. *Training for Justice: The Global Reach of Clinical Legal Education*, in «Penn State International Law Review», 22, 2004, 3.

WILSON R. 2009. *Western Europe: Last Holdout in the Worldwide Acceptance of Clinical Legal Education*, in «German Law Journal» 10, 2009, 823 ss.

WILSON R. 2011. *Beyond legal imperialism. US Clinical Legal Education and the New Law and Development*, in BLOCH F. (ed.), *The Global Clinical Movement: Educating Lawyers for Social Justice*, Oxford University Press, 135 ss.

WILSON R. 2017, *The Global Evolution of Clinical Legal Education. More than a Method*, Cambridge University Press.



# TEACHING ACROSS EUROPE: HOW TO ENGAGE STUDENTS IN AN OVER-STIMULATED AGE

FRANCESCA **GALLI**



## Teaching across Europe: how to engage students in an over-stimulated age

FRANCESCA GALLI

Visiting Fellow, European University Institute.

E-mail: [Francesca.galli@eui.eu](mailto:Francesca.galli@eui.eu).

### ABSTRACT

Italian universities would greatly benefit of some changes in the traditional way of teaching law, taking inspiration from tailor-made teaching examples developed throughout Europe. Small seminars and tutorials could complement lectures *ex cathedra* to foster interaction. Solving case studies could be a more effective way of assessing students' understanding than oral exams. Playful teaching techniques, such as debate competitions or moot-courts, would engage students and develop their learning capabilities, and test them during the course, such as research papers, policy memos or press reviews. An additional commitment to structure and methodology would improve the quality of final dissertations and theses. Overall independent and critical thinking should be better valued.

### KEYWORDS

Tailor-made, independence, critical thinking, interaction

# Teaching across Europe: how to engage students in an over-stimulated age

FRANCESCA GALLI

1. *Obtain and retain students' attention* – 2. *A tailor-made learning experience* – 2.1 *"Institutions and policies of the EU"* – John Cabot University – 2.2. *"Négotiations Européennes"* – Institut d'Études Européennes, ULB – 3. *Assessing the uniqueness of every student* – 3.1. *Written and oral exams* – 3.2. *Research papers* – 3.3. *Debate competitions* – 4. *What teaching has taught me* – 5. *Concluding remarks*.

## 1. *Obtain and retain students' attention*

During my teaching career I have worked in different departments and institutions: the *Institut d'Etudes Politiques* in Paris, the *Université Libre de Bruxelles* in Brussels, the Faculty of Law of the University of Maastricht and the John Cabot University in Rome. In different occasions, I have acted as lecturer, tutor and thesis supervisor.

I have always tried to be interactive in my lecturing style, even when not explicitly requested by the university. I have anyhow firstly tried to improve in finding a better balance between the time I talk and the interaction with students: pause more often, encourage questions and leave more space for debates and Q&A sessions.

A way to keep students awake and engage with them, especially in Belgian or Italian universities where students are not used and often reluctant to interact, is to walk around and stop in front of them.

I avoid standing still at podium and reading out written notes, which is often boring and useless. Yet, I like to alternate using power points and the traditional blackboard. I would like to improve the style of my power points and make them lighter in the text and funnier using images. I think power points should also be shorter, stressing only the most important concepts, so that students in each lecture are not overburden with information. Using videos and/or other audio-visual materials to make lecturers even more interactive and pleasant could be an additional strategy.

Another thing I need to work upon is the pace of my talking, as I tend to go very fast. That has been particularly important where I had to teach courses in English in Belgian or Italian universities where students' level of academic English is rather poor. To avoid losing students' attention I try to repeat the most important words and concepts. I avoid translating, which is of no use, as they need to learn also the legal vocabulary for the purpose of the course.

The biggest challenges I have encountered is for students to read the material before the lecture and keep them engaged when a topic is particularly complex. Students often want the lecturer to provide knowledge, which has been selected for them rather than engaging critically with different topics and find their own understanding of things. This is particularly the case in countries where education revolves mainly around lecture-based learning.

It is certainly easier for a lecturer to read a power point aloud, but this is my ultimate classroom strategy. It fortifies note-taking and memorisation skills (which works as the best learning method only for certain students) but what else? As a passive format, creativity, critical thinking, analysis, and other more active ingredients in a valuable education certainly receive little attention.

Probably the main argument levied against lecture-based classroom styles involves how little it truly engages students. Breaking up the monotony with activities such as question-and-

answer sessions creates a more dynamic learning environment with memorable content. Also because students' attention span does not last long. Punctuating lectures with interactive moments might be all a teacher really needs to get students learning and retaining knowledge. Solo lecturers also tend to be biased as they provide only the lecturer's perspective on different issues. If a teacher just stands there talking to the class, there is no real way to fully grasp whether students understand the subject until assignment or test time rolls around.

Being aware of the limits of a lecture-based learning environment I try to devise my lectures so that they are never only traditional *ex cathedra* ones. When I am in charge of a course, I try to alternate lecturers with smaller settings such as seminars, tutorials or workshops where students can better interact.

When I started tutoring, I had to address a number of different challenges.

There is a need to make sure students come prepared to class and read the material before. This is a formal requirement in Maastricht for most courses. I try to make sure all students participate and not always the students who are clearly prepared. I avoid scolding students in front of their peers, but I make clear I do not accept students in class who just come taking notes. I try to explain that is for their own sake as it is better to study the material bit by bit and address different assignments, as exams will take the form of both essay questions/multiple choices and assignments/case studies.

It is difficult to make sure the same students do not talk all the time as some see their participation in class as a way to demonstrate their knowledge to the tutor and do not see the learning process as a common endeavour. Some students are bothered by the fact colleagues are slow in understanding and they tend to misbehave. I thus value the fact they come prepared trying to have them lead discussions in class and help others to find a solution rather than providing the solution they have developed.

A strategy I use to keep students engaged during tutorials is to build a mind map with them on the board for the most important legal concepts/definitions, articles and/or cases they have to remember for the purpose of the exam. I do not write on the board my own mind map copying my notes. I make sure the class builds collectively its own and everyone participate at its best. I avoid using ppt in tutorials, which are too static to engage students' discussions.

Students' attention and commitment is even more difficult to obtain in larger classes. To face this challenge, I subdivided the class in groups of 4-5 students and had them work on a specific in-class assignments.

It is a greater challenge to teach a course (either as a tutor or as a lecturer), which is not your core specialty because you feel you never know enough before stepping into a class. In the end I realised my role was to coach student through the process to help them critically confront different issues.

Teaching a course in an interdisciplinary environment to students who are not lawyers and thus not familiar with legal concepts and vocabulary is an additional challenge. I had to be particularly flexible and adapt the content and the speed of tutorials to students' needs; make sure I give them sources to find more information on basic concepts; provide references to legal databases where they can access both primary and secondary sources, as support to the course and for the purpose of conceiving their written assignments. At the beginning and end of different tutorials I also ask chosen students to explain their peers a specific concept or legal term. I have also shortened tutorials and lectures to focus and repeat the most important points rather than addressing in a comprehensive manner everything.

During the last few years as lecturer and then assistant professor I have been supervising many Master and BA Thesis, both in English and in French, in Maastricht and at the ULB in Brussels, in EU law and comparative / European criminal law.

Supervising a thesis leads to the building of strong relationships between supervisors and supervisees, who are mutually enriching. Writing a thesis is the first step to familiarise students with research but it is also a means to assess student competence in academic research and in

developing its own transferable skills. The quality of the final product is highly dependent on the supervisor's skills, who but not only be an experienced researcher, but also familiar with research methodology.

When students ask me to become their research supervisor, I first require a research question and a short abstract of what they want to write, an outline of their proposed work and a preliminary bibliography. I then meet them and provide feedback or discuss feedback I sent them in writing. I do not let them start writing before we agreed on a research question and outline. I consider it otherwise a waste of time for both of us. During the first meeting I make clear to them what are the criteria I use to assess the quality of their work: (1) clear research question and line of argumentation; (2) good introduction (teaser, research question, methodology and short outline) and conclusion (short summary, answer to RQ, opening to future research/policy developments); (3) structure, including headings and subheadings, page numbers (avoiding stream of consciousness essays); (4) sources (quantity, quality, variety and up to date sources); (5) proper referencing styles and bibliography (following coherently a specific style guide); (6) good balance between arguments and descriptive sections; (7) originality.

I particularly value students' independence in conducting and organising their own research. I also ask students to let me know whether they prefer sending me their entire work at once or one chapter after the other and request a schedule with the deadlines they wish to commit themselves to during the research and writing process. At the same time, I value reaction to feedback.

Students often struggle in structuring their thoughts. Many read a lot and are on the top of their materials but, when it comes to structure, have no clue of what they really want to say and how they want to argue to support their claims to avoid bold assertions. I thus insist with all my students on methodology and structure no matter how good or interesting their idea.

## 2. *A tailor-made learning experience*

### 2.1. *"Institutions and policies of the EU" – John Cabot University*

I have inherited the course from a colleague who went on sabbatical, and thus built my course on the basis of what he had done before, but also revised it profoundly. I felt not competent in the political science elements he addressed, nor particularly interested in theories of EU integration. I have thus given my course a legal approach, focusing on institutions and policies of the EU in terms of how institutions function and interact, what are the most important principles of EU law, how policies are devised technically etc.

The choice was courageous but also challenging. Students were at times lost. John Cabot University is a liberal arts college; hence students have no experience in legal concepts and terminology. Thus, I had to make sure I repeated things many times and summarised concepts both at the beginning and at the end of each lecture. I decided not to address certain topics, which were way too complex for the target audience and instead devote more time to make students aware of trends behind different legal technicalities, putting the law in context.

Moreover, three students in my class were American on an exchange programme and had no prior knowledge of EU institutions. Many things that for EU citizens were thus obvious seemed absurd. This challenge was however an element of interest for the course as the completely different perspective of American students was thought-provoking for EU students. Discussions were always heated.

In order to make sure I could test students' progress during the course, I have requested them a number of different exercises. This fostered their writing skills and encouraged them to use their professor (in class and during office hours) and other communicative resources (as much as of the library and its databases!) for this purpose.

When marking the mid-term exams, I realised students' answers were very vague. The essay questions I gave them were deliberately not too focused so that each student could pick his/her own approach and give concrete examples to support his view. Yet students interpreted my choice in the sense that superficial answers were enough to pass, and many exams were comparable to a pub conversation. I thus gave them thorough feedback after the mid-term exam in class and made sure they could better understand what I request. When devising essay questions for the final exam I paid greater attention to hint that I wanted precise, specific and concrete answers.

In order to ensure the best possible connection with current affairs for students to grasp why and how EU institutions and policies develop in a certain manner, I have asked them to prepare a press review and a policy memo.

The press review had to be presented in class in front of the student. Each presentation was done in pairs as I wanted it to be group work and each group included an EU and an American student for both perspectives to emerge clearly. The interaction between students went very well. They also had to lead a short Q&A/debate session after their oral presentation on the specific topic and all students managed to have their peers actively involved.

The written version of the press review was however not great, and grades were low. Many students treated it as an essay question. I deliberately gave them little guidelines on what a press review should look like as I wanted them to do some search on the internet / library, but I probably should have.

The second exercise was a policy memo.

This was very difficult for them to understand and giving them little guidelines was a mistake. American students who had done the exercise before performed better; EU students were lost and mostly compiled something between an essay question and a very short research paper.

I was very happy about students' performance on the research paper. They had troubles in the identification and drafting of a research question and structuring their thoughts, but the overall outcome was good. The department should provide support on research and writing skills. I was happily surprised that most of them chose very legal topic for their research paper (choice of topic was free, to be submitted to me for approval only).

## 2.2. *"Négotiations Européennes" – Institut d'Études Européennes, ULB*

The negotiation simulation was at the core of an elective course of the Master in European Affairs, which comprised a more theoretical part providing for in-depth legal and theoretical basis while focusing on practical knowledge and applied skills.

The second part of the course was the negotiation simulation. Students were separated in two groups: Council and Parliament. Each student in the Council was assigned a country to represent and each student in the Parliament represented a parliamentary group. Students prepared their position in writing (and the written version of their work was 50% of the final grade). The simulation included two sessions for the Council and two sessions for the European Parliament, as it happens in real life during the ordinary legislative procedure. Each student had to participate actively and present his/her view (negotiation skills were 40% of the final grade).

Students were filmed during the sessions and after the first two sessions we held a "mystery session" where we showed them collectively their performance and provided feedback on how to improve.

The second two sessions were held in the Council and Parliament premises for students to have a further reality touch.

A stakeholder/lobbyist and an EU civil servant involved in the negotiation of the policy file were invited as guest lecturer during the course for students to ask questions and grasp different elements at stake.

We also graded additional activities, which took place after the course hours (such as students gathering, drafting of fake press reviews) to encourage students to prepare at best the negotiations.

Each year we chose a legal instrument (regulation or directive), which was actually under negotiation so that students could be inspired by existing debates.

Students experience first-hand how European institutions and Members States operate and negotiate, they get a good understanding of the working of EU institutions and the complex EU decision-making and negotiation process, analysing key aspects of a specific policy file, while improving presentation, problem-solving and negotiation skills. Negotiation constitutes a strategic skill for managers, administrators, civil servants and many other professional careers. What was also interesting for student was grasping the interplay between national law/interests and EU law/interests as well as the input of / conflict between different stakeholders in the negotiation process.

### 3. *Assessing the uniqueness of every student*

In order to assess/test students' understanding a number of complementary methods exist. I think best is to combine more than one method of assessment in grading each course.

#### 3.1. *Written and oral exams*

In written exams I like the combination of multiple choice, which test basic knowledge of facts/dates, with essay questions, which require students to critically engage with the course material; and assignments/case studies where students have to apply what they have learned to a concrete case and try to find a solution.

Written exams give students the time to think what they want to say. During oral exams, some students freeze and are not good at improvising when they have no clear answer in mind, hence they perform poorly.

In addition, written exams allow for a more consistent assessment of students who have all to answer the same question. They could thus be considered fairer to a certain extent.

As lecturer, it is challenging to devise clear essay questions, but most importantly write an assignment/case which is not too difficult/too easy.

What I find also interesting are open book exams where students have all the study material at their disposal. It is not a matter of repeating the content of the book but rather elaborating it critically to answer a question or apply it to solve it a practical case.

The difficulty when marking a large quantity of written exams is to guarantee consistency. In order to do so I normally read carefully the exams' solution provided by the course coordinator (or solve it myself if a solution has not been provided), read them all and mark them with a pencil first. Then I rapidly reassess them on the basis of the general performance and consider whether an extra point should be given to a student. I often ask an advice to more experienced colleagues.

The danger with oral exams, which are the typical way of assessing students in countries such as Italy, is that students merely repeat almost by hearth what they have read in the book. Have them engage critically with something is much more complex.

In order to assess students understanding of a given topic during the course, written assignments are most useful. Students have to solve cases, which will be then discussed in depth during the tutorial and have a clear feedback on what would be expected at the final exam. This kind of written assignments are a very useful complement of the oral discussions, which take place during the tutorials. During oral discussions not everybody manages to follow every single aspect in depth or to develop his/her answer to a specific case in a comprehensive manner. What

becomes crucial then is to choose as written assignments topics which are the most important of the course so that it is certain all students addressed them in depth and with due care.

Confronting cases studies and thinking about scenarios and possible solutions, students develop skills they will need to build upon during their careers: identification of the problem or challenge; understanding and interpreting data; analysing information; recognising assumptions and inferences; thinking analytically and critically; exercising judgement; taking and defending decisions; understanding interpersonal relationships communicating ideas and opinions.

Using case studies for assessment purposes is useful for students to apply their learning, test newly gained skills, learn some more and demonstrate what they have learned. Students can apply theory to realistic situations; identify problems and challenges; demonstrate their ability to review facts, assess stakeholder relationships and see the “broader picture”; exercise their analytical, strategic, and problem-solving skills; offer a choice of options to approach a task or solve a problem.

I always accompany the case study with an essay question because some students are not at ease with the case study methodology and give them a chance to demonstrate what they have learned. I prefer essay questions to multiple choices. They relate to the reading materials, lectures, and discussions, and they require students to critically rethink, transfer and apply what they have learned. Sometimes multiple choices are more about elements, which have been memorized and involve a “guessing” exercise that has little to do with knowledge/studying. What I find difficult with essay questions is seizing them in a way they are neither too broad nor too narrow: Fostering students’ focus on the answer, while giving students space to critically engage and elaborate upon the broad picture.

### 3.2. *Research papers*

Research papers of different forms have been involved in almost all the courses I have been teaching. I consider them particularly useful to test student interest in a field of study and their commitment in studying it; digging into different sources and find the more relevant ones; identifying a research question/line of argumentation and structure their thoughts/arguments around it. They are shorter versions of a BA dissertation and students have less time to devote to them but still enough (10 days or so) to make sure a topic is developed in depth and they can critically engage with what they have been learning during the course.

Sometimes course coordinators provide a list of topics so that the level of difficulty is more or less the same for all students. I have often asked students to choose their topic and submit it to me for approval. This second option is of course feasible when the number of students is limited, and the tutor/lecturer can engage with them to help them find their topic and also the best approach to tackle it. Allowing students to choose their own topic has the advantage they are possibly more interested in it and do more preliminary research in the field of study to find what could be considered both interesting and original. Their critical approach to the field is thus even more stimulated.

While marking exam questions, including case studies, is easier as the answer is clear, marking a large number of research papers and avoiding being influenced by whether we like the topic is more difficult. I have thus often devised a “grid” of assessment criteria and points to be attributed to each criterion, as a guide when marking. Criteria are to be applied to each case in a flexible manner and must not be rigid constraints.

I do not share the grid with students in advance, but I always try to highlight what I expect.

Some students would like a lot of indications. I try to give as little guidelines as possible both on structure and content as I want students to develop their own creative process and not to be biased or influenced by what they think I want them to write/think and how. If I realise a class have little or no understanding of methodology, I take the time to give them some basis knowledge.

I make clear as of the beginning of the process I am very happy for students to ask for feedback. I do not change grades as I take due care in the marking process.

One experience I have particularly enjoyed during the last few years was the students' conference organised during the course "EU Law: foundations" which gave students the chance to present their work in front of both their peers and some junior or senior academics (a large audience!) and receive feedback, and to have these possibly published.

Many students were concerned about the need to speak in public as for most of them it is the very first time. Yet the teaching team was encouraging and provided guidance and tips during preparatory weeks. Moreover, having more than one student working on the same topic allowed them to get together and discuss both for the purpose of the paper and for the purpose of the presentation. For the presentation they were even encouraged to do so as during the workshops they were divided in groups of four students and in each group two students acted as presenters and two as discussants.

The conference thus became a public speaking exercise as much as teamwork.

### 3.3. *Debate competition*

Another assessment method I experienced was that of involving students in a debate competition, organised during the Skills A course (Legal Research and Reasoning) in Maastricht.

The debate trains students' public speaking skills as well as their ability to give concise, spot-on legal arguments without fallacies. In this way, it combines reasoning skills with the argumentation and public speaking skills vital for lawyers. Students were encouraged to attend not only the session of their own rounds but to participate as audience in others' session.

During the first part of the course, we looked at argumentation in a formal sense (logic) and at informal fallacies that can occur in real-life arguments, such as reasons why arguments do not convince, or why they fail to present a proper syllogism.

When I had to teach students what legal fallacies are, I highlighted how they could use them in arguing with another person, identifying the shortcomings of his/her speech to "fight back". I often used metaphors from a fencing game to explain it at best and also to make the tutorial more engaging and less static.

The debate competition was then conceived as an oral exchange of arguments in an organised, formal setting. As opposed to exchanging arguments in ordinary discussion, the topic of a competition debate as well as the position of each participant was set beforehand. This topic was usually a proposition or statement, which the participant needed to either oppose or defend (e.g. the reintroduction of death penalty, legalising soft drugs, the need for Turkey to join the EU). Participants had limited time to present their arguments, had to speak in a set sequence of argument and rebuttal, or arrange their speech in a specific way (e.g. opening statement – arguments – closing statement). Unlike in a (moot) court setting, students do not "win" a debate by convincing a judge but by convincing their opponent and, perhaps more importantly, their audience. In this sense, debate competitions simulate real-life debates. In debate competitions, a debater does not necessarily argue his or her own actual opinion on the matter, but rather defend or oppose the proposition according to prior instructions. This is a good exercise for future lawyers, who will often find themselves in a position where they have to argue their client's position, which may not correspond to their own private opinion.

Debating and debate competition is, however, not only about the quality of the arguments that are brought forward. Debating is also a form of performance, which involves the art of public speaking.

Many students were not at ease with speaking in public both in front of their peers and in front of a panel of academics who would give them an assessment of their performance both in

terms of the quality of arguments and their structure/line of argumentation. In order to encourage students, we organised in class a number of games, taking the form of drama exercises, where they had to express emotions in front of their peers.

#### 4. *What teaching has taught me*

There are two strengths in my teaching style I would highlight: flexibility and passion.

I have been teaching in two languages other than my own mother tongue. That has become paradoxically easier than teaching in Italian as my whole research and legal vocabulary is either in English or in French, but it requires an extra effort in preparing in advance to ensure I have the right words in mind and I am capable of improvising should I need to do so. What I have always avoided is to memorise or have speeches prepared for lecturers. I prepare bullet points or notes both for lecturing and for tutoring and use them to build the lecture as I speak.

I had to get accustomed to teaching in an international environment to international students. This is an extra challenge as students have different legal and cultural backgrounds. Concepts we address in class do not always translate well in their mother tongue/legal culture. Plus, students have at times difficulties with English and that requires extra efforts to ensure the entire class follows.

This in the end makes my work even more enriching as I consider myself lucky to have students from very different socio-economic and religious/ethnic backgrounds.

I have often taught legal courses to political science/liberal arts students. That has required extra flexibility in adapting the content of the course as well as the teaching method to the class. It took extra time to prepare and required not to take students' knowledge/legal reasoning skills for granted.

Students are very different in their attitude and behaviours. Younger students (e.g. first years) are less used to university environment and would envisage pampering approaches, which I think are counterproductive. One must thus make sure students are treated as mature individuals, as adults. At the same time scolding students is absolutely useless, especially in front of peers, and I had to come up with techniques to find a balance between pampering and scolding to ensure their educational development follows a maturity growth.

One thing I had to address was coping with students who misbehave and do not respect your authority and students who make up excuses to justify delays or not having worked. For me it is disrespectful both of my work and of other students and I had to identify strategies and different ones depending on specific context to address each situation.

Another problem was facing students' anxiety and fear of failure. Sometimes students need time and somebody listening to them. They need to be encouraged and to look at the broader picture and long term rather than focalising on the next day exam. Sometimes they just need an older sister rather than a tutor/lecturer. What is also difficult in these situations is to make sure other students do not make fun of fellows' anxiety or panic because that worsens the situation. Hence it must be well explained what the added value of fellow students could be as a source of encouragement so that the behaviour changes.

I had to teach at times students with disabilities. It was difficult to understand how much I should expect, and how much I can behave as I normally do in a teaching environment, letting students work independently and coach them to find their own solutions/understanding of a topic. In order to address this challenge, which I am happy I had to confront, as it was a good learning experience for me to, I asked for the advice of the staff specifically in charge of the matter who has always provided useful tips during the entire course. An unfortunate circumstance was a time where it was dubious where a student with a disability was taking advantage of his situation to have

some pity from the tutor/lecturer both during the course and at the exam. I had to discuss at length with my colleague and course coordinator to decide how to address the situation.

I have taught both courses *ex cathedra* as a lecturer in large classrooms with up to 300 students and interactive teaching tutorials. Small seminars or large groups require lots of flexibility to interact at best with students and make sure the class is not boring and students engage with the content of the course. This has allowed me to develop different teaching skills.

I have taught very different topics / disciplines and in different academic institutions. I have thus learned to apply a certain set of skills, which in the end I developed on my own, merging the most useful competences I acquired in different circumstances. I have been eager to take up courses, which I felt far from my domain of specialisation and study a lot to be prepared to lecture/tutor and also to overcome my own “impostor syndrome”.

I deeply believe that teaching is not just about transmitting knowledge but also to inspire students as to the need and the manner to discover their own purpose and potential. As I have the chance as a professor to have an impact on the lives of my students, I take my role very seriously, am deeply committed to it and do it with passion. I am very happy when students tell me they found the discipline unattractive or opaque at the beginning of the course and by the end of it they want to know more and maybe decided to engage in legal studies when they specialised in something else beforehand.

Each student steps into my class with a valuable set of life experiences, which need to find a way to interact at best with others.

Passion has always been my best quality in teaching as it drives my positive energy and I am good at communicating it to students. It is not only a passion for my job but also a passion for learning more content-wise (in terms of new disciplines) as well as teaching methods. This is important as it pushes me to be open to change and to re-examine the way I teach and what I teach thoroughly and regularly. And that allows me to become more effective, adapting to different learning content and teaching environment and being as responsive as possible to students’ needs.

## 5. *Concluding remarks*

Italian universities would greatly benefit of some changes in the traditional way of teaching law. Experiments could take inspiration from many examples of tailor-made teaching which developed throughout Europe over the last twenty-five years. Firstly, small seminars and tutorials could complement lectures *ex cathedra* in large auditoriums to foster interaction. Secondly, solving case studies could be a more effective way of assessing students’ understanding than oral exams. Thirdly, professors could introduce playful techniques to engage students and develop their learning capabilities, such as debate competitions or moot-courts, and test them during the course, such as research papers, policy memos or press reviews. Finally, there is a need to better support students in writing their final dissertation and PhD theses, via an additional commitment to structure and methodology. Overall independent and critical thinking should be better valued, over memorising theories in textbooks and provisions in codes. Such a revolution in law teaching would make law faculty more accessible to our disciplines, favouring a healthy interdisciplinary approach to learning, and our university system more attractive to foreign students as well, thus fostering its internationalisation.



# EPPUR SI MUOVE: LA RIVOLUZIONE SILENZIOSA IN CORSO NELL'EDUCAZIONE GIURIDICA

MICHELE **GRAZIADEI**



Eppur si muove: la rivoluzione silenziosa in corso nell'educazione giuridica

Yet it moves: a silent revolution in legal education

MICHELE GRAZIADEI

Professore ordinario di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Torino.  
E-mail: [michele.graziadei@unito.it](mailto:michele.graziadei@unito.it).

#### ABSTRACT

Il contributo sottolinea i mutamenti intervenuti nella formazione del giurista negli ultimi decenni. Sebbene l'ordinamento dei corsi di laurea in giurisprudenza sia tuttora astretto dalle rigidità introdotte con la riforma degli studi del 2005, sul terreno dell'insegnamento e nella formazione del giurista sono maturati numerosi cambiamenti. Il quadro delle fonti è segnato dalla trasformazione della sovranità condivisa propria dell'epoca attuale, e dalla maggiore complessità della vita sociale ed economica che caratterizza l'epoca attuale. Il giurista è chiamato ad operare in contesti diversi, nei quali non si può fare affidamento su un quadro di norme stabili e ben delineate. Per questa ragione il giurista concorre oggi alla formazione del diritto, e parallelamente vede aumentate le proprie responsabilità. Sotto una apparente immobilità l'insegnamento universitario ha già raccolto in buona parte le sfide che si collocano in questo nuovo orizzonte. Un atteggiamento meramente descrittivo nell'insegnamento e nell'apprendimento del diritto non è più sostenibile.

This contribution highlights the changes that have occurred in legal education in recent decades. Although law degree courses at Italia universities are still constrained by the rigidities introduced by the 2005 reform of studies, a silent revolution has taken place with respect to the teaching and the training of jurists. The sources of law are no more rooted in the reality of the nation state; shared sovereignty characterizes the current epoch, and the greater complexity of social and economic life poses a whole range of new challenges. Jurists are called upon to operate in different contexts, where a framework of stable and well-defined norms is missing. For this reason, jurists today play a role in the formation of the law, and have increased responsibilities. Beneath an apparent immobility, university teaching has already taken up to a large extent the challenges posed by this new horizon. A merely descriptive approach to the teaching and learning of law is no more sustainable

#### KEYWORDS

Educazione giuridica, fonti multilivello del diritto, sovranità condivisa, diritti umani, principio di effettività

Legal education, multilevel sources of law, shared sovereignty, human rights, principle of effectiveness

# Eppur si muove: la rivoluzione silenziosa in corso nell'educazione giuridica

MICHELE GRAZIADEI

Le riflessioni intorno all'insegnamento del diritto sono all'ordine del giorno nell'università italiana e nel mondo<sup>1</sup>. Il forum europeo in cui discutono periodicamente i temi legati al futuro dell'educazione giuridica in Europa è la *European Law Faculties Association – Elfa*. L'associazione attualmente unisce più di 150 facoltà di diritto. Per dare conto degli orientamenti che prevalgono in quella sede, può essere utile consultare la mozione sull'educazione giuridica approvata all'unanimità dall'assemblea generale dell'ente nel 2019<sup>2</sup>.

Considerando il panorama italiano, le voci sono concordi nel ritenere necessario un serio sforzo per cambiare il corso di laurea da cui tuttora dipende l'accesso alle professioni giuridiche tradizionali, le quali, come si sa, non sono più la scelta di elezione del maggior numero dei laureati in giurisprudenza. Abbiamo ormai molti dottori in giurisprudenza, con lauree triennali o biennali, i quali hanno già fatto la scelta di guardare altrove, di non orientarsi verso l'avvocatura, il notariato, o la magistratura. Come dar loro torto? Il mondo della giustizia in Italia offre da tempo un quadro lamentevole. Nonostante alcune misure prese, i tempi della giustizia sono tuttora fuori controllo, la qualità del servizio non è né uniforme, né commisurata alle aspettative dei cittadini, sotto vari aspetti. Le misurazioni statistiche non lasciano dubbi in proposito, illuminando un quadro non proprio lusinghiero anche nella percezione dell'indipendenza della magistratura da parte dei cittadini<sup>3</sup>. La situazione non migliora se l'attenzione si sposta sulle professioni forensi, e in particolare sulla professione d'avvocato, come attesta l'apposita ricerca pubblicata annualmente dal Censis<sup>4</sup>. La laurea in giurisprudenza non offre agevoli sbocchi professionali a breve. Benché i migliori laureati mantengano buone prospettive, molti non riescono ad ottenere una remunerazione adeguata, commisurata al percorso formativo compiuto, e così il calo degli iscritti nell'ultimo decennio è rilevante. Pertanto, oggi è ben possibile giungere a conclusioni non confortanti sul tema dell'educazione del giurista, soprattutto se si considerano i possibili esiti del percorso formativo.

Beninteso, il tema dell'insegnamento del diritto a livello universitario comporta riflessioni più ampie, che non si esauriscono nel considerare i notevoli problemi derivanti dalla rigidità della tabella ministeriale per la laurea magistrale in Giurisprudenza, approvata nell'ormai lontano 2005, o il sottofinanziamento cronico dell'Università italiana, con la crescente difficoltà incontrata dalle istituzioni universitarie italiane nell'attrarre gli studiosi migliori e i più motivati – un fattore decisivo se si vuole il mantenimento e lo sviluppo di un sistema di formazione di qualità.

<sup>1</sup> Sul panorama internazionale, tra le opere più recenti: JAMIN, VAN CAENEGEM 2016 (il rapporto italiano è stato curato da Sacco e Gianola); VOGLIOTTI 2018; PONTTHOREAU 2016. In prospettiva europea: MOCCIA 2015; CASSESE 2017. Con riferimento all'Italia: PASCIUTA, LOSCHIAVO 2018. Per un mio precedente intervento sul tema: GRAZIADEI 2017. In prospettiva europea: MOCCIA 2015; CASSESE 2017.

<sup>2</sup> Il documento, approvato a Torino nel 2019, è disponibile sul sito dell'associazione: <https://elfa-edu.org/wp-content/uploads/2019/04/ELFA2019Resolution.pdf> (consultato il 18.4.2021).

<sup>3</sup> La pubblicazione di riferimento è il quadro di valutazione UE della giustizia 2020, pubblicato dalla Commissione, che mette a confronto l'efficienza, la qualità e l'indipendenza dei sistemi giudiziari di tutti gli Stati membri dell'UE. Per riflessioni riguardanti la dimensione organizzativa, e le iniziative prese in proposito: v. PIANA 2016.

<sup>4</sup> Il Rapporto Censis sull'avvocatura italiana è giunto nel 2019 alla quarta edizione. Si tratta di un'importante fonte di dati per comprendere quale sia la condizione dell'avvocato oggi in Italia, e quale sia il rapporto con la giustizia dei cittadini italiani.

Non è però accettabile fare di ogni erba un fascio. Non ritengo quindi di sottoscrivere visioni troppo pessimistiche al riguardo, sebbene il sottofinanziamento dell'Università, governo dopo governo, riveli drammatica miopia rispetto al futuro del Paese. Non è questa la sede per trattare analiticamente i problemi che affliggono l'amministrazione della giustizia, o proporre ricette per riguadagnare il terreno perduto, anche perché è in atto un intervento collegato al Recovery fund che potrebbe cambiare decisamente i termini del problema, e migliorare la situazione.

Proviamo dunque ad esaminare come è cambiato negli ultimi decenni l'insegnamento del diritto in sede universitaria.

Sotto l'apparenza di un quadro immutabile, molto è infatti cambiato nel mondo del diritto, e l'insegnamento si è aperto a queste nuove prospettive. Il cambiamento avviato è irreversibile, fondamentale, per quanto non conclamato. Le apparenze ingannano, come sappiamo: proviamo dunque a guardare oltre quanto appare. Se dovessimo fermarci alle apparenze, ricordiamo che l'art. 12 delle preleggi tuttora imporrebbe di sciogliere i conflitti interpretativi più ardui: «secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». La formula ci riconduce all'autarchia: ormai si può parlare in proposito unicamente di un'apparenza ingannevole.

Il primo aspetto, su cui è fin troppo banale richiamare l'attenzione, è la maggiore complessità propria dell'esperienza giuridica contemporanea. Il diritto del ventunesimo secolo si occupa di temi e di questioni senza paragoni in termini di complessità rispetto al mondo di ieri. Sofferiamoci su due dati salienti. L'avvento del costituzionalismo contemporaneo ha rivoluzionato il sistema delle fonti noto alle democrazie liberali. Con l'introduzione del giudizio di costituzionalità nelle sue varie forme, ha preso vita un'esperienza inedita quanto all'effettività della costituzione. La Costituzione non è, del resto, uno specifico insieme di norme. La Costituzione esprime i principi di fondo, sottesi all'intero ordinamento giuridico. I problemi di costituzionalità non si riducono dunque mai al nudo confronto tra le norme di legge impugnate e le disposizioni costituzionali vigenti, ma investono il modo in cui i principi costituzionali informano le varie discipline legali e nei rispettivi ambiti di applicazione nel loro rapporto con la vita sociale<sup>5</sup>. Ad altro livello, un discorso analogo riguarda i trattati e documenti internazionali intervenuti in materia di diritti umani. Parallelamente, la crescente integrazione degli ordinamenti nazionali in ordinamenti regionali e nel quadro delle norme sviluppato su scala mondiale ha mandato in soffitta la vecchia concezione della sovranità statale. Ormai, soprattutto in Europa, viviamo in un regime sovranità condivisa, ove sorgono problemi fino a ieri ignoti per le democrazie<sup>6</sup>. I compiti e le responsabilità del giurista sono infinitamente aumentati, di pari passo con l'aumentata complessità dell'esperienza giuridica contemporanea. Nel nuovo contesto, gli strumenti consueti di cui si serviva il giurista di ieri sono ormai quelli addetti ai compiti più modesti. L'insegnamento universitario del diritto, oltre a mettere a punto tali strumenti, ha nuove ambizioni e accoglie nuovi impegni.

La ricerca di giustizia e di ordine in questo nuovo mondo richiede nuove consapevolezze, più che nuove certezze. Ancor prima di essere in presenza di un diritto nuovo, abbiamo problemi nuovi, nuovi contesti, e nuove sfide. Ricordiamone alcune: il crescente pluralismo della vita sociale, e la conseguente spinta a riconoscere nuovi diritti, la ricerca di un rapporto più equilibrato tra l'uomo e l'ambiente, la necessità di regolare nuove, potentissime tecniche, e rapporti economico-finanziari proiettati nella dimensione transnazionale.... e l'elenco potrebbe tranquillamente continuare. Se si pone mente alla più stretta attualità, i "problemi senza passaporto" cui si riferiva Kofi Annan alla fine degli anni '90 è cresciuto di non poco<sup>7</sup>. Da ultimo, la pandemia ha

<sup>5</sup> V. più in generale la riflessione sul compito dei costituzionalisti, i quali pertanto non possono essere semplicemente «legisti positivi della costituzione»: ZAGREBELSKY 2007, 87-88.

<sup>6</sup> CANNIZZARO 2020; SCARCIGLIA 2021.

<sup>7</sup> ANNAN 2002.

trasformato le Università di tutto il mondo in altrettante sedi telematiche, e la didattica. In tutti gli ambiti richiamati sopra, e in altri ancora, sorgono nuove e più profonde domande di giustizia.

Nel misurarci con tali novità, abbiamo ormai dietro le spalle lo schema dominante in epoca liberale, per cui l'intero giure si divideva equamente in due ordini separati e reciprocamente esclusivi: da un lato il diritto pubblico, dall'altro il diritto privato. L'ordinata simmetria così istituita concepiva il primo come il regno dell'autonomia privata dell'individuo, realizzata attraverso gli istituti privatistici, il secondo appariva contrassegnato dagli scopi perseguiti dai pubblici poteri e dalla loro preminenza<sup>8</sup>. L'abbandono di questa dicotomia ha aperto la porta al rigetto di quell'atteggiamento che costruiva il *systema iuris* come insieme di concetti validi in eterno, sottratti alla stessa decisione legislativa, dotati di forte autonomia, tanto rispetto alla politica, quanto rispetto alla razionalità economica.

Il realismo giuridico nordamericano, fin dai suoi noti prodromi europei, ha rivelato che il diritto, come modalità di coordinamento e di governo delle azioni umane, è in grado di sopravvivere a questa crisi. Nel riflettere sulla crisi del trattato come genere letterario, tempo addietro Brian Simpson giustamente notava:

«Non c'è niente di veramente nuovo nell'iconoclastia dei realisti americani. Quello che è nuovo, tuttavia, è la ricezione delle loro nozioni tra gli avvocati. In questo senso il grande significato del movimento realista per la storia del diritto risiede nel riconoscimento che è possibile avere avvocati, e fiorenti avvocati, senza diritto, nel senso in cui il diritto è stato tradizionalmente concepito»<sup>9</sup>.

Avvertita in modo eccessivamente drammatico sul continente come crisi definitiva della scienza giuridica europea, e talvolta addirittura come crisi del diritto *tout court*<sup>10</sup>, la svolta che si realizzava era in realtà semplicemente una crisi di crescita. In effetti, l'asserita autonomia della scienza giuridica, propria dell'epoca liberale, a fronte di una crescente complessità delle sfide poste dal mondo contemporaneo, era ormai divenuta una pretesa insostenibile<sup>11</sup>, e la stessa nozione di legalità doveva essere ripensata<sup>12</sup>.

Guido Calabresi, acuto e lucido osservatore del mondo del diritto, tanto europeo, quanto nord-americano, ormai quarant'anni fa ha offerto una splendida diagnosi della svolta consumata con il superamento di questa crisi, quando ha trattato dell'ingresso nel mondo del diritto di tutti i movimenti "law and...": «Law and Philosophy, Law and Psychoanalysis, Law and History, Law and Literature, and any number of other permutations and combinations of the "Law and..." theme» tra cui, ovviamente, *law and economics*, *law and sociology*, *law and anthropology*, etc.<sup>13</sup>. Per varie ragioni il sentiero così tracciato è più evidente negli USA, ove l'autonomia della scienza giuridica non è stata esaltata in risposta alla marea montante di ideologie totalitarie, come è avvenuto sul continente<sup>14</sup>. Tuttavia, la medesima apertura si è realizzata in altre forme in Europa. Dal diritto societario, al diritto dell'ambiente, dal diritto di famiglia, al diritto antitrust, l'aria è davvero cambiata nelle nostre aule. Un argomento puramente dottrinale o "dogmatico", come si sarebbe detto una volta, non ha più corso in interi campi del diritto.

<sup>8</sup> Per la prospettiva storica e il quadro attuale v. l'importante contributo di SORDI 2020; volendo: BENACCHIO, GRAZIADEI 2016.

<sup>9</sup> SIMPSON 1981.

<sup>10</sup> Le avvisaglie di questo sentimento si trovano già in NIETZSCHE 1979 (1878): «Ma dove il diritto non è più, come da noi, una tradizione, può essere soltanto una imposizione, una costrizione; noi tutti non abbiamo più un sentimento tradizionale del diritto, quindi dobbiamo contentarci di diritti arbitrari, che sono espressione della necessità che esista un diritto» (aforisma 459). Per gli svolgimenti successivi: IRTI 2004, nonché VOGLIOTTI 2019.

<sup>11</sup> Cfr. per l'approfondimento: VON BOGDANDY 2020; TUORI 2020.

<sup>12</sup> V. in proposito: VOGLIOTTI 2013.

<sup>13</sup> CALABRESI 2003.

<sup>14</sup> JAMIN 2010.

Lo stesso Guido Calabresi nota in modo accorto come il dottrinarismo giuridico non sia affatto morto, ma è oramai soltanto *una delle opzioni possibili*. E in questo sta tutta la differenza rispetto al passato. Peraltro, il successo dei movimenti law & ... è stato così ampio da generare negli U.S.A. e in altri Paesi anglofoni una contropinta di non poco conto, all'insegna dell'endiadi "private law". Si tratta di una ricerca di nuova autonomia del diritto, condotta alla luce di premesse che però non hanno carattere puramente formalista<sup>15</sup>.

Vale comunque la pena di notare che il confronto del giurista italiano con questo mutato quadro ha portato con sé un'ampia riflessione intorno al diritto che viene dal basso, dai conflitti sociali e dai bisogni di giustizia che esprime la società. Essa si è dapprima manifestata attraverso una rivalutazione della giurisprudenza, intesa come formante del diritto che è più prossimo ai conflitti radicati nella società. A partire dagli ultimi due decenni del ventesimo secolo il tema ha appassionato alcuni protagonisti della nostra cultura giuridica, come Guido Alpa e Francesco Galgano, e ancor prima Gino Gorla. Questo primo segnale di cambiamento in un breve arco di tempo si è rafforzato con il progressivo abbandono di una prospettiva puramente nazionale nell'insegnamento del diritto, d'altra parte – ma è un cenno che non si può approfondire in questa sede – anche sul piano dei fatti storici, si avviava la stagione della globalizzazione, un processo che metteva in movimento anche il mondo del diritto. Ecco allora sorgere una riflessione intorno all'effettività del diritto come impegno del giurista nell'epoca attuale<sup>16</sup>.

Il nuovo orizzonte che si è aperto non è però privo di rischi. Per rimanere sul terreno della formazione del giurista, il monopolio dell'Università nella formazione accademica, pur pressoché intatto sul piano quantitativo, è in realtà incrinato sul piano ideale, per via della concorrenza con modelli di formazione sviluppati fuori dal mondo universitario<sup>17</sup>. L'accento qui cade sul taglio "pratico" degli insegnamenti, sulle esperienze di "stage", su *project work* e simulazioni, con un focus sugli obiettivi. Sullo sfondo, la proposta delinea figure di stampo manageriale, cui si richiede essenzialmente di essere "task proficient"<sup>18</sup>. È innegabile che si stia così consumando (e sia consumata ormai in una buona misura) una sottile quanto profonda trasformazione del modo di intendere lavoro intellettuale la ricerca in materie giuridiche. Il processo è stato guidato in primo luogo dalle *business schools*, con l'ascesa di MBA, i quali sono per molte istituzioni accademiche un vero fiore all'occhiello. Peraltro, l'offerta didattica italiana su questo terreno non è al momento davvero competitiva sul piano internazionale.

Vale la pena di ricordare che proprio nell'ambiente nordamericano si sono levate per tempo voci autorevoli che hanno denunciato questa trasformazione, ponendo l'accento sui rischi che essa comportava rispetto alla formazione del ceto forense<sup>19</sup>. Lo spettacolo offerto da esponenti di primo piano del foro statunitense che hanno fino all'ultimo sostenuto la pretesa di Trump di rovesciare i risultati del voto popolare illustra in modo eloquente gli aspetti di questa deriva, rispetto alle responsabilità proprie dei custodi della giustizia.

La crescita di programmi di formazione sub specie di master post laurea da parte delle Università è forse soltanto il tentativo di mantenere all'interno del circuito universitario una fase della formazione che altrimenti sarebbe invece definitivamente delegata a terzi. Avremmo dunque una reazione di adattamento al mutare dell'ambiente in cui si colloca l'offerta formativa. È possibile che una simile spinta si accentui, nel momento in cui prende piede l'idea di consentire agli avvocati di fregiarsi di titoli di specializzazione. Non è però possibile ignorare la pressione proveniente

<sup>15</sup> Cfr. DAGAN 2013.

<sup>16</sup> Si veda in proposito il fondamentale contributo di VETTORI 2020.

<sup>17</sup> Per quanto segue: SAIITA 2007.

<sup>18</sup> Sia chiaro, l'esigenza di apprendere specifiche abilità è reale, come giustamente segnala PASCUZZI (2015 e 2019), ma lo stesso Autore ritiene che questo deve avvenire in un quadro in cui il lavoro intellettuale non è un *quid* superfluo, quale invece attualmente rischia di divenire.

<sup>19</sup> Per tutti: KRONMAN 1993.

da vari organi di governo dell'Università, diretta a trasformare i docenti in organizzatori, se non in manager, o esecutori. Si tratta di una tendenza che non ha nulla a che vedere con la crescente e del tutto legittima domanda di apertura dell'università alla società. Nuovamente, si condiziona con tali mezzi il modo di pensare la missione del docente e del ricercatore universitario.

Rispetto a questa spinta, bisogna dare atto che molto è già cambiato nell'insegnamento universitario del diritto, e che passi avanti importanti sono stati fatti rispetto al passato, senza attendere indicazioni ministeriali. Hanno prepotentemente contribuito al rinnovamento l'attivazione di corsi che tendono a de-nazionalizzare l'insegnamento del diritto, in varie forme, tra cui numerosi insegnamenti di diritto comparato. La sfida del domani è ritornare ad avere sedi di formazione del giurista che abbiano davvero ambizioni europee e, in prospettiva, globali, con una compiuta visione dei contesti più vari in cui, nell'epoca attuale, il giurista deve operare. Più sedi italiane sono pronte a impegnarsi su questo terreno, se debitamente incoraggiate, o almeno non ostacolate<sup>20</sup>. In un simile quadro le voci critiche rispetto alla pura difesa dell'esistente da parte dei protagonisti della nostra cultura giuridica si moltiplicano<sup>21</sup>. Un atteggiamento puramente descrittivo nell'insegnamento del diritto, come giustamente ritiene Massimo Vogliotti, non è più sostenibile. Come potrebbe esserlo? Ricordiamo le parole di Paolo Grossi in una sua recente intervista<sup>22</sup>. Siamo in un frangente in cui il giurista: «non può più porsi all'ombra di un rassicurante legislatore demiurgo». Grossi pennella un quadro che ben conosciamo. Siamo in presenza di: «un coacervo confuso di leggi che si ammucchiano sui Codici, di fronte a leggi che invecchiano precocemente, che sono subito lacunose, di fronte ad una realtà in costante e rapidissimo movimento, ad un legislatore che spesso difficoltà a reggere il confronto con i tempi e i bisogni novissimi...». La conclusione è netta: «...il giurista deve rispondere ad una chiamata, che è un impegno etico prima che professionale e che lo pone al centro del processo formativo del diritto». Nelle parole di Grossi, il suo compito esclude che possa trasformarsi in mero “mercante del diritto”, anche quanto il confronto è con attività economiche proiettate su scala globale. Quale atteggiamento descrittivo è possibile in un simile ambiente, dunque?

<sup>20</sup> Sarebbe facile stilare un elenco delle sedi che si stanno muovendo lungo questa traiettoria, la generazione precedente alla nostra ha lavorato alacremente a questo obiettivo: SACCO 1995.

<sup>21</sup> Vedi le pubblicazioni citate senza pretesa di completezza nella prima nota di questo scritto, le quali offrono prime indicazioni sul punto.

<sup>22</sup> TIMOTEO 2020, 126.

*Riferimenti bibliografici*

- ANNAN K.A. 2002. *Problems without Passports*, in «Foreign Policy» 1<sup>st</sup> September. Disponibile in: [http://www.foreignpolicy.com/articles/2002/09/01/problems\\_without\\_passports](http://www.foreignpolicy.com/articles/2002/09/01/problems_without_passports) (consultato il 28 maggio 2021).
- BENACCHIO G.A. GRAZIADEI M. (eds.) 2016. *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato – Atti del IV Congresso nazionale della SIRD*, Editoriale Scientifica.
- CALABRESI G. 2003. *An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and to the Allocation of Body Parts*, in «Stanford Law Review», 2113 ss.
- CANNIZZARO E. 2020. *La sovranità oltre lo Stato*, Il Mulino.
- CASSESE S. 2017. *Legal Education under Fire*, in «European Review of Private Law», 25, 251.
- DAGAN H. 2013. *Reconstructing American Legal Realism & Rethinking Private Law Theory*, Oxford University Press.
- GRAZIADEI M. 2017. *Navigare nel diritto incerto. La dottrina e le nuove frontiere dell'educazione del giurista in Europa*, in FARO S., PERUGINELLI G. (eds.), *La dottrina giuridica e la sua diffusione*, Giappichelli, 93 ss.
- IRTI N. 2004. *Nichilismo giuridico*, 2° ed., Laterza.
- JAMIN C. 2010. *Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée*, in «Droits» 1, 137 ss.
- JAMIN C., VAN CAENEGEM W. (eds.) 2016. *The Internationalisation of Legal Education*, Springer.
- KRONMAN A.T. 1993. *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*, Harvard University Press.
- MOCCIA L. 2015. *Formazione di un giurista e di un diritto europeo: scenari e prospettive*, in MIRANDA A. (ed.), *Modernità del pensiero giuridico di G. Crisculi e diritto comparato*, III, Giappichelli.
- NIETZSCHE F. 1979. *Umano, troppo umano. Un libro per spiriti liberi*, Adelphi (ed. or. *Menschliches, Allzumenschliches. Ein Buch für freie Geister*, 1878).
- PASCIUTA B., LOSCHIAVO L. (eds.) 2018. *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, Romatrepress.
- PASCUZZI G. 2015. *Avvocati formano avvocati: guida all'insegnamento dei saperi forensi*, Zanichelli.
- PASCUZZI G. 2019. *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, 3° ed., Zanichelli.
- PIANA D. 2016. *Uguale per tutti? Giustizia e cittadini in Italia*, il Mulino.
- PONTHOREAU M.-C. 2016 (ed.) 2016. *La dénationalisation de l'enseignement juridique: comparaison des pratiques. Actes de la journée d'études du 13 novembre 2015*, Université de Bordeaux, Institut universitaire Varenne.
- SACCO R. 1995. *L'Italie en tête (à propos de l'enseignement du droit comparé)*, in «Revue internationale de droit comparé», 131 ss.
- SAITTA P. 2007. *Between Promises and Reality. Supply and Demand of Masters and Refreshment Courses in Legal Matters in Four European Countries*, in: OLGIATI V. (ed.), *Higher Legal Culture and Postgraduate Professional Legal Education in Europe. A Comparative Analysis*, Edizioni Scientifiche Italiane, 143 ss.
- SCARCIGLIA R. 2021. *Riflessioni sui diritti fondamentali nell'epoca della sovranità condivisa*, in BARSOTTI V., GRAZIADEI M. (eds.) 2021. *Il diritto oltre lo Stato Atti del VI Convegno Nazionale Sird – Firenze, 25-27 ottobre 2018*, Giappichelli, 151 ss.

- SIMPSON A.W.B. 1981. *The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature*, in «University of Chicago Law Review», 48, 632 ss.
- SORDI B. 2020. *Diritto pubblico e diritto privato: una genealogia storica*, il Mulino.
- TIMOTEO M. 2020. *Grammatiche del diritto: in dialogo con Paolo Grossi*, il Mulino.
- TUORI K. 2020. *Empire of Law: Nazi Germany, Exile Scholars and the Battle for the Future of Europe*, Cambridge University Press.
- VETTORI G. 2020. *Effettività fra legge e diritto*, Giuffrè
- VOGLIOTTI M. 2013. *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VI, Giuffrè, 371 ss.
- VOGLIOTTI M., (ed.) 2018. *Pour une nouvelle éducation juridique*, L'Harmattan.
- VOGLIOTTI M. 2019. *Fragilità della Costituzione e nichilismo giuridico*, in «Giornale di storia costituzionale», 38(2), 55 ss.
- VON BOGDANDY A., *The Current Situation of European Jurisprudence in the Light of Carl Schmitt's Homonymous Text. Four Critical Topics in a Misleading but Insightful Perspective*, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2020-08.
- ZAGREBELSKY G. 2007. *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto* (a cura di PRETEROSSO G.), Laterza.



SPUNTI DI RIFLESSIONE  
(DI UNA AMMINISTRATIVISTA)  
PER UNA CONSIDERAZIONE  
SULLA SCIENZA GIURIDICA  
E IL SUO INSEGNAMENTO

ROBERTA **LOMBARDI**



Spunti di riflessione (di una amministrativista) per una considerazione sulla scienza giuridica e il suo insegnamento

A few thoughts on legal education (from administrative law)

ROBERTA LOMBARDI

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università del Piemonte Orientale.  
E-mail: [roberta.lombardi@uniupo.it](mailto:roberta.lombardi@uniupo.it).

#### ABSTRACT

Il lavoro si sviluppa intorno ai temi dell'educazione giuridica e, più in generale, del ruolo del giurista nella società attuale, contraddistinta dalla instabilità dei processi di transizione. L'analisi prende l'avvio da alcune considerazioni critiche sulla formazione degli studenti di Giurisprudenza (e/o dei corsi di laurea in scienze giuridiche, in generale), proiettando la riflessione su temi più ampi che involgono la funzione educativa del docente e la figura del 'giurista in erba' chiamato a crescere. La riflessione viene contestualizzata, soprattutto nella seconda parte, nell'ambito delle discipline giuspubblicistiche che costituiscono l'area disciplinare di riferimento dell'Autrice.

This work develops around the issues of the legal education and, more in general, on the role that jurists have in present society, which is characterised by the instability of transitional processes. The analysis starts from a critical appraisal on the educational training of students in the School of Law (and/or of High Education students in juridical science, more in general), and it projects this reflection on the wider issues of the educative function of scholars and of the "jurist-to-be" that is expected to develop. These considerations are contextualized, in particular in the second part of the work, within the legal regulations that are the expertise of the Author.

#### KEYWORDS

Educazione giuridica, diritto amministrativo

Legal education, administrative law

# Spunti di riflessione (di una amministrativista) per una considerazione sulla scienza giuridica e il suo insegnamento

ROBERTA LOMBARDI

1. *I modi di essere professore nell'incontro con lo studente. Riflessioni a latere della scienza giuridica - 2. Il punto di vista del giurista amministrativista.*

1. *I modi di essere professore nell'incontro con lo studente. Riflessioni a latere della scienza giuridica*

La lettura di un articolo, di recente pubblicazione su un quotidiano nazionale<sup>1</sup>, ha fornito l'occasione per tornare a riflettere su temi – invero già frequentati nel periodo di direzione della Scuola Forense “Giorgio Ambrosoli”<sup>2</sup> – relativi all'educazione giuridica e, più in generale, al ruolo del giurista nella società attuale, contraddistinta dalla instabilità dei processi di transizione. È naturale infatti che un'analisi critica sulla formazione degli studenti di Giurisprudenza (e/o dei corsi di laurea in scienze giuridiche, in generale) porti con sé volute più ampie di pensiero che proiettano la riflessione verso temi generali che involgono la funzione educativa del docente<sup>3</sup> e la figura del “giurista in erba” chiamato a crescere<sup>4</sup>.

Nell'articolo di cui si diceva, appunto, il *Segreto di una lezione senza noia*, Gustavo Zagrebelsky portava all'attenzione del lettore due termini “trasmissione” ed “escursione”, nei quali era dato scorgere l'essenza di due diversi modi di “essere professore” nell'incontro con lo studente.

Il primo – trasmissione – agganciato all'idea di un passaggio di nozioni da chi sa a chi non sa, che restituisce il significato di una lezione dichiarativa, informata e nozionistica, percepita in modo passivo e omologante da chi ascolta. Il sapere, in questo modo viene subito in una sorta di acquisizione acritica di pensiero, senza alcun contributo attivo del discente per una elaborazione autonoma e costruttiva di concetti<sup>5</sup>. Si assisterebbe, in questo caso, a quella che Vittorio Scialoja definiva una inutile predicazione e Norberto Bobbio un anacronistico e ininterrotto soliloquio ad alta voce, con conseguente svilimento del ruolo del docente a comunicatore, per lo più, di “sostanze normative” predefinite<sup>6</sup>. Un secolo prima, negli stessi termini, si esprimeva Piero Cala-

<sup>1</sup> Come sarà specificato a breve, il riferimento è all'articolo, apparso sul quotidiano La Repubblica, il 18 aprile 2021 di Gustavo Zagrebelsky, intitolato *Il segreto di una lezione senza noia*.

<sup>2</sup> In tal senso sia consentito il rinvio a LOMBARDI 2018, *passim*.

<sup>3</sup> Su cosa vuol dire educare e quali siano i contenuti dell'educazione giuridica e sui rapporti con il “nobile principio” della libertà di insegnamento, cfr. le osservazioni di CONTE 2018, 118, s.

<sup>4</sup> In senso analogo cfr. RESTA 2018, 130 s., secondo il quale la riflessione critica sullo statuto della *scientia iuris* e la ridefinizione del modello di formazione del giurista sono due processi che marcano in parallelo. Cfr. anche il bel saggio di VOGLIOTTI 2016, 277 s.

<sup>5</sup> Così espressamente ZAGREBELSKY 2021 «La prima parola segnalata è trasmissione: trasmissione da chi sa a chi non sa. Ma, se si riducesse a ciò, il suo prodotto di successo sarebbe il “dotto filisteo” di cui parlava Nietzsche: sa tutto ma è schiacciato dal peso delle “nozioni” e non capisce niente. La trasmissione – il sacco da riempire – è un passaggio tra due lati, uno attivo e l'altro passivo. Così intesa, la lezione, non solo è mortifera in ogni senso della parola; ha anche una funzione omologante: plasmare la mente di chi segue secondo la mente di chi precede. L'istruzione nei regimi che mirano a creare “l'uomo nuovo” conforme a un ordine politico (i regimi totalitari) concepiscono la lezione in questo modo: controllo ideologico degli insegnanti, programmi elaborati dall'alto, libri di testo approvati dal “ministero”, titoli di studio come certificati di avvenuta omologazione. In breve: la lezione come trasmissione mira a produrre replicanti».

<sup>6</sup> Il discorso è sviluppato da GROSSI 2008, 19 ss., cui si rinvia per ogni riferimento bibliografico e più di recente da

mandrei, nell'ambito di una riflessione peraltro ancora molto attuale nella quale si sottolineava che «nel nostro ordinamento universitario l'insegnante non trova nessuna spinta a perfezionare e mettere in valore le sue attitudini didattiche, a far dell'insegnamento la parte più curata e più significativa della sua attività»<sup>7</sup>, la cui scarsa qualità si poteva imputare, allora come oggi, al metodo d'insegnamento prediletto dai giuristi, ovverosia quello cattedratico (definito altresì metodo “chiacchieratorio”) alla stregua del quale la lezione consiste in una “predica” che il docente dal suo pulpito, gesticolando, infligge «a una turba di penitenti immobili e silenziosi»<sup>8</sup>.

La seconda parola, invece – escursione – annotava sempre Zagrebelsky – porta immediatamente alla mente l'immagine di una “passeggiata”, di un percorso in qualche modo libero da tracciati e percorsi già segnati, non immune al fascino dell'avventura, proprio come accade quando è nota la partenza ma sconosciuto il punto di arrivo del proprio girovagare<sup>9</sup>.

Similmente a quanto alludeva Umberto Eco nelle *Norton Lectures* alla *Harvard University* in relazione ai testi letterari, passeggiare per i boschi normativi<sup>10</sup> – in realtà vere e proprie foreste in cui le legislazioni si rinnovano così rapidamente da divenire troppo presto luoghi oscuri ed obsoleti – espone talvolta a sconcertanti scoperte. In particolare ciò accade quando il docente sappia provocare nell'uditore la riflessione su un caso controverso, trasformando il proprio insegnamento da un'esposizione concettuale assimilabile dalla memoria ad un avvenimento che implica un movimento di intelligenza sulla problematicità del diritto, in base al convincimento che «ogni testo è una macchina pigra che chiede al lettore di fare parte del proprio lavoro. Guai se un testo dicesse tutto quello che il suo destinatario deve capire»<sup>11</sup>.

Posta in termini (di casi) problematici la lezione diventa così una salutare ginnastica dello spirito, non solo per chi ascolta e interagisce, ma anche per chi siede alla cattedra: «nella passeggiata della lezione è anch'egli [ndr *il docente*] alla ricerca, è mosso dalla curiosità, dal pensiero improvviso, dal desiderio di fare una pausa e formulare a sé stesso una domanda alla quale, forse, non aveva in precedenza pensato»<sup>12</sup>. Evitare di adagiarsi nel conforto di una dichiarazione di scienza autoreferenziale non può che avere, anche per chi sa e deve (saper) trasmettere la propria scienza ed esperienza, effetti positivi sul suo futuro pensiero.

Affiancare, dunque, la cosiddetta lezione frontale ad una forma di esercitazione che, ponendo casi concreti, ripristini la naturale polarità fra sistematica dei concetti e dialettica del trattamento dei casi sembra un passaggio fondamentale per superare l'importanza teoretica del diritto e virare verso la preparazione di un giurista speculativo, di uno studioso non piegato all'arido tecnicismo, ma orientato consapevolmente alla problematicità delle questioni, nel recupero dell'origine classi-

VOGLIOTTI 2020, 241 ss.

<sup>7</sup> CALAMANDREI 1966 [1921], 65.

<sup>8</sup> CALAMANDREI 1966 [1921], 134.

<sup>9</sup> Così precisamente ZAGREBELSKY 2021, «La seconda parola, invece digressione, nel nostro contesto, significa non divagazione ma diversione o sconfinamento. Per chiarire il significato della lezione come digressione, mi avvalgo dell'immagine del tram e della passeggiata utilizzata da Pavel Florenskij, mistico, scienziato del permafrost, grande didatta, ucciso da Stalin nel 1937 non perché membro della dissidenza politica, ma perché fascinosa professore che aiutava a pensare. Nel 1917, Florenskij spiegava in questo modo la sua concezione, diciamo così, “digressiva” della lezione (La lezione di una lunga passeggiata): “Il libro di testo è come un piano di lavoro per giungere a un risultato, una pianta topografica che indica un percorso, una di quelle che si tengono in mano quando si compie una gita di cui si conosce solo il punto di partenza e il punto d'arrivo. Il testo non cresce, è fatto da pezzi messi insieme, confezionati”. La lezione, invece, non procede in linea retta: “Non è un tragitto su un tram che ti trascina avanti inesorabilmente su binari fissi e ti porta alla meta per la via più breve, ma è una passeggiata a piedi, una gita, sia pure con un punto finale, la meta, senza avere, tuttavia un'unica esigenza, un'unica finalità: arrivare alla meta”».

<sup>10</sup> La suggestione si deve al titolo del volume che riunisce i sei interventi tenuti da ECO 2018, in occasione delle *Norton Lectures* alla *Harvard University* nel 1992-1993, “*Sei passeggiate nei boschi narrativi*”, nella cui scelta espressiva si può forse cogliere la volontà dell'Autore di affrontare la riflessione sulla narritività partendo proprio dall'esperienza del lettore.

<sup>11</sup> ECO 2018, 11.

<sup>12</sup> ZAGREBELSKY 2021.

ca del concetto di giustizia e della natura umanistica che deve contraddistinguere – a parere di chi scrive – l’odierno scenario delle professioni legali<sup>13</sup>.

Ma liberare l’insegnamento universitario dalle pastoie pandettistiche può non essere sufficiente. Perché questa operazione di svecchiamento degli approcci e dei metodi di insegnamento più tradizionali non si traduca in un addestramento superficiale, orientato esclusivamente alla pratica, occorre affiancare alle esercitazioni una decisa scelta di campo a favore del rafforzamento della dimensione culturale e interdisciplinare dello studente, in grado di ampliare il quadro delle sue competenze, fino a garantirgli l’acquisizione di una profonda e flessibile “scienza universale”<sup>14</sup>.

Una preparazione dello studente orientata anche alla pratica, nella valorizzazione – suggerita da taluni – di una metodologia didattica che privilegi l’esercizio dialogico della confutazione e del contraddittorio<sup>15</sup> ha certamente il pregio di superare il modello di lezione normocentrica e puramente informativa, finalizzando l’addestramento del discente al momento in cui sarà chiamato ad applicare il diritto ai casi della vita. E ciò è bene perché incide positivamente sull’eliminazione di quella cesura che contraddistingue in modo ancora troppo netto il passaggio dal ciclo di studi universitari al difficile e arduo mondo delle professioni.

Il controllo degli strumenti della logica non è però sufficiente a fare un buon giurista, in quanto le soluzioni giuridiche devono accordarsi e integrarsi con gli interessi e i bisogni generali della collettività.

E questa dimensione può esser recuperata dando vigore e significato alla funzione che rappresenta la vera cifra della didattica universitaria, ovvero quella che punta sulla crescita culturale dello studente, poiché la *scientia iuris* non può essere considerata una enclave autonoma di saperi, tecnicamente chiusa e ordinata, ma ha il respiro di una scienza universale, incline a confrontarsi con gli interessi e i bisogni della collettività, con i fatti economici e le ripercussioni che genera sugli assetti istituzionali e sulla natura dei rapporti sociali<sup>16</sup>.

Rompere le *enclosures* disciplinari sembra un’operazione dovuta anche per un’altra ragione: fornire al giurista lenti multifocali per leggere i cambiamenti della pos-modernità e interpretare i problemi, non facili da mettere a fuoco, di «una società molto diversa da quella presupposta dal ‘Grand Style’ positivistico»<sup>17</sup>.

È necessario ampliare il quadro delle competenze che assicurino la capacità di comprensione dei processi di mutamento delle strutture sociali e del contesto dal quale la norma trae la sua linfa e sul quale essa si propone di incidere<sup>18</sup>. E questa scelta si giustifica a pieno titolo rispetto ad un ordinamento che si trasforma a velocità tumultuosa e segue traiettorie imprevedibili e poco lineari, come dimostrano gli avvenimenti pandemici che hanno travolto il mondo nell’ultimo anno e da cui nessuno è uscito indifferente.

Paolo Grossi, in uno scritto di qualche anno fa, ricordava proprio che il paesaggio socio-giuridico, «da semplicissimo che era (o meglio che si era forzatamente ottenuto), sta diventando

<sup>13</sup> Torna alla memoria il parallelo con l’altra professione intrisa di umanità, ovvero quella del medico, nel pensiero di IRTI (2007, 108) secondo cui medici e giuristi guardano all’evento concreto con gli occhi del sapere, cioè mediante le figure tipiche e generali di una legge, dal momento che le ipotesi diagnostiche altro non sono – per l’Autore – che tentativi di stabilire un rapporto di sussunzione fra legge ed evento, in modo che questo si riduca a “caso” di quella.

<sup>14</sup> SALEILLES 1902, 313 ss. il quale, in un corposo saggio d’inizio secolo dedicato alle metodologie di insegnamento del diritto lega strettamente l’esigenza di rinnovamento del pensiero giuridico alla riforma degli approcci e dei metodi di insegnamento. Sulla lezione di Saleilles cfr. VOGLIOTTI 2016, 286.

<sup>15</sup> In particolare, sul punto, cfr. MORO 2018, 36 s.

<sup>16</sup> SCARPELLI 1968, 9 s. già in allora considerava che sono ormai obsolete le immagini tradizionali del giurista «giurista teorico, neutrale conoscitore del diritto esistente, e del giurista pratico, neutrale calcolatore con le proposizioni giuridiche».

<sup>17</sup> RESTA 2018, 130.

<sup>18</sup> In tal seno l’importante documento del Consiglio superiore della Scienza (*Wissenschaftsrat* 2012, 36 s.) sulle prospettive della scienza giuridica in Germania, dove ci si interroga, e non da ora, sul problema della riforma degli studi giuridici, su cui WOLF 2013, 20 ss.

complesso, ed è proprio con questa complessità che si deve fare i conti»<sup>19</sup>. Del resto proprio alla complessità giuridica si deve la crisi e il tramonto del modello legale, se è vero che astrattezza, generalità, rigidità, quali segni distintivi e virtuosi della legge, appaiono, oggi, i primi elementi capaci di decretarne il declino.

Il nuovo volto del diritto è intriso di valori diversi rispetto a quelli di prevedibilità e certezza, baluardi giuridici della modernità giuridica del Novecento<sup>20</sup>. Nuove sembianze pongono in primo piano i fatti – strutturali, economici, culturali – come presenza condizionante in grado di incidere in modo significativo sugli assetti giuridici tradizionali.

Venuta meno la centralità del legislatore nazionale, che perde il monopolio normativo (le fonti non solo si moltiplicano ma anche si de-tipicizzano)<sup>21</sup>, assistiamo alla funzione abdicativa dello Stato, incapace di tenere dietro al mutamento di straordinaria rapidità e intensità della attuale realtà storica.

E dal momento che «i fatti sono riottosi a farsi ridurre e soffocare in geometrie»<sup>22</sup>, ben si comprendono le difficoltà di un ordinamento che, fin dall' affermazione dello statuto della sua scienza (giuridica), ha preteso di prescindere dall'osservazione della realtà e dalla sua traduzione in dati quantitativi (a differenza ad esempio dell'economia e della sociologia che adottano metodi di analisi basati su raccolte di termini numerici e indagini statistiche), formando le proprie categorie *a priori* e qualificando gli accadimenti del reale per farli rientrare nelle categorie previste (*id est* fattispecie) prima del loro effettivo realizzarsi<sup>23</sup>.

Se è vero – come ci insegna Natalino Irti – che mediante la costruzione della fattispecie «il diritto pensa l'avvenire», poiché «il diritto vuole impadronirsi dell'evento e farne un caso della propria applicazione» (diversamente a quanto afferma Gadamer, secondo cui è il caso che fa l'applicazione), è altrettanto chiaro che ciò si verifica solo e quando siano pronosticabili gli esiti di tale operazione, ossia quando l'evento soddisfi il calcolo delle probabilità entrando nella volontà normativa e ricevendo un predicato giuridico<sup>24</sup>.

Ma gli stati di crisi e le emergenze – nella storia attuale sempre più la regola e sempre meno l'eccezione – in quanto imprevedibili e irriconoscibili mettono in crisi il vincolo logico della fattispecie.

«L'imprevedibilità ha dentro di sé l'idea di un divenire continuo, d'uno scorrere di atti umani e fatti naturali che non siamo in grado né di determinare con necessità, né di prevedere con qualche certezza. L'imprevedibile irrompe nella vita, spesso non atteso, non augurato, non voluto»<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> GROSSI 2018.

<sup>20</sup> Sul tema dell'incalcolabilità del diritto è naturale il rinvio a IRTI 2016.

<sup>21</sup> Si pensi, ad esempio, alla rilevanza sempre maggiore delle fonti di *soft law* o a quelle della contrattazione collettiva. Sulla tematica cfr. AA. VV. 2006, in GROSSI (ed.) 2006, XX-346.

<sup>22</sup> GROSSI 2018

<sup>23</sup> Anche nella dottrina amministrativistica si fa strada l'idea di un metodo di ragionamento e di lavoro che nel tempo costringa ad ancorare i giudizi e le scelte di cambiamento alla coscienziosa annotazione dei risultati via via ottenuti e alla misurazione della loro distanza dalle finalità perseguite. La prospettiva è contigua al tema della ricerca di un fondamento empirico alle soluzioni giuridiche, perché lo sforzo sistematico di intercettare le conseguenze della norma e di stimarne l'adeguatezza rispetto ai fini non può chiaramente prescindere, se condotto con profondità e con scrupolo, da una regolare e accurata osservazione dei fatti. In tal senso le osservazioni di CAFAGNO 2021. Cfr. anche MENGONI 1996, *passim*, il quale propugna uno studio del diritto "orientato alle conseguenze" che, nella familiare prospettiva teleologica, prescrive al giurista di lasciarsi guidare, nella costruzione del contenuto della norma, dalla stima del livello di attitudine a produrre effetti coerenti alle mete prefissate.

<sup>24</sup> IRTI 2014, 36. Già HEGEL 2004 [1821], 180, peraltro aveva notato che al giudice il caso deve essere preparato per la possibilità della sussunzione, cioè innalzato, traendolo fuori dalle sue apparenti caratteristiche empiriche, a fatto riconosciuto e a qualificazione universale.

<sup>25</sup> IRTI 2014, 38.

Il concetto di fattispecie si addice a società stabili, a un mondo disciplinato da modelli dove la tipicità è un luogo sicuro in cui trovano rifugio tutte le manifestazioni giuridiche, ma è inadatto ai tormentati, mutevoli e precari scenari dei nostri giorni, nei quali la «logica monistica della fattispecie»<sup>26</sup> non riesce a catturare le sfaccettature incalcolabili dei fatti di vita che dominano la storia e proiettano nuove e inaspettate domande di tutela sulla società.

È evidente che il diritto è disciplina operativa e che la maestria del giurista si esprime proprio nella capacità di trattare i fatti e i casi della vita, calandovi i costrutti teorici, tuttavia servirebbe un'attitudine, purtroppo non radicata nelle nostre consuetudini di giuristi, ad abbinare all'approccio clinico, al lavoro ermeneutico dal quale passa la soluzione del singolo caso, un'osservazione sistematica e organizzata dei fenomeni, capace di svelare le esigenze che fanno da *habitat* alle regole<sup>27</sup>.

Nei contesti della seconda modernità c'è molto meno bisogno per il diritto di strumenti di precisione, di stampelle sussuntive o sillogistiche, perché «al sistema di norme subentra l'ordine oggettivo dei valori sostanziali, il quale sta sopra di noi e oltre di noi»<sup>28</sup>.

## 2. Il punto di vista del giurista amministrativista

Premesse queste considerazioni di carattere generale, possiamo dare ora al tema una curvatura più stringente, piegandolo all'osservazione – del resto più familiare a chi scrive – dello statuto della scienza giuridica delle amministrazioni pubbliche e delle vicende di cui il giudice amministrativo sia chiamato a dirimerne i conflitti.

In particolare sembra lecito domandarsi fino a che punto e con quale intensità il diritto amministrativo sia stato interessato da quel processo di storicità e fattualità di cui si è detto, per non rischiare di essere oggi considerato un corpo estraneo che fluttua troppo alto e distaccato sul divenire sociale.

Fino a che punto, cioè, la disciplina del diritto amministrativo può e riesce a spogliarsi di quei vecchi utensili, cari per educazione mentale e tradizione di studi, per guardare ai piani più alti dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica, innalzandosi – nelle sue manifestazioni di concreta ricaduta sulla società (*id est* i criteri di decisione dell'amministrazione, prima, e del giudice, poi) – dalla legge al diritto? E nell'ascendere ancora oltre, dal diritto ai valori, verso quei criteri supremi «che si celano o si calano nelle norme costituzionali»?<sup>29</sup>

E proseguendo sempre sulla linea delle suggestioni della parte iniziale, può e deve il diritto amministrativo contaminarsi di quel “superfluo indispensabile”, da porre al centro dell'offerta formativa, come «somma di tutte quelle cognizioni che non rispondono a nessuno scopo pratico, ma che si debbono possedere se si vuole essere degli esseri umani e non delle macchine specializzate»<sup>30</sup>? Esiste più di una ragione specifica affinché il giusperito amministrativista si impadronisca, fin dalla sua preparazione universitaria, della “scienza universale”?

Procedendo nell'ordine, e senza ovviamente alcuna pretesa di esaustività di un tema che andrebbe sviluppato ben oltre quanto consente la trattazione di questa breve riflessione, si può effettuare un duplice ordine di considerazioni.

Il primo tipo di considerazioni attiene a temi di carattere più strettamente giustiziale e parte dal dato, ormai acquisito, secondo cui il processo amministrativo, concepito originariamente come processo di impugnazione di atti, nel tempo, grazie anche ad una importante e benemerita azione pretoria, si è modificato nei tratti essenziali della sua giurisdizione, per rispondere maggiormente

<sup>26</sup> BRECCIA 2015, 5.

<sup>27</sup> CAFAGNO 2021, in corso di pubblicazione.

<sup>28</sup> IRTI 2014, 40.

<sup>29</sup> IRTI 2014, 40.

<sup>30</sup> SALVEMINI 1954, II.

alle richieste di garanzia di una effettiva tutela delle situazioni giuridiche soggettive del privato, superando la sua originaria, purissima e rigida configurazione di rimedio a carattere demolitorio, per acquisire maggior elasticità quanto ai suoi presupposti processuali e alla sua struttura<sup>31</sup>.

In altri termini attraverso l'ampliamento dello spettro dei poteri istruttori del giudice amministrativo, che gode ormai del potere di accesso pieno al fatto e di ricostruzione autonoma delle vicende in contestazione<sup>32</sup>, e con l'allargamento del ventaglio di azioni proponibili dal ricorrente anche in sede di giurisdizione di legittimità, il Codice del processo amministrativo<sup>33</sup> ha consolidato nelle norme ciò che prima rappresentava niente più che una esigenza espressa a gran voce dalla dottrina, ossia che oggetto del giudizio non è solo l'atto con le sue singole censure, ma il complessivo "episodio di vita" e l'intera trama degli interessi in gioco.

E in questa plasticità delle norme dell'ordinamento processuale, o meglio della loro disponibilità a farsi modellare dal costante divenire della domanda di tutela, senza avere la pretesa di ingabbiare il sistema di giustizia in una sorta di modello a-temporale, credo si possa già cogliere un sintomo significativo della prevalenza del carattere della fattualità (*rectius* storicità) del diritto processuale amministrativo rispetto a quello della sua fissità-prevedibilità.

Il secondo ordine di considerazione prende spunto invece dalla verosimile affermazione che l'amministrativista, tra i giuristi positivi, è forse quello meno attento all'interpretazione della singola prescrizione legislativa e più interessato ai "piani nobili" del diritto. E ciò non solo per l'allarmante livello di ipertrofia e di volubilità delle regole dell'ordinamento di riferimento (per citare un esempio eloquente, nell'ultimo quarto di secolo sono state scritte nella materia dei contratti pubblici più di quarantacinquemila pagine di norme, per leggere le quali servirebbero centocinquanta giorni filati, tralasciando i rimandi)<sup>34</sup> – ma principalmente per la sua "ontologica propensione" a ragionare e a risolvere le questioni interpretative – colmando le lacune e dirimendo le antinomie generate da tale ipertrofia – essenzialmente sulla base dei principi che regolano e presidiano l'ordinamento di cui è chiamato ad occuparsi.

La tesi trova sostegno nella considerazione di due testi normativi che hanno profondamente segnato l'evoluzione del diritto amministrativo nell'ordine giuridico attuale e in relazione ai quali è possibile evidenziare il comune approccio sistemico, di insieme di principi, ovvero di grande cornice legislativa, che proprio in quanto insieme di regole, non vincolanti nel loro dettagliato contenuto, vengono a concedere ampio spazio all'interprete, assecondando l'idea di andare oltre il valore contingente degli istituti di diritto sostanziale e processuale che si preoccupano comunque di disciplinare.

Di uno si è già detto in parte. Mi riferisco al cd. Codice del processo amministrativo – evento epocale nell'evoluzione della giustizia amministrativa – in relazione al quale preme ancora sottolineare come abbia ben poco a che spartire con le realizzazioni codicistiche della modernità (il cui ultimo campione è rappresentato dal Codice civile del 1942), avendo per lo più operato una codificazione rilevante sul piano dei principi, proponendo un riordino e una razionalizzazione della normativa esistente filtrata alla luce di arresti giurisprudenziali affermatasi nel corso degli anni.

Del resto, e sempre in questa prospettiva, non può essere trascurato che il nucleo più caratteristico della giustizia amministrativa consiste nell'accertamento del corretto esercizio di poteri autoritativi da parte dell'amministrazione secondo le logiche dei principi che regolano l'azione pubblica, per compiere il quale il giudice deve necessariamente "ricostruire" il percorso decisio-

<sup>31</sup> NIGRO 1994 [1976], 235. In tal senso, più di recente, anche SCOCA. 2002, 164 ss.

<sup>32</sup> Al di là, cioè, della loro rappresentazione risultante dall'atto impugnato, nel senso che in precedenza al giudice era dato conoscere dei fatti solo indirettamente, attraverso la ricostruzione della realtà effettuata dall'amministrazione nel provvedimento.

<sup>33</sup> Si tenga conto della recente "codificazione" del processo amministrativo, dal momento che il Codice è stato approvato con d.lgs. n. 104/2010.

<sup>34</sup> CAFAGNO 2021, in corso di pubblicazione.

nale dell'amministrazione, quindi, compiere un'attività che, dal punto di vista sostanziale, è molto simile a quella discrezionale che svolge il funzionario pubblico e in relazione alla quale il processo si pone come una parentesi fra l'azione amministrativa precedente e quella successiva che saprà indirizzare con la propria statuizione<sup>35</sup>.

Il secondo testo normativo, per così dire eloquente della storicità del diritto amministrativo, è la famosa legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo che forgia le sue disposizioni sull'idea di delineare un principio di "giusto procedimento", riempiendo di contenuti "materiali" le sequenze procedurali del farsi dell'azione pubblica, in modo tale che ogni segmento di attività che non appaia sufficientemente in sintonia con tale ordine di regole generali non sarà per ciò stesso riconducibile alla figura generale del procedimento amministrativo (*rectius* del giusto procedimento)<sup>36</sup>.

Come a dire: importante e suggestiva rappresentazione di un diritto mite, nel contesto degli scenari fluidi del pos-moderno Stato sociale di diritto, in virtù del quale le politiche dell'amministrazione svolgono la peculiare missione di operare per il conseguimento di risultati parametrati sulle esigenze della persona e dei gruppi sociali, in vista della tutela di beni della vita cui i soggetti fondamentali di un ordinamento fortemente umanizzato aspirano<sup>37</sup>.

In questo senso può ben dirsi che l'interpretazione giuridica nell'ordinamento amministrativo abbia più naturale propensione a slegarsi dai vincoli sussuntivi e sillogistici delle fattispecie per trovare più fertile linfa nei criteri supremi dell'ordinamento, nei valori intesi come principi storici, "creature del tempo", calati (o celati, per riprendere la dicotomia proposta da Irti) nelle norme, i quali appaiono per lo più norme senza fattispecie, enunciati di regole di convivenza, disposizioni a tutela diretta di interessi e beni collettivi.

L'indebolimento degli strumenti logici porta a scovare sentieri diversi e nuovi dell'interpretazione giuridica, spostando i criteri di decisione giudiziaria al di sopra della legge, nelle norme costituzionali o nei valori "positivizzati" quali principi elementari dell'ordinamento. Anche e soprattutto per il diritto amministrativo, dunque, «le norme non bastano più a sé stesse, ma sono giustificate e sorrette da qualcos'altro, che in certo modo può servirsene ed utilizzarle»<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> NIGRO 1994 [1976], 18 s.

<sup>36</sup> FERRARA 2014, 105 ss.

<sup>37</sup> FERRARA 2014, 113 s.

<sup>38</sup> KELSEN 1959, 428.

*Riferimenti bibliografici*

- BRECCIA U. 2015. *Il pensiero di Salvatore Romano*, in FURGIUELE G. (ed.) 2015, *Salvatore Romano*, ESI, 5 ss.
- CAFAGNO M. 2021. *Spunti per una riflessione empirica sugli appalti pubblici*, in «Il diritto dell'economia», 2, 2021, in corso di pubblicazione.
- CALAMANDREI P. 1966. *Troppi avvocati*, in CAPPELLETTI M. (ed.), *Opere giuridiche*, II, Morano, 65 ss. (ed. or. 1921).
- CONTE E. 2018. *Educare il giurista. Le sfide del terzo millennio e le tentazioni della conservazione accademica*, in PASCIUTA B, LOSCHIAVO L. (eds.), *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, Roma tre-press, 115 ss.
- ECO U. 2018. *Sei passeggiate nei boschi narrativi*, La nave di Teseo.
- FERRARA R 2014. *Introduzione al diritto amministrativo*, Laterza.
- GROSSI P. (ed.) 2006. *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, in «Per la storia del pensiero giuridico moderno», 70, 2006.
- GROSSI P. 2008. *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, il Mulino.
- GROSSI P. 2018, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, in <http://www.questionegiustizia.it>, (consultato ad aprile 2018).
- HEGEL G.W.F. 2004. *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza (ed. or. 1821, trad.it. di G. Marini).
- IRTI N. 2007. *Legge e caso (diagnosi giuridica e diagnosi medica)*, in ID., *Il salvagente della forma*, Laterza, 108 ss.
- IRTI N. 2014, *La crisi della fattispecie*, in «Rivista di diritto processuale», 2014, 36 ss.
- IRTI N. 2016. *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli.
- KELSEN H.1959. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Giuffrè (ed. or. 1949).
- LOMBARDI R. 2018. *L'avvocato della post modernità*, in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it> (consultato il 24.4.2018).
- MENGGONI L. 1996. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè.
- MORO P. 2018. *Didattica e retorica forense*, in «Cultura e diritti. Per una formazione giuridica», num. spec., 2018, 33 ss.
- NIGRO M. 1994. *Giustizia amministrativa*, IV, il Mulino (ed. or. 1976, IV. ed. a cura di E. Cardi e A. Nigro).
- RESTA G. 2018. *Quale formazione, per quale giurista*, in PASCIUTA B, LOSCHIAVO L. (eds.), *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, Roma Tre-press, 127 ss.
- SALEILLES R.1902, *Les méthodes des enseignements du droit e de l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, in «Revue internationale de l'enseignement», 1902, 313 ss.
- SALVEMINI G. 1954. *Che cosa è la cultura?*, Guanda.
- SCARPELLI U. 1968. *L'educazione del giurista*, in «Rivista di diritto processuale», XXIII, 1, 1968, 1 ss.
- SCOCA F.G. 2020. *Giustizia amministrativa*, Giappichelli.
- VOGLIOTTI M. 2016, *Pour une formation juridique interdisciplinaire*, in SUER J.J., FARHI S. (eds.), *Pratique(s) et enseignement du droit. L'épreuve du réel*, LGDJ, 277 s.
- VOGLIOTTI M. 2020. *Per una nuova educazione giuridica*, in «Diritto e questioni pubbliche», XX, 2, 2020, 229 ss.

WOLF C. 2013. *Perspektiven der Rechtswissenschaft und der Juristenausbildung*, in «Zeitschrift für Rechtspolitik», 46, 1, 2013, 20 ss.

ZAGREBELSKY G., *Il segreto di una lezione senza noia*, in «La Repubblica», 18 aprile 2021.



IL RUOLO STRATEGICO  
DELLA FORMAZIONE  
GIURIDICA NEGLI  
ORDINAMENTI  
POSTMODERNI.  
LA NECESSITÀ DI PLURALI  
SPERIMENTAZIONI

ORLANDO ROSELLI



Il ruolo strategico della formazione giuridica negli ordinamenti postmoderni.  
La necessità di plurali sperimentazioni

The strategic role of legal training in post-modern legal systems.  
The need for multiple trials

ORLANDO ROSELLI

Già Università di Firenze.  
E-mail: [orlando.roselli@unifi.it](mailto:orlando.roselli@unifi.it).

#### ABSTRACT

Viviamo in un'epoca di trasformazioni così profonde della società che mutano gli stessi caratteri della giuridicità. Cultura e formazione giuridica sono destinate a svolgere un ruolo sempre più rilevante negli ordinamenti giuridici contemporanei. Occorre ripensare profondamente la formazione di giuristi ed operatori del diritto in sintonia con le nuove esigenze ordinamentali delle società postmoderne. Bisogna promuovere strategie di rinnovamento profondo dei vari livelli di formazione giuridica anche attraverso plurali innovative sperimentazioni.

We live in a time of social radical transformations that change the features of the concept of legal order. Culture and legal training are intended to play an increasingly important role in contemporary legal systems. The training of lawyers and legal practitioners in line with the new legal requirements of post-modern societies must be thoroughly rethought. Strategies for the profound renewal of the various levels of legal formation must also be promoted through several innovative experiments.

#### KEYWORDS

Formazione giuridica, società postmoderne, nuove esigenze ordinamentali, sperimentazioni di nuovi modelli di formazione giuridica

Legal training, post-modern societies, new ordering requirements, trials of new models of legal training

# Il ruolo strategico della formazione giuridica negli ordinamenti postmoderni. La necessità di plurali sperimentazioni

ORLANDO ROSELLI

*1. Una felice iniziativa – 2. Le straordinarie opportunità offerte dalla riflessione sulla formazione giuridica. Molto più di una sola questione di “didattica” del diritto. La necessità della costruzione di una “Scienza della formazione giuridica” – 3. Giuristi ed operatori del diritto. Unitarietà della scienza giuridica e pluralità dei percorsi formativi – 4. Il coraggio di rimettere in discussione, quando necessario, gli “asfittici recinti” disciplinari: il recupero della consapevolezza della loro storicità. Quale realistica strategia mettere in campo per il loro ripensamento – 4.1. Azioni per promuovere studi e sperimentazioni sulla formazione giuridica.*

## 1. Una felice iniziativa

Una opportuna iniziativa quella di Marco Brigaglia e Massimo Vogliotti di promuovere, unitamente con i direttori Giorgio Maniaci, Giorgio Pino e Aldo Schiavello, un *forum* di riflessione sulla formazione giuridica, tanto più che si avvia con la preventiva pubblicazione, in questa Rivista, di un saggio di Vogliotti sulla “educazione giuridica”<sup>1</sup>.

Un contributo importante, non a caso di uno studioso che da molto tempo sviluppa una feconda riflessione su questi temi, in parallelo all’emergere di nuove esigenze ordinamentali conseguenti alla metamorfosi della società<sup>2</sup>.

Nella riflessione di Vogliotti sulla formazione giuridica<sup>3</sup> vi è la consapevolezza del mutare dei processi di strutturazione della giuridicità, della relazione tra “fatto e diritto”<sup>4</sup> e della crisi del sistema delle fonti a partire dal principio di legalità<sup>5</sup>.

Da qui l’esigenza di una riflessione che proceda in parallelo sul «versante teorico» e sul «versante pratico»<sup>6</sup> e del «legame tra concezione del diritto e metodi e contenuti dell’insegnamento»<sup>7</sup>.

*2. Le straordinarie opportunità offerte dalla riflessione sulla formazione giuridica. Molto più di una sola questione di “didattica” del diritto. La necessità della costruzione di una “Scienza della formazione giuridica”*

Viviamo in un’epoca di così profonde trasformazioni che mutano non solo istituti, categorie, principi giuridici ma i caratteri stessi della giuridicità.

Siamo immersi in un’epoca di transizione, in cui i vecchi paradigmi continuano ad essere utilizzati, pur nell’evidenza della loro inadeguatezza, per le difficoltà del «pensiero giuridico»<sup>8</sup> di elaborarne di nuovi.

<sup>1</sup> VOGLIOTTI 2020.

<sup>2</sup> BECK 2016, parla di “metamorfosi del mondo”.

<sup>3</sup> Si veda almeno, VOGLIOTTI 2007a; VOGLIOTTI 2014; VOGLIOTTI 2018. Su quest’ultimo contributo ROSELLI 2019.

<sup>4</sup> VOGLIOTTI 2007b.; VOGLIOTTI 2008.

<sup>5</sup> VOGLIOTTI 2013; VOGLIOTTI 2019.

<sup>6</sup> VOGLIOTTI 2020, 239 ss.

<sup>7</sup> VOGLIOTTI 2020, 248 s.

Ancora una volta, come in altre epoche di transizione, si parla di “crisi del diritto” o di “crisi dello Stato” quando in realtà si tratta non di crisi *del* diritto ma di una concezione storicamente datata<sup>9</sup>.

Le epoche di transizione obbligano ad interrogarci su che cosa si debba intendere per “diritto”, tanto che questo rappresenta, nella cultura giuridica, un quesito “persistente”<sup>10</sup>, legato alla storicità del fenomeno e, di conseguenza, al suo perenne mutare (mutare non solo, come è ovvio, di discipline, ma di processi di strutturazione e di relazione con gli altri sottosistemi ordinamentali).

La “scienza giuridica” deve confrontarsi con la difficoltà di ridefinire perennemente il proprio oggetto, tante plurali, eterogenee, storicamente e geograficamente caratterizzate sono le manifestazioni del giuridico.

Le grandi teorie del diritto tendono ad avere la struttura delle ideologie: pre-definiscono che cosa esso sia per poi espungere dal giuridico ciò che non si adegui alla definizione. L’esito, nel migliore dei casi, è costruire delle teorie dotate di una coerenza interna a partire dai postulati e dagli assiomi dati, ma inadeguate a cogliere le necessità ordinamentali che derivano dai mutamenti che attraversano la società.

Ecco, dunque, come ci viene autorevolmente insegnato, occorre, in primo luogo, saper cogliere i «segni» del mutamento<sup>11</sup>; imparare ad ascoltare la società, sempre più complessa, in rapidissimo mutamento, al punto che è venuto trasformandosi il rapporto tra norma/spazio/tempo rispetto alle epoche passate<sup>12</sup>.

Forse, per il giurista contemporaneo, è propria questa la difficoltà maggiore, ancor più del dovere fare i conti con la frantumazione delle fonti e con la difficoltà della stessa conoscibilità delle disposizioni (perfino, come ha dovuto prendere atto la nostra Corte costituzionale, nell’ambito penale).

I processi di strutturazione del giuridico si vanno sempre più spostando dalla *statuizione* delle norme alla loro *interpretazione/applicazione*<sup>13</sup>. Da qui l’accreciuto ruolo (e responsabilità) dei giuristi e, di conseguenza, della cultura e della formazione giuridica, chiamate a contribuire, non più in modo ancillare, ai processi costitutivi dell’ordinamento giuridico.

Occuparsi di formazione non è banalmente un problema solo di didattica del diritto (certo, è anche questo), attiene al ruolo ed alle funzioni di coloro, giuristi e tecnici del diritto, sono chiamati al funzionamento dei variegatissimi ambiti dell’ordinamento(i) giuridico(i).

Dalla loro formazione dipenderanno profili professionali, sensibilità culturali, tecniche interpretative, funzionamento degli apparati pubblici, modi di intendere il proprio ruolo. Occorre recuperare la consapevolezza della centralità della dottrina giuridica e della funzione sempre più significativa che il “diritto” deve svolgere (ed evolvere) in società sempre più disomogenee.

Progettare formazione giuridica significa andare al cuore del funzionamento di un ordinamento e da ciò non possono non derivare conseguenze nella stessa progettualità.

Proprio perché da un modello di formazione giuridica derivano conseguenze nella «vita nel diritto»<sup>14</sup>, il modello (ed il conseguente strumentario) deve in premessa esplicitare i propri postulati culturali, rendere trasparente la concezione del diritto che lo sottende.

<sup>8</sup> Nell’accezione del fondatore dei «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno» e del «Centro studi per la storia del pensiero giuridico moderno»: si v. GROSSI 2018, *passim*.

<sup>9</sup> Nota è la lucida consapevolezza di Santi Romano, agli inizi del Novecento, che si era in presenza della crisi di una storicamente determinata forma di Stato: ROMANO 1909.

<sup>10</sup> HART, 1994, richiamato in SIMONCINI 2008.

<sup>11</sup> Il riferimento è all’insegnamento di Paolo Grossi, come ben ricorda CAPPELLINI 2009.

<sup>12</sup> Si v., per tutti, FERRARESE 2002; GALGANO 2005.

<sup>13</sup> Tema molto presente, tra gli altri, nella riflessione dello storico del diritto Paolo Grossi. Tra le tante riflessioni in tal senso del giurista fiorentino e Presidente emerito della Corte costituzionale: GROSSI 2017, *passim*.

<sup>14</sup> GROSSI 2012.

Di più: in una forma di Stato costituzionale quale è la nostra, la formazione giuridica non può che fondarsi sui presupposti del pluralismo e della libertà della ricerca e dell'insegnamento. Del resto, pluralismo e libertà sono connaturati alla natura del ricercare e dell'insegnare, al Siddharta che è in noi<sup>15</sup>.

Queste riflessioni, in apparenza di portata solo teorica, si riflettono sul terreno dei modelli e degli strumenti formativi. Un esempio: un manuale (così come un corso di lezioni) dovrebbe sempre esplicitare gli orientamenti culturali dell'autore che, più frequentemente di quanto si sia disposti a riconoscere, lo condizionano nella propria attività scientifica; ogni volta si affronti un tema controverso l'esposizione delle altrui posizioni è non solo dovuta per onestà intellettuale, ma funzionale alla formazione del futuro giurista od operatore del diritto: segnala se si è pensato lo strumento didattico in funzione di uno studio critico o, viceversa, se si relega il discente in un ruolo passivo, sovente sottoposto al respingente obbligo di introiettare un esorbitante numero di nozioni.

La svalutazione da un punto di vista accademico degli strumenti scientifici finalizzati alla formazione è testimonianza della inconsapevolezza della stretta relazione tra il tema/problema pratico della formazione e l'idea stessa di diritto. Eppure, non è stato sempre così: nell'Ottocento le pubblicazioni ai fini didattici erano occasione di un dibattito spesso dai toni accesi tra scuole dalle diverse visioni<sup>16</sup>.

Il radicale ripensamento dei modelli di formazione giuridica è necessitato dalla specificità degli ordinamenti giuridici contemporanei: multilivello, normativamente inflazionati, sempre più alle prese con la volatilità ed incertezza delle dinamiche sociali, con le sfide di società multiculturali e la pervasiva invadenza tecnologica.

Occorre insegnare a navigare nell'oceano delle norme, fornire al giurista in formazione lo strumentario per orientarsi ed approdare alle soluzioni che gli sono richieste<sup>17</sup>.

A suo tempo si è sintetizzato tutto questo con il sintagma «Scienza della formazione giuridica»<sup>18</sup>, intesa come la sede di una sistematica, permanente riflessione sulla formazione di chi è chiamato a far funzionare un ordinamento giuridico. Un vero e proprio "osservatorio"<sup>19</sup> delle "metamorfosi" della società e, di conseguenza, dell'ordinamento giuridico che comporta una costante rimediazione sul metodo giuridico<sup>20</sup>.

Si tratta di promuovere una riflessione capace di produrre sperimentazioni e modelli di formazione che consentano di dare risposte all'*evolversi delle esigenze ordinamentali*.

Anche nella elaborazione di sperimentazioni, modelli di formazione, modalità di reclutamento e sistemi di valutazione occorre tener conto delle diverse plurali visioni della concezione del diritto e del ruolo del giurista e di quanto tutto questo abbia conseguenze nel funzionamento dell'ordinamento giuridico. Niente di più lontano della visione dell'attività didattica come la Cenerentola dell'Università e della separazione tra riflessione scientifica e attività formativa.

### 3. *Giuristi ed operatori del diritto. Unitarietà della scienza giuridica e pluralità dei percorsi formativi*

Da un punto di vista scientifico giuristi del livello di Giorgio La Pira avevano piena consapevolezza della distinzione tra "giuristi" (scienziati) e "tecnici" del diritto. Ma, nondimeno, anche a tale livello

<sup>15</sup> HESSE 1922.

<sup>16</sup> TREGGIARI 2000.

<sup>17</sup> ROSELLI 2005a, 23.

<sup>18</sup> ROSELLI 2010.

<sup>19</sup> La «Collana per l'Osservatorio della formazione giuridica» edita dalla ESI ha ormai all'attivo 17 volumi.

<sup>20</sup> ROSELLI 2005b.

di consapevolezza l'insegnamento nelle Facoltà di Giurisprudenza era pensato per la formazione delle sole professioni legali, a lungo rivolto a studenti provenienti dai soli licei classici<sup>21</sup>.

L'Università, non solo italiana, è giunta impreparata alla trasformazione in Università di massa ed alla liberalizzazione degli accessi.

Non fanno eccezione gli studi giuridici, tanto più che debbono fare i conti con profondissime trasformazioni del contesto sociale e con una sostanzialmente quasi inesistente autonomia didattica (limite gravissimo che non è certo stato superato).

Non è questa la sede per una ricostruzione analitica delle riforme che hanno portato negli ultimi decenni l'insegnamento del diritto, delle allora Facoltà di Giurisprudenza, dal modello unico della formazione delle classiche professioni legali, alla creazione di nuovi plurali percorsi formativi funzionali alle variegate professionalità indispensabili nelle società postmoderne. Qui vogliamo sottolineare che, sia pure si sia ormai passati da un percorso formativo monodimensionale a corsi di laurea differenziati, incompiuta è la loro progettualità quanto a contenuti, strumentario e metodologie. In genere, ad esempio, non vi è differenza nello stesso insegnamento in corsi di laurea diversi e rari sono i manuali pensati sulle diverse esigenze.

Il mutare delle necessità ordinamentali richiede inoltre una formazione giuridica articolata su diversi piani (dei corsi di laurea di primo e secondo livello, di post-laurea, di specializzazione).

Percorsi costruiti sulle diverse esigenze di professionalità di ordinamenti giuridici variegatissimi che richiedono formazione ed aggiornamento permanente.

È la stessa complessità e bulimia normativa che necessita di ripensare contenuti e modalità degli insegnamenti non più costruiti nella rincorsa del dato normativo, ma su quelle conoscenze (anche tecniche e quando necessario selettivamente puntuali) che servono al giurista (o tecnico del diritto) in formazione per potersi muovere in autonomia al livello richiesto.

Tutto questo si riflette (è necessario che si rifletta) nel rapporto tra formazione di base/di approfondimento/permanente.

La dimensione degli insegnamenti giuridici è destinata a subire sempre più l'evolversi delle professioni e delle attività lavorative. In alcuni ambiti, dove tradizionalmente la componente giuridica della formazione professionale è centrale, subisce già un ridimensionamento: ad esempio nell'ambito degli operatori delle pubbliche amministrazioni a favore di discipline ritenute più funzionali ad una formazione di tipo manageriale<sup>22</sup>.

Senza considerare che nei corsi di laurea multidisciplinari, come quelli in scienze politiche ed in scienze economiche, lo studio del diritto tende a perdere rilevanza<sup>23</sup>, sia perché di competenza in tali sedi di una componente accademica minoritaria, sia perché diffusa tra i non giuristi è una concezione formalistica del diritto<sup>24</sup>, il cui studio è considerato erroneamente<sup>25</sup> poco funzionale al mondo delle attività economiche e sociali. Tradizionalmente poi un giurista aspira in genere ad insegnare in Facoltà (Scuole) di Giurisprudenza, senza considerare che la multidisciplinarietà e l'essere a contatto con studiosi di altre scienze sociali (e non solo) amplia l'orizzonte della conoscenza dei plurali fattori di costruzione e condizionamento degli ordinamenti giuridici.

Ma non c'è dubbio che questo comporti dover pensare il proprio insegnamento in funzione del tipo di professionalità che si deve contribuire a formare, senza cedere ad eclettismi, ma senza timore di aprirsi a nuovi contenuti e interazioni<sup>26</sup>. Appare ancora una volta evidente come la ri-

<sup>21</sup> Significativa la riproposizione, in «Dispense ad uso studenti» dei primi anni '70, LA PIRA 1972, di una raccolta di saggi del 1934 e tre del 1935, di cui almeno l'ultimo presupponeva un'ottima conoscenza del greco antico, studio ormai estraneo alla gran parte degli studenti di una Università di massa dagli accessi liberalizzati.

<sup>22</sup> CONTE 2003; COLARULLO 2007a; COLARULLO 2007b.

<sup>23</sup> Fenomeno ormai di lunga data, si v., ad esempio, PIETROLATA et al. 2006; DEGRASSI, ROSELLI 2007.

<sup>24</sup> Di grande interesse, anche teorico, è il porsi in osservazione del fenomeno giuridico a partire dalla percezione che ne hanno i non giuristi: si v. ZANICHELLI 2020.

<sup>25</sup> MORBIDELLI et al. 2007.

<sup>26</sup> CERULLI IRELLI, ROSELLI 2006.

flessione sulla formazione giuridica sia, in primo luogo, *riflessione sul metodo e sulle linee evolutive della dimensione giuridica*.

#### 4. *Il coraggio di rimettere in discussione, quando necessario, gli 'asfittici recinti'<sup>27</sup> disciplinari: il recupero della consapevolezza della loro storicità. Quale realistica strategia mettere in campo per il loro ripensamento*

Varie, non da ora ed in molti Paesi, sono le riflessioni e le riforme sui modelli di formazione giuridica. Le esperienze più significative sono quelle che più sono state pensate in sintonia con le esigenze dei rispettivi ordinamenti giuridici. Occorre intensificarne lo studio così come occorre potenziare una visione del diritto oltre gli orizzonti nazionali. Questo significa che lo studio del diritto comparato, oltre che attraverso insegnamenti mirati deve essere, ancora più di quanto avvenga oggi, strutturalmente parte di molteplici altre discipline<sup>28</sup>. Nondimeno, si tratta di riforme parziali, spesso frenate da resistenze e vischiosità accademiche<sup>29</sup>, inadeguate alle sfide ordinamentali che dobbiamo affrontare. Nonostante indubbe innovazioni (come l'introduzione dei crediti formativi e percorsi di laurea differenziati) si ha difficoltà a ripensare dalle fondamenta sistemi di formazione costruiti su esigenze storiche del passato.

Sembra persa la memoria culturale della storicità degli ambiti disciplinari: in questo giocano sia pigrizie intellettuali sia opportunismi accademici, la diffidenza a rimettere in discussione rendite di posizione.

Per superare tali limiti, occorre porre in essere strategie scientifiche riformatrici.

La prima, quella di un recupero di consapevolezza: che la perimetrazione degli ambiti disciplinari ha ragioni storiche, prima ancora che epistemologiche e che il loro diverso rilievo è conseguenza della natura e peculiarità degli ordinamenti giuridici a cui si riferiscono. È stato così per il ruolo avuto nel passato dal diritto romano e dal diritto canonico, progressivamente scemando con l'imporre dei diritti nazionali per la nascita degli Stati moderni. Così come le radici del diritto amministrativo<sup>30</sup> affondano nella giurisprudenza per l'emergere delle rivendicazioni dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione nella faticosa nascita dello Stato di diritto; o che la ardua elaborazione di un autonomo diritto del lavoro<sup>31</sup> è stata originata dalle conseguenze del processo di industrializzazione (così come ora il diritto del lavoro ed il suo insegnamento debbono ripensarsi come conseguenza delle nuove dinamiche economiche e del mutare stesso dei lavori<sup>32</sup>).

Le trasformazioni della dimensione giuridica contemporanea sono così profonde da indurre a ripensare perfino la classica ripartizione tra diritto pubblico e diritto privato<sup>33</sup>, tra diritto consuetudinario e diritto positivo, quantomeno da superare la logica dicotomica che ha a lungo caratterizzato la cultura giuridica<sup>34</sup>.

Se ciò che definiamo "diritto" è, come lo è, un fenomeno plurale, non solo circoscrivibile alla statualità, comporta doverlo insegnare *oltre* tale dimensione, con particolare attenzione ai diffe-

<sup>27</sup> GROSSI 1995, *passim*.

<sup>28</sup> Con tutte le accortezze scientifiche che comporta lo studio del diritto comparato. Tra gli altri, CERRINA FERONI 2005; VARANO 2005. Sullo studio dei modelli stranieri di formazione giuridica si v. almeno: SCARCIGLIA, PADOVINI 2003; BARSOTTI 2005; CAPONI 2005; LAITINEN, AHONEN 2007; OLGATI 2007a; ROSELLI 2007; TREGGIARI 2007

<sup>29</sup> VOGLIOTTI 2020, *passim*.

<sup>30</sup> MANNORI, SORDI 2001.

<sup>31</sup> GROSSI 2000, *passim*.

<sup>32</sup> Sull'attenzione dei giuslavoristi ai temi dell'insegnamento della loro disciplina, si v. per tutti, DEL PUNTA 2005; NOGLER 2007; DEL PUNTA 2007; SCARPELLI 2007; PIRELLI 2007; BALANDI 2016; BARBERA 2016; SCARPELLI 2016; TULLINI 2016; BELLAVISTA 2016; DE SIMONE 2016.

<sup>33</sup> SORDI 2020.

<sup>34</sup> BOBBIO 2007a; BOBBIO 2007b,

renti processi di strutturazione, alle differenti modalità di produzione, ai differenti ruoli degli operatori del diritto ed all'acquisizione delle specifiche necessarie professionalità. Si pensi, in tal senso, all'immenso variegato ambito del diritto transnazionale ed al sempre più complesso ed articolato rapporto tra norme tecniche e norme giuridiche, in cui si allarga sempre più una zona grigia di non facile (possibile) distinzione.

La seconda strategia riformatrice muove dalla ricordata difficoltà di superare (contenere) le logiche accademiche e le rendite di posizione, dalla difficoltà di fare accettare la valorizzazione di discipline nuove e di recuperare materie che avendo conosciuto una passata atrofizzazione (e quindi ormai debolissime in ambito accademico) stentano a trovare una loro centralità nonostante i sottostanti problemi siano di giorno in giorno socialmente sempre più rilevanti (si pensi alle discipline legate alla trasformazione delle società in multireligiose<sup>35</sup> e multiculturali<sup>36</sup>). Un ripensamento degli ambiti e dei contenuti disciplinari inoltre non può che operarsi gradatamente, anche per salvaguardare il permanere di ancor valide esigenze scientifiche e didattiche.

La strada da percorrere è quindi quella di un insegnamento che valorizzi l'interdisciplinarietà e la multidisciplinarietà in quanto metodologie particolarmente funzionali a relazionarsi con le trasformazioni sociali. Un metodo che supera il "recinto" disciplinare ricercando non contrapposizioni ma sinergie tra gli insegnamenti.

Tanto più un progetto riformatore è in sintonia con la necessità di dare risposte alle (nuove) esigenze ordinamentali tanto più avrà possibilità di essere realizzato superando la tendenza ad adagiarsi in un comodo *status quo*.

Così, a fronte delle plurali internazionalizzazioni e globalizzazioni (fenomeni che è corretto coniugare al plurale perché non attengono alle sole dinamiche economiche) anche molti degli insegnamenti più tradizionali, in genere nazionalocentrici, devono ripensarsi<sup>37</sup>.

Ancora: l'Unione europea rappresenta non solo un processo di integrazione economica e un (ancor debole e fragile) processo di integrazione politica, ma un originale, imponente, complessissimo processo di armonizzazione ed integrazione giuridica. Ne derivano conseguenze sul terreno sia del pensiero giuridico<sup>38</sup> che della formazione giuridica. Il diritto dell'Unione europea assume un tale crescente rilievo per i Paesi membri che il suo insegnamento diventa sempre più centrale, non solo in quanto disciplina autonoma, ma nell'ambito di altri insegnamenti.

Da qui la trattazione degli elementi del diritto comunitario sin dalla parte iniziale di manuali di altre discipline<sup>39</sup> e la necessità di adeguare metodologie e strumentario<sup>40</sup>.

Claude Bonichot, nel suo *Rapport de synthèse sur les propositions à la Commission des communautés européennes formulées dans le cadre du colloque de Metz, sur "La formation juridique dans l'Europe de demain"* del 1994<sup>41</sup>, ha dedotto conseguenze sul terreno della formazione giuridica proprio dalle necessità derivanti dal processo di integrazione europea.

Il giurista francese dopo essersi interrogato sulle "convergenze o divergenze" tra gli ordinamenti giuridici europei, sottolinea «che c'è un 'fondo comune' della scienza giuridica che

<sup>35</sup> Lo studio del rapporto tra ordinamento giuridico e confessioni religiose si è andato rivitalizzando, dopo che negli anni settanta/ottanta del Novecento si era andato atrofizzando, e va ormai rinnovando, rispetto al tradizionale «Diritto ecclesiastico», ed ampliando i propri orizzonti sulle esigenze che derivano dal mutamento nella composizione sociale, sia dal punto di vista scientifico che didattico (si pensi ai corsi di «Diritto delle religioni». Tra gli studiosi che si sono posti il problema si v. ONIDA 2000).

<sup>36</sup> Tra gli studi più recenti si v., tra gli altri, CERRINA FERONI, FEDERICO 2018.

<sup>37</sup> FERRARESE 2005.

<sup>38</sup> ROSELLI 2018.

<sup>39</sup> Tra gli altri, BARILE et al. 2018, titola il terzo capitolo, *Cenni sull'unione europea*, 75-103 e CARETTI, DE SIERVO 2020, titola il quinto capitolo *L'Italia e l'Unione europea*, 93-111.

<sup>40</sup> Anche su sollecitazione comunitaria, si pensi al Convegno di Metz del 28 e 29 ottobre 1994: ROSELLI 1996.

<sup>41</sup> Si tratta del dattiloscritto predisposto in occasione del ricordato Convegno di Metz di cui alla nota precedente: BONICHOT 1994.

l'evoluzione contemporanea del diritto in generale, delle tecniche e dei bisogni del mercato tendono a rafforzare» e parla della necessità di un «sistema europeo degli studi giuridici» indicando azioni concrete<sup>42</sup>.

In questi 25 anni dal Convegno di Metz passi significativi in tal senso sono stati fatti<sup>43</sup>, si pensi alla mobilità di studenti e professori e ai corsi di laurea promossi da Università di differenti Paesi membri<sup>44</sup>, ma si tratta di un percorso di rinnovamento in ritardo rispetto a esigenze che necessitano di una rafforzata comune identità del giurista europeo<sup>45</sup>.

#### 4.1. Azioni per promuovere studi e sperimentazioni sulla formazione giuridica

Come sopra illustrato, progetti di riforma della formazione giuridica possono trovare consenso ed impulso tanto più sapranno cogliere le esigenze ordinamentali che le dinamiche sociali portano ad emersione. I progetti di riforma e sperimentazione devono palesare le analisi e riflessioni di carattere teorico e pratico che le sottendono ed articolarsi secondo i differenti obiettivi formativi; in relazione alle diverse discipline ed obiettivi occorre valorizzare un insegnamento polivalente che includa il profilo storico<sup>46</sup> e comparatistico; tenere conto della sempre maggiore rilevanza del diritto dell'Unione europea e dei processi di internazionalizzazione e globalizzazione; valorizzare le conoscenze linguistiche. Più in generale, per le ragioni sopra ricordate, occorre valorizzare l'approccio interdisciplinare e multidisciplinare realizzando un'integrazione sinergica tra insegnamenti e favorendo sensibilità ed aperture culturali tali da rendere affascinante<sup>47</sup>, e non respingente, lo studio del diritto. Per quanto riguarda le rivoluzioni tecnologiche in corso queste comportano una duplice sfida alla scienza giuridica: sul terreno ordinamentale e su quello delle opportunità didattiche<sup>48</sup>.

Per superare ostacoli e resistenze possono essere utili, tra le altre, tre azioni concrete.

La prima: che alle pubblicazioni in ambito didattico siano riconosciute, ad ogni livello di valutazione compresi quelli concorsuali, pari dignità scientifica rispetto alle altre tipologie di pub-

<sup>42</sup> Bonichot evidenzia come la «cesura» tra tradizionali e nuove professioni giuridiche richieda specifiche modalità formative; sottolinea la necessità di creare un «sistema europeo degli studi giuridici» con una maggiore collaborazione tra Università e professioni; mobilità di studenti e docenti; «la costituzione di commissioni d'esami e di tesi composte da professori dei differenti Stati»; «*stages* pratici presso dei professionisti degli Stati membri»; «una politica europea delle pubblicazioni...su dei soggetti comuni, come il diritto comunitario, o delle traduzioni nelle differenti lingue dei manuali di base»; «la formazione dei formatori».

Il giurista francese parla della necessità di promuovere «un osservatorio del mondo giuridico o degli studi del diritto»; favorire dei «forums della formazione giuridica» e la creazione di una «associazione europea delle facoltà di diritto». I virgolettati a suo tempo tradotti sono ripresi da ROSELLI 2000, par.10.

<sup>43</sup> Si v., per tutti, ADINOLFI 2005; ADINOLFI 2007; DORDI 2007. La dimensione europea si riflette su ruolo e formazione delle professioni: si v., tra gli altri, OLGATI 2007b; MASTROIANNI, FERRARO 2007.

<sup>44</sup> Ci piace qui ricordare l'esperienza dei corsi di laurea italo-francese; italo-spagnolo; italo-tedesco dell'Università di Firenze in compartecipazione con Università straniere.

<sup>45</sup> Incontrando questo il favore di una comune tradizione: GROSSI 2007.

<sup>46</sup> Tale da cogliere l'evoluzione di istituti, categorie, principi giuridici («il punto») nell'evolversi storico («la linea»: GROSSI 1996. Si v., tra gli altri, COSTA 2007; SORDI 2017.

<sup>47</sup> Si pensi, a tal fine, il contributo che può venire dall'utilizzare l'apporto delle *humanities* nel cogliere il contributo che letteratura, cinema, musica, arti figurative possono offrire per far comprendere la dimensione giuridica. Preziosissima è la consultazione del sito dell'ISLL, «Italian Society for Law and Literature»: [www.lawandliterature.org](http://www.lawandliterature.org); sia consentito richiamare ROSELLI 2020a; ROSELLI 2020b. Si tratta di profili che inducono alla riflessione sugli stessi controversi fondamentali temi della natura del fenomeno giuridico: tra i tanti, si v. il recente contributo del filosofo del diritto GIABARDO 2021.

<sup>48</sup> Per tale ultimo profilo, si v., tra i tanti: BROGI 2000; NANNUCCI 2002, con interessante bibl. 555-603; NANNUCCI 2005; TADDEI ELMI 2005; BROGI 2006; GIULI et al. 2007; LETTIERI 2007; PALAZZOLO 2007; TADDEI ELMI 2007; PALAZZOLO 2008. Tra le pubblicazioni periodiche si ricorda, tra le altre, la rivista del CNR ITTIG, «Informatica e diritto», edita dal 1975 e trasformata in rivista online ad accesso libero dal 2019 con il nome di «Rivista italiana di informatica e diritto».

blicazioni. Vi sono, ad esempio, manuali che, quanto a maturità scientifica, capacità di corrispondere alle esigenze formative, impegno intellettuale e temporale possono ben essere valutati alla stregua di una qualitativamente equivalente monografia<sup>49</sup>. Ne risulterebbe un fiorire di strumenti didattici differenziati in funzione dei diversi percorsi formativi.

La seconda: che si recuperi un'effettiva autonomia didattica per le articolazioni universitarie, anche attraverso *apposite previsioni normative di deroga dal modello previsto dall'ordinamento didattico nazionale*. Potremmo avere un notevole impulso (anche attraverso forme di finanziamento) sul terreno delle sperimentazioni sistemiche.

La terza: che si elaborino criteri di valutazione dei modelli didattici in relazione ai risultati ottenuti.

Criteri di valutazione che dovrebbero superare la tradizionale “quantofrenia”<sup>50</sup> per muovere nella ricerca di parametri di *qualità* dell'attività formativa<sup>51</sup>.

La riforma dei modelli di formazione giuridica può ben essere ascritta tra le grandi riforme di modernizzazione di cui necessita il nostro Paese.

<sup>49</sup> Si pensi al classico rinomato manuale di MORTATI 1949, più volte ampliato e ristampato su cui si sono formate generazioni di studenti e che ha rappresentato, su molti temi, un punto di riferimento per la dottrina giuridica. Ovviamente dovranno essere predisposti meditati criteri di valutazione.

<sup>50</sup> RAVERAIRA 2000.

<sup>51</sup> CERULLI IRELLI, ROSELLI 2017.

### Riferimenti bibliografici

- ADINOLFI A. 2005. *Le conseguenze dell'integrazione comunitaria sulla formazione del giurista*, in CERULLI IRELLI V., ROSELLI O. (eds.), *La riforma degli studi giuridici*, ESI, 107 ss.
- ADINOLFI A. 2007. *La politica dell'Unione europea in materia di istruzione: obiettivi, competenze, strumenti d'azione*, in ROSELLI O. (ed.), *Osservatorio sulla formazione giuridica 2006*, ESI, 89 ss.
- BALANDI G.G. 2016. *Studiosi, studenti, risorse. L'insegnamento e la ricerca in diritto del lavoro*, in «Lavoro e diritto», 4, 2016, 1013 ss.
- BARBERA M. 2016. *Insegnare il diritto del lavoro. Cosa si insegna e come si insegna, cosa si impara e come si impara*, in «Lavoro e Diritto», 4, 2016, 1041 ss.
- BARILE P., CHELI E., GRASSI S. 2018. *Istituzioni di diritto pubblico*, Wolters Kluwer (sedicesima ed.)
- BARSOTTI V. 2005. *La law school e la formazione del giurista nel sistema americano*, in CERULLI IRELLI V., ROSELLI O. (eds.), *La riforma degli studi giuridici*, ESI, 339 ss.
- BECK U. 2016. *La metamorfosi del mondo*, Laterza.
- BELLAVISTA A. 2016. *Insegnamento e ricerca tra libertà e autorità*, in «Lavoro e Diritto», 4, 2016, 1071 ss.
- BOBBIO N. 2007a. *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, in BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, 101 ss. (anche in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XLVII, 1970, 187 ss., e in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, 1971, vol. IV, 615 ss.).
- BOBBIO N. 2007b. *La grande dicotomia*, in BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, 122 ss. (anche in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Cedam, 1974, 2187 ss.).
- BONICHOT C. 1994. *Rapport de synthèse sur les propositions à la Commission des communautés européennes formulées dans le cadre du colloque de Metz, sur "La formation juridique dans l'Europe de demain"* (dattiloscritto).
- BROGI E. 2000. *Gli strumenti non libreschi della didattica del diritto*, in CERULLI IRELLI V., ROSELLI O. (eds.), *Per una riflessione sulla didattica del diritto (con particolare riferimento al diritto pubblico)*, FrancoAngeli, 245 ss.
- BROGI E. 2006. *L'insegnamento del diritto per gli operatori della comunicazione nella società delle multimedialità*, in CERULLI IRELLI V., ROSELLI O. (eds.), *Unitarietà della scienza giuridica e pluralità dei percorsi formativi*, ESI, 143 ss.
- CAPONI R. 2005. *La formazione del giurista in Germania*, in CERULLI IRELLI V., ROSELLI O. (eds.), *La riforma degli studi giuridici*, ESI, 330 ss.
- CAPPELLINI P. 2009. *I segni dei tempi*, in GROSSI P., *Trent'anni di pagine introduttive*, Giuffrè.
- CARETTI P., DE SIERVO U. 2020. *Diritto costituzionale e pubblico*, Giappichelli (quarta ed.).
- CERRINA FERONI G. 2005. *Il ruolo del diritto comparato nella formazione giuridica di Scienze Politiche: problemi e prospettive*, in CERULLI IRELLI V., ROSELLI O. (eds.), *La riforma degli studi giuridici*, ESI, 174 ss.
- CERRINA FERONI G., FEDERICO V. (eds.) 2018. *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, ESI.
- CERULLI IRELLI V., ROSELLI O. (eds.) 2006. *Unitarietà della scienza giuridica e pluralità dei percorsi formativi*, ESI.

- CERULLI IRELLI V., ROSELLI O. 2017. *Documentazione*, in CERULLI IRELLI V., ROSELLI O. (eds.), *La verifica in itinere della formazione. Il progetto di un test delle competenze disciplinari (TECOD) in ambito giuridico*, ESI, 177 ss.
- COLARULLO E. (ed.) 2007a. *La formazione giuridica dei funzionari pubblici. In particolare quelli delle Regioni e degli enti locali: l'apporto delle Università*, ESI.
- COLARULLO E. 2007b. *Le trasformazioni dell'amministrazione e la formazione del giurista*, in POGGI A., ROSELLI O. (eds.), *Trasformazioni sociali e trasformazioni giuridiche*, ESI, 93 ss.
- CONTE E. 2003. *La pubblica amministrazione e il passaggio dalla concezione giuridico-burocratica a quella aziendalistica. Il caso degli enti locali*, in SCARCIGLIA R., PADOVINI F. (eds.) 2003. *Diritto e Università. Comparazione e formazione del giurista nella prospettiva europea*, CEDAM, 173 ss.
- COSTA P. 2007. *A che cosa serve la storia del diritto? Un sommesso elogio dell'inutilità*, in ROSELLI O. (ed.), *La dimensione sociale del fenomeno giuridico. Storia, Lavoro, Economia, Mobilità e Formazione*, ESI, 23 ss.
- DE SIMONE G. 2016. *Didattica Cenerentola?*, in «Lavoro e Diritto», 4, 2016, 1081 ss.
- DEGRASSI L., ROSELLI O. (eds.) 2007. *Materiali sullo stato della riforma degli studi giuridici nelle Facoltà di Economia con particolare riferimento alla formazione giuridica*, ESI.
- DEL PUNTA R. 2005. *La formazione del giurista nell'epoca del mercato del lavoro della società globale*, in CERULLI IRELLI V., ROSELLI O. (eds.), *La riforma degli studi giuridici*, ESI, 143 ss.
- DEL PUNTA R. 2007. *Diritto e formazione giuridica: due sfide parallele*, in ROSELLI O. (ed.), *La dimensione sociale del fenomeno giuridico. Storia, Lavoro, Economia, Mobilità e Formazione*, ESI, 149 ss.
- DORDI C. 2007. *L'insegnamento del diritto dell'«Unione europea»*, in DEGRASSI L., ROSELLI O. (eds.), *Materiali sullo stato della riforma degli studi giuridici nelle Facoltà di Economia con particolare riferimento alla formazione giuridica*, ESI, 141 ss.
- FERRARESE M.R. 2002. *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, il Mulino.
- FERRARESE M.R. 2005. *La formazione di base del giurista nell'epoca della globalizzazione*, in CERULLI IRELLI V., ROSELLI O. (eds.), *La riforma degli studi giuridici*, ESI, 64 ss.
- GALGANO F. 2005. *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino.
- GIABARDO C.V. 2021. *Arte e diritto. Il diritto nell'arte e il diritto come arte*, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/news/131-main/filosofia-del-diritto/1621-arte-e-diritto-il-diritto-nell-arte-e-il-diritto-come-arte>.
- GIULI D., LETTIERI N., PALAZZOLO N., ROSELLI O. (eds.) 2007. *Simulazioni interattive per la formazione giuridica. Didattica del diritto, tecnologie dell'informazione, nuovi modelli di apprendimento*, ESI.
- GROSSI P. 1995. *Pagina introduttiva*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 24, 179 ss. (anche in GROSSI P. 2009. *Trent'anni di pagine introduttive. Quaderni fiorentini 1972-2001*, Giuffrè, 179 ss.).
- GROSSI P. 1996. *Il punto e la linea (L'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in REBUFFA G., VISINTINI G. (eds.), *L'insegnamento del diritto oggi*, (Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza di Genova, 4-6 maggio 1995), Giuffrè, 255 ss. (anche in GROSSI P. 2006. *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, 3 ss.).
- GROSSI P. 2000. *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè.
- GROSSI P. 2007. *L'Europa del diritto*, Laterza.
- GROSSI P. 2012. *La vita nel diritto*, Editoriale Scientifica.
- GROSSI 2017. *L'invenzione del diritto*, Laterza.

- GROSSI P. 2018. *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, il Mulino.
- HART H.L.A. 1994. *The Concept of Law*, Clarendon Press (seconda ed.; trad. it.: 2002. *Il concetto di diritto*, Einaudi).
- HESSE H. 1922. *Siddharta* (numerose successive edizioni italiane rispetto all'originale in tedesco).
- LA PIRA G. 1972. *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana*, S.E.T.I.
- LAITINEN A., AHONEN T. 2007. *Finland*, in ROSELLI O. (ed.), *Osservatorio sulla formazione giuridica 2006*, ESI, 227 ss.
- LETTIERI N. 2007. *Il diritto nella società dell'informazione. Formazione giuridica e cultura della simulazione interattiva*, in ROSELLI O. (ed.), *La dimensione sociale del fenomeno giuridico. Storia, Lavoro, Economia, Mobilità e Formazione*, ESI, 83 ss.
- MANNORI L., SORDI B. 2001. *Storia del diritto amministrativo*, Laterza.
- MASTROIANNI R., FERRARO F. 2007. *La circolazione degli avvocati nell'Unione europea: il diritto di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi*, in ROSELLI O. (ed.), *Osservatorio sulla formazione giuridica 2006*, ESI, 115 ss.
- MORBIDELLI G., LOTITO P.F., ROSELLI O. (eds.) 2007, *Avvocati d'affari e giuristi d'impresa. Formazione ed aggiornamento*, ESI.
- MORTATI C. 1949. *Istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM (più volte ampliato e ristampato).
- NANNUCCI R. (ed.) 2002. *Lineamenti di informatica giuridica. Teoria, metodi, applicazioni*, ESI.
- NANNUCCI R. 2005. *La formazione giuridica nella società multimediale*, in CERULLI IRELLI V., ROSELLI O. (eds.), *La riforma degli studi giuridici*, ESI, 121 ss.
- NOGLER L. 2007. *Insegnare la dimensione sociale del diritto del lavoro: spunti storici*, in ROSELLI O. (ed.), *La dimensione sociale del fenomeno giuridico. Storia, Lavoro, Economia, Mobilità e Formazione*, ESI, 131 ss.
- OLGIATI V. (ed.) 2007a. *Higher Legal Culture and Postgraduate Legal Education in Europe*, ESI.
- OLGIATI V. 2007b. *Le trasformazioni costituzionali del professionalismo giuridico europeo*, in ROSELLI O. (ed.), *Osservatorio sulla formazione giuridica 2006*, ESI, 61 ss.
- ONIDA F. 2000. *La società multireligiosa e le conseguenze nella formazione del giurista*, in CERULLI IRELLI V., ROSELLI O. (eds.), *La riforma degli studi giuridici*, ESI, 136 ss.
- PALAZZOLO N. (eds.) 2007. *L'informatica giuridica oggi*, Atti del Convegno ANDIG (Roma 1° dicembre 2005), ESI.
- PALAZZOLO N. 2008. *Il giurista informatico. Nuovi profili di un'esperienza scientifico-organizzativa (2002-2008)*, C.U.E.C.M.
- PIETROLATA L., PROCACCINI M.M., ROSELLI O. (eds.) 2006, *Materiali sullo stato della riforma degli studi nelle Facoltà di Scienze Politiche*, ESI.
- PIRELLI F. 2007. *Trasformazioni sociali e problemi della formazione per le professioni giuslavoriste*, in ROSELLI O. (ed.), *La dimensione sociale del fenomeno giuridico. Storia, Lavoro, Economia, Mobilità e Formazione*, ESI, 171 ss.
- RAVERAIRA 2000. *Il problema della valutazione della didattica universitaria*, in CERULLI IRELLI V., ROSELLI O. (eds.), *Per una riflessione sulla didattica del diritto (con particolare riferimento al diritto pubblico)*, FrancoAngeli, 363 ss.
- ROMANO G. 1909. *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Tipografia Vannucchi.
- ROSELLI O. 1996. "La formation juridique dans l'Europe de demain". *Tagung der juristischen Fakultät Metz in Zusammenarbeit mit der EG-Kommission am 28/29. Oktober 1994*, in «Zeitschrift für Europäisches Privatrecht», 2, 1996, 355 ss. (Per la versione italiana: ROSELLI O. 2000. *Nota infor-*

- mativa sul Convegno di Metz, La formazione giuridica nell'Europa di domani*, in CERULLI IRELLI V., ROSELLI O. (eds.), 2000. *Per una riflessione sulla didattica del diritto (con particolare riferimento al diritto pubblico)*, FrancoAngeli, 455 ss.).
- ROSELLI O. 2000. *La formazione giuridica in Europa: problemi della didattica in dodici Paesi della Comunità*, in CERULLI IRELLI V., ROSELLI O. (eds.), *Per una riflessione sulla didattica del diritto (con particolare riferimento al diritto pubblico)*, Franco Angeli, 441 ss.
- ROSELLI O. 2005a. *Presentazione del progetto di creazione di un Osservatorio e di un Annuario sulla formazione giuridica*, in CERULLI IRELLI V., ROSELLI O. (eds.), *La riforma degli studi giuridici*, ESI, 19 ss. e, con il titolo *La riforma degli studi giuridici*, in ROSELLI O., *Scritti per una scienza della formazione giuridica*, ESI, 13 ss., in CERULLI IRELLI V., ROSELLI O. (eds.), *La riforma degli studi giuridici*, ESI.
- ROSELLI O. 2005b. *La didattica del diritto: un'occasione di riflessione sul metodo giuridico*, in PIETROLATA L, PROCACCINI M.M., ROSELLI O. (eds.), *Materiali sullo stato della riforma degli studi giuridici nelle Facoltà di Giurisprudenza*, ESI, 147 ss.
- ROSELLI O. 2007. *Una prima ricognizione della letteratura in lingua spagnola sulla formazione giuridica*, in ROSELLI O. (ed.), *Osservatorio sulla formazione giuridica 2006*, ESI, 197 ss.
- ROSELLI O. 2010. *Scienza, scienza giuridica, scienza della formazione giuridica*, in «Rassegna di diritto pubblico europeo», 2, 2010, 173 ss. (anche in ROSELLI O. 2011. *Riflessioni sulle trasformazioni della dimensione giuridica*, ESI, 97 ss. e in ROSELLI O. 2012. *Scritti per una scienza della formazione giuridica*, ESI, 215 ss.).
- ROSELLI O. (ed.) 2018. *Cultura giuridica e letteratura nella costruzione dell'Europa*, Editoriale Scientifica.
- ROSELLI O. 2019. *Il ruolo di cultura e formazione giuridica nella strutturazione del diritto postmoderno. A proposito di una recente raccolta*, in «Sociologia del diritto», 3, 2019, 183 ss.
- ROSELLI O. (ed.) 2020a. *Cinema e diritto. La comprensione della dimensione giuridica attraverso la cinematografia*, Giappichelli.
- ROSELLI O. (ed.) 2020b. *Le arti e la dimensione giuridica*, il Mulino.
- SCARCIGLIA R., PADOVINI F. (eds.) 2003. *Diritto e Università. Comparazione e formazione del giurista nella prospettiva europea*, CEDAM.
- SCARPELLI F. 2007. *La formazione del giurista del lavoro tra paternalismo delle tutele, autonomia delle parti sociali, politica del diritto*, in ROSELLI O. (ed.), *La dimensione sociale del fenomeno giuridico. Storia, Lavoro, Economia, Mobilità e Formazione*, ESI, 159 ss.
- SCARPELLI F. 2016. *La formazione del giuslavorista (e del formatore giuslavorista) di fronte alla complessità della materia*, in «Lavoro e Diritto», 4, 2016, 1055 ss.
- SIMONCINI A., 2008. *Che cos'è il diritto? Una domanda "persistente"*, in VENTORINO F., BARCELONA P., SIMONCINI A., *La lotta tra diritto e giustizia*, Marietti, 147 ss.
- SORDI B. 2017. *Storicità e relatività dei settori disciplinari nell'insegnamento del diritto*, in CERULLI IRELLI V., ROSELLI O. (eds.), *La verifica in itinere della formazione. Il progetto di un test delle competenze disciplinari (TECOD) in ambito giuridico*, ESI, 49 ss.
- SORDI B. 2020. *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, il Mulino.
- TADDEI ELMI G. 2005. *L'informatica giuridica e il diritto dell'informatica nella formazione di base del giurista*, in CERULLI IRELLI V., ROSELLI O. (eds.), *La riforma degli studi giuridici*, ESI, 278 ss.
- TADDEI ELMI G. 2007. *Informatica giuridica e diritto dell'informatica. Nuove tecnologie o ambiti di ricerca*, in ROSELLI O. (ed.), *Osservatorio sulla formazione giuridica 2006*, ESI, 45 ss.

- TREGGIARI F. 2000. *Sistematica e metodo del caso come tecniche complementari d'istruzione giuridica: maestri tedeschi ed epigoni italiani dell'Ottocento*, in CERULLI IRELLI V., ROSELLI O. (eds.), *Per una riflessione sulla didattica del diritto (con particolare riferimento al diritto pubblico)*, FrancoAngeli, 105 ss.
- TREGGIARI F. 2007. 'Pericle e l'idraulico'. *La formazione e la professione del giurista nelle giurisdizioni anglofone*, in ROSELLI O. (ed.), *Osservatorio sulla formazione giuridica 2006*, ESI, 149 ss.
- TULLINI P. 2016. *Didattica e ricerca: al cuore del mestiere del "giuslavorista"*, in «Lavoro e Diritto», 4, 2016, 1061 ss.
- VARANO V. 2005. *Il ruolo della comparazione nella formazione del giurista moderno*, in CERULLI IRELLI V., ROSELLI O. (eds.), *La riforma degli studi giuridici*, ESI, 102 ss.
- VOGLIOTTI M. 2007a. *Dalla crisi delle fonti, al primato dell'interpretazione: conseguenze sull'insegnamento universitario del diritto*, in PALAZZO F., ROSELLI O. (eds.), *I professionisti della giustizia. La formazione degli operatori dell'amministrazione della giustizia*, ESI.
- VOGLIOTTI M. 2007b. *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli.
- VOGLIOTTI M. (ed.) 2008. *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli.
- VOGLIOTTI M. 2013. *Legalità*, in «Enciclopedia del diritto. Annali», VI, 2013, 371 ss.
- VOGLIOTTI M. 2014. *L'urgence de la question pédagogique pour le droit postmoderne*, in «Revue interdisciplinaire d'études juridiques», 72, 2014, 73 ss.
- VOGLIOTTI M. 2019. *Les nouveaux chemins de la légalité. Au-delà de la modernité juridique*, Presses de l'Université Saint-Louis Bruxelles.
- VOGLIOTTI M. (ed.) 2018. *Pour une nouvelle éducation juridique*, L'Harmattan.
- VOGLIOTTI M. 2020. *Per una nuova educazione giuridica*, in «Diritto e questioni pubbliche», 2, 229 ss.
- ZANICHELLI M. 2020. *Il diritto visto da fuori. Scienziati, intellettuali, artisti si interrogano sul senso della giuridicità oggi*, FrancoAngeli.



# L'EDUCAZIONE DEL GIURISTA CONTEMPORANEO

ALDO SCHIAVELLO



L'educazione del giurista contemporaneo

The education of the contemporary jurist

ALDO SCHIAVELLO

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

E-mail: [aldo.schiavello@unipa.it](mailto:aldo.schiavello@unipa.it).

#### ABSTRACT

Il tema dell'educazione giuridica presuppone che si risponda alla domanda "che cos'è il diritto?". Come questa domanda ammette risposte diverse, a seconda dei tempi, dei luoghi e dell'ideologia di chi risponde, allo stesso modo non esiste un modello unico, o un ideal tipo, di educazione giuridica. Il giurista cambia, e deve cambiare, a seconda della pratica giuridica e della cultura giuridica in cui si trova a operare. Una riflessione sull'educazione giuridica non può dunque prescindere dal contesto.

Legal education solicits the search for a preliminary answer to the question "what is the law?". As this latter question allows different answers depending on times, places and personal ideology, in the same way there is no unique model or an ideal-type of legal education. Jurists change – and they must change – depending on the legal practice and legal culture in which they operate. As a consequence, legal education cannot ignore the context, it must adapt to it.

#### KEYWORDS

Educazione giuridica, educazione clinico-legale, modelli diversi di diritto, modelli diversi di giurista

Legal education, legal clinical education, different models of law, different models of jurists

# L'educazione del giurista contemporaneo

ALDO SCHIAVELLO

*Le leggi sono molto antiche, per secoli si è lavorato a interpretarle  
e anche questa interpretazione è già diventata legge;  
le eventuali libertà nell'interpretazione sussistono bensì ancora, ma  
sono molto limitate.*

(F. Kafka, *La questione delle leggi*)

1. *Premessa* – 2. *Due modelli di diritto* – 3. *Due modelli di giurista* – 4. *Le cliniche legali* – 5. *Quale riforma per gli studi giuridici.*

## 1. *Premessa*

Il titolo di questo saggio ricalca volutamente quello di un celebre contributo di Uberto Scarpelli sull'argomento; molte delle cose che sosterrò sono infatti in linea con quanto Scarpelli sosteneva più di cinquant'anni fa<sup>1</sup>.

Interrogarsi sull'educazione giuridica impone di rispondere alla domanda “che cos'è il diritto?”<sup>2</sup>. Come quest'ultima domanda ammette risposte diverse, a seconda dei tempi, dei luoghi e dell'ideologia di chi risponde, allo stesso modo non esiste un modello, o un ideal tipo, di educazione giuridica che possa andare bene in ogni situazione. Il giurista cambia, e deve cambiare, a seconda della pratica giuridica e della cultura giuridica in cui si trova a operare. Una riflessione sull'educazione giuridica non può dunque prescindere dal contesto; per questa ragione, nel prossimo paragrafo distinguerò, a grandi linee, due modelli di diritto e, a partire da questa distinzione, nel paragrafo ancora successivo proporrò, sulla scia di Norberto Bobbio, due modelli di giurista. Una volta delineato lo sfondo, sarà possibile dedicare qualche riflessione all'insegnamento clinico-legale, che si sta diffondendo in Italia da una quindicina d'anni a questa parte (v. § 4) e ai recenti progetti di riforma della laurea in giurisprudenza (v. § 5).

Prima di passare oltre, desidero esplicitare qualche considerazione sul diverso peso che viene tributato al tema dell'educazione giuridica nei paesi di *common law* e in quelli di *civil law*. Massimo Vogliotti osserva correttamente che mentre nei paesi di *common law* viene rivolta una attenzione costante e continua alla formazione giuridica, nei paesi di *civil law* quest'ultima assurge ad argomento di riflessione soltanto nei momenti di “scienza rivoluzionaria”, per dirla con Kuhn, nei momenti cioè in cui si transita da un paradigma giuridico ad un altro.

Tale differenza dipende senz'altro da una pluralità di fattori che non possono essere investigati in questa sede; merita tuttavia di essere sottolineato il fatto che, almeno per quel che riguarda l'Italia, l'impianto degli studi giuridici (come peraltro quello di tutti i corsi universitari) è sottratto al dibattito accademico e viene calato dall'alto attraverso una legge che è l'esito del lavoro della burocrazia ministeriale. Di conseguenza:

<sup>1</sup> SCARPELLI 1968.

<sup>2</sup> VOGLIOTTI 2020, 244-248. Per dirla con Francesco Viola (VIOLA1994, 120, corsivo nell'originale): «dietro il ruolo del giurista sta il concetto di diritto e, quindi, *interrogarsi sull'operatore significa in definitiva cercare il senso dell'opera*».

«l'obbligo di impartire lezioni in alcune materie ritenute indispensabili per la formazione dei giuristi non deriva da una riflessione dei giuristi sui confini e sui contenuti delle discipline giuridiche, ma dipende invece da decisioni prese in contesti istituzionali e influenzate dagli usuali meccanismi di pressione che incidono su tutte le scelte istituzionali»<sup>3</sup>.

A partire da questa constatazione si potrebbe (e forse si dovrebbe, prima o poi) aprire una ampia riflessione sulla considerazione e sul ruolo dell'accademia e dei docenti universitari nel nostro paese. Oltre a ribadire l'ovvio, e cioè che l'istruzione e la cultura non godono di molta considerazione in Italia, bisogna anche riflettere sul processo di crescente burocratizzazione dell'università italiana, processo che nasce ed è alimentato dal sospetto e dalla sfiducia nei confronti dei "baroni" universitari. L'idea, peraltro ingenua, è che regolamentando nei dettagli il lavoro universitario si riduca la discrezionalità e dunque l'abuso. Come sa qualunque giurista di buon senso è vero proprio il contrario: una regolamentazione complessa e formalistica aiuta a nascondere gli abusi e non certo a limitarli. In ogni caso, sarebbe l'ora che i docenti universitari e, tra questi, *in primis* i giuristi, compiessero degli atti per riappropriarsi del proprio destino nonché per contribuire a una narrazione diversa della realtà accademica. Questo tema tuttavia travalica di molto l'ambito di questo saggio e va riservato a una prossima occasione.

Tornando all'osservazione che l'interesse per la formazione del giurista nei paesi di *civil law* si accende nei momenti di passaggio da un paradigma all'altro, si può aggiungere che tale osservazione rafforza l'idea che sia poco sensato occuparsi dell'educazione giuridica se non partendo da una riflessione sulla natura del diritto in un determinato contesto storico e culturale. Peraltro, lo spazio che nei paesi di *civil law* (o, almeno, in Italia) è riservato, nell'ambito degli studi giuridici, alla filosofia del diritto e, più in generale, alle materie cosiddette culturali, contribuisce alla formazione di giuristi consapevoli e contro-bilancia l'assenza di centralità del tema specifico della educazione giuridica. Una riforma della classe di laurea in giurisprudenza che andasse nella direzione di ridurre il ruolo delle materie culturali a vantaggio di materie apparentemente più attuali e spendibili sul mercato del lavoro sarebbe un errore imperdonabile. Su questo tornerò nel paragrafo conclusivo di questo scritto.

Infine una precisazione. Un aspetto importante di un discorso sulla formazione del giurista riguarda l'innovazione delle tecniche di insegnamento legata alle nuove tecnologie; tale aspetto, in parte trasversale tra i diversi ambiti disciplinari, non verrà affrontato in queste pagine<sup>4</sup>.

## 2. Due modelli di diritto

Ai fini di questo scritto è utile distinguere due modelli di diritto che declinano in modo diverso l'alternativa tra *rule of men* e *rule of law*<sup>5</sup>.

Il primo modello privilegia alcune caratteristiche del diritto, prevalentemente formali che, ove presenti, consentono di limitare il potere arbitrario dei governanti. In questa accezione, il *rule of law* sarebbe, al tempo stesso, un modo di organizzare il potere e una garanzia per coloro che a questo potere sono soggetti. Un celebre compendio di questo modello è proposto da Friedrich von Hayek (HAYEK 2007, 123) quando difende l'ideale della sovranità della legge:

<sup>3</sup> CONTE 2018, 116.

<sup>4</sup> Confesso tuttavia di trovarmi istintivamente al fianco di Joseph Weiler (WEILER 2017, 735) quando scrive: «sono un obiettore di coscienza all'uso di *power point*, non perché sia un *Neanderthal* contrario alla tecnologia, ma perché credo che esso contribuisca a ragionare schematicamente e a trasformare la classe in un corso di preparazione all'esame d'avvocato, mentre dovrebbe essere un luogo in cui ci si esercita a pensare in maniera critica e stimolante».

<sup>5</sup> Cfr., anche per più puntuali riferimenti bibliografici, SCHIAVELLO 2016.

«messe da parte le questioni tecniche, ciò significa che il governo in tutte le sue azioni è vincolato da norme stabilite e annunciate in anticipo: norme che rendono possibile stabilire con ragionevole certezza in che modo l'autorità userà i suoi poteri coercitivi in determinate circostanze, e che rendono possibile agli individui programmare i propri affari sulla base di tale conoscenza».

La versione più nota di questo modello è quella elaborata da Lon Fuller. Secondo questo autore, affinché il diritto possa perseguire il suo scopo deve essere composto da norme: 1) generali; 2) promulgate; 3) tendenzialmente irretroattive; 4) chiare; 5) che non si contraddicano le une con le altre; 6) che non richiedano l'impossibile; 7) che non siano soggette a cambiamenti troppo frequenti o improvvisi. Infine, è necessario che 8) vi sia congruenza tra ciò che il diritto dichiara ed il modo in cui esso viene, di fatto, amministrato. Fuller è convinto che il soddisfacimento di questi otto *desiderata* e, in particolare, l'assenza di contraddizioni e la congruenza abbiano "maggiore affinità" con ciò che è buono piuttosto che con ciò che è malvagio. Herbert Hart, al contrario, osserva che questa concezione del *rule of law* è "compatibile con una grande iniquità".

Una concezione del *rule of law* simile a quella di Fuller è proposta da Joseph Raz. A differenza di Fuller, egli nega la coincidenza tra diritto e *rule of law*: un ordinamento giuridico può disattendere in modo radicale le caratteristiche formali individuate da Fuller ed essere, pur sempre, un ordinamento giuridico. Inoltre, la presenza di queste caratteristiche non garantisce – come già osservato da Hart – che il diritto non violi radicalmente alcuni valori morali o che tuteli adeguatamente la dignità degli individui. La funzione primaria del diritto è quella di guidare la condotta umana. Il *rule of law* garantisce che questo compito venga svolto in modo efficiente, che venga arginato l'arbitrio del potere e che, come osserva Hayek, venga tutelata la libertà individuale. Così come il coltello serve a tagliare, il diritto serve a dirigere i comportamenti; un coltello affilato taglia meglio di un coltello non affilato e un diritto che rispetta l'ideale del *rule of law* guida meglio i comportamenti rispetto ad un diritto che non lo rispetti. Un coltello affilato, tuttavia, può essere utilizzato per tagliare il pane o la gola di un essere umano e, allo stesso modo, un diritto che rispetti l'ideale del *rule of law* può tutelare i diritti umani e la dignità umana così come calpestarli entrambi.

Il secondo modello di *rule of law* è collegato – almeno originariamente – al *common law* e alla cultura giuridica inglese e, più in particolare, ad autori quali Edward Coke prima e, dopo, Albert Dicey. In base a questo modello, il diritto positivo non coincide con il diritto prodotto dal potere sovrano ma è l'esito dell'equilibrio tra i due elementi della coppia, risalente alla tradizione medievale, *gubernaculum/jurisdictio*. Il *gubernaculum*, che è espressione del potere sovrano, trova un argine nella prassi giuridica di riferimento, che è retta da principi i quali, a loro volta, esprimono una vera e propria "ragione giuridica" i cui sacerdoti sono in primo luogo i giudici e, in seconda battuta, i giuristi. Questo modello di *rule of law* presuppone a) l'esistenza di valori e principi espressi dalla prassi giuridica e immutabili (o, almeno, non modificabili al modo della legislazione) e b) una cooperazione tra istituzioni, in particolare tra parlamento e corti<sup>6</sup>. È questo il modello di *rule of law* incarnato dall'età dei diritti.

Il primo modello di *rule of law* tutela la libertà e l'autonomia in quanto permette agli individui di conoscere *ex ante* quali saranno le conseguenze delle loro azioni. Inoltre, un diritto con queste caratteristiche tratta coloro che sono soggetti alle regole da esseri umani adulti, nel senso che si propone di incidere sul loro comportamento in modo aperto e non surrettizio, lasciando agli individui stessi la scelta di seguire o meno le regole (conoscendo per l'appunto *ex ante* la conseguenza della loro decisione). Il diritto agisce davanti agli occhi degli individui e non dietro le loro spalle.

<sup>6</sup> Cfr. PALOMBELLA 2012.

Il secondo modello si propone un duplice obiettivo: quello di limitare il potere normativo degli organi politici in senso stretto, trasferendolo agli organi giurisdizionali, e quello (più aleatorio e discutibile) di incorporare nel diritto alcuni valori morali fondamentali e tendenzialmente condivisi. Tutto ciò impone dei costi evidenti in relazione alla tutela dell'autonomia individuale e della certezza del diritto.

Evidentemente, i sacerdoti di questi due modelli di diritto impronteranno le loro azioni a dei "credo" e a delle liturgie differenti. Ha senz'altro ragione Vogliotti (VOGLIOTTI 2020, 245), a sostenere che «la figura del buon giurista non si può definire in astratto: a parte alcuni tratti comuni, essa si definisce rispetto "à un lieu et à un temps donnés", cioè alla luce di un dato paradigma scientifico che è sempre storicamente e geograficamente determinato».

### 3. Due modelli di giurista

La distinzione di Norberto Bobbio (BOBBIO 2007) tra due modelli ideal-tipici di giurista è ancora oggi insuperata<sup>7</sup>.

Il primo modello rappresenta il giurista come il "custode" e il depositario di un corpo di regole già dato. Secondo questo primo modello l'attività principale del giurista è quella interpretativa. Va precisato che, secondo questo modello, l'attività interpretativa prevede (deve prevedere) uno scarso, o se possibile nullo, esercizio di discrezionalità da parte dell'interprete. Il giurista-custode è l'esito di scelte ideologiche e politiche relative, in generale, al modo di intendere il principio di legalità, il rapporto tra poteri, l'autorità dello Stato e così via. Si tratta, a buon diritto, di una concezione interpretativa della scienza giuridica che considera quest'ultima come ancillare rispetto al potere politico. Significative al riguardo le parole di Charles Demolombe: «Il mio motto, la mia professione di fede è altresì: *i testi prima di tutto!* Io pubblico un Corso di *Codice Napoleone*: ho dunque per scopo d'interpretare, di spiegare il Codice Napoleone stesso, considerato come legge vivente, come legge applicabile e obbligatoria, e la mia preferenza per il metodo dogmatico non mi impedirà di prendere sempre per base gli articoli stessi della legge»<sup>8</sup>.

Il secondo modello rappresenta il giurista come "creatore" del diritto: il giurista è a pieno titolo un partecipante alla prassi giuridica e contribuisce a modificare, integrare e trasformare il sistema giuridico di riferimento. Bobbio sostiene che la principale attività del giurista secondo questo modello sia la creazione del diritto. In realtà, anche nel caso in cui il giurista si autorappresenti (o venga rappresentato) come creatore del diritto, l'attività che lo caratterizza è sempre quella interpretativa. Ciò che cambia rispetto al primo modello è l'atteggiamento del giurista rispetto all'interpretazione. Nel primo caso, il giurista adotta un atteggiamento di *self-restraint*, mentre nel secondo espande al massimo la propria discrezionalità attraverso il ricorso ai principi, alle norme programmatiche e all'interpretazione costituzionalmente orientata. Per dirla con Tommaso Greco (GRECO 2018, 47),

«quanto più il giurista pensa il diritto come un oggetto determinato e in sé perfettamente concluso, tanto meno egli penserà a se stesso come ad un soggetto che abbia margini di autonomia rispetto al suo oggetto. Quanto più, invece, il diritto viene posto in relazione stretta e necessaria con ciò che gli sta intorno, tanto più il giurista si sentirà chiamato ad assumere un atteggiamento autonomo, e quindi necessariamente 'critico'».

Diverse sono le variabili che incidono sul prevalere di un modello sull'altro.

<sup>7</sup> Per una analisi approfondita di questa modellizzazione mi permetto di rinviare a SCHIAVELLO 2014. Per una riflessione ampia, approfondita e acuta su diversi modelli di giurista cfr. il magistrale LUZZATI 2013.

<sup>8</sup> Riprendo questa citazione da BOBBIO 1996, 83, corsivo nell'originale.

La prima variabile è collegata al tipo di sistema giuridico entro cui il giurista opera (“variabile istituzionale”). Un sistema giuridico può essere chiuso o aperto. Sarà chiuso se è composto da un corpo sistematico di regole che tendono alla completezza, espresse in un linguaggio determinato; sarà invece aperto se le regole sono “fluide”, vale a dire indeterminate e in continua trasformazione, e se «al giurista viene attribuito il compito di collaborare insieme con il legislatore e col giudice all’opera di creazione del nuovo diritto»<sup>9</sup>. Il primo modello di diritto delineato nel paragrafo precedente può essere raffigurato come un sistema chiuso mentre il secondo modello come un sistema aperto.

La seconda variabile dipende dalla situazione sociale generale (“variabile sociale”). Una società può essere stabile o in trasformazione a seconda della minore o maggiore influenza di fattori di cambiamento sui modelli culturali esistenti.

L’ultima variabile scaturisce dalla (o dalle) concezione(/i) del diritto prevalente(/i) fra i giuristi e dal modo in cui viene “calibrato” il rapporto fra il diritto e la società (“variabile culturale”). Il diritto può essere visto come un sistema autonomo e largamente auto-referenziale ovvero come un sotto-sistema di un sistema globale o come sovrastruttura della struttura sociale ed economica in particolare. Bisogna aggiungere che, nel caso in cui il diritto venga considerato un sotto-sistema del sistema sociale, diviene interessante approfondire il ruolo del diritto all’interno della società. È interessante capire, in altri termini, se il diritto si collochi al centro o ai margini del sistema sociale. Rispetto a quest’ultimo punto vanno riprese alcune osservazioni di Scarpelli (SCARPELLI 1968, I s.); egli osserva che nell’Italia repubblicana il diritto riveste un ruolo centrale mentre nell’Italia fascista rivestiva un ruolo marginale:

«nello stato totalitario la funzione di legittimazione e di indirizzo dei sommi poteri è svolta primariamente e direttamente dall’ideologia politica [...]. Lo stato totalitario può insomma esser detto uno “stato ideologico”: modo più appropriato per esprimere quanto i fascisti esprimevano chiamandolo “stato etico”. Nella Repubblica che ci ha cittadini, invece, la funzione di legittimazione e di indirizzo [...] dei sommi poteri dello stato è assolta da un documento giuridico, la costituzione».

È sin troppo evidente che il diritto contemporaneo ha perduto la centralità che Scarpelli gli riconosceva ancora nel crepuscolo degli anni ’60 del secolo scorso. Questa volta non a vantaggio di una ideologia politica ma del potere economico globale. Questa condizione di marginalità del diritto meriterebbe una riflessione approfondita ma anche in questo caso sono costretto a soprassedere.

Concludendo: è difficile negare che il diritto contemporaneo sia un sistema aperto (direi, “spalancato”), che la società, anche a seguito della globalizzazione, sia in continua trasformazione e sia caratterizzata dal pluralismo e dal multiculturalismo e che il diritto sia sempre più inteso come un riflesso e una variabile dipendente della società; ciò implica che il modello odierno di giurista è quello che Bobbio chiama creativo:

«in questa prospettiva l’attività principale del giurista non è più l’interpretazione di un diritto già fatto ma la ricerca di un diritto da fare, *in fieri*, non tanto la *convalida* in base ad un’analisi delle fonti formali del diritto che è, quanto la *legittimazione*, in base ai principi materiali di giustizia, del diritto che deve essere»<sup>10</sup>.

La prevalenza del “giurista-creatore” sul “giurista-custode” contribuisce a spiegare, sul piano fattuale, la crisi di un modello di scienza giuridica che tende alla descrizione ed alla a-valutatività e che ambisce, sia pur senza riuscirci mai del tutto, a guardare al diritto dall’esterno. Acquisire la

<sup>9</sup> BOBBIO 2007, 36.

<sup>10</sup> BOBBIO 2007, 37 s., corsivi nell’originale.

consapevolezza che le regole del gioco sono cambiate è un passaggio imprescindibile di una riflessione sull'educazione del giurista contemporaneo<sup>11</sup>.

#### 4. Le cliniche legali

La critica alle lezioni *ex cathedra* è un *leit motiv* almeno a partire dalle obiezioni mosse a questo metodo di insegnamento da Vittorio Scialoja nei primi anni '30 del secolo scorso. Vogliotti (VOGLIOTTI 2020, 241-243)<sup>12</sup> fa un elenco puntuale delle doglianze rivolte nel corso del tempo da autorevoli studiosi a questa forma di trasmissione del sapere giuridico e, dunque, non ritengo sia il caso di aggiungere il mio personale *cahier de doléances*. Mi limito dunque a due osservazioni. La prima è affatto banale. Ci sono lezioni *ex cathedra* e lezioni *ex cathedra*. Alcune segnano in modo indelebile la formazione di chi ha il privilegio di parteciparvi. Personalmente, è solo grazie alle lezioni *ex cathedra* di un paio di professori che ho capito quanto potesse essere appassionante lo studio del diritto. Altre lezioni sono simili a giaculatorie nei confronti delle quali l'unica difesa è la capacità che ciascun essere umano ha, in misura maggiore o minore, di evadere con la fantasia. Tra questi due estremi c'è tutta una gradazione di possibilità di cui chiunque abbia studiato giurisprudenza ha fatto esperienza. La seconda osservazione è che ho il sospetto che in molti professori di materie giuridiche permanga la convinzione – inconfessata e inconfessabile – che lo studio del diritto consista anche in un addestramento foucaultiano che include articoli di legge ascoltati e mandati giù a memoria, formule ripetute come grani di rosari da snocciolare e così via<sup>13</sup>. Gli strumenti di questo addestramento sono le noiose lezioni *ex cathedra* e i tomi di mille pagine da ripetere compulsivamente. Personalmente non credo che questo genere di addestramento serva a qualcosa se non a mettere alla prova la profondità della passione per lo studio del diritto degli studenti e a selezionare i più resistenti.

Un importante segno di cambiamento nell'educazione del giurista di *civil law* è rappresentato dalla nascita nei dipartimenti di giurisprudenza, da una quindicina di anni a questa parte, di numerose cliniche legali<sup>14</sup>.

Il fenomeno della diffusione delle cliniche legali in un determinato momento storico impone di porsi delle domande. Innanzitutto, un approccio clinico-legale è in grado di dirci qualcosa di interessante sulla natura e sul concetto di diritto, in particolare negli stati costituzionali contemporanei?

È una domanda di epistemologia giuridica su cui i giuristi clinici tendono a sorvolare. Questi ultimi enfatizzano soprattutto l'importanza delle cliniche legali da un punto di vista didattico e di giustizia sociale, mentre trascurano l'apporto del metodo clinico-legale in relazione alla conoscenza del diritto.

Il “compito ontologico” è uno tra i compiti principali attribuiti alla filosofia del diritto: affrontare tale compito a partire da una riflessione sulle cliniche legali può forse contribuire ad arricchire di elementi nuovi la risposta alla domanda “che cosa è il diritto?”.

Il solo fatto che l'approccio clinico-legale abbia attecchito inizialmente negli Stati Uniti nei primi decenni del secolo scorso, per poi essere recepito in altri paesi tra il 1960 e il 1970 e solo da una quindicina d'anni – come si è detto – in Italia ed in altri paesi europei come Francia, Spagna e Germania, ci può aiutare a capire le differenze tra i modi di concepire il diritto in questi paesi.

<sup>11</sup> Cfr. GROSSI 2018, 112.

<sup>12</sup> Cfr. anche ZENO-ZENCOVICH 2018, 184 s.

<sup>13</sup> Cfr. BRIGAGLIA 2019, in particolare pp. 56-60.

<sup>14</sup> Per una analisi più approfondita di questo tema mi permetto di rinviare a SCHIAVELLO 2019 e al focus sulla *Rivista di filosofia del diritto* 2/2019, da me curato, dal titolo “Le cliniche legali: una prospettiva filosofico-giuridica” (con contributi di Bartoli, Casadei, Celano, Santoro, Sciarba).

Si tratta di differenze che sarebbe riduttivo e semplicistico ricondurre alla distinzione tra *civil law* e *common law*. È interessante chiedersi quali siano le ragioni che hanno favorito, da qualche anno, la nascita di molte cliniche legali, con caratteristiche specifiche, in Italia<sup>15</sup>. È soltanto espressione di un movimento clinico globale<sup>16</sup> o di una moda passeggera? Ovvero, come credo, è indice di un modo diverso di concepire il diritto e di un mutamento di ideologia giuridica?

Perché dunque si stanno diffondendo proprio ora le cliniche legali in Italia?

Una risposta secca a questa domanda si risolverebbe in una banalizzazione della questione. Credo tuttavia che i fattori principali della diffusione delle cliniche legali vadano ricercati nella globalizzazione del diritto, che rende l'approccio formalista di matrice kelseniana, a lungo prediletto dai giuristi italiani, non più (e, per la verità, da tempo) adeguato come chiave di lettura della realtà. Il "salvagente della forma", su cui si è retta a lungo l'ideologia dell'autonomia del diritto dalla politica, non è più a disposizione. In secondo luogo, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, la politica italiana vive un periodo di grande debolezza che ha prodotto, tra le altre cose, la cessione di potere politico dal Parlamento (nell'immaginario comune pieno di politici corrotti, incapaci e immorali) alla magistratura (dalla quale ci si aspetta, o ci si aspettava prima degli ultimi scandali, la risoluzione di tutti i problemi).

Perché molte cliniche legali italiane si occupano di migrazione?<sup>17</sup>

Anche in questo caso la risposta non è semplice. In questi anni caratterizzati dalla crisi economica, il fenomeno migratorio ha rappresentato il capro espiatorio ideale su cui riversare tutti i mali che affliggono la società italiana. Inoltre, l'odio nei confronti dei migranti è stato fomentato anche al fine di favorire una "guerra tra poveri" in grado di sollevare una cortina di fumo che nasconda le responsabilità dei governanti nella cattiva gestione della cosa pubblica. Questa strategia è stata utilizzata, con accenti diversi, sia dalla destra che dalla sinistra. Nel recente passato è stato proprio un governo di centro-sinistra ad avere stretto accordi con la Libia volti a impedire ai migranti di raggiungere il territorio italiano. I mezzi violenti e lesivi della dignità e dei diritti umani utilizzati in Libia per perseguire l'obiettivo di bloccare i migranti erano ben noti, ma sono stati esplicitamente considerati un costo da pagare. Questa impostazione calpesta la cultura dei diritti e, più in generale, l'aspirazione del diritto alla giustizia.

Il fatto che molte cliniche legali si occupino di migrazione può essere considerato una ribellione contro questa palese ingiustizia che segna una crisi profonda della cultura dei diritti. E questo ci impone di porci un'altra domanda ancora.

L'aspirazione alla giustizia sociale è dunque un aspetto costitutivo del diritto? La risposta a questa domanda dipende dalla concezione del diritto che teniamo sullo sfondo. Questo è il punto su cui, tradizionalmente, si sono divisi il giusnaturalismo e il positivismo giuridico. A prescindere dalle questioni teoriche, è indubbio che dopo la seconda guerra mondiale il diritto abbia subito una trasformazione importante a seguito della nascita dell'Onu, della promulgazione della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e dell'introduzione in molti stati di *bill of rights*. La positivizzazione dei diritti umani implica l'incorporazione di valori morali da parte del diritto, e ciò rende la dialettica tra diritto e morale diversa e più interessante rispetto al passato. Le valutazioni morali sul diritto non sono più soltanto "esterne" rispetto al diritto, ma "interne". I confini tra il

<sup>15</sup> Come osserva Conte (CONTE 2018, 123), «le *law clinics* italiane, che cominciano a fiorire un po' dappertutto, sono esperienze diverse dalla pratica delle professioni legali, perché sono sostenute da un forte impegno teorico, che non sempre è visibile nel modello statunitense». Ciò rafforza la mia idea che sarebbe un errore ridurre questa esperienza, come spesso si fa, a una istanza di *learning by doing*. L'approccio clinico legale ci dice molto sul diritto contemporaneo e sul metodo che i giuristi debbono adottare per conoscerlo. È significativo che in Italia molte cliniche siano state fondate da giusfilosofi.

<sup>16</sup> BLOCH 2008.

<sup>17</sup> Sintomatico di questa attenzione al fenomeno dell'immigrazione come banco di prova del diritto contemporaneo è ad esempio l'interessante *focus* sulla detenzione amministrativa dei migranti sul n. 2/2017 dei *Materiali per una storia della cultura giuridica*. Lì si segnala in particolare RIGO 2017.

diritto esistente e il diritto ideale divengono sfumati. Sono proprio queste caratteristiche del diritto contemporaneo a spiegare perché Ronald Dworkin (DWORKIN 2010, 38 s.) nel suo penultimo libro, *La giustizia in toga*, affermi che le osservazioni più interessanti sul diritto, in anni recenti, sono state proposte da filosofi politici e filosofi morali piuttosto che da giuristi in senso stretto. Il giurista oggi non ha alibi: non può più barricarsi nelle aule giudiziarie o universitarie e deve professare la sua “fedeltà al diritto” contribuendo a far sì che quest’ultimo divenga ciò che deve essere (ovviamente secondo lui e confrontandosi/scontrandosi con le interpretazioni divergenti) alla luce dei valori incorporati nella costituzione. Si tratta di un compito niente affatto facile, che presuppone molte competenze diverse e che deve spingere i giuristi a dialogare con gli scienziati sociali, i filosofi pratici e, in definitiva, a mettersi in gioco come persone e non soltanto come giuristi.

### 5. *Quale riforma per gli studi giuridici*<sup>18</sup>

Il motore di qualsiasi riforma è la presenza di una crisi. Nel caso degli studi giuridici la crisi si configura come una drastica riduzione di immatricolazioni a partire dai primi anni del terzo millennio<sup>19</sup>. Personalmente non ritengo che una mera riduzione del numero di giovani che decidono di studiare diritto sia di per sé una catastrofe; al contrario, essa può essere l’esito, virtuoso, di un riequilibrio fra domanda e offerta. Se alcuni spazi lavorativi per i laureati in giurisprudenza sono saturi o bloccati (si pensi rispettivamente all’enorme numero di avvocati su piazza o alla drastica riduzione negli ultimi anni dei concorsi pubblici) allora la diminuzione di iscritti in giurisprudenza va considerata un esito fisiologico e opportuno. Sarebbe forse meglio avere una moltitudine di laureati che, dopo un percorso di studi lungo e impervio, non trovino spazio nel mercato del lavoro?

Se si vuole ricavare un motivo di preoccupazione dalla riduzione degli iscritti in giurisprudenza bisogna guardare al dato in modo più sottile. Una analisi più accurata, infatti, mette in luce che la decrescita è molto più marcata al sud e che alcuni tra i principali e più rinomati atenei del nord hanno mantenuto negli anni un numero costante – se non addirittura leggermente crescente – di iscritti. Ciò è indice del fatto che, a differenza del recente passato, anche i giovani meridionali che studiano diritto tendono a spostarsi al nord a causa del progressivo e apparentemente ineluttabile impoverimento del sud. La migrazione della nuova classe dirigente non fa che acuire la desertificazione sociale del sud Italia e rafforzare l’immagine di una Italia divisa in due. Questo è uno dei problemi preminenti che andrebbero affrontati con misure a medio e lungo termine le quali, se efficaci, avvantaggerebbero l’intero paese e non soltanto la sua parte più depressa. Affrontare questo tema – che, peraltro, è già stato ampiamente posto sotto la lente di ingrandimento dalla pubblicistica – va tuttavia ben oltre l’ambito di questo saggio.

Tornando al nostro tema, tutti i progetti di riforma della laurea in giurisprudenza (LMG/01) partono da un assunto comune e sono guidati da uno dei due seguenti principi ispiratori confliggenti. L’assunto comune è che la società contemporanea e, di conseguenza, il diritto contemporaneo, sono in profonda, costante e veloce trasformazione. Data questa situazione, c’è chi ritiene che una riforma degli studi giuridici debba proporsi l’obiettivo di produrre (il verbo è stato scelto *pour cause*) giuristi con una profonda competenza tecnica settoriale – possibilmente subito spendibile sul piano professionale – e che, al fine di raggiungere questo obiettivo, vadano sacrificate, *in primis*, le materie culturali.

<sup>18</sup> Riprendo le considerazioni contenute in questo paragrafo da SCHIAVELLO 2020.

<sup>19</sup> Cfr. BANFI 2018.

I sostenitori del fronte opposto rivendicano il principio che un giurista è qualcosa di più di un tecnico e sottolineano inoltre che anche qualora l'obiettivo del corso di studi in giurisprudenza dovesse essere quello di produrre forza lavoro immediatamente pronta all'uso, pensare di perseguire questo risultato eliminando dai piani di studio la storia del diritto, la filosofia del diritto e, in generale, le materie culturali sarebbe profondamente ingenuo. A metà degli anni '60 del secolo scorso, alcuni eminenti giuristi, riflettendo su una riforma degli studi giuridici, scrivevano:

«l'insegnamento universitario è essenzialmente, rispetto agli studenti, meccanismo di addestramento al lavoro intellettuale, formazione delle menti secondo una particolare metodologia (quella della scienza giuridica, nel caso della facoltà di giurisprudenza); mutando gli orientamenti metodologici deve mutare l'ordinamento degli studi, e viceversa l'ordinamento di questi reagisce su quelli»<sup>20</sup>.

Il diritto, come tutte le pratiche sociali, è in continuo cambiamento (e in alcuni periodi, come ad esempio in quello attuale, cambia molto velocemente) e un giurista sprovvisto di coordinate generali che consentano di leggere e mettere a sistema questi cambiamenti sarà sempre in affanno e a rischio obsolescenza a breve termine.

La mia preferenza va senz'altro per i progetti di riforma che vanno in questa seconda direzione. Non credo che ciò dipenda dal fatto che io insegni filosofia del diritto; piuttosto, sono le ragioni a sostegno di questa opzione ad apparirmi francamente inoppugnabili. Con questo non intendo sostenere che il corso di laurea in giurisprudenza, così come è ora, sia il migliore dei mondi possibili. È vero, ad esempio, che si tratta di un percorso alquanto ingessato ed eccessivamente impermeabile al mondo delle professioni; un'attenzione maggiore sin dai primi anni con chi il diritto lo pratica nelle diverse sedi non farebbe che migliorare la formazione giuridica. È altresì vero che si dovrebbe garantire uno spazio maggiore a quei settori – uno per tutti, il diritto di internet – che aiutano a comprendere le trasformazioni del diritto. Ciò presuppone la disponibilità, da parte di tutti, a rinunciare alle proprie rendite di posizione, e a non considerare come un atto di lesa maestà la erosione dei crediti destinati al proprio insegnamento. Al riguardo bisogna aggiungere che la correlazione tra numero di crediti assegnati a un settore scientifico disciplinare e programmazione dei concorsi universitari produce un evidente effetto distorsivo nelle discussioni sulla riforma degli studi giuridici; anche chi è mosso dalle migliori intenzioni, infatti, sarà più preoccupato di difendere gli spazi del proprio settore che di sostenere una riforma sensata<sup>21</sup>. Detto questo, pensare che la panacea di tutti i mali consista nell'eliminare gli insegnamenti di filosofia del diritto e della storia del diritto sarebbe come – stircchiando la metafora di Otto Neurath – affondare la barca che si dovrebbe invece cercare di riparare.

<sup>20</sup> CASSESE et al., 1965, 22.

<sup>21</sup> CONTE 2018, 116 s.

*Riferimenti bibliografici*

- BANFI A. 2018. *Fine di un amore? A proposito del crollo delle iscrizioni nei corsi di giurisprudenza*, in PASCIUTA B., LOSCHIAVO L. (eds.), *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, RomaTre Press, 15 ss.
- BLOCH F.S. 2008. *Access to Justice and the Global Clinical Movement*, in «Washington University Journal of Law & Policy» 28, 2008, III ss.
- BOBBIO N. 1996. *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, (1<sup>a</sup> ed. 1961).
- BOBBIO N. 2007. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza (1<sup>a</sup> ed. 1977).
- BRIGAGLIA M. 2019. *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Editoriale scientifica.
- CASSESE S., CONTI M., CRAVERI P., RODOTÀ S., SPANTIGATI F. 1965. *Sul riordinamento degli studi della facoltà di giurisprudenza*, in «Il Foro italiano», V, 1965, 22 ss.
- CONTE E. 2018. *Educare il giurista. Le sfide del terzo millennio e le tentazioni della conservazione accademica*, in PASCIUTA B., LOSCHIAVO L. (eds.), *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, RomaTre Press, 115 ss.
- DWORKIN R. 2010. *La giustizia in toga*, Laterza, (ed. or. *Justice in Robe*, Belknap Press, 2006)
- GRECO T. 2018. *L'orizzonte del giurista tra autonomia ed eteronomia*, in PASCIUTA B., LOSCHIAVO L. (eds.), *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, RomaTre Press, 45 ss.
- GROSSI P. 2018. *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Rosselli*, il Mulino.
- HAYEK F. A. VON 2007. *La via della schiavitù*, Rusconi, 2007 (ed. or. *The Road to Serfdom*, University of Chicago Press, 1944).
- LUZZATI C. 2013. *Il giurista che cambia e non cambia*, in «Diritto pubblico», 2, 2013, 385 ss.
- PALOMBELLA G. 2012. *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, il Mulino, 2012.
- RIGO E. 2017. *Spazi di trattenimento e spazi di giurisdizione. Note a margine di materiali di ricerca sulla detenzione amministrativa di migranti*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2017, 475 ss.
- SCARPELLI U. 1968. *L'educazione del giurista*, in «Rivista di diritto processuale», 1968, XXIII, n.1, 1 ss.
- SCHIAVELLO A. 2014. *Algunos Argumentos a favor de una ciencia jurídica interpretativa*, in «Doxa», 37, 2014, 193 ss.
- SCHIAVELLO A. 2016. *Il rule of law secondo Ronald Dworkin. Qualche osservazione critica*, in PINO G., VILLA V. (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, il Mulino, 109 ss.
- SCHIAVELLO A. 2019. *Vulnerabilità, concetto di diritto e approccio clinico-legale*, in «Etica e politica», XXI, 3, 2019, 255 ss.
- SCHIAVELLO A. 2020. *La formazione del giurista contemporaneo*, in «Il Mulino». Disponibile in: [https://www.rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS\\_ITEM:5206](https://www.rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS_ITEM:5206) (consultato il 30 aprile 2020).
- VIOLA F. 1994. *Nuovi percorsi dell'identità del giurista*, in MONTANARI B. (ed.), *Filosofia del diritto: identità scientifica e didattica oggi*, Giuffrè, 119 ss.
- VOGLIOTTI M. 2020. *Per una nuova educazione giuridica*, in «Diritto & questioni pubbliche», 20, n.2, 2020, 231 ss.
- WEILER J.H.H. 2017. *Consigli ai giovani ricercatori*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 67, 3, 2017, 711 ss.

ZENO-ZENCOVICH V. 2018. *Una diversa idea del corso di laurea in giurisprudenza*. In PASCIUTA B., LOSCHIAVO L. (eds.), *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, RomaTre Press, 181 ss.



PUTTING GENDER  
THROUGH LAW SCHOOL  
REFLECTIONS ON LEGAL  
EDUCATION AND GENDER  
EQUALITY IN SLOVENIA

TILEN ŠTAJNPIHLER BOŽIČ



Putting gender through law school.  
Reflections on legal education and gender equality in Slovenia

TILEN ŠTAJNPIHLER BOŽIČ

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Ljubljana.  
E-mail: [tilen.stajnpihler@pf.uni-lj.si](mailto:tilen.stajnpihler@pf.uni-lj.si).

#### ABSTRACT

The article builds on the claim that law is one of key instruments available in the pursuit of gender equality. One of many factors shaping the degree to which law is successful in this capacity concerns the issue of how law is understood and used by those most responsible for its formulation and application, i.e. legal profession. In order to fully utilise law's capacity for promoting gender equality we also need to pay attention to the process of legal education. This article aims to, firstly, reaffirm this need in the particular context of legal education in Slovenia where issues of legal education in general are rarely the focal point of in-depth research and discussion and even more so in connection to gender and/or equality. Secondly, it lays the groundwork for further research in this context by (re)focusing the attention from questions of equal representation to gender responsive content of legal education.

#### KEYWORDS

gender equality, legal education, legal profession, sociology of law, feminist legal theory

# Putting gender through law school

## Reflections on legal education and gender equality in Slovenia

TILEN ŠTAJNPIHLER BOŽIČ

*1. Introduction – 2. Law in pursuit of gender equality – 3. From the professional guardianship of law to legal education – 4. Gender equality in legal education: equal participation ... and beyond – 5. Beyond equal participation: an example – 6. Integrating the gender perspective into legal education: a blind spot? – 7. Conclusion.*

### 1. Introduction

In Slovenia, there has not been much in-depth discussion on gender and law<sup>1</sup>. Even less so if we narrow our focus from law in general to legal education in particular. Or perhaps issues concerning the intersection of gender studies and law simply seldom manage to come to the forefront. Even on those rare occasions when gender is invoked in the context of legal education and manages to catch the public eye, however, the discourse – at times – seems to be nothing less than bizarre.

This may be aptly illustrated by reference to a line of thought that the former Slovenian Judge at the European Court of Human Rights outlined in a series of books, articles and interviews over the last couple of years. On several occasions he has diagnosed the feminisation of the judiciary (which he contributes to, roughly, «the feminising cocktail of all sorts of pesticides»<sup>2</sup>) as one of the central ailments of the current allegedly poor state of the rule of law in Slovenia. He writes: «Particularly in law this is reflected in the feminisation of the profession that was once typically male, because law, as a virtual reality, is a direct expression of the mentality of those that originally created it»<sup>3</sup>. In a recent interview, he elaborated that «[j]urists were once something completely different from today's senior legal nurses who are experts on [legal] literalism»<sup>4</sup>. Not surprisingly, in his view, one of the major factors fuelling this development is the process of legal education. «Here [in Slovenia], the source of the problem is the law school. An acquaintance said that all evil comes from the law school. It is because the enrolled population entering law school is not sieved. [...]»<sup>5</sup>. According to him, «the law school gives degrees to people who have neither the required cognitive, nor volitive or moral tools to be, for example, a judge»<sup>6</sup>. Thus, in this context, the focus is as much on law as a normative system as it is on those who “operate” it. Broadening his focus and commenting on

<sup>1</sup> For a recent notable exception see, for example, the “International Conference on Comparative Legal Review and the Judicial Protection of Gender Equality”, available at: <http://ipes-si.org/blog/2020/12/14/international-conference-on-comparative-legal-review-and-the-judicial-protection-of-gender-equality/> (accessed 29 April 2021).

<sup>2</sup> ZUPANČIČ 2020.

<sup>3</sup> ZUPANČIČ 2013, 68.

<sup>4</sup> ZUPANČIČ 2020. He continues by cautioning against overgeneralising as «there are still some judges that do a decent job». However, it is worth noting that in Slovene language “nurse” [sestra] is grammatically feminine and is a gender specific job title, i.e. limited to women, while a “judge” [sodnik] is grammatically masculine and although commonly used to also include women who hold such office, Slovene language has a specific female title for a female judge [sodnica].

<sup>5</sup> ZUPANČIČ 2012.

<sup>6</sup> ZUPANČIČ 2020.

the general political situation in Slovenia, he further explains, for example, that «[i]n Confucian philosophy the balance between the male and female principle (Yang & Yin) is key for any and all harmony. Now we are in a situation where the female Yin has prevailed and society is therefore out of balance»<sup>7</sup>.

I can think of no better example as a way of introducing the issues I aim to highlight on the following pages. This article is conceived as a manifesto of sort; an acknowledgement of the need to address the many issues of gender equality in the particular context of legal education in Slovenia and – at the same time – an appeal to (re)focus our attention from the balance of numbers and proportions of students we are teaching at law schools and include (also) questions of what we are teaching them (about gender and the law) and how. I take the above illustration as a crude reminder, firstly, of the fact that in the absence of a comprehensive discussion of the gendered realities of law – inside and outside the law school classroom – we leave future generations of judges and lawyers at the mercy of speculative conspiracy theories that will fill the void. And, secondly, the introductory example can serve to remind us that looking at the process of legal education through the lens of gender equality should entail more than the question of (equal) representation or participation.

## 2. *Law in pursuit of gender equality*

Discussing the need to include gender issues in legal education rests on the fundamental claim that law has an important role to play in achieving gender equality. Although this is an important issue it is neither self-evident nor uncontroversial, therefore I will briefly elaborate how I understand it for the purpose of this article before proceeding to the field legal education.

First, in order to assess the role of law for fostering gender equality, it is necessary to understand what we mean by gender equality. However, pinning down the exact meaning of this concept proves difficult because of its «diverse and contested nature»<sup>8</sup>. An in-depth analysis of the conceptual issues concerning gender equality would exceed the scope of this article. Instead, building on the premise that gender equality is a so called essentially contested concept<sup>9</sup>, it will have to suffice that I highlight the importance of the process of a «discursive construction of gender equality»<sup>10</sup>.

«In its travels, the concept of gender equality grows out of different interpretations elaborated by a variety of institutional and civil society actors, following earlier tracks and understandings that have become dominant or embedded into common sense. The concept is labelled in different ways; it is institutionalized, mainstreamed or benchmarked. Be it intentional or not, for principled, practical or strategic reasons, gender equality concepts are thus fixed; they are shrunk within or stretched beyond particular labels and bent to fit particular policy frames. This makes the understanding of gender equality and the processes shaping its meaning a complex matter»<sup>11</sup>.

We are thus faced with different theoretical visions or frames that provide very different answers to fundamental questions like “what is the problem of gender inequality” and – more importantly for the premise of this article – “how could this problem be solved”<sup>12</sup>. Even though

<sup>7</sup> ZUPANČIČ 2020.

<sup>8</sup> VERLOO, LOMBARDO 2007, 22.

<sup>9</sup> GALLIE 1955, 167-198.

<sup>10</sup> LOMBARDO et al. 2009, 3.

<sup>11</sup> LOMBARDO et al. 2009, 6.

<sup>12</sup> VERLOO, LOMBARDO 2007, 23.

a universal and timeless meaning of gender equality eludes us, what is vital for the premise of the present article is the following observation: in most interpretations of gender equality as a political ideal in Europe throughout the last decades, law has figured prominently as a tool that can contribute to realising this ideal in practice.

This is most obvious with more formal conceptualisations of gender equality, for example, as the principle of equal treatment which builds on the idea of fundamental “sameness” of women and men that (only) requires a fair (re)distribution of rights and opportunities without prejudice to gender. In this context the pursuit of gender equality is essentially based on an antidiscrimination model<sup>13</sup> that is centred around the prohibition of different forms of discrimination and enforced through law.

The primacy of law as an instrument for addressing gender inequalities fades in the light of more substantive interpretations of the principle of equality. Such is, for example, the vision of gender equality that builds on affirming difference and diversity of social groups that should be integrated in the fabric of our political institutions and therefore directs our attention to the problematic norm upholding the status quo that needs reversal<sup>14</sup>. It is argued that in this context, where the gender blind strategy of equal treatment clearly becomes insufficient, positive action measures are recognised as an essential tool for achieving gender equality<sup>15</sup>. The concept of positive action<sup>16</sup> shelters a wide variety of policies and initiatives that deliberately use gender to address the disadvantaged situation of women<sup>17</sup>. Although such measures are not (necessarily) required by law and are more often than not facilitative rather than (re)distributive in nature, their implementation requires a legal basis which also provides certain restrictions on their use. As these measures are sometimes understood as a breach of the principle of equality, their legality or constitutionality is often called into question and they may become subject to judicial review<sup>18</sup>.

The need to «de-centre law»<sup>19</sup> as the primary instrument for promoting gender equality becomes even more apparent if we are willing to pursue substantive equality even further. For example, conceptualising gender equality through the politics of transformation<sup>20</sup>, requires us to broaden our gaze because the problem is «structural and stems from the institutionalisation of hierarchical relations between men and women»<sup>21</sup>. In turn, what is needed is an understanding and transformation of the institutional mechanisms that engender the world to bring about genuine structural change. Clearly, this requires instruments that go beyond remedies provided by (antidiscrimination) law, such as challenging discriminatory practices in court, that are – for the most part – focused on the individual victim and backward-looking<sup>22</sup>. In this context, gender mainstreaming as a strategy of integrating gender perspective into the preparation, design, implementation, monitoring and evaluation of policies, regulatory measures and spending programmes, with a view to promoting equality between women and men, is frequently identified as a viable alternative<sup>23</sup>. Gender mainstreaming was initially understood as a political commitment and implemented without any enforcement mechanisms of legal nature in place<sup>24</sup>. However, in some contexts this strategy has to some extent also acquired a “legal aspect” in the

<sup>13</sup> KANTOLA, NOUSIAINEN 2012, 36.

<sup>14</sup> VERLOO, LOMBARDO 2007, 22-24. See also, for example, SQUIRES 1999, 115 ff.

<sup>15</sup> JACQUOT 2015; VERLOO, LOMBARDO 2007.

<sup>16</sup> A label favoured by the EU.

<sup>17</sup> MCCRUDDEN 2011, 157-180; FREDMAN 2011.

<sup>18</sup> GERAPETRITIS 2016, 199 ff.

<sup>19</sup> SMART 1989, 5.

<sup>20</sup> WALBY 2009, 36-51.

<sup>21</sup> JACQUOT 2015, 6.

<sup>22</sup> FREDMAN 2011.

<sup>23</sup> VERLOO, LOMBARDO 2007, 23-24; JACQUOT 2015, 6-7.

<sup>24</sup> WADDINGTON, BELL 2011, 1520.

form of the so called positive duties<sup>25</sup> that are imposed by law on some (mostly) public bodies and require them to proactively incorporate a gender aspect into their activities<sup>26</sup>.

Regardless of the difficulties with defining the core concept, there is no question that a broad range of tools are necessary to address the numerous challenges in very different contexts concerning gender inequality in our society. As noted, for example, by the European Commission, «advancing non-discrimination and equal opportunities [...] relies both on a sound legislative basis and on a range of policy tools», which include, among others, awareness-raising, gender mainstreaming, data collection and positive action measures<sup>27</sup>. My claim so far is simply that the law – though by no means the only or even the most important instrument for fighting gender inequality – is intertwined with most other policy instruments and strategies, for example, as illustrated above, by providing an institutional framework for other measures or setting boundaries on their implementation.

Before concluding this section, a short disclaimer is in order. Whether or not law as a social institution can be considered an appropriate instrument for delivering genuine gender equality at all is a contested issue in the broad field of gender legal studies in general<sup>28</sup> and feminist legal theory in particular. In short, the problem at hand is about «challenging a form of power without accepting its own terms of reference»<sup>29</sup>. Or as Audre Lorde metaphorically voiced it, «the master's tools will never dismantle the master's house»<sup>30</sup>. However, even if we conclude that law, as an irredeemably patriarchal institution, is inherently incapable of delivering gender justice, this does not change the fundamental point I am trying to make: law is an important factor – as either a valuable asset or a challenging obstacle – to be reckoned with in our quest for gender equality<sup>31</sup>.

### 3. *From the professional guardianship of law<sup>32</sup> to legal education*

To understand to what extent and how law is important for achieving gender equality a sociologically inspired outlook is indispensable, because we need to account not just for the “architecture of law”, but also the “social spheres” and the “legal environment” that mediate its implementation<sup>33</sup>. For example, as Bourdieu argues, the entire social universe he calls the “juridical field” cannot be neglected «if we wish to understand the social significance of the law» as a symbolic order<sup>34</sup>.

In the previous section I referred to law as an “instrument” or a “tool”. I will continue with this instrumental narrative in order to shift our attention from law as a system of rules to the

<sup>25</sup> FREDMAN 2008; WADDINGTON, BELL 2011; ELLIS 2005.

<sup>26</sup> See, for example *Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the Implementation of the Principle of Equal Opportunities and Equal Treatment of Men and Women in Matters of Employment and Occupation (Recast)*, 204, 2006, OJ L: «Member States shall actively take into account the objective of equality between men and women when formulating and implementing laws, regulations, administrative provisions, policies and activities in the areas referred to in this Directive».

<sup>27</sup> European Commission, “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Non-Discrimination and Equal Opportunities: A Renewed Commitment {SEC(2008) 2172}, COM/2008/0420 Final” (OPOCE, 2008).

<sup>28</sup> BUCHLER, COTTIER 2012, 40-42.

<sup>29</sup> SMART 1989, 5.

<sup>30</sup> LORDE 2018.

<sup>31</sup> Cf. BAER S. 2010.

<sup>32</sup> I borrow this phrase from one of the chapter titles in Roger Cotterrell's *Sociology of Law – An Introduction*, see COTTERRELL 1992, 179.

<sup>33</sup> GALLIGAN 2006.

<sup>34</sup> BOURDIEU 1987, 816.

social context in which these rules are applied. Namely, I want to focus on those who handle these tools or instruments in practice. In particular, it is the members of the legal profession<sup>35</sup> that have a privileged position in different institutional contexts in which law is shaped. To put it metaphorically: «Lawyers are the mechanics of the legal system. They drive and help finetune the engine, knowing that if it is not in working condition, it will not reach its destination»<sup>36</sup>.

Accordingly, it is not difficult to see why the legal profession is one of the most researched aspects of law<sup>37</sup>, particularly in more sociologically oriented studies. As is sometimes argued, the legal profession is the active and/or dynamic aspect of the legal system<sup>38</sup>, it is directly involved in the process of legal production and application, it contributes to the meaning of law as a system of rules and its effectiveness. If we turn to Cotterrell once more:

«We can conclude that lawyers are of vital importance [...]. First, they are interpreters and mediators, in the numerous social institutions that the state seeks to regulate, of legal doctrine created by state agencies. In this sense they carry legal ideology into numerous fields of social life served by often strongly contrasting forms of legal practice»<sup>39</sup>.

We sometimes talk about the legal profession as if it was a singular entity. This is hardly the case. It is not a monolithic social unit in which everyone is on a single career path sharing a “collective conscience”, but rather a diverse group of individuals with distinct interests, values etc. Metaphorically speaking, however, they share a so-called origin story, a defining common experience in the process of legal socialization. From a comparative perspective, obtaining a university law degree in the process of formal education has become virtually the universal manner of qualifying to practice the law<sup>40</sup> and it is thus the central socialising context for integrating participants into the legal profession and the world of law. In addition to providing knowledge of legal doctrine, different practical skill, such as legal reasoning, and other attributes of legal work, the process of legal education contributes to developing a professional, «juridical identity»<sup>41</sup> and creating a specific «juridical gaze»<sup>42</sup>.

We could conclude that «[i]n the last analysis, the law is what the lawyers are. And the law and lawyers are what the law schools make them»<sup>43</sup>. Although this claim is clearly an oversimplification and reality is never as one-dimensional as it suggests, it is hardly a stretch to consider the process of legal education as a point of reference for discussing the legal profession and its influence on the practice of law. In fact, the significance of legal education as one of the factors shaping law has long been recognised in sociology of law and social theory in general. For example, as Weber noted when discussing the process of rationalization of law, «[t]he prevailing type of legal education, i.e. the mode of training of the practitioners of the law, has been more important than any other factor»<sup>44</sup>.

To summarise the argument so far, in order to be able to fully utilise law’s capacity for

<sup>35</sup> «The legal profession refers to the whole of occupational roles purposely oriented towards the administration and maintenance of the legal system, including judges, lawyers, counselors, as well as experts of legal education and scholarship» DEFLEM 2008, 182; HESSE 2004, 29-32.

<sup>36</sup> ZACHARIAS 2009, 1604.

<sup>37</sup> DEFLEM, 181.

<sup>38</sup> RÖHL 1987, 371.

<sup>39</sup> COTTERRELL 1992, 203 f.

<sup>40</sup> ABEL 1989, 85-90.

<sup>41</sup> BÖNING, SCHULTZ 2019, 198.

<sup>42</sup> BANAKAR 2015, 222.

<sup>43</sup> Attributed to Felix Flankfurter, EDWARDS 1992, 34.

<sup>44</sup> WEBER 1978, 776.

promoting gender equality, we should pay attention to the process of legal education and training in which the foundations of the so called professional (internal) legal culture<sup>45</sup> are formed, i.e. the «mental attitudes, beliefs, and expectations [...] that are connected to, and perhaps determine, the use of legal tools and instruments»<sup>46</sup>. However, it seems that in Slovenia – for the most part – we have yet not taken this argument seriously and the potential of incorporating the gender perspective into the process of legal education remains predominately unexplored.

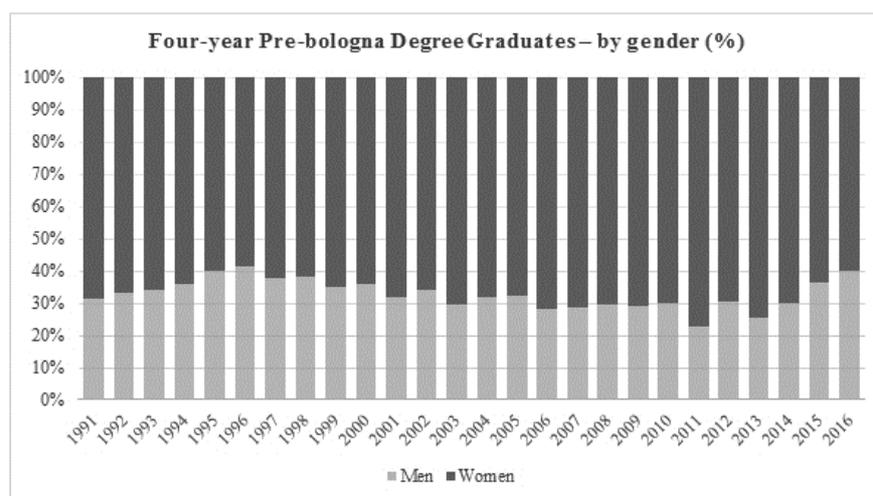
#### 4. Gender equality in legal education: equal participation ... and beyond

The point of departure for a discussion on the role of gender in the legal profession and legal education is often the participative dimension of substantive equality<sup>47</sup>. As noted by some scholars, it is «widely accepted that the legal profession should be representative of the significant personal and group differences that constitute the broader society»<sup>48</sup>. This is about balanced presence or representation of women and men in legal education and consequently in different legal professions.

Comparative studies of the legal profession have established that there have been significant changes in this context in the last decades across Europe and beyond. For example, as Menkel-Meadow has written already in 1989:

«One of the most dramatic changes in the legal profession in recent years has been the influx of women. In many countries women now constitute close to half of all law students, although it will be the turn of the century before this representation is fully mirrored among practitioners»<sup>49</sup>.

In Slovenia, twenty and some years after the turn of the century this process seems complete. Not only do women make for more than half of all law students, but they are also the majority in most legal professions. I will only briefly illustrate a part of this complex transformation in the context of legal education by referring to the situation in the country's largest and oldest law school, i.e. Faculty of Law, University of Ljubljana.



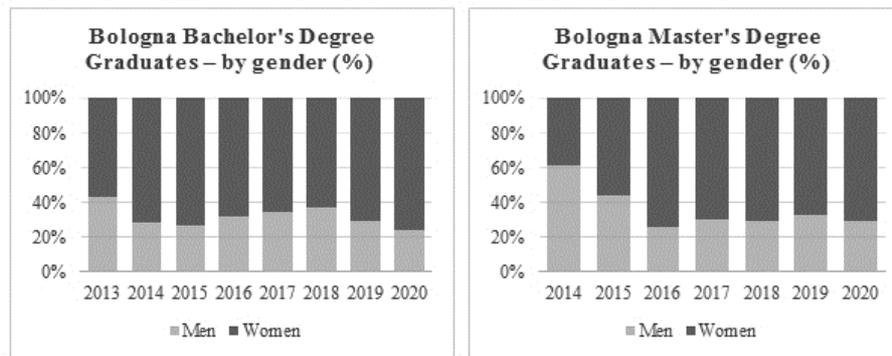
<sup>45</sup> The distinction between “external” and “internal” legal culture was developed by Lawrence Friedman, however as pointed out by David Nelken: «Friedman has increasingly argued that the importance of “internal legal culture” as a factor in explaining socio-legal change tends to be exaggerated, usually by legal scholars who have an investment in doing so». NELKEN 2014, 258.

<sup>46</sup> FRIEDMAN 2016, 208-212.

<sup>47</sup> FREDMAN 2011, 25-33.

<sup>48</sup> BHABHA 2015, 13.

<sup>49</sup> MENKEL-MEADOW 1989, 196.



As these figures<sup>50</sup> clearly demonstrate, since the early 90's the proportion of women among graduates has increased significantly and women now account for almost two thirds of those who finish their law studies at the University of Ljubljana. For some, this situation by itself appears to be enough to start flirting with apocalyptic observations about the «world being out of balance» because «the female Yin has prevailed»<sup>51</sup>. For others, this might signal at least that we have managed to purge male domination from the law school or help to explain why gender (in)equality is rarely raised as an issue in the domain of legal education.

However, focusing only on the number of female law students or graduates in comparison to their male counterparts is at the very least misleading. While today in most countries women «constitute the majority of law students», as noted in a study on the representation of women and men in legal professions across the EU in 2017, «there are reports that they still feel alienated in legal education and complain about sexism in the faculties and old-fashioned teaching»<sup>52</sup>. Clearly, in the context of gender equality securing equal participation is more than a “numbers game”. What is required is *meaningful* participation<sup>53</sup>. Equally important as a balanced proportion of male and female students in the law school are their respective experiences and other aspects that shape their roles in this social setting. Allow me to briefly illustrate this by providing a handful of examples.

Firstly, regardless of their number, male and female students can occupy different positions within the context of legal education that are linked with and give access to different forms of capital to borrow from Bourdieu<sup>54</sup>. Thus, for example, it would be relevant to see the gender composition of the faculty's student council, the body of student tutors, the editorial board of the main student law journal, extracurricular activities etc. Secondly, for discussing meaningful participation in the context of legal education, the level of involvement and performance of students during their studies are important factors. For example, significant gender differences in law school academic performance would suggest potential gender-specific barriers in the process of legal education that hinder women or men in their study achievements. Thus, indicators such as GPA (grade point average) or academic honours and awards for students have been used in research of legal education along gender lines<sup>55</sup>. However, is not only about the end result(s). Equally significant in this context are classroom dynamics, in particular students' participation and contribution in class as well as student-teacher interaction in

<sup>50</sup> Faculty of Law, University of Ljubljana (2021): Share of graduates by gender of Bachelor's degree, Master's degree, and pre-Bologna degree in Law in the period 1991–2020, [unpublished dataset].

<sup>51</sup> See above, introductory illustration at the beginning of the article.

<sup>52</sup> GALLIGAN et al. 2017.

<sup>53</sup> See, for example, WALD 2011, 1105.

<sup>54</sup> «The force attached to an agent», writes Bourdieu, «depends on his various “assets”, differential factors of success which may give him an advantage in the competition, that is to say, more precisely, the volume and structure of capital in its various forms that he possesses». BOURDIEU 2004, 33 f.

<sup>55</sup> See, for example, GUINIER et al. 1994, 22 ff.; SCHULTZ 2003, 276 ff.

general. Existing empirical studies have often confirmed disparities in experiences of male and female students in this regard and how this aspect of legal education relates to other dimensions of their studies, such as academic performance<sup>56</sup>. Thirdly, by highlighting the student-teacher interactions<sup>57</sup> it becomes clear that the position and experiences of students cannot be taken separately from other factors that together determine the educational process at a law school. In this context, as just indicated, one of the most important aspects are the law teachers who, if we follow Duncan Kennedy, «model for students how they are supposed to think, feel, and act in their future professional roles»<sup>58</sup>. Therefore, we simply cannot discount issues, such as gender diversity among the teachers (as well as researchers and other staff), their knowledge of and views on those aspects of teaching law that are relevant for gender equality etc., when discussing gender in legal education. Although these are just some considerations, they illustrate the need to look at the broader social, cultural and intellectual environment at a law school in order to uncover patterns that shape the experience of students, such as the potential existence of widespread gender stereotypes<sup>59</sup>.

However, as some researchers have observed, «[i]n many jurisdictions there is a surprisingly modest amount of empirical research which examines aspects of the law student experience and the lived experience of being a legal academic»<sup>60</sup>. I would argue that this is certainly true for Slovenia.

Whether all these issues can indeed be regarded as belonging to the participative dimension of equality is not decisive for the premise of this article. As long as we subscribe to a multidimensional conception of substantive equality<sup>61</sup>, it could be argued that most of the issues mentioned above are located where the participative dimension overlaps with other aspects of substantive equality, such as redressing disadvantage by redistributing different kinds of resources, promoting respect for dignity by redressing social stigma, stereotyping, and humiliation, or accommodating difference with the aim of transforming the gendered social structures<sup>62</sup>. As this section has illustrated, what is decisive is the fact that framing the issue of gender (in)equality solely as a question of (equal) representation can only carry us part of the way.

## 5. *Beyond equal participation: an example*

When addressing the issue of gender (in)equality in the context of legal education, it is clearly not enough to focus on the gender balanced participation in the law school and the broader social context of higher education. Particularly if we are interested in utilizing the potential of law as a tool for promoting gender equality, as is the case in this article, the “character” and content of legal education are of equal importance. To put it plainly, it is important to look at what we are teaching to students at law schools concerning gender and the law and how we go about doing it.

I cannot think of a better way to illustrate why this is important than by considering an example. In order for students to adequately understand the complex issue of sexism and how

<sup>56</sup> See, for example, BASHI, ISKANDER 2016, 400 ff.; PURVIS 2012, 1695 ff.; BALACHANDRAN et al. 2019; WORKING GROUP ON STUDENT EXPERIENCES 2004.

<sup>57</sup> On the importance of student-teacher interaction see, for example, ISRAEL et al. 2017, 332-356.

<sup>58</sup> KENNEDY 1982, 602.

<sup>59</sup> See, for example, SCHULTZ 2003, 302 ff.

<sup>60</sup> COWNIE 2010, 854-875.

<sup>61</sup> See, in particular, FREDMAN 2016, 712-738; FREDMAN 2011.

<sup>62</sup> FREDMAN 2016, 727-734.

law can serve to address it they must develop specific knowledge and skills as well as a particular outlook not only on law, but also on gender.

For law students, the first major challenge – although by no means characteristic only of this issue – is the absence of a clear legal reference. For example, as noted by the Council of Europe, although «numerous countries have introduced criminal or other sanctions for different acts of sexism, including sexist hate speech», sexism generally «does not have a specific legal definition and it is not subject to specific criminalisation or comprehensive legal treatment»<sup>63</sup>. This requires of students to have an in-depth overview of the legal system, particularly of legal remedies available to aggrieved individuals and how they relate to one another without losing sight of “the big picture”. It is not only about being able to master different fields of law and jump from one legal context to another, such as dealing with sexual harassment in labour law, finding the limits of (sexist) hate speech in constitutional law, addressing gender stereotyping in advertising and marketing at the intersection of competition, consumer and media law, taking into account the gender-specific nature of domestic violence when applying penal law etc. More fundamentally, the challenge is being able to recognize the underlying issue in all these instances that connects them (to some degree), i.e. the idea that a person or a group of persons is inferior because of their sex, which is the cornerstone of all sexist social practices<sup>64</sup>.

Thus, the challenges of preparing law students for dealing with the manifold manifestations of sexism go beyond the bare *legal* complexity of the issue at hand. How students understand the concept of sex and/or gender, its meaning and role in today’s society, will significantly shape how they will construe legal issues, for example, in cases of sexual harassment or domestic violence, in their future professional work. To fully take advantage of law as a tool for promoting gender equality, «[g]ender needs to be understood as a fundamental organising principle of society, and laden with historically unequal power relations between women and men which also underpin the construction of educational systems as well as national and international legislative frameworks, their interpretation and implementation»<sup>65</sup>.

Unless gender and other related concepts, such as gender biases and/or stereotypes that are at the core of all sexist attitudes, practices and behaviour, are directly addressed, it is unlikely that this message will come across in the process of legal education. This indicates that we need to reach across disciplines when thinking about teaching law and – at least to some degree – incorporate the insight of social science and humanities into the legal curriculum, for example, by building on gender studies<sup>66</sup> to introduce to law students «the theories used in the discussion of gender as a concept as well as of the media and modes by which gender is part of our lives»<sup>67</sup>.

However, enabling students to recognize different manifestations of sexist attitudes and behaviour, to understand where they originate from and how they affect our lives is not enough. They must be ready and able to apply this knowledge to the legal context – to understand specifically how law relates to these social phenomena. In other words, students should not only be able to identify stereotypical gender constructions in legislation or jurisprudence of courts, but also to critically analyse shortfalls in the body of law with regard to its impact on precluding or facilitating sexist attitudes and social practices<sup>68</sup>, such as using gender specific job descriptions to encourage only certain applicants to apply or excluding women from clinical drug trials. This is characteristic of more sociologically oriented approaches to engaging with

<sup>63</sup> GENDER EQUALITY UNIT COUNCIL OF EUROPE (ed.) 2016.

<sup>64</sup> “Recommendation CM/Rec(2019)1 of the Committee of Ministers to Member States on Preventing and Combating Sexism” (Council of Europe, 2019).

<sup>65</sup> HUMBERT 2020; On the complexities of framing gender see also, for example, SQUIRES 1999, 54 ff.

<sup>66</sup> BUCHLER, COTTIER 2012.

<sup>67</sup> CRANNY-FRANCIS et al. 2003, xii.

<sup>68</sup> SCHULTZ 2018, 227-230.

law<sup>69</sup>. Thus, adequately addressing sexism in the process of teaching law is about not only incorporating insight from social sciences and humanities, but also to cultivate a more interdisciplinary approach to engaging with law. This includes, firstly, revisiting the content of the curriculum or broadening the focus of our “gaze” on legal institutions (the “what”), such as marriage or freedom of expression, to also take into account, for example, their social effects. Secondly, however, this also requires re-examining methodological issues (the “how”), for example, discussing the limits of doctrinal legal analysis or introducing the students to feminist methodology<sup>70</sup> etc.

In addition, as indicated above, for students to recognize how law can contribute to dismantling sexism in its varied manifestations, they need to develop a particular outlook on law as a social institution, to learn about «the possibilities and limitations of the “equality machinery”, state and international institutions for creating gender justice»<sup>71</sup>. To a large degree this concerns the general image of law that is being presented at law school, i.e. about the nature of this social institution, its functions etc. This image could be considered as part of legal culture or legal ideology «as an overlay of currents of ideas, beliefs, values and attitudes embedded in, expressed through and shaped in practice [...] of developing, interpreting and applying legal doctrine within a legal system»<sup>72</sup>. We must thus think about what type of ideas regarding law are sustained in the social practice of legal education. For example, if we fully accept law’s commitment to neutrality, then counselling and support programmes aimed only at women who suffered sexual harassment in the workplace might be challenged as legally suspicious, because they appear to automatically exclude men. If law is primarily understood as a conservative social mechanism for maintaining social stability as opposed to an instrument of social change, then there is no particular need to introduce gender-sensitive language to legislative drafting until there appears to be a change in conventional language rules and use that would challenge the understanding of masculine forms as default or gender-neutral<sup>73</sup>. If thinking about law is premised on a rigid public/private divide, to what extent will legal intervention to address gender stereotyping in advertising and marketing practices of private companies be acceptable?

## 6. *Integrating the gender perspective into legal education: a blind spot?*

The above illustration was intended to demonstrate why it is important to think about integrating the gender perspective into the process of legal education. Hopefully, it was also enough to indicate that there are different possibilities of how we can approach this, none of them without significant challenges. We could consider the extended passage below as a characteristic example of what integrating the gender perspective into the law curriculum would entail:

«Gender is an issue across the entire discipline. It should be one focus of the degree in the basic courses (Introduction to Law, History of Law, Sociology of Law, Philosophy of Law and Methodology). In other areas, the gender perspective should be an integral element of all seminars and lectures with regard to questions of justice and critique. This applies in particular to constitutional law, European law, human rights, criminology, family law, social law, labour law,

<sup>69</sup> However, as Rosemary Hunter points out: «Despite the persistence of gender as an organizing principle of experience within the socio, it remains the case that too much socio-legal work fails – in the same way that law does – to take gender into account.» HUNTER 2013, 213.

<sup>70</sup> See, for example, BARTLETT 1991, 370-403; BAER J. 2011; BARNETT 1998, 19-28.

<sup>71</sup> SCHULTZ 2018.

<sup>72</sup> COTTERRELL 2006, 88 f.

<sup>73</sup> See, for example, MENEGATTI, RUBINI 2017; PETERSSON 1999.

industrial law or equality issues, as gender aspects are particularly relevant in these areas. [...] It makes however sense to offer an extended optional course which can be well integrated into Bachelor or even better Masters of Law [...] programme»<sup>74</sup>.

Scholars from different institutional contexts have produced similar proposals<sup>75</sup>. We are even witnessing inspiring attempts at the level of international cooperation, for example, by establishing a joint master's study programme on "Law and Gender" with an original programme curriculum and developing syllabi for all the courses, an accompanying textbook, setting up a Gender Equality Legal Clinic etc.<sup>76</sup>. While these initiatives are guided by a common goal, it would be difficult to argue that they share a singular vision. However, the fact that there is no consensus on how to best approach these challenges, should not be seen as problematic. I tend to agree with those who argue that it is important that law schools have enough room to adjust the implementation of the core goals and values to their particular institutional context, because «[i]n a sense, what matters is not so much the choice of subjects as the content and approach of those subjects»<sup>77</sup>.

Despite the obstacles and difficulties, it seems that gender-sensitive content and pedagogy have gradually started to find their way into law schools. However, in Slovenia, on the few occasions when discourse on gender equality has touched upon law, and more specifically legal education, these issues have not yet surfaced. In fact, it would be difficult not to agree with the conclusion that efforts to integrate a gender perspective into the content of legal education have been very limited.

On the one hand, the process of legal education in general is seldom the focal point of in-depth research and discussion within the legal community. In addition, on the rare occasions<sup>78</sup> when the legal curriculum is the subject of (potential) change, sometimes accompanied by academic discussion<sup>79</sup>, the dimension of gender responsive content and pedagogy is not one of the issues that are brought up.

On the other hand, although discourse on gender equality in Slovenia is well established in social scientific research as well as in the policy making process, it has – for the most part – side stepped the particular difficulties and opportunities of mainstreaming gender specifically into the process of legal education. Focusing on issues of education, for example, scholars working in the academic fields of sociology, education, social work, etc. have performed valuable research on how gender is construed in research on education<sup>80</sup> or about the complexities of gender inequality in the field of education<sup>81</sup>, on how gender is conceived by academic institutions<sup>82</sup>, how specific discourse shapes fundamental elements of the educational process, such as academic achievements<sup>83</sup>, even how feminist approaches have been integrated at the level of curriculum in Slovenian faculties of education<sup>84</sup>. However, as indicated above, challenges

<sup>74</sup> SCHULTZ 2018.

<sup>75</sup> See, for example, VUJADINOVIĆ 2015; CATELANI, STRADELLA 2014; AUCHMUTY 2003.

<sup>76</sup> "New Quality in Education for Gender Equality – Strategic Partnership for the Development of Master's Study Program Law and Gender" available at: <http://lawgem.ius.bg.ac.rs/> (accessed 2 May 2021).

<sup>77</sup> AUCHMUTY 2003, 392.

<sup>78</sup> For example, the implementation of the Bologna process principles in Slovenia, or the currently ongoing process of formal accreditation of the new, unified Bachelor and Master programme in law at the University of Ljubljana.

<sup>79</sup> See, for example, KRANJC, IGLIČAR 2005; KRANJC 2004; ACCETTO 2017.

<sup>80</sup> VENDRAMIN, ŠRIBAR 2005.

<sup>81</sup> HRZENJAK 2013.

<sup>82</sup> GABER 2018.

<sup>83</sup> VENDRAMIN, ŠIMENC 2016.

<sup>84</sup> PERGER et al. 2020.

concerning institutionalizing the gender perspective in teaching and research in law tend to be to some extent specific and findings from other fields may not be easily transferable.

It thus seems that there is a gap instead of an intersection between the two segments of the conceptual couple “law and gender” at least when applied to the context of legal education. There is discussion on law – sometimes touching upon the importance of legal education, including the “what” and “how” we teach in law schools. There is discussion on gender – often taking into account the context of (higher) education in general because it is considered a gateway for economic and social opportunity. However, these two worlds seldom collide. The legal profession, including legal scholars, tends to monopolize the first discussion, while mostly being completely uninterested to participate in the second one. And, on the other hand, it seems that sociologists, other researchers and policy-makers interested in gender studies are mostly content with leaving all legal aspects exclusively to the lawyers.

## 7. Conclusion

In way of conclusion, let me return to the illustrative example from the introduction to this manifesto. Having reviewed my argument sketched on the pages above, I am almost inclined – somewhat paradoxically – to agree with the author of the introductory remarks on most issues. Almost.

For example, I am sure that even many feminist writers would agree that law «as a virtual reality, is a direct expression of the mentality of those that originally created it» and therefore it should not come as a surprise that the legal profession «was once typically male». However, instead of thundering about the dangers of the recent changes in the composition of the judiciary, I think we should take this as a call to investigate the manifestations of male bias integrated into the very fabric of law<sup>85</sup>. I could get behind the claim that «society is [...] out of balance». However, certainly not because we are in a situation where «the female Yin has prevailed». In fact, I am probably not alone in arguing that (gender) balance never existed – and that remains true until today. In order to arrive at this conclusion, however, one must look beyond what I called the “numbers game” in legal education or the legal profession in general and take note of all other factors that influence our position in what Bourdieu called the juridical field<sup>86</sup>. It should further come as no surprise that I agree with the diagnosis about the law school being «the source of the problem». Although I trust that it is evident from what I have argued in this article, I would like to reiterate that what I consider to be the problem is somewhat different from manufacturing «senior legal nurses» (i.e. women) instead of old-time «jurists» (i.e. men). And finally, I firmly believe that in the process of legal education it is absolutely vital that we focus on developing the «cognitive, [...] volitive [and] moral tools» which will enable our students to become good judges – and, as I have aimed to demonstrate, legal gender competence should be included in the toolbox.

The reason underlying this article was not only to draw attention to or even mock discourse of this type. It is a genuine appeal to engage with issues of gender in the context of law and legal education, because the absence of a real discussion does not leave us in a vacuum of neutrality, but on a trajectory of backsliding in the pursuit of gender equality. Thus, this manifesto is aimed at stirring the debate and laying the groundwork for much needed further research on these issues.

<sup>85</sup> See, for example, BAER J. 1999, 39 ff.

<sup>86</sup> BOURDIEU 1987.

## References

- ABEL R.L. 1989. *Comparative Sociology of Legal Professions*, in ABEL R.L., LEWIS P.S.C. (eds.), *Lawyers in Society*, Vol. 3: *Comparative Theories*, University of California Press, 80 ff.
- ACCETTO M. 2017. *Petletni pravni študij in razvoj pravnega študija v svetu*, in «Pravnik», 72, 2017, 5 ff.
- AUCHMUTY R. 2003. *Agenda for a feminist legal curriculum*, in «Legal Studies», 23, 2003, 377 ff.
- BAER J.A. 1999. *Our Lives Before the Law*, Princeton University Press.
- BAER J.A. 2011. *Feminist Theory and The Law*, in GOODIN R.E. (ed.), *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford University Press, 305 ff..
- BAER S. 2010. *Recht: Normen zwischen Zwang, Konstruktion und Ermöglichung – Gender-Studien zum Recht*, in BECKER R., KORTENDIEK B. (eds.), *Handbuch Frauen- Und Geschlechterforschung – Theorie, Methoden, Empirie*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 555 ff.
- BALACHANDRAN M., DUFFY-GIDEON R., GELBORT H. 2019. *Speak Now: Results of a One-Year Study of Women’s Experiences at the University of Chicago Law School*, in «University of Chicago Legal Forum», 2019, 647 ff.
- BANAKAR R. 2015. *Normativity in Legal Sociology: Methodological Reflections on Law and Regulation in Late Modernity*, Springer International Publishing.
- BARNETT H. 1998. *Introduction to Feminist Jurisprudence*, Routledge-Cavendish.
- BARTLETT K. 1991. *Feminist Legal Methods*, in BARTLETT K., KENNEDY R. (eds.), *Feminist Legal Theory – Readings in Law and Gender*, Routledge, 370 ff.
- BASHI S., ISKANDER M. 2016. *Why Legal Education Is Failing Women*, in «Yale Journal of Law & Feminism», 18, 2016, 389 ff.
- BHABHA F. 2015. *Towards a Pedagogy of Diversity in Legal Education*, in «Osgoode Hall Law Journal», 52, 2015, 59 ff.
- BÖNING A., SCHULTZ U. 2019. *Juristische Sozialisation*, in BOULANGER C., ROSENSTOCK J., SINGELNSTEIN T. (eds.), *Interdisziplinäre Rechtsforschung: Eine Einführung in die Geistes- und Sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis*, Wiesbaden, Springer Fachmedien, 193 ff.
- BOURDIEU P. 1987. *The Force of Law – Toward a Sociology of the Juridical Field*, in «Hastings Law Journal», 38, 1987, 805 ff.
- BOURDIEU P. 2004. *Science of Science and Reflexivity*, University of Chicago Press.
- BUCHLER A., COTTIER M. 2012. *Legal Gender Studies: Rechtliche Geschlechterstudien*, Nomos.
- CATELANI E., STRADELLA E. 2014. *Equal opportunities and legal education: a mainstream perspective*, in «European Journal of Legal Studies», 7, 2014, 180 ff.
- COTTERRELL R. 1992. *The Sociology of Law: An Introduction*, Oxford University Press.
- COTTERRELL R. 2006. *Law, Culture And Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Ashgate Publishing.
- COWNIE F. 2010. *Legal Education and the Legal Academy*, in CANE P., KRITZER H.M. (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford University Press, 854 ff.
- CRANNY-FRANCIS A., WARING W., STAVROPOULOS P., KIRKBY J. 2003. *Gender Studies: Terms and Debates*, Palgrave Macmillan.
- DEFLEM M. 2008. *Sociology of law: Visions of a scholarly tradition*, Cambridge University Press.
- EDWARDS H.T. 1992. *The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession*, in «Michigan Law Review», 91, 1992, 34 ff.

- ELLIS E. 2005. *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press.
- FREDMAN S. 2008. *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press.
- FREDMAN S. 2011. *Discrimination Law*, Oxford University Press.
- FREDMAN S. 2016. *Substantive equality revisited*, in «International Journal of Constitutional Law», 14, 2016, 712 ff.
- FRIEDMAN L.M. 2016. *Impact: How Law Affects Behavior*, Harvard University Press.
- GABER M.A. 2018. *Akademске institucije v Sloveniji in (ne)enakost spolov*, in «Javnost – Public», 25, 2018, S81 ff.
- GALLIE W.B. 1955. *Essentially Contested Concepts*, in «Proceedings of the Aristotelian Society», 56, 1955, 167 ff.
- GALLIGAN D. 2006. *Law in Modern Society*, Oxford University Press.
- GALLIGAN Y., HAUPFLEISCH R., IRVINE L., KOROLKOVA K., NATTER M., SCHULTZ U., WHEELER S. 2017. *Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions Across the EU*, European Parliament.
- GENDER EQUALITY UNIT (ed.) 2016. *Background note on sexist hate speech*, Council of Europe, available at: <https://rm.coe.int/168059ad42> (accessed 28.4.2021).
- GERAPETRITIS G. 2016. *Affirmative Action Policies and Judicial Review Worldwide*, Springer International Publishing.
- GUINIER L., FINE M., BALIN J. 1994. *Becoming Gentlemen: Women's Experiences at one Ivy League Law School*, in «University of Pennsylvania Law Review», 143, 1994, 1 ff.
- HESSE H.A. 2004. *Einführung in die Rechtssoziologie*, VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- HRŽENJAK M. 2013. *Kompleksnost (spolnih) neenakosti v izobraževanju*, in «Šolsko polje», 24, 2013, 73 ff.
- HUMBERT A.L. 2020. *Gender mainstreaming higher education: checklist for law schools*, Council of Europe, European Union.
- HUNTER R. 2013. *The Gendered 'Socio' of Socio-Legal Studies*, in FEENAN D. (ed.), *Exploring the 'Socio' of Socio-Legal Studies*, Palgrave Macmillan, 205 ff.
- International Conference on Comparative Legal Review and the Judicial Protection of Gender Equality [WWW Document], 2021. Available at: <http://ipes-si.org/blog/2020/12/14/international-conference-on-comparative-legal-review-and-the-judicial-protection-of-gender-equality/> (accessed 29.4.21).
- ISRAEL M., SKEAD N., HEATH M., HEWITT A., GALLOWAY K., STEEL A. 2017. *Fostering "Quiet Inclusion": Interaction and Diversity in the Australian Law Classroom*, in «Journal of Legal Education», 66, 2017, 332 ff.
- JACQUOT S. 2015. *Transformations in EU Gender Equality: From emergence to dismantling*, *Gender and Politics*, Palgrave Macmillan.
- KANTOLA J., NOUSIAINEN K. 2012. *The European Union: Initiator of a New European Anti-Discrimination Regime?*, in KRIZSAN A., SKJEIE H., SQUIRES J. (eds.), *Institutionalizing Intersectionality - The Changing Nature of European Equality Regimes*, Palgrave Macmillan, 31 ff.
- KENNEDY D. 1982. *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy*, in «Journal of Legal Education», 32, 1982, 591 ff.
- KRANJC J. 2004. *Pravni študij v luči bolonjskega procesa: (od poučevanja k samostojnemu učenju)*, in *Dnevi Slovenskih Pravnikov 2004*, *Gospodarski vestnik*, 1739 ff.
- KRANJC J., IGLIČAR A. 2005. *Kakšen naj bo pravni študij?*, in «Pravna praksa», 24, 2005, 6 ff.

- LOMBARDO E., MEIER P., VERLOO M. 2009. *Stretching and bending gender equality: A discursive politics approach*, in LOMBARDO E., MEIER P., VERLOO M. (eds.), *The Discursive Politics of Gender Equality: Stretching, Bending and Policymaking*, Routledge, 1 ff.
- LORDE A. 2018. *The Master's Tools Will Never Dismantle the Master's House*, Penguin Classics.
- MCCRUDDEN C. 2011. *A Comparative Taxonomy of 'Positive Action' and 'Affirmative Action' Policies*, in SCHULTZ R. (ed.), *On-Discrimination in European Private Law*, Mohr Siebeck, 157 ff.
- MENEGATTI M., RUBINI M. 2017. *Gender Bias and Sexism in Language*, in GILES H., HARWOOD J. (eds.), in *Oxford Research Encyclopedia of Communication*, Oxford University Press.
- MENKEL-MEADOW C. 1989. *Feminization of the Legal Profession: The Comparative Sociology of Women Lawyers*, in ABEL R.L., LEWIS P.S.C. (eds.), *Lawyers in Society, Vol. 3: Comparative Theories*, University of California Press, 196 ff.
- NELKEN D. 2014. *Thinking About Legal Culture*, in «Asian Journal of Law & Society», 1, 2014, 255 ff.
- New Quality in Education for Gender Equality – Strategic Partnership for the Development of Master's Study Program Law and Gender. Available at: <http://lawgem.ius.bg.ac.rs/> (accessed 5.2.21).
- PERGER N., MENCIN M., TAŠNER V. 2020. *Teaching Feminism: Between Marginalisation and Feminist Persistence*, in «Šolsko polje», XXXI, 2020, 13 ff.
- PETERSSON S. 1999. *Gender-neutral drafting: recent Commonwealth developments*, in «Statute Law Review», 20, 1999, 35 ff.
- PURVIS D. 2012. *Female Law Students, Gendered Self-Evaluation, and the Promise of Positive Psychology*, in «Michigan State Law Review», 2012, 1693 ff.
- RÖHL K.F. 1987. *Rechtssoziologie - Ein Lehrbuch*, Carl Heymanns Verlag.
- SCHULTZ U. 2003. *Women Lawyers in Germany - Perception and Construction of Femininity*, in SCHULTZ U., SHAW G. (eds.), *Women in the World's Legal Professions*, Hart Publishing, 295 ff.
- SCHULTZ U. 2018. *Ein Gendercurriculum für die Rechtswissenschaft*, in «Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes», 21, 2018, 227 ff.
- SMART C. 1989. *Feminism and the Power of Law*, Routledge.
- SQUIRES J. 1999. *Gender in Political Theory*, Polity Press.
- VENDRAMIN V., ŠRIBAR R. 2005. *Onstran pozitivizma ali perspektive na »novo« enakost med spoloma*, in «Šolsko polje», XXI, 2005, 157 ff.
- VENDRAMIN V., ŠIMENC M. 2016. *Preizkušanje enakosti med spoli v izobraževanju: uspešnost ter neoliberalni in postfeministični diskurzi*, in «Šolsko polje», XXVII, 2016, 195 ff.
- VERLOO M., LOMBARDO E. 2007. *Contested Gender Equality and Policy Variety in Europe: Introducing a Critical Frame Analysis Approach*, in VERLOO M. (ed.), *Multiple Meanings of Gender Equality: A Critical Frame Analysis of Gender Policies in Europe*, Central European University Press, 21 ff.
- VUJADINOVIĆ D. 2015. *Gender mainstreaming in law and legal education*, in «Anali Pravnog Fakulteta u Beogradu», 63, 2015, 56 ff.
- WADDINGTON L., BELL M. 2011. *Exploring the boundaries of positive action under EU law: A search for conceptual clarity*, in «Common Market Law Review», 48, 2011, 1503 ff.
- WALBY S. 2009. *Beyond the politics of location. The power of argument in gender equality politics*, in LOMBARDO E., MEIER P., VERLOO M. (eds.), *The Discursive Politics of Gender Equality: Stretching, Bending and Policymaking*, Routledge, 36 ff.
- WALD E. 2011. *A Primer on Diversity, Discrimination, and Equality in the Legal Profession or Who is*

*Responsible for Pursuing Diversity and Why*, in «Georgetown. Journal of Legal Ethics», 24, 2011, 1079 ff.

WEBER M. 1978. *Economy and Society*, University of California Press.

WORKING GROUP ON STUDENT EXPERIENCES. 2004. *Study on Women's Experiences at Harvard Law School*, Harvard Law School.

ZACHARIAS F.C. 2009. *The Lawyer's Role in a Contemporary Democracy, Promoting Social Change and Political Values - True Confessions About the Role of Lawyers in a Democracy*, in «Fordham Law Review», 77, 2009, 159 ff.

ZUPANČIČ B.M., 2012. *Če norci uporabljajo zakon* [Interview with Boštjan M. Zupančič], in «Večer», available at: <https://www.vecer.com/navaden/201203035755026-5755026> (accessed 28.4.2021).

ZUPANČIČ B.M. 2013. *Prva od suhih krav*, Cankarjeva založba.

ZUPANČIČ B.M. 2020. *Udbovska deca paradira po cestah* [Interview with Boštjan M. Zupančič], in «Kanonist», available at: <https://www.kanonist.eu/blog/2020/6/9/udbovska-deca-paradira-po-cestah> (accessed 1.5.2021).

# IL DISGUSTO DI FLAUBERT

FERDINANDO **TREGGIARI**



Il disgusto di Flaubert

Flaubert's Disgust

FERDINANDO TREGGIARI

Università degli studi di Perugia, professore ordinario.  
E-mail: [ferdinando.treggiari@unipg.it](mailto:ferdinando.treggiari@unipg.it).

ABSTRACT

In un contesto universitario affetto da una perniciosa e crescente burocratizzazione, l'insegnamento del diritto deve misurarsi con un quadro delle fonti giuridiche non più interpretabile con le categorie del passato. Oggi più che mai pluralismo, storicizzazione e interdisciplinarietà rappresentano le coordinate di un nuovo modello formativo del giurista.

In a university environment affected by a pernicious and growing bureaucratisation, the teaching of law has to deal with a framework of legal sources that can no longer be interpreted with the categories of the past. Today, more than ever, the coordinates for a new training model for lawyers are pluralism, historicization and interdisciplinarity.

KEYWORDS

Università, insegnamento del diritto, insegnamento della storia del diritto

University, teaching of law, teaching of legal history

# Il disgusto di Flaubert

FERDINANDO TREGGIARI

1. *I nomi e le cose* – 2. «DIRITTO (JUS). Non si sa bene cosa sia» – 3. *Per una didattica contrappuntistica*.

## 1. *I nomi e le cose*

Tra i fattori endemici, che si oppongono ad un aggiornamento della didattica universitaria del diritto, Massimo Vogliotti indica la scarsa importanza attribuita dai professori all'insegnamento; la disattenzione istituzionale per la didattica come indicatore di professionalità; la persistenza del modello d'insegnante "fai-da-te", la mancanza di un investimento nella formazione dei "formatori". Su tutto, la «crescente burocratizzazione dell'università, che ne appesantisce e rallenta i movimenti»<sup>1</sup>. Forse conviene partire proprio da quest'ultimo punto.

Se il linguaggio è una spia della mentalità, il primo atto di autolesionismo dell'università italiana del terzo millennio è stato aver ribattezzato "dipartimenti" le antiche "facoltà". Nell'originaria organizzazione didattica dello *Studium* – un'invenzione che il Medioevo italiano ha elargito al mondo – i corsi di insegnamento organizzati attorno ad una specifica disciplina erano detti *facultates* proprio per l'evocativo richiamo di questa parola ad itinerari di conoscenza indirizzati all'acquisizione di un ingegno intellettuale in particolari campi del sapere<sup>2</sup>. Per almeno nove secoli l'intero mondo civilizzato ha continuato a denominare "facoltà" i corsi di istruzione universitaria, limitandosi a tradurre la parola latina nelle lingue nazionali, nella convinzione che la tradizione incarnata nel nome già da sé sola riempisse di significato la cosa. La trasformazione della "facoltà" (traslato che ha identificato sempre e solo la sede deputata alla trasmissione di conoscenze superiori) in "dipartimento" (termine che vale invece per ogni struttura organizzata in uffici) è stato accompagnato da un generale cambio di passo dell'universo linguistico accademico, fino alla creazione di «un sistema di segni linguistici e parametri formalizzati che hanno espropriato l'esperienza vissuta» e reso l'università una realtà surrogata dalla sua rappresentazione retorica<sup>3</sup>.

Il linguaggio autoreferenziale è costellato di formule – "offerta formativa", "crediti didattici" "prodotti della ricerca", "eccellenza", "classe A" –, che rimandano a contenuti di dubbia consistenza, ma attorno alle quali oggi ruota l'intero funzionamento dei nostri atenei. Quel linguaggio è tanto d'effetto quanto vacuo e indeterminato, tanto iperbolico quanto privo di effettiva sostanza. Le nuove formule del gergo burocratico-accademico italiano si alimentano di inevitabili anglicismi, che mimano il lessico del *management* aziendale, ovviamente facendone propri i valori: la didattica trattata in termini di *customer satisfaction* (espressione che dà per scontata la metamorfosi degli studenti in clienti); il *brain storming* di ateneo come trasfigurazione aziendale dell'idea di comunità scientifica...

Forte è poi la distorsione sul piano dell'amministrazione della ricerca scientifica. Secondo i paradigmi produttivo-metrici che ne governano la valutazione, che un libro sia stato scritto attingendo pedissequamente ad altri libri, che sia privo di originalità e magari scritto anche in un non buon italiano (una delle tare più tragiche dell'università di massa) non impedisce di

<sup>1</sup> VOGLIOTTI 2020, 236. Di "strangolamento burocratico" parla il documento *Disintossichiamoci - Sapere per il futuro* apparso il 17 febbraio 2020 in <https://www.roars.it/online/disintossichiamoci-un-appello-per-ripensare-le-politiche-della-conoscenza/> (visitato il 29 maggio 2021).

<sup>2</sup> FROVA, TREGGIARI 2018.

<sup>3</sup> BERTONI 2016, 69 ss.

considerarlo come un'unità di valore astratto ("il prodotto") pari al libro degno di questo nome, con implicito tradimento del senso originario della "qualità della ricerca". Che uno stesso articolo, «ai fini del calcolo degli indicatori dell'Abilitazione Scientifica Nazionale [...] e ai fini dell'accreditamento dei corsi di dottorato di ricerca» (cito dal sito dell'ANVUR), acquisti valore solo se pubblicato in una rivista di classe "A" e lo perda, invece, se destinato ad una rivista di non-classe "A", inverte la logica della valutazione, che richiederebbe di apprezzare piuttosto la qualità intrinseca del "prodotto", che la sede in cui viene pubblicato. Ma se questa regola già appare paradossale, contraddice anche se stessa, visto che in determinati casi non è neanche la sede di pubblicazione il parametro che conta. Infatti, quando la rivista sia di classe "A" solo per determinati "settori scientifico-disciplinari", a pubblicarvi articoli "guadagnerà" solo il ricercatore appartenente al "settore" per il quale la rivista ha quella classificazione. Va da sé che un sistema così concepito disincentivi il dialogo interdisciplinare, se la rivista, in cui siano chiamati a riversare i loro "prodotti" studiosi di settori scientifici diversi che abbiano collaborato ad una ricerca comune, sia di classe "A" solo per alcuni di essi. Cosa abbiano a che vedere queste regole con i valori fondanti della ricerca è tutto da scoprire.

Un altro capolavoro d'incoerenza sono i settori stilati dall'European Research Council (ERC), forse il parto più strambo delle istituzioni europee della ricerca. In questi settori il diritto, branca fondativa del sapere universitario (mica per niente, dall'origine dell'università e più o meno fino ad oggi, i professori delle facoltà di giurisprudenza hanno sempre preceduto gli altri loro colleghi nei cortei delle cerimonie ufficiali di ateneo), scompare quasi del tutto nel grande paniere delle "scienze umane e sociali"<sup>4</sup>, spogliato delle sue specificità disciplinari e con gravi e incomprensibili dimenticanze. Sfido, ad esempio, a cercare nell'elenco di quei settori una corrispondenza plausibile per gli studi di storia del diritto. E se pure il *file* intitolato ERC EVALUATION PANELS AND KEYWORDS ERC avverte che «The list of keywords and descriptors associated to each panel is indicative and not exhaustive», esso tuttavia invita a compiere comunque la scelta di un settore, «even if not specifically mentioned under a given panel». Ha tutto questo un senso?

In questo incomprensibile contesto gli atenei vengono messi in concorrenza tra loro. E poiché il mercato chiama pubblicità e la pubblicità chiama immagine, si assiste all'osceno di lauree honoris causa attribuite a personaggi famosi solo perché osannati dal pubblico intossicato dei social networks; o allo spudorato illecito dell'esame di lingua truccato ad hoc ed elargito al calciatore straniero per favorirne l'ingaggio da parte di una società sportiva blasonata<sup>5</sup>. Sono solo alcuni dei prezzi che gli atenei di oggi sono disposti a pagare, pur di brillare in vetrina. Senza neanche darsi conto – ed è questo l'aspetto più triste – di aver smarrito il senso dell'originaria missione dell'università: l'educazione di uomini colti; il progresso delle conoscenze; e il rispetto del merito<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> CONTE 2018, 118 s.

<sup>5</sup> MONTANARI 2020.

<sup>6</sup> Il "politicamente corretto", altra piaga odierna, esigerebbe che scrivessi «di donne e di uomini colti». Al lettore provveduto, però, accredito la conoscenza di un frammento di Gaio (in Dig. 50, 16, 152: «*Hominis' appellatione tam feminam quam masculum contineri non dubitatur*»), che aveva già ordinato cavallerescamente i generi. A incombere oggi è però anche un'altra minaccia: la burocratizzazione del lessico asessuato, reso graficamente (verbalmente sarebbe improbo) con l'asterisco al posto della vocale finale (come se ciò bastasse a ridare dignità ad un genere discriminato: cfr. LOMBARDI VALLAURI 2020, 15 ss.) e che la passiva seduzione del *mainstream* induce i meno abili a pietosi e risibili infortuni (*La gaffe di Regione Lombardia sul linguaggio inclusivo: quell'asterisco inutile sulla parola 'artist'*, in «La Repubblica/Milano», 19 aprile 2021: [https://milano.repubblica.it/cronaca/2021/04/19/news/regione\\_lombardia\\_artist\\_genero\\_asterisco-297044090/](https://milano.repubblica.it/cronaca/2021/04/19/news/regione_lombardia_artist_genero_asterisco-297044090/); consultato il 20 aprile 2021). Continuiamo intanto a omaggiare la censura religiosa occultando con geniali stratagemmi il pene inerme di una scultura immortale (ROSSI 2021).

## 2. «DIRITTO (JUS). Non si sa bene cosa sia»<sup>7</sup>

Assecondando le insistenze del padre, nell'autunno del 1841 il giovane Flaubert si era recato di mala voglia a Parigi per iscriversi alla facoltà di giurisprudenza. L'esasperazione e il disgusto per gli studi giuridici universitari non avrebbero tardato a dissuaderlo dal proseguirli:

«la giustizia umana è per me quanto c'è di più farsesco al mondo: un uomo che ne giudica un altro è uno spettacolo che mi farebbe crepar dal ridere se non mi facesse pietà, e se non fossi attualmente obbligato a studiare la serie di assurdità in virtù delle quali lo si giudica. Non riesco a vedere niente di più stupido del diritto, ad eccezione dello studio del diritto»<sup>8</sup>.

Nel *Faust* di Goethe, Mefistofele, travestito da dottor Faust, riceve uno studente desideroso d'imparare «qualche cosa che ne valga la pena». Lo studente confessa di non sapersi adattare a studiare giurisprudenza e ne viene compatito:

«Non ve ne posso fare una gran colpa. So come vanno le cose in questo insegnamento. Si ereditano leggi e diritti, come un'eterna malattia. Si trascinano di generazione in generazione e si spostano lentamente di paese in paese. La ragione si trasforma in un assurdo, il bene in un tormento»<sup>9</sup>.

Da due antagonistiche aree culturali dell'Europa ottocentesca – la Francia legicentrica e la Germania del *Professorenrecht* – affiora lo stesso scetticismo, la stessa irrisione verso le virtù del sapere giuridico. Quei due grandi blocchi della tradizione giuridica europea dell'età dei nazionalismi si sono da tempo sgretolati, ma la loro crisi non ha aperto la via ad un metodo di studio, ad un sistema di conoscenza e ad un corrispondente modello formativo di eguale forza. Come ghiacciai in sfaldamento, hanno lasciato andare alla deriva i loro pezzi, propiziando approdi nichilistici<sup>10</sup>.

Nessuna nostalgia per quelle compiutezze perdute. Il quadro delle fonti è oggi indubbiamente più complesso e indefinito che in passato, non più dominabile con le sole coordinate ermeneutiche del positivismo legalistico e del positivismo scientifico. Non sono solo le spinte interne agli ordinamenti nazionali (l'ipertrofia normativa, la giurisprudenzializzazione del diritto) a stimolare nuovi approcci all'universo del diritto; è soprattutto lo scenario dell'integrazione europea e il peso dei due corpi normativi sovranazionali, il diritto dell'Unione europea e il diritto generato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, a orientare e a ridefinire mentalità e metodo di lavoro del giurista<sup>11</sup>. In particolare, la penetrazione dei principi della CEDU e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo all'interno degli ordinamenti nazionali ha propiziato la formazione di un linguaggio giuridico, la cui peculiarità è di abbracciare, insieme, il campo delle regole formali e quello dei principi di giustizia, reincarnando la millenaria dialettica tra naturalità e positività dei diritti in un quadro caratterizzato da forte dinamicità. È certo che i “principi generali” del diritto si situino oggi ben oltre i vincoli fissati dall'art. 12 delle Preleggi del Codice civile, che ne aveva recintato la ricerca all'ordinamento nazionale, sul presupposto dell'equivalenza fra diritto e positività dell'or-

<sup>7</sup> FLAUBERT 2000, 1285.

<sup>8</sup> Lettera del 15 marzo 1842 a Ernest Chevalier, in FLAUBERT 1973, 98.

<sup>9</sup> GOETHE 1965, 91-99. Il primo consiglio che Mefistofele dà allo studente è di seguire un corso di logica («La fabbrica dei pensieri è simile ad un bel lavoro eseguito dal tessitore al telaio dove un colpo del piede mette in movimento mille fili»). Poi, però, piuttosto che a sudare per la scienza (dato che «ognuno impara solamente quello che può imparare»), suggerisce allo studente d'imparare a trattare le donne («I loro eterni *ohi* ed *ahi*, per quanto su mille toni, si curano tutti da un unico punto»).

<sup>10</sup> In TREGGIARI 2015, ricordavo IRTI 2005; e IRTI 2014.

<sup>11</sup> GRAZIADEI 2017, 99 ss. (p. 107: «La complessità giuridica [...] è il prezzo da pagare per riparare i guasti del nazionalismo giuridico, e per proteggere i diritti fondamentali di tutti gli individui nei cui confronti gli Stati del Consiglio d'Europa esercitano la propria competenza»).

dine pubblico interno<sup>12</sup>. Oggi la ricognizione dei principi generali, non più formulabili attraverso regole che abbiano la determinatezza propria della norma, viene spinta oltre la trama delle leggi ordinarie e della stessa Costituzione nazionale, recuperando campi e valori prima ritenuti indifferenti per il diritto. In questa chiave si spiega anche il basso tasso tecnico-giuridico del linguaggio della CEDU. L' "indeterminatezza", che connota la tessitura dei suoi enunciati<sup>13</sup>, da un lato agevola la loro traduzione negli idiomi degli Stati del Consiglio d'Europa, uniformandoli e rendendoli più comprensibili ai comuni cittadini, che sono poi coloro che si appellano al diritto per tutelare le loro ragioni nei giudizi<sup>14</sup>; dall'altro lato, vale a configurare i principi come "quadri argomentativi aperti", suscettibili di essere ulteriormente dilatati dalla lettura che ne dà la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, mirata al riconoscimento equitativo delle situazioni giuridiche protette dalla Convenzione e alla definizione di equilibri fra gli interessi in conflitto destinati a rinnovarsi di continuo<sup>15</sup>. Il rilievo che le circostanze di fatto assumono nella decisione delle liti e la libertà, di cui gode il giudice europeo, il quale non ha dietro di sé un retroterra istituzionale e normativo che ne condizioni l'azione<sup>16</sup>, frustrano ogni nostalgico approccio sistematico o sillogistico (e, a maggior ragione, ogni anacronistico approccio "sovranista"), che tenda a ricondurre a rigida univocità la semantica dei principi fondamentali.

Queste trasformazioni sono già visibili nella giurisprudenza degli ordinamenti nazionali e talvolta ad esse prestano il fianco gli stessi testi costituzionali. La costituzione della Repubblica di San Marino, ad esempio, tiene aperta la sua trama in due direzioni: verso il diritto comune europeo attuale (art. 1 comma 3: «L'ordinamento sammarinese riconosce, garantisce ed attua i diritti e le libertà fondamentali enunciate nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali») e verso il diritto comune europeo storico (art. 3bis comma 6: «La consuetudine e il diritto comune costituiscono fonte integrativa in assenza di disposizioni legislative»); due aperture, che indirizzano la giurisprudenza all'impiego di canoni ermeneutici basati sull'interazione fra la tradizione giuridica (il ricco retroterra dell'esperienza europea dello *ius commune*) e la contemporaneità della fonte convenzionale, saldando la consapevolezza storica del problema giuridico al portato del nuovo formante europeo.

### 3. Per una didattica contrappuntistica

Il nuovo orizzonte delle fonti normative e dei canoni ermeneutici non può non avere ricadute sui percorsi formativi. Ma tarda a ridefinirli. A differenza di quanto è avvenuto in passato, non è ancora avvenuta la saldatura con un corrispondente modello formativo<sup>17</sup>. Alcune novità si intravedono, è indubbio, ma non ancora in forma strutturata. Ciò appare dovuto sia alla difficoltà di approntare moduli didattici coerenti ad un diritto che sta mutando pelle; sia alla resistenza del mondo giuridico accademico a favorirne l'assimilazione e la traduzione in aggiornati percorsi formativi. L'attuale ordinamento dei piani di studio, ingessato dalle tabelle ministeriali (a cui i professori si adattano, coltivando miopi logiche di corpo)<sup>18</sup> e dalla contabilità dei crediti (che misura gerarchicamente i corsi d'insegnamento), è da decenni pressoché immutato, salvo timide riverniciature e apparenti novità (le "cliniche del diritto" sono un trovato da vecchio guardaroba delle facoltà di giurisprudenza, se giustapposte all'organizzazione di studi esistente). I comparti

<sup>12</sup> RESCIGNO 1992. Una rimeditazione recente in CERRONE 2018, 598 ss.

<sup>13</sup> MELCHIOR 1990.

<sup>14</sup> Non dimenticando che il diritto «non appartiene solo ai giuristi, ma a tutta la collettività»: BAMBI 2018, 44.

<sup>15</sup> REPETTO 2011, 116, 125-127, 324.

<sup>16</sup> REPETTO 2012, 561.

<sup>17</sup> «[C]he tra tutti gli elementi del paradigma è quello più resistente al cambiamento» (VOGLIOTTI 2020, 243).

<sup>18</sup> CONTE 2018, 117.

disciplinari e le etichette delle materie insegnate sono quelli che erano; il numero dei corsi opzionabili, che negli anni settanta e ottanta si era moltiplicato, è oggi drasticamente contratto. E se gli insegnamenti rimandano ai professori, qui interviene un altro fattore frenante: nelle università italiane il reclutamento dei docenti e la progressione delle loro carriere avviene ormai quasi ovunque all'interno dei dipartimenti d'ingresso. La *peregrinatio* dei maestri, che fu uno degli elementi di vitalità e di crescita dell'università delle origini, non esiste più: i dipartimenti si auto-alimentano, con esiti, in molti casi, d'impoverimento. A dare un po' di luce sono due novità: i corsi giuridici in lingua e l'ormai trentennale esperienza Erasmus. I primi portano in dote un doppio vantaggio incorporato nella didattica in lingua straniera: la pratica di un altro idioma e l'almeno tendenziale proiezione comparatistica dei contenuti del corso, che traghetta virtualmente gli studenti fuori dai confini nazionali. Il periodo di studi universitari in atenei esteri propizia la conoscenza diretta del mondo universitario di altri contesti ordinamentali ed è una fondamentale palestra di pluralismo.

Ma il pluralismo, oltre che nella varietà delle esperienze di studio, dovrebbe incarnarsi in una organizzata educazione interdisciplinare. Lo si ripete ormai da mezzo secolo. Oggi più che mai, però, alla formazione del giurista non può bastare l'acquisizione di una sola intelligenza disciplinare<sup>19</sup>. L'intreccio di più strumenti conoscitivi può svilupparsi in varie forme: costruendo "pilastri interconnettivi", come quelli progettati in Francia vent'anni fa<sup>20</sup>; investendo nella combinazione "Law and", diffusa nel mondo anglosassone ma sperimentata anche in alcune università d'Europa<sup>21</sup>; ricalcando esempi di progetti formativi fisiologicamente impostati sul dialogo del diritto con altre discipline<sup>22</sup>. A qualunque ipotesi di interconnessione disciplinare torna congeniale la metafora del contrappunto. La geniale scoperta che melodie diverse possono essere combinate e ascoltate simultaneamente in modo armonico cambiò l'arte e il piacere della musica. La metafora contrappuntistica è stata già suggestivamente evocata per regolare la coesistenza di sfere ordinamentali concorrenti (quella comunitaria e quella degli Stati-membri UE) e per appianare le reciproche pretese di esclusività<sup>23</sup>; ha incoraggiato un ardito esperimento radiofonico<sup>24</sup>; può ben essere evocata per richiamare la polifonia che s'innesci dall'incontro del diritto con altre scienze.

Il rischio di dissonanze si riduce quando le discipline sono affini. E tuttavia, anche quando le materie condividano lo stesso macro-campo (le scienze umane e sociali), l'armonia non è sempre così scontata. Penso al dialogo – sulla carta, mutuamente profittevole – tra la storia del diritto e la storia (senz'altra specificazione)<sup>25</sup>. È mia impressione che, anche a causa delle frontiere dipartimentali, questa relazione non sia biunivoca, perché mentre lo storico del diritto è istintivamente proiettato alla conoscenza e all'approfondimento degli altri aspetti del fenomeno regolato dal diritto, lo storico "puro", tranne rari e meritori casi, non fa altrettanto, arrestandosi ad una percezione solo esterna del dato giuridico, non interessandosi alla struttura e al funzionamento dei complessi normativi, alle logiche dell'interpretazione, alla morfologia degli istituti, alla trama delle procedu-

<sup>19</sup> GRECO 2018, 67.

<sup>20</sup> Cfr. VOGLIOTTI 2020, 235 (nt. 18), 251 s.

<sup>21</sup> RESTA 2018, 142 ss.

<sup>22</sup> Quanto a quello adottato a Parigi dalla *École de droit* di SciencesPo, cfr. MARELLA 2018, 79 ss.; cfr. inoltre i contributi compresi in VOGLIOTTI (ed.) 2018.

<sup>23</sup> MADURO 2003, 520, 524 ss.; cfr. REPETTO 2011, 325.

<sup>24</sup> Nei suoi documentari alla radio canadese il pianista Glenn Gould ingegnò una tecnica che definì "*contrapunctual radio*". Verosimilmente escogitata anche allo scopo di concentrare più contenuti in un tempo di trasmissione limitato, la tecnica consisteva nel mandare in onda nello stesso momento i discorsi di più persone. La sovrapposizione di più voci e di più flussi di parole rendeva certamente complesso e impegnativo l'ascolto, ma Gould era convinto che l'ascoltatore fosse in grado di comprendere due o più conversazioni simultanee.

<sup>25</sup> Nell'articolo di VOGLIOTTI (2020) il riferimento alla storia ricorre, apprezzabilmente, almeno una ventina di volte e suppone la convinzione che nel piano formativo del giurista la conoscenza storica non debba restare confinata all'esistenza (sopravvivenza) di un Settore Scientifico-Disciplinare dedicato, ma debba essere parte del bagaglio culturale di ogni studioso di materie giuridiche, pena l'inaridimento di ogni serio progetto educativo.

re giudiziali; al più, forse, accostandosi al profilo delle istituzioni pubbliche. Si prenda uno statuto municipale medievale, testo legislativo che più di altri riflette il mondo sociale che doveva regolare. Si provi a farlo tradurre in italiano dall'originale medio-latino: lo storico assolverà questo compito avvalendosi della (sola) grammatica della lingua; lo storico del diritto, conoscendo anche la grammatica del diritto e sapendo individuare all'interno del testo statutario gl'imprestati da altre scritture normative<sup>26</sup>, ne saprà restituire più consapevolmente il senso.

L'intreccio di competenze culturali diverse dovrebbe infine proiettarsi in testi didattici di spessore e caratteristiche corrispondenti, in grado soprattutto di tenere viva l'attenzione al diritto come problema. Un'interessante novità per la storia del diritto è rappresentata da una recente antologia tematica di testi dello *ius commune* medievale, pensata per il pubblico americano<sup>27</sup>, il cui pregio, oltre alla ricchezza e alla varietà dei testi selezionati (e tradotti), sta nel riuscire ad offrire, grazie a solidi apparati introduttivi, molte più informazioni sul Medioevo italiano e molte più chiavi per la comprensione dei suoi ordinamenti e dei suoi istituti giuridici di quante se ne possano trarre da un tradizionale manuale di storia delle fonti. Il risultato è, da un lato, di restituire al lettore, attraverso la conoscenza di un significativo campione di testi dottrinali, normativi e negoziali, tutta la prismaticità dell'ordine giuridico, inquadrato nei suoi mutevoli contesti sociali; dall'altro, di offrire agli studenti, attraverso la selezione del brano di dottrina, del *consilium* o della *quaestio disputata*, l'occasione per misurarsi con l'aspetto logico, dialettico, controversiale del ragionamento sui casi, facendo anche della lezione di storia del diritto un' "esercitazione intellettuale"<sup>28</sup> e non la spenta occasione per una somministrazione passiva di dati.

Quanto poi alle modalità concrete della comunicazione didattica, se stabilmente impiegato, il sistema della "classe capovolta", vale a dire il metodo di assegnare preventivamente agli studenti il tema e i materiali che impegneranno la lezione successiva, contribuirà certamente a rendere più intensa l'interattività<sup>29</sup>. A cementare la comunità didattica potrà infine fare gioco anche il viaggio di istruzione all'estero su un particolare tema di studio, come testimonia l'esperienza che ho compiuto per diversi anni con gruppi selezionati di studenti dei miei corsi di Perugia e di Roma, con la generosa collaborazione di colleghi stranieri.

Ma per attirare l'interesse e la partecipazione della classe è vitale che non manchi mai la fiamma dell'idea e la seduzione della parola. A quel punto, anche Flaubert potrebbe ricredersi.

<sup>26</sup> Cfr. CAPRIOLI 1988, 444 s. Sui problemi di tradurre il diritto cfr. CAPRIOLI 2009.

<sup>27</sup> CAVALLAR, KIRSHNER 2020. La mia recensione si legge in TREGGIARI 2020. Altri commenti a questo libro appariranno in un fascicolo dell'annata 2021 di «Reti Medievali Rivista».

<sup>28</sup> La conversione della "predicazione dalla cattedra" in "esercitazione intellettuale" era un antico auspicio di Vittorio Scialoja (1913), di recente ricordato da MURA 2014, XXVIII.

<sup>29</sup> Anche se la lezione sia tenuta per via telematica, anziché in aula. La tanto vituperata didattica a distanza, imposta dall'emergenza pandemica da Covid-19, oltre ad aver propiziato una maggiore confidenza con l'ambiente digitale, avvicinando almeno in questo le generazioni, ha standardizzato un canale formativo tutt'altro che di fortuna e non privo di potenzialità: non è vincolato da limiti di orario e di luogo; non richiede altro impegno di mezzi che l'uso di un computer e di una connessione alla rete informatica; moltiplica le possibilità di colloquio in video; incentiva, non richiedendo spostamenti, la partecipazione degli studenti.

### Riferimenti bibliografici

- BAMBI F. 2018. *Leggere e scrivere il diritto*, in PASCIUTA B., LOSCHIAVO L. (eds.), *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, Roma Tre-Press, 31 ss.
- BERTONI F. 2016. *Universality. La cultura in scatola*, Laterza.
- CAPRIOLI S. 1988. *Una città nello specchio delle sue norme. Perugia milleduecentosettantanove*, in «Società e istituzioni dell'Italia comunale: l'esempio di Perugia (secoli XII-XIV)» (Atti del Congresso storico internazionale, Perugia, 6/9 novembre 1985), II, 1988, 367 ss.
- CAPRIOLI S. 2009. *Tradurre diritto. Come e perché*, in «Bollettino della Deputazione di storia patria per l'Umbria», 106, 1, 2009, 7 ss.
- CAVALLAR O., KIRSHNER J. 2020. *Jurist and Jurisprudence in Medieval Italy: Text and Context*, University of Toronto Press.
- CERRONE F. 2018. *In margine ad un frammento di storia e teoria delle fonti: le norme sulle norme in tema di interpretazione*, in «Diritto e Società», 4, 2018, 545 ss.
- CONTE E. 2018. *Educare il giurista. Le sfide del terzo millennio e le tentazioni della conservazione accademica*, in PASCIUTA B., LOSCHIAVO L. (eds.), *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, Roma Tre-Press, 115 ss.
- FLAUBERT G. 1973. *Correspondance*, I (janvier 1830 à avril 1851), Gallimard.
- FLAUBERT G. 2000. *Dizionario delle idee correnti*, in *Opere*, II. 1863-1880, Mondadori, 1257 ss.
- GRAZIADEI M. 2017. *Navigare nel diritto incerto. La dottrina e le nuove frontiere dell'educazione del giurista in Europa*, in FARO S., PERUGINELLI G. (eds.), *La dottrina giuridica e la sua diffusione*, Giappichelli, 93 ss.
- GRECO T. 2018. *L'orizzonte del giurista tra autonomia ed eteronomia*, in PASCIUTA B., LOSCHIAVO L. (eds.), *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, Roma Tre-Press, 45 ss.
- FROVA C., TREGGIARI F. 2018. *Definition and Development of Disciplinary Maps (Perugia, 14th-15th centuries)*, in «Annali di storia delle Università italiane», 22, 2, 2018, 99 ss.
- GOETHE W. 1965. *Faust (I e II parte)*. *Urfaust*, I, Feltrinelli.
- IRTI N. 2005. *La formazione del giurista nell'Università del «saper fare»*, in ID., *Nichilismo giuridico*, Laterza, 68 ss.
- IRTI N. 2014. «Calcolabilità» weberiana e crisi della fattispecie, in «Rivista di diritto civile», 60, 5, 2014, 987 ss.
- LOMBARDI VALLAURI E. 2020. *Ancora bigotti. Gli italiani e la morale sessuale*, Einaudi.
- MADURO M.P. 2003. *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in WALKER N. (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, 501 ss.
- MARELLA M.R. 2018. *Per un'introduzione allo studio del diritto: costruire le competenze di base*, in PASCIUTA B., LOSCHIAVO L. (eds.), *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, Roma Tre-Press, 69 ss.
- MELCHIOR M. 1990. *Notions «vagues» ou «indéterminées» et «lacunes» dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in MATSCHER F., PETZOLD H. (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard Wiarda*, Carl Heymanns, 411 ss.
- MONTANARI T. 2020. *È osceno che l'università premi fama e ricchezza (di Suárez)*, in «Il Fatto Quotidiano», 24 settembre 2020.
- MURA E. 2014. *Emilio Betti, oltre lo specchio della memoria*, in BETTI E., *Notazioni autobiografiche*, Cedam, IX ss.

- REPETTO G. 2011. *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene.
- REPETTO G. 2012. *Per un'ermeneutica della rilevanza. La teoria dell'argomentazione di Alessandro Giuliani e il suo contributo allo studio della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in CERRONE F., REPETTO G. (eds.), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Giuffrè, 553 ss.
- RESCIGNO P. 1992. *Relazione conclusiva*, in *I principi generali del diritto* (Convegno Roma, 27-29 maggio 1991, Atti dei Convegni Lincei, 96), Accademia Nazionale dei Lincei, 331 ss.
- RESTA G. 2018. *Quale formazione, per quale giurista*, in PASCIUTA B., LOSCHIAVO L. (eds.), *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, Roma Tre-Press, 126 ss.
- ROSSI G. 2021. *Censurata la copia in 3D del David di Michelangelo a Dubai*, in «Huffpost», 28 aprile 2021: [https://www.huffingtonpost.it/entry/censurata-la-copia-in-3d-del-david-di-michelangelo-a-dubai\\_it\\_60890d1ee4b05af50dbd4aao](https://www.huffingtonpost.it/entry/censurata-la-copia-in-3d-del-david-di-michelangelo-a-dubai_it_60890d1ee4b05af50dbd4aao) (consultato il 19 maggio 2021).
- TREGGIARI F. 2015. *Le tecniche casistiche di insegnamento del diritto: esperienze e modelli a confronto*, in ROMANO A. (ed.) *Dalla lectura all'e-learning*, CLUEB, 277 ss.
- TREGGIARI F. 2020. Recensione a CAVALLAR O., KIRSHNER J., *Jurist and Jurisprudence in Medieval Italy: Text and Context*, University of Toronto Press, 2020, in «Bollettino della Deputazione di storia patria per l'Umbria», 117, 2, 2020, 545 ss.
- VOGLIOTTI M. (ed.) 2018. *Pour une nouvelle éducation juridique*, L'Harmattan.
- VOGLIOTTI M. 2020. *Per una nuova educazione giuridica*, in «Diritto & questioni pubbliche», 20, 2, 2020, 229 ss.

STUDI



LA “DEMOCRAZIA  
ILLIBERALE”  
IN UNGHERIA TRA  
DIRITTO, NARRATIVE  
POLITICHE E COVID-19:  
ELEMENTI DI RIFLESSIONE  
SULLA RESILIENZA DELLE  
DEMOCRAZIE IN TEMPI  
DI PANDEMIA

LUCIA **BELLUCCI**



La “democrazia illiberale” in Ungheria tra diritto, narrative politiche e COVID-19: elementi di riflessione sulla resilienza delle democrazie in tempi di pandemia

The “Illiberal Democracy” in Hungary between Law, Political Narratives and COVID-19: Thoughts on the Resiliency of Democracies in Times of Pandemic

LUCIA BELLUCCI

Professoressa associata di Sociologia del diritto, Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Scienze giuridiche “Cesare Beccaria”.

E-mail: [lucia.bellucci@unimi.it](mailto:lucia.bellucci@unimi.it).

#### ABSTRACT

In Ungheria si è assistito ad un’inversione illiberale, che è ruotata attorno all’adozione di una nuova costituzione e ha intaccato il sistema di *checks and balances*. L’articolo sostiene che il diritto e le narrative politiche sono stati i due principali strumenti per realizzare questa inversione e che essa si è ampliata in maniera determinante durante la pandemia da COVID-19. L’articolo analizza tale trasformazione alla luce di due orientamenti, che rispondono in maniera opposta alla domanda se l’espressione democrazia illiberale individui un modello con particolarità proprie.

In Hungary, an illiberal reversal has taken place, which has revolved around the adoption of a new constitution and affected its system of checks and balances. This article argues that the law and political narratives were used as the two main tools to achieve this reversal and that this U-turn has expanded decisively during the COVID-19 pandemic. This article analyses the Hungarian reversal examining two different thesis which respond in the opposite way to the question whether the expression illiberal democracy identifies a model with its own peculiarities.

#### KEYWORDS

Democrazia illiberale, inversione illiberale, costituzione ungherese, pandemia da COVID-19, coronavirus

Illiberal democracy, illiberal U-turn, Hungarian constitution, COVID-19 pandemic, coronavirus

# La “democrazia illiberale” ungherese tra diritto, narrative politiche e COVID-19: elementi di riflessione sulla resilienza delle democrazie in tempi di pandemia

LUCIA BELLUCCI

1. Introduzione - 2. L'Ungheria e la democrazia illiberale “autoproclamata” - 3. La definizione di “democrazia illiberale” e l'utilità di un'analisi degli strumenti usati per realizzare l'inversione illiberale ungherese - 4. L'“iperproduzione giuridica”: il diritto come strumento per realizzare l'inversione illiberale, “blindarne” gli effetti e rafforzarla durante la pandemia da COVID-19 - 5. La nuova Costituzione ungherese, le declinazioni dello strumento giuridico e le misure adottate durante la pandemia da COVID-19 - 6. Le narrative politiche: il «Programma di Cooperazione Nazionale» e il «Sistema di Cooperazione Nazionale» - 7. Considerazioni conclusive.

## 1. Introduzione

L'Ungheria è stata negli ultimi anni oggetto di attenzione a causa dei cambiamenti in senso illiberale avvenuti nel Paese. Si è assistito a quello che, tramite un'espressione anglosassone, János Kornai ha definito uno “U-turn”<sup>1</sup>, cioè un'inversione a U, per quanto concerne le istituzioni democratiche e lo Stato di diritto.

Il cuore dell'inversione illiberale ungherese è stata la “riforma” costituzionale. Norme esistenti in altri ordinamenti, suscettibili di operare bene, se considerate singolarmente, sono state assemblate in un *patchwork* normativo che ha prodotto effetti abnormi; ogni volta che un certo aspetto del nuovo ordine costituzionale è stato criticato, i rappresentanti del governo ungherese hanno tuttavia replicato che simili disposizioni esistono anche in un altro Stato membro dell'Unione Europea (UE)<sup>2</sup>. Sebbene molte distorsioni illiberali non fossero sconosciute alle «prassi del governo o della magistratura»<sup>3</sup>, l'inversione ha determinato la formalizzazione di un sistema non liberale.

Gli interventi illiberali non si sono infatti limitati alla “riforma” costituzionale, hanno toccato quasi tutte le istituzioni del Paese. Oltre che su quest'ultime, essi sono intervenuti su procedure e valori propri di politiche liberaldemocratiche, ingenerando la trasformazione, sia formale che informale, di fondamentali istituzioni di *governance*<sup>4</sup>, al fine di centralizzare eccessivamente il potere.

Alla luce dei mutamenti avvenuti, è stato sostenuto che l'Ungheria costituisce un «laboratorio per la democrazia illiberale»<sup>5</sup>. In effetti, dopo un periodo di transizione democratico-liberale, negli anni 2000 l'Ungheria è ritornata ad una realtà illiberale, addirittura dichiarata, come vedremo nel corso dell'articolo. Questo è avvenuto a seguito dell'elezione di una coalizione di governo, costituita dai partiti Fidesz-Unione Civica Ungherese (Fidesz) e Partito del Popolo Cristiano Democratico

<sup>1</sup> KORNAI 2015a, 3; KORNAI 2015b, 279.

<sup>2</sup> Si veda sul tema SCHEPPELE 2013b, 560; BELLUCCI 2018, 47.

<sup>3</sup> PAP 2017b, 66 [traduzione mia].

<sup>4</sup> Per una sintesi dei mutamenti introdotti in Ungheria a livello normativo e istituzionale si veda anche BÁNKUTI et al. 2013.

<sup>5</sup> Per questa espressione si veda PAP 2017b, 2 [traduzione mia].

(KDNP)<sup>6</sup>, e guidata da Viktor Mihály Orbán, il quale, dopo essere stato Primo Ministro dal 1998 al 2002 e poi all'opposizione fino al 2010, è di nuovo divenuto Primo Ministro nel 2010 ed è stato successivamente nominato a tale carica dopo le elezioni del 2014 e del 2018.

Anche se alcune voci ungheresi non concordano con la descrizione che considera negativamente il passaggio alla democrazia illiberale dichiarata<sup>7</sup>, l'esperienza ungherese è stata al centro di molte critiche, che si sono acuite a seguito del Quarto emendamento costituzionale e dell'accelerata formalizzazione di norme che l'UE aveva chiesto di cambiare<sup>8</sup>. L'emendamento in questione ha reintrodotto disposizioni che la Corte costituzionale aveva dichiarato incostituzionali: «[M]olte disposizioni delle leggi cardinali o di altre leggi annullate da questa corte sono [state] semplicemente reintrodotte tramite emendamenti costituzionali»<sup>9</sup>.

Il presente articolo analizza l'inversione illiberale avvenuta in Ungheria, soffermandosi sugli strumenti utilizzati dalla coalizione al governo rivelatisi determinanti per realizzarla. Esso sostiene la tesi secondo la quale il diritto e ciò che si può indicare come il discorso politico, la cornice discorsiva, o ancora le narrative politiche, sono nel Paese i due principali strumenti utilizzati, e che il diritto ha “blindato” la realizzazione di tale inversione e il suo rafforzamento durante la pandemia.

L'articolo analizza questa inversione alla luce dell'interrogativo se essa abbia effettivamente caratteristiche innovative, che introducono un nuovo modello di comunità e di Stato, fondato sulla democrazia illiberale, in particolare, alla luce di due orientamenti opposti sviluppatasi nell'ambito della letteratura accademica in materia. Tali orientamenti rispondono in maniera appunto antagonista alla domanda se l'espressione “democrazia illiberale” rappresenti un modello a sé con particolarità proprie o se rispecchi di fatto un modello già noto, se si tratti di un'espressione accoglibile o meno. Esaminare come tale inversione liberale sia stata “costruita” sembra particolarmente importante nel momento storico che stiamo vivendo, in cui le istanze illiberali potrebbero nel mondo trovare terreno più fertile a causa della crisi economica provocata dalla pandemia da COVID-19.

L'articolo si propone inoltre di mostrare come l'inversione illiberale si sia ampliata in maniera determinante in Ungheria durante la tragica pandemia che stiamo vivendo. Esso intende quindi contribuire alla più ampia riflessione sulla solidità delle nostre democrazie di fronte a pandemie che gli scienziati annunciano come sempre più ricorrenti.

L'articolo non si propone invece di compiere una ricognizione teorica per analizzare quali categorie concettuali potrebbero essere più appropriate ad inquadrare un'inversione illiberale, comparandole con il concetto di democrazia illiberale. Un'analisi di questo tipo è stata ampiamente e con esiti molto interessanti compiuta dalle dottrine giuridiche (anche se non solo da queste), che hanno esplorato categorie diverse, tra cui quelle del “costituzionalismo autoritario” o del “costituzionalismo populista”<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> In ungherese, rispettivamente, Fidesz – Magyar Polgári Szövetség e Kereszténydemokrata Néppárt.

<sup>7</sup> A sostegno dell'attuale governo, si veda L. CSIZMADIA, T. FRICZ a nome dell'Hungarian Forum of Alliance for Civil Organizations (Civil Összefogás Fórum, CÖF), *Open Letter to Mr. Barroso, President of the European Commission, Mr. Rehn, Vice-President of the Commission, Commissioner for Economic and Monetary Affairs, Mr. Hahn, Commissioner for Regional Policy*, Budapest, 1° marzo 2012, disponibile in: [http://demokrata.hu/tartalmak/open\\_letter](http://demokrata.hu/tartalmak/open_letter), consultato il 20 maggio 2013 (non più disponibile).

<sup>8</sup> Si veda BELLUCCI 2018, 46. Per dettagli si veda anche SCHEPPELE 2013a.

<sup>9</sup> COUNCIL OF EUROPE/CONSEIL DE L'EUROPE, Parliamentary Assembly/Assemblée parlementaire, Committee on the Honoring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee), K. LUNDGREN, J. FISCHEROVÁ co-relatrici, *Request for the Opening of a Monitoring Procedure in Respect of Hungary*, Report, Doc. 13229, Explanatory memorandum, 10 giugno 2013, par. 102, disponibile in: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-en.asp?FileId=19777>, consultato il 26 febbraio 2021 [traduzione mia].

<sup>10</sup> Per una ricchissima analisi delle dottrine giuridiche (e non solo di queste) si veda DI GREGORIO 2019. Per le categorie del “costituzionalismo autoritario” e del “costituzionalismo populista” si vedano in particolare le pp. 15-20 di questo articolo.

Il presente articolo intende inserirsi nell'ambito del più ampio dibattito in materia di rapporti tra società, diritto e democrazia, che, a causa del deteriorarsi di tali rapporti, in Ungheria è stato notevolmente arricchito negli ultimi anni da contributi su questo Paese. In particolare, esso intende collocarsi nell'ambito del dibattito internazionale delineato dagli studi di *Law and Politics*, o comunque da essi influenzati o ispirati.

Gli studi di *Law and Politics* sono caratterizzati da un approccio che può essere visto come «un'intersezione interdisciplinare delle discipline del diritto e della scienza politica»<sup>11</sup>, abbracciano molteplici tradizioni critiche e discipline<sup>12</sup>. Il presente articolo cerca di mostrare come il diritto «costituisca e non solo ordini relazioni politiche e sociali»<sup>13</sup>. Si colloca quindi nell'ambito degli studi su “diritto e società”, di *Law and Society*, che in passato era stato suggerito di indicare, forse anche più opportunamente, di *Law in Society*<sup>14</sup>; tali studi hanno contribuito e contribuiscono notevolmente allo sviluppo del movimento di *Law and Politics*, nonostante ad esso abbia particolarmente concorso la letteratura politologica<sup>15</sup>. Gli studi che intendono analizzare la costruzione, le modalità di realizzazione, di quella che è stata definita la “democrazia illiberale” ungherese, si collocano soprattutto nell'ambito della letteratura politologica o di quella sociologico-giuridica; il presente articolo attinge in effetti ad entrambe<sup>16</sup>.

## 2. L'Ungheria e la democrazia illiberale “autoproclamata”

L'Ungheria costituisce un caso di democrazia illiberale, per così dire “autodefinita, autoproclamata”. Nonostante infatti tale espressione sia stata successivamente poco menzionata da fonti ufficiali ungheresi<sup>17</sup>, lo stesso Primo Ministro Orbán ha parlato di “democrazia illiberale”. In un discorso del settembre 2009, prima dunque della vittoria elettorale, Orbán aveva fatto una chiara previsione, considerando:

«Una reale possibilità che le politiche in Ungheria non saranno più definite da uno spazio di potere dualista... Al contrario al centro della scena politica emergerà un ampio partito di governo [che] sarà capace di formulare la politica nazionale, non tramite costanti dibattiti, ma tramite una naturale rappresentazione degli interessi»<sup>18</sup>.

Aveva cioè previsto «che nei successivi 15-20 anni l'Ungheria sarebbe stata dominata da un unico partito politico, massicciamente di destra, che avrebbe governato l'intero campo politico senza dibattiti “inutili”»<sup>19</sup>. In seguito, Orbán introduce per la prima volta il riferimento esplicito alla democrazia illiberale (*illiberalism*) nel discorso tenuto nel luglio 2014 al venticinquesimo *Summer Free University and Student Camp* di Bálványos<sup>20</sup>. Dopo aver citato come esempi di suc-

<sup>11</sup> SHAPIRO 2008, 772 [traduzione mia].

<sup>12</sup> Per una ricca analisi in materia si veda WHITTINGTON et al. 2008.

<sup>13</sup> Ci si ispira qui all'affermazione «*law constitutes and orders political and social relationships*», tratta da WHITTINGTON et al. 2008, 12.

<sup>14</sup> Si veda NADER 1969, 8-10.

<sup>15</sup> Si veda sul tema MATHER 2008.

<sup>16</sup> Per analoghe considerazioni metodologiche si veda anche BELLUCCI 2018, 4 e 7-8.

<sup>17</sup> Si veda PAP 2017b, 62. Il tema di questo paragrafo è stato trattato estensivamente in BELLUCCI 2018, 15-18.

<sup>18</sup> BÁNKUTI et al. 2012, 145 [traduzione mia].

<sup>19</sup> RÁCZ 2015 [traduzione mia].

<sup>20</sup> Le citazioni qui di seguito sono tratte da tale discorso, cioè da ORBÁN, Prime Minister Viktor Orbán's Speech at the 25th Bálványos Summer Free University and Student Camp, 26 luglio 2014, Tusnádfürdő (Băile Tușnad), Romania, *Website of the Hungarian Government*, 30 luglio 2014, versione inglese ufficiale del governo ungherese, disponibile in: <https://2015-2019.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktor-orban-s-speech-at-the-25th-balvanyos-summer-free-university-and-student-camp>, consultato il 26 febbraio 2021 [traduzione mia].

cesso «sistemi che sono non occidentali, non liberali, non democrazie liberali e forse neppure democrazie», quali Singapore, la Cina, l'India, la Russia e la Turchia, e aver sottolineato che la comunità politica ungherese sta cercando, rompendo in questo «con i dogmi e le ideologie che sono stati adottati dall'Occidente e [mantenendosi] indipendente da essi, [...] di trovare la forma dell'organizzazione comunitaria, il nuovo stato ungherese, che sia capace di rendere la [...] comunità [ungherese] competitiva nella grande corsa globale per decenni a venire», ha affermato di aver, «[p]er essere capaci di realizzare ciò, [...] dovuto dichiarare che una democrazia non deve necessariamente essere liberale. Solo perché uno stato non è liberale, può essere comunque una democrazia<sup>[21]</sup> [...]. [L'intento è di] organizzare una società basata sul lavoro che [...] affronti l'odio<sup>[22]</sup> che deriva dall'affermare che non è di carattere liberale». Orbán afferma quindi la necessità di «rompere con principi e metodi liberali di organizzazione sociale e, in generale, con la concezione liberale di società. [...]La democrazia liberale ha anche dato prova di essere incapace di proteggere le risorse della comunità che sono richieste per l'autosufficienza della nazione», così come le famiglie e il Paese dall'indebitamento. Secondo Orbán dalle elezioni del 2010 e specialmente dalla vittoria elettorale del 2014 emerge che, nella corsa globale per la competitività,

«i cittadini ungheresi si aspettano che i leader ungheresi trovino, formulino e formino un nuovo metodo di organizzazione dello stato ungherese che, successivamente allo stato liberale e all'era della democrazia liberale e ovviamente nel rispetto dei valori della Cristianità, della libertà e dei diritti umani, possa di nuovo rendere la comunità ungherese competitiva e che aderisca a, e completi, i compiti non finiti e i doveri non ottemperati [...]; il nuovo stato che [si sta] costruendo in Ungheria è uno stato illiberale, uno stato non liberale. Non rigetta i principi fondamentali del liberalismo come la libertà [...], ma non fa di questa ideologia l'elemento centrale dell'organizzazione statale, bensì include un differente, speciale approccio nazionale»<sup>23</sup>.

In questo discorso sono già sintetizzati alcuni aspetti che costituiscono e al tempo stesso spiegano l'ossatura della politica governativa e dei conseguenti interventi normativi: il complesso nesso tra economia o anche neoliberalismo e democrazia illiberale, e la coalizione al governo presentata come risposta alle oggettive difficoltà economiche della nazione e delle famiglie, il riferimento a valori legati alla tradizione e al cristianesimo, e la nazione presentata come comunità e non come insieme di individui. Più tardi, in un'intervista pubblicata il 15 dicembre 2014, Orbán confermerà la sua linea, affermando che:

«Gli ungheresi hanno dato il benvenuto alla democrazia illiberale. [...] Nel contesto ungherese la parola liberale è diventata negativa. La democrazia liberale non ha supporto o ne ha uno molto limitato, in Ungheria. [...]Non è vero che una democrazia può solo essere liberale»<sup>24</sup>.

Abbiamo quindi a disposizione affermazioni del Primo Ministro, ma non strumenti che forniscano una descrizione della democrazia illiberale ungherese dal punto di vista della sua natura, del disegno ad essa sottostante o della filosofia costituzionale del modello<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Questa frase non è grammaticalmente corretta, come non lo è la frase in inglese qui tradotta in maniera letterale: «Just because a state is not liberal, it can still be a democracy».

<sup>22</sup> Nella versione in inglese «undertakes the odium of».

<sup>23</sup> ORBÁN, Prime Minister Viktor Orbán's Speech at the 25th Bálványos Summer Free University and Student Camp, cit. [traduzione mia].

<sup>24</sup> Z. SIMON, *Hungary on Path to Shed Junk Grade and Shield Forint, Orban Says*, in «Bloomberg», 15 dicembre 2014, disponibile in: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2014-12-15/hungary-on-path-to-shed-junk-grade-and-shield-forint-orban-says>, consultato il 26 febbraio 2021. Ho verificato l'esistenza della fonte, ma non ho potuto consultarla nella sua interezza perché ad accesso protetto. La riporto dunque come citata da PAP 2017b, 58, nt. 6 [traduzione mia].

<sup>25</sup> Si veda PAP 2017b, 56.

### 3. La definizione di “democrazia illiberale” e l'utilità di un'analisi degli strumenti usati per realizzare l'inversione illiberale ungherese

Non abbiamo dunque una definizione di democrazia illiberale proveniente dalla coalizione al governo in Ungheria, che ci spieghi che cosa essa intenda esattamente con questo concetto, né ricorrere alla riflessione di Fareed Zakaria potrebbe aiutarci molto in tal senso. Questo autore, in un ormai noto articolo apparso nel 1997 in *Foreign Affairs*, aveva infatti evidenziato la crescita, a livello internazionale, della democrazia illiberale<sup>26</sup>, osservando in particolare come in molti paesi si possa constatare l'esistenza di «una forma di governo che mescola un sostanziale grado di democrazia con un sostanziale grado di aspetti illiberali (*illiberalism*)»<sup>27</sup> e che questa «è lungi da essere una fase transitoria»<sup>28</sup>. Egli non ne aveva tuttavia delineato precisamente le caratteristiche, comprendendo in «uno spettro di democrazia illiberale»<sup>29</sup> paesi molto diversi tra loro.

Aron Buzogány conferma infatti che è complesso definire l'essenza della democrazia illiberale di Orbán e difficile trasporre l'analisi di Fareed Zakaria nella «retorica politica ungherese destinata ad uso interno»<sup>30</sup>. Non è quindi consigliabile definire la democrazia illiberale ungherese trasponendo automaticamente i tratti di quelle che sono state definite democrazie «di stile occidentale – cioè caratterizzate da[lla] competizione tra partiti politici, dalla partecipazione della società civile e [dal] rispetto per i diritti civili»<sup>31</sup>. Lo stesso Zakaria infatti, nel suo scritto del 1997, non fornisce una definizione di democrazia illiberale. Menziona solo alcune caratteristiche di quella liberale, limitandosi a sottolineare che «per quasi un secolo, in occidente democrazia ha significato democrazia liberale – un sistema politico caratterizzato non solo da elezioni libere ed imparziali, ma anche dallo stato di diritto, da una separazione di poteri, e dalla protezione delle libertà fondamentali di espressione, di assemblea, di religione e [dalla tutela del diritto] di proprietà»<sup>32</sup>.

Possiamo però tentare di delineare l'inversione illiberale ungherese, analizzando gli strumenti utilizzati dalla coalizione al governo che si sono rivelati determinanti per la realizzazione di tale inversione, che è, come già accennato nell'introduzione, ciò che il presente articolo si propone di fare. Le parole di András L. Pap corroborano la tesi qui sostenuta, relativa a quali strumenti pare essenziale analizzare. Sottolinea infatti l'autore:

«[Q]uesto auto-identificatosi regime illiberale [...] propone un discorso politico e un quadro discorsivo che si materializza[no] anche nella forma di documenti giuridici, costituzionali, che rigettano gli impegni ideologici e di *policy* nei confronti dei diritti umani e un concetto di persona centrato sull'autonomia (e in questo senso liberale)» (corsivo mio)<sup>33</sup>.

Possiamo infatti evincere dal complesso quadro degli interventi promossi dal governo ungherese, due principali strumenti usati da Orbán e dal suo partito, alla guida della coalizione al governo, per modificare in Ungheria il quadro istituzionale e, di conseguenza, il tessuto sociale del

<sup>26</sup> Si veda ZAKARIA 1997, 22. Sul tema si veda anche ZAKARIA 2004 [2003].

<sup>27</sup> ZAKARIA 1997, 24 [traduzione mia]. Con una sfumatura non molto differente Norberto Bobbio aveva utilizzato già nel 1985 l'espressione «Stato democratico non liberale». BOBBIO 1985, 38. Non esistendo in italiano l'espressione “illiberalismo”, il termine “*illiberalism*” usato da Zakaria viene tradotto nel presente articolo con “aspetti illiberali”, “democrazia illiberale” o “essenza illiberale”, a seconda dei contesti.

<sup>28</sup> ZAKARIA 1997, 24 [traduzione mia].

<sup>29</sup> ZAKARIA 1997, 23 [traduzione mia].

<sup>30</sup> BUZOGÁNYI 2017, 1314 [traduzione mia].

<sup>31</sup> BOZÓKI 4 [traduzione mia]. Si veda anche BELLUCCI 2018, 22.

<sup>32</sup> ZAKARIA 1997, 22 [traduzione mia]. Mi è sembrato più appropriato tradurre l'espressione di Zakaria “freedom of speech” con “libertà di espressione”, invece che “di parola”.

<sup>33</sup> PAP 2017b, 62 [traduzione mia].

Paese. Mi riferisco allo strumento giuridico, costituzionale o legislativo e a ciò che si può identificare come il discorso politico, o la cornice discorsiva, o ancora le narrative politiche.

Un'analisi degli strumenti utilizzati in Ungheria potrebbe anche fornire al lettore spunti di riflessione per monitorare l'impatto di istanze illiberali in altri paesi e quindi per verificare la salute della loro democrazia. Soprattutto però essa lo aiuterà a posizionarsi rispetto a due tesi che sembrano in proposito particolarmente meritevoli di attenzione, anche a seguito di un raffronto fra la situazione ungherese precedente la pandemia da COVID-19 e quella successiva. Da un lato, infatti, alcuni autori ritengono che gli aspetti illiberali (*illiberalism*) creino le condizioni per l'eliminazione della democrazia, ma che non la eliminino necessariamente, che sia quindi possibile parlare di "democrazia illiberale". Tamás Csillag e Iván Szelényi affermano in tal senso che «la strada dalla democrazia all'autocrazia è pavimentata con le "pietre" di un'essenza illiberale (*illiberalism*). [Quest'ultima] non elimina necessariamente la democrazia, crea [invece] le condizioni (data la debolezza delle Corti costituzionali e del potere legislativo) per leader politici particolarmente potenti, per flirtare con l'abbandono delle procedure democratiche»<sup>34</sup>. In linea con tale affermazione è stato sostenuto che il termine «"illiberale" dovrebbe essere inteso come un prefisso privativo, che si riferisce ad una condizione costituzionale e politica, la quale crea un terreno intermedio tra una democrazia costituzionale e un'autocrazia»<sup>35</sup>. Su questa linea sembra collocarsi la classificazione dell'organizzazione Freedom House, che prevede la categoria dei regimi ibridi ("*hybrid regimes*") e che colloca l'Ungheria tra questi, quindi in "una zona" tra la democrazia e l'autocrazia<sup>36</sup>.

D'altro lato, dalla storia e dalle esperienze contemporanee emerge che nelle democrazie illiberali, il potere del partito al governo tende ad accrescersi nel tempo, confluendo sempre più verso il suo leader e il suo *entourage*<sup>37</sup>. Di conseguenza, divergendo dalla tesi appena citata, altri autori rifiutano l'espressione "democrazia illiberale". Troviamo tra questi Steven Levitsky e Lucan Way, i quali sostengono che: «In [alcuni] casi, il collasso di un tipo di autoritarismo ha prodotto non democrazia, ma una nuova forma di regola non democratica»<sup>38</sup>. Essi affermano che in assenza degli elementi essenziali di una democrazia, occorre semplicemente far riferimento a "governi"<sup>39</sup>, "regimi"<sup>40</sup>, più in generale, ad "attori"<sup>41</sup> non democratici. Sebbene quindi altri «abbiano caratterizzato molti di questi regimi come forme di democrazia parziale o "diminuita" [questi autori concordano con] Juan Linz<sup>42</sup>, secondo il quale essi possono essere meglio descritti come una (diminuita) forma di autoritarismo»<sup>43</sup>.

Levitsky e Way si riferiscono a forme di "*competitive authoritarian regimes*", individuando così un particolare tipo di regime ibrido, che unisce cioè «regole democratiche a governance autoritaria [...], in cui] istituzioni democratiche formali sono ampiamente viste come gli strumenti principali per ottenere ed esercitare l'autorità politica. Coloro che sono in carica violano tuttavia quelle leggi così spesso e in maniera così estesa che il regime non rispetta convenzionali standard minimi per la democrazia»<sup>44</sup>. Gli autori vedono quindi nella violazione sistematica delle

<sup>34</sup> CSILLAG, SZELÉNYI 2015, 27 [traduzione mia]. Il tema di questo paragrafo è stato trattato estensivamente anche in BELLUCCI 2018, 18-22.

<sup>35</sup> PAP 2017b, 49 [traduzione mia]. Si veda anche PAP 2017a, 162.

<sup>36</sup> Si veda FREEDOM HOUSE, *Nations in Transit 2020. Hungary: Transitional or Hybrid Regime*, disponibile in: <https://freedomhouse.org/country/hungary/nations-transit/2020>, consultato il 26 febbraio 2021.

<sup>37</sup> Si veda BELLUCCI 2018, 18-19.

<sup>38</sup> LEVITSKY, WAY 2002, 63 [traduzione mia].

<sup>39</sup> LEVITSKY, WAY 2002, 63 [traduzione mia].

<sup>40</sup> LEVITSKY, WAY 2002, 63 [traduzione mia].

<sup>41</sup> LEVITSKY, WAY 2002, 54 [traduzione mia].

<sup>42</sup> Linz propone infatti di aggiungere aggettivi alla parola "autoritarismo", citando alcuni esempi, tra cui "autoritarismo elettorale" e "autoritarismo multipartitico". LINZ 2000, 34.

<sup>43</sup> LEVITSKY, WAY 2002, 52 [traduzione mia].

<sup>44</sup> LEVITSKY, WAY 2002, 51-52 [traduzione mia].

leggi l'elemento che impedisce di considerare che esistano standard minimi perché si possa parlare di democrazia. Al contrario, nel caso ungherese non ci si trova di fronte a violazioni di leggi, ma ad un'architettura normativa costruita *ad hoc* come un *patchwork* sapiente, che permette di raggiungere fini illiberali senza che, per lo più, vi sia formale violazione di norme.

#### 4. L'“iperproduzione giuridica”: il diritto come strumento per realizzare l'inversione illiberale, “blindarne” gli effetti e rafforzarla durante la pandemia da COVID-19

Il primo strumento rivelatosi determinante nella realizzazione dell'inversione illiberale ungherese è quello giuridico. Come sottolinea András Bozóki, dal 2010, commentatori tra cui analisti (includendo potremmo precisare accademici) e giornalisti, hanno affannosamente cercato di tenere il passo con lo svolgimento degli accadimenti, ma hanno potuto «a malapena tener traccia del caotico ritmo legislativo, intenzionalmente accelerato. [In effetti], appena le parti interessate e gli organi di informazione non controllati dallo stato realizzavano quello che stava succedendo, l'evento si era già concluso»<sup>45</sup>.

L'Ungheria è infatti negli ultimi anni stata caratterizzata da una “iper produzione” giuridica. János Kornai ha efficacemente affermato in proposito che il Parlamento si è trasformato in una «fabbrica di leggi»<sup>46</sup>. «Nel ciclo parlamentare tra il 2010 e il 2014 sono state approvate in totale 859 leggi: quasi due volte di più (399 in più) di quante ne erano state approvate durante il mandato del primo governo Orbán tra il 1998 e il 2002 e quasi una volta e mezza in più (274 in più) rispetto al numero di leggi approvate durante il ciclo precedente»<sup>47</sup>. Solo nei suoi primi venti mesi di vita la coalizione al governo ha approvato 365 leggi, di cui, 49 sono state leggi cosiddette cardinali (*cardinal Acts* o *cardinal laws*), le quali richiedono la maggioranza dei due terzi del Parlamento, adottate senza un'effettiva consultazione con l'opposizione e la società civile<sup>48</sup>. Nei suoi primi tre anni al governo la coalizione ha approvato oltre 700 atti legislativi, anche questi in gran parte senza consultazione pubblica e discussione<sup>49</sup>. Durante il primo anno di vita del governo la vecchia costituzione è stata emendata nove volte solo nel primo semestre<sup>50</sup>, per un totale di 12 volte e più di 50 disposizioni sono state modificate. Molti di questi cambiamenti hanno indebolito le istituzioni che avrebbero potuto controllare quello che i partiti al potere avrebbero fatto successivamente, che era cioè introdurre in Ungheria un ordine costituzionale interamente nuovo, usando solo le idee e i voti della coalizione al governo<sup>51</sup>.

Tramite lo strumento giuridico la coalizione al potere ha modificato aspetti essenziali dello Stato democratico liberale. Il titolo di uno scritto pubblicato sull'*Alternative Law Journal*, «Ridur-

<sup>45</sup> BOZÓKI 2015, 26 [traduzione mia].

<sup>46</sup> KORNAI 2015a, 4 [traduzione mia]. «Il Parlamento stesso è diventato una fabbrica di leggi e la linea di produzione è spesso fatta per operare ad un ritmo incredibile: tra il 2010 e il 2014 non meno di 88 disegni di legge sono stati introdotti e votati in una settimana; in 13 casi tutto è successo nello stesso giorno o nel successivo» (KORNAI 2015a, 3-4 [traduzione mia]). Si vedano anche Parlamento europeo, Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, relatore TAVARES, *Relazione sulla situazione dei diritti fondamentali: norme e pratiche in Ungheria* (in applicazione della risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2012) (2012/2130(INI)), A7-0229/2013, 24 giugno 2013, disponibile in: [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2013-0229+0+DOC+PDF+Vo//IT](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2013-0229+0+DOC+PDF+Vo//IT), consultato il 26 febbraio 2021; SCHEPPELE 2012a.

<sup>47</sup> KORNAI 2015b, 302 [traduzione mia]. L'autore cita in proposito Parlamento ungherese, Ciklustörténet [Una storia dei cicli parlamentari, traduzione mia], disponibile in: [http://www.parlament.hu/iromanyok-elozo-ciklusbeliadatai?p\\_auth=9zcKiPaU&p\\_p\\_id=pairproxy\\_WAR\\_pairproxyportlet\\_INSTANCE\\_9xd2Wc9jP4z8&p\\_p\\_lifecycle=1&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&p\\_p\\_col\\_id=column-1&p\\_p\\_col\\_count=1](http://www.parlament.hu/iromanyok-elozo-ciklusbeliadatai?p_auth=9zcKiPaU&p_p_id=pairproxy_WAR_pairproxyportlet_INSTANCE_9xd2Wc9jP4z8&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1), da lui consultato il 14 novembre 2014.

<sup>48</sup> Si veda PAP 2017b, 15.

<sup>49</sup> Si vedano SZIKRA 2014, 488; INNESS 2015, 96.

<sup>50</sup> Si veda BOZÓKI 2015, 24.

<sup>51</sup> Si veda BÁNKUTI et al. 2015, 38. Sul tema si veda anche SCHEPPELE 2012b.

re la democrazia con il diritto» (*Shrinking Democracy with Law*)<sup>52</sup>, pare quindi appropriato per ricordare, con le parole che ho avuto modo di scrivere altrove, che «il caso ungherese costituisce una realtà particolare, in cui si assiste, in un brevissimo lasso di tempo, all'adozione [con un'accelerazione forsennata] di un numero elevatissimo di norme, [...] ad una parossistica “iper produzione” giuridica»<sup>53</sup>.

Il diritto «blinda [l'inversione illiberale] grazie anche alla maggioranza permessa dalla legge elettorale ungherese»<sup>54</sup>. La possibilità di ricorrere agevolmente alla suddetta “iper produzione” giuridica si spiega in effetti con il fatto che, nelle elezioni tenutesi nella primavera del 2010, la coalizione costituita dai partiti Fidesz e KDNP, identificatisi tutti e due come partiti di destra, conservatori, ha ricevuto il 53 per cento dei voti espressi<sup>55</sup>, e una sproporzionata legge elettorale ha trasformato tali voti nel 68% dei seggi in Parlamento. I vincitori hanno quindi avuto una maggioranza dei due terzi<sup>56</sup>. Se la legge elettorale ungherese era stata in precedenza positivamente vista come un elemento di stabilità istituzionale per evitare l'avvicinarsi di governi «in una regione incline ad elevato *turnover* elettorale e a frammentazione»<sup>57</sup>, essa si è poi invece rivelata uno strumento capace di imprigionare il mutamento<sup>58</sup>.

Durante la transizione verso la democrazia, nel sistema costituzionale ungherese in vigore dal 1990 al 2010, il numero di decisioni che richiedevano il voto di una maggioranza qualificata è stato accresciuto, per rafforzare il nuovo ordine democratico, la sua stabilità e governabilità. In effetti, dal 1990 tutte le coalizioni al governo hanno completato il loro mandato di quattro anni. La citata modifica ha dunque reso formalmente l'Ungheria il Paese più stabile di tutti quelli dell'Europa centrale, ma ha condotto ad un sistema quasi cementato tra un'elezione e l'altra: il prezzo pagato per assicurarsi che un governo rimanesse in carica per un ciclo intero, che ha estesamente impedito al sistema di correggersi da solo<sup>59</sup>.

La maggioranza dei due terzi ha permesso di far passare molto velocemente gli emendamenti e i testi normativi decisi dalla maggioranza<sup>60</sup>. Dato che nel sistema ungherese la maggioranza ottenuta dalla coalizione al governo, cioè quella dei due terzi, è sufficiente a cambiare la Costituzione e che i dodici emendamenti al vecchio testo della stessa, approvati durante il primo anno in carica del governo, hanno “reso inoffensivi” i *checks and balances* istituzionali che avrebbero ostacolato il passo successivo, cioè adottare la nuova costituzione<sup>61</sup>, «questa maggioranza di due terzi era grande abbastanza per cambiare tutto, che è quello che il partito [o meglio la coalizione] al governo stava per fare»<sup>62</sup>.

Effettivamente, il 18 aprile 2011, con due terzi dei voti, il Parlamento ha adottato una nuova costituzione, che è stata firmata, quindi promulgata, dal Presidente il 25 Aprile 2011. Nota come Legge fondamentale, tale costituzione è entrata in vigore il 1° gennaio 2012 insieme a molte delle leggi cardinali da essa richieste<sup>63</sup> ed è stata in seguito emendata numerose volte<sup>64</sup>. La sua adozione si è avuta dopo solo 35 giorni di dibattito, «esclusivamente tramite i voti dei membri della

<sup>52</sup> RITTER, PANEGYRES 2014, 212 [traduzione mia].

<sup>53</sup> BELLUCCI 2018, 9.

<sup>54</sup> BELLUCCI 2018, 24.

<sup>55</sup> Si veda PAP 2017b, 11-12.

<sup>56</sup> Si vedano BÁNKUTI et al. 2015, 38; BOZÓKI 2015, 3.

<sup>57</sup> INNES 2015, 96 [traduzione mia].

<sup>58</sup> Si veda, anche per approfondimenti, BELLUCCI 2018, 33-34.

<sup>59</sup> Si veda BOZÓKI 2015, 5-6.

<sup>60</sup> Si veda KORNAY 2015a, 13 e 17, nt. 9.

<sup>61</sup> Si veda SCHEPPELE 2015, 20 e 43.

<sup>62</sup> BÁNKUTI et al. 2015, 38 [traduzione mia].

<sup>63</sup> Si veda BÁNKUTI et al. 2015, 41.

<sup>64</sup> Si veda PAP 2017b, 12.

coalizione al governo»<sup>65</sup>. «Le parti chiave del processo di redazione della costituzione sono avvenute a porte chiuse. [Non è stato contemplato] un referendum pubblico per ratificare il risultato»<sup>66</sup>. Si è avuta una consultazione nazionale: il Comitato di consultazione nazionale ha per l'appunto inviato un questionario con 13 domande relative al testo della costituzione a 8 milioni di cittadini ungheresi e secondo il governo, sebbene ciò non sia verificabile, il 12% dei votanti ha rispedito il questionario<sup>67</sup>.

##### 5. *La nuova Costituzione ungherese, le declinazioni dello strumento giuridico e le misure adottate durante la pandemia da COVID-19*

La costituzione ungherese del 1949 è stata modificata nel 1989 per consentire una transizione pacifica da un regime comunista ad un regime democratico fondato sullo Stato di diritto<sup>68</sup>. A distanza di anni, tuttavia, come già scritto, è stata adottata una nuova Legge fondamentale di Ungheria<sup>69</sup>.

La Legge fondamentale, insieme alle sue disposizioni transitorie<sup>70</sup> e alle cosiddette leggi cardinali<sup>71</sup>, ha delineato il nuovo quadro normativo costituzionale<sup>72</sup>. Come già accennato, per l'approvazione o la modifica delle leggi cardinali occorre una maggioranza di due terzi, che la coalizione al governo (Fidesz-KDNP) detiene in Parlamento. La nuova Costituzione prevede in particolare che «per l'adozione di una nuova Legge fondamentale o di ogni emendamento di questa saranno necessari i voti dei due terzi di tutti i membri del Parlamento» (art. 5 comma 2).

La Costituzione prevede anche che il Parlamento «elegga il Presidente della Repubblica, i membri e il Presidente della Corte costituzionale, il Presidente della Corte suprema, il Presidente dell'Ufficio giudiziario nazionale, il Procuratore generale, il Commissario per i diritti fondamentali e i suoi vice, il Presidente della Corte dei conti<sup>73</sup> [e] il Primo Ministro» (art. 1 comma 2 lettere e)-f)).

La Costituzione stabilisce inoltre che «un'autorità indipendente istituita tramite legge cardinale supervisioni l'applicazione del diritto alla protezione dei dati personali e del diritto di accedere a dati di interesse pubblico» (art. VI comma 3). La legge CXII del 2011 ha infatti istituito l'Autorità nazionale per la protezione dei dati e la libertà d'informazione (Autorità nazionale per la protezione dei dati), il cui Presidente è nominato dal Presidente della Repubblica su raccomandazione del Primo Ministro. L'Autorità nazionale per la protezione dei dati ha sostituito il Commissario parlamentare per la protezione dei dati, come emerge anche dall'art. 16 della Legge fondamentale<sup>74</sup>. Le modalità di nomina di tale autorità e la capacità di controllo della stessa devono essere particolarmente considerate in un momento in cui, per tentare di rimettere in moto la vita di milioni di persone, allentando le limitazioni alla libertà di movimento e di attività ad esse imposte, e di far ripartire l'economia a seguito della pandemia da COVID-19, ma anche di ridurre l'impatto di eventuali nuove ondate di contagio, ci si affida in molte parti del

<sup>65</sup> PAP 2017b, 24 [traduzione mia].

<sup>66</sup> BÁNKUTI et al. 2015, 40-41 [traduzione mia].

<sup>67</sup> Si veda PAP 2017b, 24. Sul processo di referendum si veda anche BÁNKUTI et al. 2015, 40.

<sup>68</sup> Si veda la legge XXXI del 1989. Gli interventi normativi precedenti la pandemia del coronavirus, indicati in questo paragrafo, sono stati estensivamente trattati anche in BELLUCCI 2018, 37-47.

<sup>69</sup> Disponibile nella versione ufficiale in inglese sul sito della Corte costituzionale ungherese, in: <http://hunconcourt.hu/rules/fundamental-law>, consultato il 26 febbraio 2021.

<sup>70</sup> Adottate il 30 dicembre 2011 dall'Assemblea nazionale.

<sup>71</sup> La maggior parte delle traduzioni in inglese usano l'espressione "cardinal acts".

<sup>72</sup> Si veda BOKROS et al. (FREEDOM AND REFORM INSTITUTE-FRI) 2012b, 1. FRI è un *think tank* liberal-conservatore con sede a Budapest. La petizione ha chiesto alla Corte costituzionale di dichiarare incostituzionale sia la Legge fondamentale che le leggi cardinali fino ad allora adottate.

<sup>73</sup> All'art. 43 comma 1 della Legge fondamentale si spiega che si tratta dell'«organo dell'Assemblea nazionale responsabile per il controllo finanziario ed economico» [traduzione mia].

<sup>74</sup> Si veda BOKROS et al. (FREEDOM AND REFORM INSTITUTE-FRI) 2012a, 13-14.

mondo al tracciamento dei dati personali, strumento che sembra aver limitato il contagio nei paesi che l'hanno adottato massicciamente.

Ricordiamo che secondo fonti ungheresi<sup>75</sup>, le norme in vigore consentono di scegliere persone vicine alla coalizione al potere per esercitare il controllo del governo sul Parlamento, la magistratura e la pubblica amministrazione, incluse la Banca nazionale di Ungheria e, in particolare, il suo Consiglio monetario<sup>76</sup>, il principale organo decisionale in materia di politica monetaria.

Per quanto riguarda la Corte costituzionale<sup>77</sup>, oltre alla diminuzione sostanziale dei suoi poteri in materia di revisione delle leggi<sup>78</sup>, occorre in particolare ricordare l'eliminazione, nel gennaio 2012, dell'istituto dell'*actio popularis*<sup>79</sup>, che consentiva ad ogni cittadino di ricorrere alla Corte costituzionale nel caso in cui considerasse una norma incostituzionale<sup>80</sup>, per cui la Corte non ha più potuto esaminare «neppure i casi ad essa sottoposti anteriormente al 1° gennaio 2012, da persone ormai non autorizzate ad adirla direttamente»<sup>81</sup>.

Prima dell'abolizione dell'*actio popularis* la Corte costituzionale<sup>82</sup> ha potuto rendere la decisione del 19 dicembre 2011<sup>83</sup>, con cui ha dichiarato incostituzionali talune disposizioni della legge CIV del 2010 sulla libertà di stampa e le regole fondamentali sul contenuto dei media (Legge sulla libertà di stampa), del 2 novembre, nota come Costituzione dei media<sup>84</sup> e della legge CLXXXV del 2010 sui servizi mediatici e i mass media (Legge sui media), del 31 dicembre<sup>85</sup>.

La nuova Costituzione stabilisce inoltre che le «regole dettagliate relative alla libertà di stampa e all'organo che supervisiona i servizi di media, i prodotti di stampa e il mercato delle comunicazioni siano stabilite in una legge cardinale» (art. IX comma 6). Tale disposizione si colloca nel quadro normativo formato dal nuovo sistema di leggi sui media, eccessivamente centralizzato, basato sul duopolio dell'Autorità nazionale per i media e le infocomunicazioni (NMHH), più nota come l'Autorità per i media (l'Autorità) e del Consiglio per i media, una «diarchia con un solo re»<sup>86</sup>, una sorta di «monarchia duale»<sup>87</sup>, in quanto entrambe queste isti-

<sup>75</sup> Si veda BOKROS et al. (FREEDOM AND REFORM INSTITUTE-FRI) 2012a, 1-16. Si veda anche BOKROS et al. (FREEDOM AND REFORM INSTITUTE-FRI) 2012b.

<sup>76</sup> Leggi I e CCVII del 2011 concernenti la Banca nazionale.

<sup>77</sup> Si vedano, in particolare, le norme concernenti la nomina dei membri della Corte e la composizione del comitato formato da 15 membri del Parlamento: l'emendamento del 5 luglio 2001 con cui il Parlamento ha modificato l'art. 32/A(4) della legge XX del 1949 (la su citata Costituzione della Repubblica di Ungheria) e gli artt. 4 e 7 della risoluzione del Parlamento n. 52/2010 del 14 luglio 2011.

<sup>78</sup> Si veda risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2012 sui recenti sviluppi politici in Ungheria (2012/2511(RSP)), par. K, in GUUE C 249 E, 30 agosto 2013, 27.

<sup>79</sup> La nuova Legge fondamentale non menziona più questo meccanismo. Si veda KELEMEN 2011.

<sup>80</sup> Su questo tema si veda anche GÁRDOS-OROSZ 2012.

<sup>81</sup> BELLUCCI 2013, 71.

<sup>82</sup> Si veda KELEMEN 2012.

<sup>83</sup> Decisione n. 165/2011. (XII. 20.) AB. Si noti che AB è l'abbreviazione per Corte costituzionale. Per commenti su sintesi della decisione si vedano KELEMEN 2012; KOLTAY 2012; Hungarian Civil Liberties Union (HCLU), *Summary of the decision of the Constitutional Court of Hungary on the Media Laws in 2011 by the Hungarian Civil Liberties Union*, disponibile in: [https://tasz.hu/files/tasz/imce/2011/hclu\\_const\\_court\\_media\\_law\\_dec\\_brief.pdf](https://tasz.hu/files/tasz/imce/2011/hclu_const_court_media_law_dec_brief.pdf), consultato il 26 febbraio 2021.

<sup>84</sup> La versione originale della Legge sulla libertà di stampa, del 9 novembre 2010 e le versioni della stessa successivamente modificate, entrate in vigore il 3 agosto 2011 e il 3 luglio 2012, sono disponibili, tutte in inglese, in: <http://mediamonitor.c.eu.hu/archive-item/?id=68>, consultato il 26 febbraio 2021.

<sup>85</sup> La versione originale in ungherese e la versione modificata entrata in vigore il 3 agosto 2011, nella traduzione inglese dell'Autorità, sono disponibili in <http://mediamonitor.c.eu.hu/archive-item/?id=69> consultato il 26 febbraio 2021. Questa legge è stata emendata dalla legge XIX del 2011 sulla modifica della legge CIV del 2010 e della legge CLXXXV del 2010, del 22 marzo, a seguito di negoziati con la Commissione, e poi dalla legge CVII del 2011 sulla modifica di certe leggi riguardanti le comunicazioni elettroniche, del 9 luglio.

<sup>86</sup> BELLUCCI 2018, 64.

<sup>87</sup> HARASZTI 2011, II par., pt. 2 [traduzione mia]. L'espressione è stata utilizzata, sebbene in un contesto lievemente diverso, da Miklós Haraszti, che è stato in passato Rappresentante dell'OSCE per la libertà dei media.

tuzioni sono affidate alla guida di una sola persona che viene nominata dal Primo Ministro<sup>88</sup>.

I vertici delle più importanti istituzioni pubbliche hanno ricevuto in Ungheria mandati molto lunghi, da sei a dodici anni, che non hanno quindi potuto spesso essere rinnovati nelle elezioni successive a tale conferimento. In molti casi infatti la data è stata fissata addirittura oltre le ultime elezioni del 2018<sup>89</sup>.

Sono stati inoltre limitati il potere dei sindacati e il diritto di sciopero dei lavoratori; sono state richieste condizioni più stringenti per presentare referenda; è stato indebolito il sistema di commissari parlamentari per i diritti umani e civili (ombudsman) e ridotto il numero di confessioni religiose riconosciute<sup>90</sup>; è stato nazionalizzato il sistema obbligatorio di pensioni private (con la conseguente appropriazione dei suoi asset) e sono state introdotte modifiche alla legge elettorale in favore della coalizione al governo<sup>91</sup>. Sebbene generalmente l'Ungheria non imponga il pensionamento obbligatorio per coloro che hanno raggiunto l'età pensionabile, nel 2012, quasi 300 giudici della Corte suprema (rinominata *Kúria*) sono stati obbligati ad andare in pensione<sup>92</sup>. In Ungheria infatti il diritto è stato utilizzato violando alcuni principi cardine delle democrazie liberali moderne. Ricordiamo in particolare che sono state approvate norme con effetto retroattivo, come appunto avvenuto relativamente all'appena menzionato pensionamento obbligatorio per i giudici della Corte suprema al raggiungimento dell'età pensionabile, eccetto il suo Presidente<sup>93</sup>. Tramite il diritto è inoltre stato conferito al Presidente dell'Ufficio giudiziario nazionale il potere di «designare una corte in un dato caso»<sup>94</sup>, il quale costituisce una violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge, uno dei principi cardine dello Stato di diritto. Tale conferimento ha condotto il Parlamento europeo a sottolineare che il «diritto di assegnare casi ai tribunali», lede il diritto ad un giusto processo e quello all'indipendenza della magistratura<sup>95</sup>. Il Quarto emendamento costituzionale<sup>96</sup> ha incluso nella Legge fondamentale il diritto del Presidente di trasferire casi<sup>97</sup>, «che era stato introdotto nell'art. 11.3 dal-

<sup>88</sup> Per approfondimenti sul tema dei media in Ungheria si veda BELLUCCI 2018, 61-82.

<sup>89</sup> Si veda BOKROS et al. (FREEDOM AND REFORM INSTITUTE-FRI) 2012a, 3.

<sup>90</sup> Si veda anche «Open letter on the oppression of freedom of religion in Hungary», Budapest, 8 agosto 2011, *hiprotest.hu*, disponibile in: [www.iprotest.hu/for-the-freedom-of-religion/open-letter-on-the-oppressi.html](http://www.iprotest.hu/for-the-freedom-of-religion/open-letter-on-the-oppressi.html), consultato il 26 febbraio 2021.

<sup>91</sup> Per ulteriori dettagli si veda BOKROS et al. (FREEDOM AND REFORM INSTITUTE-FRI) 2012a, 4.

<sup>92</sup> Si veda BOKROS et al. (FREEDOM AND REFORM INSTITUTE-FRI) 2012a, 10. Sui giudici si veda anche l'art. 26 comma 2 della Legge fondamentale.

<sup>93</sup> Il nuovo criterio per l'elezione del Presidente della Corte suprema ha sollevato critiche tra vari osservatori. È stato evidenziato che «le disposizioni giuridiche formulate in maniera generale, che sono in realtà dirette contro una persona o persone specifiche sono contrarie allo Stato di diritto». Council of Europe/Conseil de l'Europe, Parliamentary Assembly/Assemblée parlementaire, Committee on the Honoring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee), LUNDGREN, FISCHEROVÁ co-relatrici, *Request for the Opening of a Monitoring Procedure in Respect of Hungary*, Report, Doc. 13229, Explanatory memorandum, 10 giugno 2013, par. 14, disponibile in: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-en.asp?FileId=19777>, consultato il 26 febbraio 2021 [trad. mia].

<sup>94</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Hungary – infringements: Commission Takes Further Legal Steps on Measures Affecting the Judiciary and the Independence of the Data Protection Authority, Notes Some Progress on Central Bank Independence, but Further Evidence and Clarification Needed*, Press Release, Brussels, 7 marzo 2012, disponibile in: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_12\\_165](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_12_165), consultato il 26 febbraio 2021 [traduzione mia].

<sup>95</sup> Si veda risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2012 sui recenti sviluppi politici in Ungheria, cit., par. E). Si veda anche *Judiciary on Manual Override*, in «Transparency International Hungary», Budapest, 20 febbraio 2012, disponibile in: <https://transparency.hu/en/news/igazsagszolgalattas-kezi-vezerlesen/>, consultato il 26 febbraio 2021.

<sup>96</sup> Si vedano EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary and Technical Note*, Strasbourg, 21 marzo 2013, disponibile in: [www.venice.coe.int/web-forms/documents/?pdf=CDL-REF%282013%29014-e](http://www.venice.coe.int/web-forms/documents/?pdf=CDL-REF%282013%29014-e), consultato il 26 febbraio 2021; OFFICE OF THE PARLIAMENT, *Fourth Amendment to Hungary Fundamental Law, n. T/9929*, Budapest, presentato l'8 febbraio 2013, disponibile in: <https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/hungary/Fourth%20Amendment%20to%20the%20FL%20-Eng%20Corrected.pdf>, consultato il 26 febbraio 2021; ZELDIN 2013.

<sup>97</sup> Si vedano legge CLXI del 2011 sull'Organizzazione e l'amministrazione delle corti, che è entrata in vigore il 1° gennaio e il provvedimento n. 10593 che sostituisce il capitolo cinque di questa legge, che reca «per una rivista procedura

le Disposizioni transitorie»<sup>98</sup>. Anche se eliminato dalla Legge fondamentale<sup>99</sup>, è stato comunque previsto da una legge cardinale. Sembra quindi che solo una maggioranza dei due terzi del Parlamento potrebbe modificarlo, che è, come già più volte osservato, la maggioranza che la coalizione al governo detiene. Anche la cosiddetta Legge di stabilità è una legge cardinale e ha infatti subordinato la disciplina del sistema di imposizione del reddito ad una maggioranza dei due terzi<sup>100</sup>.

La trasformazione in senso illiberale avvenuta in Ungheria e operata anche tramite lo strumento giuridico, ha in sintesi intaccato i *checks and balances* del Paese e modificato il panorama politico-amministrativo precedente<sup>101</sup>. Ha condotto ad un controllo strutturato, previsto legalmente, da parte della coalizione al governo sui media, sia pubblici che commerciali, alla limitazione della libertà di stampa, dell'iniziativa popolare, dei diritti sociali e delle libertà civili<sup>102</sup>.

Avendo le elezioni del 2018 confermato il controllo dei due terzi del Parlamento da parte delle stesse forze politiche, la pandemia da COVID-19 in corso ha trovato in Ungheria un potere già estremamente concentrato. Essa è stata menzionata come la ragione giustificatrice di un ulteriore accentramento.

Il governo ha dichiarato, per far fronte alle conseguenze della pandemia in questione, uno «stato di pericolo»<sup>103</sup>, cioè uno speciale stato di emergenza previsto dalla Costituzione ungherese, che è stato introdotto l'11 marzo 2020<sup>104</sup>. L'articolo 53 comma 1 della Costituzione prevede infatti che: «Nell'eventualità di un disastro naturale o incidente industriale che metta in pericolo la vita e la proprietà, o al fine di mitigarne le conseguenze, il governo dichiara uno stato di pericolo e può introdurre misure straordinarie contenute in una legge cardinale»<sup>105</sup>. Al comma 2 dello stesso articolo è inoltre previsto che: «In uno stato di pericolo, il governo può adottare decreti in forza dei quali può, come previsto da una legge cardinale, sospendere l'applicazione di certe leggi, derogare dalle previsioni di leggi e prendere altre misure straordinarie»<sup>106</sup>.

È stata di conseguenza emanata una legge, finalizzata a proteggere dal coronavirus, che dal 30 marzo 2020, estende i poteri emergenziali del governo, sospende le elezioni<sup>107</sup> e prevede la possibilità per il governo di decidere tramite decreti<sup>108</sup>, durante il periodo dell'emergenza. La durata di tali misure non è stata stabilita per un tempo delimitato, ma per un periodo potenzialmente indeterminato, coincidente con la non diversamente specificata fine della pandemia; questo ha condotto anche ad una dichiarazione di alcuni Stati membri dell'UE che si sono detti «profondamente preoccupati per il rischio di violazioni dei principi dello Stato di diritto, della democra-

sul trasferimento di casi»; EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Draft Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary*, CDL(2013)023, Council of Europe, Strasbourg, 29 maggio 2013, par. 77-78, disponibile in: [http://www.pestertloyd.net/velencei\\_bizottsag\\_Hungary.pdf](http://www.pestertloyd.net/velencei_bizottsag_Hungary.pdf), consultato il 26 febbraio 2021. Si veda anche *Judicial Reform* (Published on The Curia of Hungary), disponibile in: [www.lb.hu/en/print/english/judicial-reform](http://www.lb.hu/en/print/english/judicial-reform), consultato il 26 febbraio 2021.

<sup>98</sup> EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Opinion 720/2013, Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary*, CDL-AD(2013)2012, Council of Europe, Strasbourg, 29 maggio 2013, par. 73, disponibile in: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=cdl-ad\(2013\)012-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=cdl-ad(2013)012-e), consultato il 26 febbraio 2021 [traduzione mia].

<sup>99</sup> Si veda MTI 2013.

<sup>100</sup> Si veda risoluzione del Parlamento europeo 16 febbraio 2012 sui recenti sviluppi politici in Ungheria (2012/2511(RSP)), cit., par. D).

<sup>101</sup> Si veda HAJNAL 2016, 208.

<sup>102</sup> Si veda, per questa sintesi, BOZÓKI 2015, 3. Si veda anche BELLUCCI 2018, 1.

<sup>103</sup> Traduzione mia di «state of danger».

<sup>104</sup> Per la cronologia delle decisioni governative e delle leggi adottate durante l'emergenza da COVID-19 si veda *COVID-19 Civic Freedom Tracker. Keep Civic Space Healthy*, disponibile in: <https://www.icnl.org/covid19tracker/?location=54&issue=&date=&type=>, consultato il 26 febbraio 2021.

<sup>105</sup> Traduzione mia. Si veda *supra*, nt. 69.

<sup>106</sup> Traduzione mia. Si veda *supra*, nt. 69.

<sup>107</sup> Si veda *supra*, nt. 104; KELEMEN 2020.

<sup>108</sup> Si veda *supra*, nt. 104; KELEMEN 2020.

zia e dei diritti fondamentali che emergono dall'adozione di certe misure emergenziali»<sup>109</sup>.

Tra le misure introdotte dalla legge in questione vi è anche quella che prevede che sia sanzionato con cinque anni di reclusione chi diffonde menzogne o verità deformate sulla pandemia. Tale disposizione è suscettibile di giustificare un ulteriore controllo sui media ed è fonte di preoccupazione per i giornalisti indipendenti<sup>110</sup>. Ad oggi nessun caso è stato portato davanti ad una corte con riferimento a queste norme, ma la polizia ha avviato più di cento investigazioni e alcuni cittadini sono stati interrogati a seguito di post critici pubblicati su Facebook<sup>111</sup>. È stata quindi aperta la via a un controllo effettivo dei principali social media.

La ministra della giustizia ungherese, Judit Varga, ha promesso che avrebbe creato le condizioni normative per cui il Parlamento avrebbe potuto decidere a breve la fine del cosiddetto «stato di pericolo»<sup>112</sup> per il 20 giugno<sup>113</sup>. Effettivamente il Parlamento ungherese ha adottato una legge che, dal 18 giugno 2020, richiede al governo di terminare tale stato e prevede la revoca dei poteri straordinari concessigli tramite la legge finalizzata a proteggere dal coronavirus<sup>114</sup>. Tuttavia, ha anche introdotto dal 17 giugno, tramite una legge da esso approvata e che ha previsto anche norme relative alla revoca dello «stato di pericolo»<sup>115</sup>, un eventuale altro stato di emergenza, cioè uno «stato di crisi sanitaria»<sup>116</sup>, che può essere dichiarato unilateralmente dal governo per la durata di sei mesi, nonché rinnovato dallo stesso per decreto e che autorizza appunto il governo alla sospensione delle leggi esistenti e di diritti fondamentali, e a decidere tramite decreti, escludendo quindi il Parlamento<sup>117</sup>.

Sebbene il governo abbia fatto marcia indietro riguardo alla limitazione dell'autonomia politica dei sindaci, alcuni dei quali dell'opposizione, come quello di Budapest<sup>118</sup>, che era stata criticata come misura che avrebbe messo a rischio non solo la democrazia, ma anche molte vite, perché avrebbe allungato i tempi di decisioni che debbono essere prese in maniera tempestiva e quindi a livello locale<sup>119</sup>, la pandemia ha costituito il fondamento su cui poggiare interventi normativi determinanti per il consolidamento dell'inversione illiberale ungherese.

## 6. Le narrative politiche: il «Programma di Cooperazione Nazionale» e il «Sistema di Cooperazione Nazionale»

Il secondo strumento che merita attenzione consiste in quello che si può indicare come il discorso politico, la cornice discorsiva o le narrative politiche. Lo strumento giuridico si somma infatti in Ungheria ad «una costruzione politica socio-emotiva, la quale accompagna il mutamento e costituisce l'humus preparatorio che fertilizza in maniera preponderante il terreno su cui le norme trovano radici»<sup>120</sup>. Le narrative in questione sono basate sull'etnonazionalismo, sul popu-

<sup>109</sup> Statement by Belgium, Bulgaria, Cyprus, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, the Netherlands, Portugal, Romania, Spain, Sweden, Diplomatic statement, Government of the Netherlands, 1° aprile 2020, disponibile in: <https://www.government.nl/documents/diplomatic-statements/2020/04/01/statement-by-belgium-denmark-finland-france-germany-greece-ireland-italy-luxembourg-the-netherlands-portugal-spain-sweden> consultato il 26 febbraio 2021 [traduzione mia].

<sup>110</sup> Si veda WALKER 2020b; ÉDITORIAL DU «MONDE» 2020; WALKER, RANKIN 2020b.

<sup>111</sup> Si veda WALKER 2020c. Sul controllo di post di Facebook si veda anche WALKER, RANKIN 2020b.

<sup>112</sup> Si veda *supra*, nt. 104.

<sup>113</sup> Si veda WALKER 2020c.

<sup>114</sup> Si veda *supra*, nt. 104.

<sup>115</sup> Si veda *supra*, nt. 104.

<sup>116</sup> Traduzione mia di «state of medical crisis». Si veda *supra*, nt. 104.

<sup>117</sup> Si veda *supra*, nt. 104; THORP 2020.

<sup>118</sup> Si veda WALKER 2019.

<sup>119</sup> Si veda WALKER 2020a.

<sup>120</sup> BELLUCCI 2018, 25. Le narrative politiche della coalizione al governo in Ungheria sono state estensivamente trattate in questo libro alle pagine 25-31.

lismo e su una retorica che presenta la democrazia illiberale come una via rivoluzionaria adottata dalla coalizione al potere tramite un nuovo contratto con il popolo ungherese.

Viene affermata la creazione di una nuova comunità politica. Il simbolo più evidente utilizzato per formalizzare apertamente la dichiarata “creazione” di quest’ultima è il cambiamento di nome, inserito anche nel Preambolo della nuova Costituzione (art. A), da “Magyar Kòztársaság” a “Magyarország”, tradotti rispettivamente con “Repubblica ungherese” e “Ungheria”. Ciò ha implicato modifiche nella segnaletica e nei documenti e le sentenze delle corti sono rese in nome della nuova denominazione<sup>121</sup>.

La creazione di tale nuova comunità politica è stata ufficialmente sancita con un documento pre-costituzionale, una dichiarazione politica formalmente non vincolante. Ci si riferisce alla Dichiarazione di cooperazione nazionale (Dichiarazione), n. 1140, che è stata adottata il 16 giugno 2010, poco dopo che il governo è entrato in carica, e affissa nei luoghi istituzionali governativi per ordine di quest’ultimo, che ne ha anche specificato la taglia, il colore, i caratteri e la cornice<sup>122</sup>. Dopo l’adozione della nuova Costituzione, le copie della Dichiarazione affisse negli uffici governativi sono state rimpiazzate dal testo del Preambolo della nuova Costituzione, la “Professione di fede nazionale”, più nota in Europa con l’espressione inglese “National Avowal of Faith”.

Il programma di governo, lungo ottanta pagine e intitolato «Il Programma di cooperazione nazionale»<sup>123</sup> (Programma), che è stato firmato da Orbán e presentato al Parlamento ungherese il 22 maggio 2010, è in effetti costituito da tre capitoli, intitolati «La Dichiarazione di cooperazione nazionale», «Il Sistema di cooperazione nazionale», «Questioni di importanza nazionale», e da una «Dichiarazione congiunta con la Camera di commercio e industria ungherese»<sup>124</sup>. Il capitolo sul Sistema di cooperazione nazionale (Sistema) reca come sottotitolo il «Nuovo contratto sociale»<sup>125</sup>.

L’idea di un nuovo contratto sociale emerge più di una volta. La premessa del Programma recita che gli ungheresi

«hanno autorizzato più che [un] mero aggiustamento o cambiamento; [...] hanno autorizzato [la coalizione di governo], attraverso la forza della cooperazione nazionale, a istituire un nuovo sistema politico, economico e sociale, basato su nuove regole in ogni area della vita. [...] Adottando la Dichiarazione di cooperazione nazionale la nuova Assemblea nazionale ha riconosciuto la stipulazione di un nuovo contratto sociale nelle elezioni tenutesi in aprile, con cui gli ungheresi hanno deciso relativamente alla fondazione di un nuovo sistema, il Sistema di cooperazione nazionale. Attraverso questa dichiarazione riconosciamo la volontà del popolo, e la rendiamo la bussola del futuro»<sup>126</sup>.

Il capitolo dedicato a «La Dichiarazione di cooperazione nazionale» menziona inoltre:

«Noi, i rappresentanti dell’Assemblea nazionale ungherese, dichiariamo che costruiremo il nuovo sistema politico ed economico formato in base alla volontà democratica del popolo sui pilastri indispensabili alla felicità e ad una vita rispettabile, e che uniscono le diverse membra della nazione ungherese.

<sup>121</sup> Sebbene i due termini che compongono l’espressione Magyarország giustificano anche la traduzione “Paese ungherese”. Si veda sul tema PAP 2017b, 50.

<sup>122</sup> Si veda PAP 2017b, 50-51.

<sup>123</sup> Nella versione ufficiale in inglese «*The Programme of National Cooperation*» [traduzione mia]. Si veda OFFICE OF THE NATIONAL ASSEMBLY, *The Programme of National Cooperation*, n. H/47, ricevuto il 22 maggio 2010, 1-80, disponibile in: [http://www.parlament.hu/irom39/00047/00047\\_e.pdf](http://www.parlament.hu/irom39/00047/00047_e.pdf), consultato il 26 febbraio 2021.

<sup>124</sup> Traduzione mia della versione ufficiale in inglese «*The Declaration of National Cooperation*», «*The System of National Cooperation*», «*Issues of National Importance*» e «*Joint Declaration with the Hungarian Chamber of Commerce and Industry*».

<sup>125</sup> Traduzione mia della versione ufficiale in inglese «*New Social Contract*».

<sup>126</sup> OFFICE OF THE NATIONAL ASSEMBLY, *The Programme of National Cooperation*, cit., 3-4 [traduzione mia].

Lavoro, casa, famiglia, salute e ordine saranno i pilastri del futuro»<sup>127</sup>.

La coalizione al governo presenta dunque i risultati espressi dalle urne elettorali come l'estrinsecazione di un atto rivoluzionario, a cui essa darà compimento, concretezza, tramite l'introduzione di mutamenti rivoluzionari, che consentiranno agli ungheresi di autodeterminarsi di nuovo e al Paese di tornare a perseguire il bene comune, unendo le proprie forze per uscire dalla «profonda crisi spirituale, politica ed economica»<sup>128</sup> in cui ha versato sino a quel momento<sup>129</sup>.

Secondo la narrativa politica prevalente, dunque, l'esito elettorale sancisce un nuovo contratto sociale, che condurrà all'adozione di una nuova Costituzione e di un sistema fondato sulla cooperazione, invece che sulla divisione. Nel capitolo sul Sistema viene indicato infatti che:

«La responsabilità del primo governo della nuova era è di applicare il nuovo contratto sociale, ossia di erigere il Sistema di cooperazione nazionale. Il Sistema di cooperazione nazionale costituirà le fondamenta della ricostruzione del Paese e della creazione di un'Ungheria forte. [...] Il Sistema di cooperazione nazionale è costruito, invece che sull'ostracismo sull'unità, invece che sull'irresponsabilità politica sulla responsabilità politica, invece che sulla tolleranza degli estremismi sul loro rigetto e la loro eliminazione, invece che sulla limitazione dell'autodeterminazione dei cittadini sulla proliferazione di questa, e sulla restaurazione di un equilibrio tra diritti e obblighi»<sup>130</sup>.

Tuttavia, il Programma non mostra di preoccuparsi solo della costruzione emotiva, ma anche di problemi sociali. Sebbene infatti esso non indichi analiticamente né soluzioni concrete, né le risorse economiche che intende mobilitare, mostra di conoscere alcuni dei principali problemi che affliggono tanto gli ungheresi quanto i cittadini di altri Stati europei, e sottolinea l'importanza dell'occuparsene, ponendo appunto le persone e i loro problemi concreti al centro della politica. Il Programma afferma infatti che:

«Sono necessari un governo e una *governance* che si rivolgano ancora una volta verso le persone e i loro problemi quotidiani, e che siano basati sulla rappresentazione delle nostre comuni cause nazionali. È quindi necessario un governo che presti attenzione alle persone, che le ascolti, che rispetti la loro diversità, e capisca le loro preoccupazioni» (corsivo mio)<sup>131</sup>.

Il Programma considera infatti problematiche che hanno un impatto diretto sulla vita delle persone, tra cui la disoccupazione, la necessità di semplificazione amministrativa, i tagli alla sanità e la insoddisfacente ristrutturazione della stessa, la mancanza o comunque l'insufficienza di una rete di protezione e sostegno sociale a beneficio delle famiglie, degli anziani e dell'infanzia, nonché di servizi a quest'ultima, e la povertà<sup>132</sup>. Esso riflette la consapevolezza della diffusa sfiducia nelle istituzioni e nella politica, e delle difficoltà economiche della popolazione, di cui sembra non dimenticare i soggetti più vulnerabili e che più hanno bisogno di ricevere protezione: le famiglie, le persone senza lavoro o che lo hanno perso in tarda età, i pensionati. Mentre afferma che le più importanti garanzie della libertà sono «l'ordine e la legge»<sup>133</sup> il Programma afferma dunque anche la

<sup>127</sup> OFFICE OF THE NATIONAL ASSEMBLY, *The Programme of National Cooperation*, cit., 5 [traduzione mia].

<sup>128</sup> OFFICE OF THE NATIONAL ASSEMBLY, *The Programme of National Cooperation*, cit., 5 e 10 [traduzione mia]. Il riferimento a questi tipi di crisi si trova infatti sia nel capitolo su *La Dichiarazione di Cooperazione Nazionale*, sia in quello su *Il sistema di Cooperazione Nazionale*.

<sup>129</sup> Si veda OFFICE OF THE NATIONAL ASSEMBLY, *The Programme of National Cooperation*, cit., 7 [traduzione mia].

<sup>130</sup> OFFICE OF THE NATIONAL ASSEMBLY, *The Programme of National Cooperation*, cit., 10 e 11 [traduzione mia].

<sup>131</sup> OFFICE OF THE NATIONAL ASSEMBLY, *The Programme of National Cooperation*, cit., 12 [traduzione mia].

<sup>132</sup> Si veda OFFICE OF THE NATIONAL ASSEMBLY, *The Programme of National Cooperation*, cit., 13, 18-21, 33, 35, 49-56, 57-67, 68-70.

<sup>133</sup> OFFICE OF THE NATIONAL ASSEMBLY, *The Programme of National Cooperation*, cit., 77 [traduzione mia].

necessità di «[r]ipristinare un'equa e giusta rete di sicurezza sociale»<sup>134</sup>. La famiglia in particolare viene evidenziata già all'inizio dell'indice, dove il Programma sintetizza i pilastri della nuova comunità politica e del futuro comune di quest'ultima, «lavoro, casa, famiglia, salute [e] ordine»<sup>135</sup>, prima di menzionarli, come su scritto, nel capitolo dedicato a «La Dichiarazione di cooperazione nazionale». La nuova Costituzione individua infatti la famiglia come «la base della sopravvivenza della nazione»<sup>136</sup> (art. L1) e prevede che la protezione delle famiglie venga regolata da una legge cardinale (art. L 3). Questo da un lato è in linea con i toni nazionalisti e a sostegno della tradizione presenti nel nuovo documento costituzionale, evidenti nel Preambolo<sup>137</sup> della nuova Costituzione, declinandosi con «riferimenti all'unità, alla fierezza della cultura e del passato nazionali, e alla cristianità»<sup>138</sup>, dall'altro costituisce un messaggio chiaro per le famiglie, capace di intercettare il loro malcontento.

Come sottolinea acutamente David Ost<sup>139</sup>, è il rigetto del liberismo economico, percepito come incapace di proteggere la nazione (e quindi le persone potremmo aggiungere), ad aver favorito il sostegno alla destra, non quello del liberalismo politico. C'è anche un elemento molto più semplice che le narrative della coalizione al governo riescono ad intercettare: il malcontento dei cittadini di fronte a partiti politici che sembrano parlarsi solo tra loro, in un susseguirsi di battibecchi senza costrutto, in una serie di “litigi”, staccati dalle necessità concrete e dalle sofferenze delle persone. Questo è effettivamente quanto molti di noi ascoltano o leggono quotidianamente in tanti paesi del mondo: una serie di litigi continui, di faziosità scisse da dibattiti costruttivi e perennemente alimentate dai media. La capacità di intercettare la voglia degli ungheresi (ma che non è solo loro) di metter fine ai battibecchi insensati, di compostezza e di responsabilità, di porre fine ai conflitti inutili, si è tradotta e consolidata nel tempo come silenziamento del conflitto sociale anche nella sua parte più sana, cioè in quella propria del dialogo democratico.

La capacità almeno retorica del programma ungherese di rivolgersi alle persone più vulnerabili, percependo i loro problemi concreti, dovrebbe essere particolarmente analizzata in una situazione di pandemia come quella che stiamo vivendo a seguito della diffusione del COVID-19, che lascerà fortemente fragilizzati, in Italia come altrove, proprio gli attori sociali menzionati nel Programma. Non poche forze politiche tenteranno dunque di raggiungere con la loro comunicazione tali soggetti, utilizzando i toni paternalistici e populistici del Programma e saranno forse analogamente efficaci, cioè anche senza dettagliare soluzioni concrete e strumenti economici precisi. Se la crisi economica del 2008 aveva contribuito in Ungheria a formare un terreno sociale particolarmente fragile e quindi ricettivo al messaggio del Programma<sup>140</sup>, non si riesce al momento nemmeno ad immaginare che tipo di terreno lascerà in più di un Paese la terribile crisi economica causata dalla pandemia in corso. Inoltre, durante quest'ultima i “costanti dibattiti”, per riprendere un'espressione di Orbán su citata<sup>141</sup>, sono aumentati tantissimo in quantità e in tono in tutto il mondo e lasceranno alla fine della stessa cittadini “esausti”, che non ne potranno più di ascoltarli. È quindi fortemente auspicabile che il desiderio di silenzio, di fine dei battibecchi porti ognuno a vigilare maggiormente sulla responsabilità dei propri rappresentanti e non, come si può invece temere che avvenga, a barattare l'assenza di litigi con la malata limitazione del conflitto sociale.

<sup>134</sup> OFFICE OF THE NATIONAL ASSEMBLY, *The Programme of National Cooperation*, cit., 58 [traduzione mia].

<sup>135</sup> OFFICE OF THE NATIONAL ASSEMBLY, *The Programme of National Cooperation*, cit., 2 [traduzione mia]; per la spiegazione di questi concetti si veda p. 13 dello stesso documento.

<sup>136</sup> La traduzione di tutti gli articoli della nuova Costituzione ungherese citati è mia.

<sup>137</sup> La già menzionata “Professione di fede nazionale” (National Avowal of Faith).

<sup>138</sup> BELLUCCI 2018, 38.

<sup>139</sup> Si veda OST 2017, 551.

<sup>140</sup> Per approfondimenti si veda BELLUCCI 2018, 50-51.

<sup>141</sup> Si veda *supra*, § 2.

## 7. Considerazioni conclusive

Per András L. Pap la democrazia illiberale (*illiberalism*) in Ungheria è «una forma di identità costituzionale, un discorso politico che crea la cornice retorica e politica per la recentemente costruita comunità politica»<sup>142</sup>, il cui mito fondatore è caratterizzato dall'indipendenza dai valori universalisti moderni, che hanno implicato soltanto fallimento e frustrazione<sup>143</sup>. Ispirandosi a Bálint Magyar, Aron Buzogáni sostiene che l'espressione "illiberale" sia per l'*audience*<sup>144</sup> conservatrice di Orbán una parola mobilizzatrice, che esprime il rifiuto delle ultime due decadi di postcomunismo, percepite come dominate dal punto di vista politico, culturale ed economico da élites liberali corrotte (di sinistra)<sup>145</sup>.

La nuova relazione stato-società, populisticamente citata da Orbán, sembra essere, secondo quanto analizzato dagli studiosi ungheresi, più uno strumento di propaganda politica che una vera innovazione che introduca effettivamente un nuovo modello di comunità e di Stato, costruito sulla democrazia illiberale. Non sembra avere realmente un carattere rivoluzionario, nel senso che non introduce in Ungheria un nuovo e peculiare modello fondativo. Sottolinea infatti Pap:

«L'auto proclamato regime rivoluzionario del governo Orbán afferma di aver ricostituito e riconcettualizzato la relazione tra lo stato e i suoi cittadini, in termini sia istituzionali che normativi. Ad esempio, la Repubblica di Ungheria è stata rinominata Ungheria. [Inoltre], il nuovo regime si è significativamente allontanato, in diversi ambiti della vita, dagli standard costituzionali generalmente recepiti nelle democrazie liberali. Tuttavia, né i suoi creatori sostengono in maniera convincente, né un'analisi accademica potrebbe supportare, l'affermazione secondo la quale questo costituirebbe in effetti un modello illiberale di democrazia nuovo, coerente, sui generis dal punto di vista giuridico-costituzionale o teorico-politico»<sup>146</sup>.

Ciononostante, si può affermare che «le narrative politiche e gli interventi normativi della coalizione al governo modificano realmente la relazione stato-società in senso illiberale, mutandola rispetto a quella che la transizione postcomunista aveva, almeno formalmente, dichiarato di instaurare»<sup>147</sup>.

L'analisi svolta nel presente articolo ha mostrato infatti che l'esperienza ungherese costituisce uno di quei casi in cui il diritto non consolida semplicemente una situazione già esistente nel tessuto sociale, ma se ne fa agente, contribuendo così in maniera determinante alla sua creazione. L'articolo mostra come il diritto nel caso ungherese «costituisca e non solo ordini relazioni politiche e sociali»<sup>148</sup>. Sebbene i contributi degli studi che si inseriscono nel quadro della tradizione di «diritto e società» non muovano generalmente dall'analisi del diritto positivo, quanto appena scritto conferma l'importanza di renderlo nel caso ungherese oggetto privilegiato di studio. Se da un lato la democrazia illiberale viene comunicata in Ungheria come concetto nazional-popolare e percepita da parte della popolazione come difesa dal liberismo, dall'altro il diritto diventa strumento per cui «lo Stato tende a coincidere con il governo»<sup>149</sup>. La costruzione politica socio-emotiva, fornita dal quadro discorsivo, «fertilizza [...] il terreno su cui le norme trovano

<sup>142</sup> PAP 2017b, 49 [traduzione mia].

<sup>143</sup> Si veda anche BELLUCCI 2018, 55.

<sup>144</sup> Ho preferito lasciare la parola "audience" inglese, dato che viene utilizzata anche in ambito televisivo, invece che tradurla con quella italiana "pubblico".

<sup>145</sup> Si veda BUZOGÁNI 2017, 1314.

<sup>146</sup> PAP, 2017b, 62 [traduzione mia].

<sup>147</sup> BELLUCCI 2018, 157.

<sup>148</sup> BELLUCCI 2018, 7. Si trae qui ispirazione, sebbene modificandola, dalla frase «law constitutes and orders political and social relationships», contenuta in WHITTINGTON et al. 2008, 12.

<sup>149</sup> BELLUCCI 2018, 158.

radici»<sup>150</sup>. Lo prepara per permettere al governo di innestarvi nuove norme. Il presente lavoro mostra infatti come le narrative politiche e il diritto siano stati strumenti fondamentali per la realizzazione dell'inversione illiberale in Ungheria.

Per interpretare tale inversione come avvenuta già prima della pandemia da COVID-19 sembra particolarmente appropriata la tesi di Levitsky e Way, ispirata dal pensiero di Linz, che considera la democrazia illiberale «una nuova forma di regola non democratica»<sup>151</sup> e che, in assenza degli elementi essenziali di una democrazia, occorra riferirsi ad «attori»<sup>152</sup> non democratici. In Ungheria si è infatti verificato, già prima della suddetta pandemia, il fenomeno noto in inglese come *democratic backsliding*<sup>153</sup>, il quale implica un'erosione, ad opera dello Stato, delle istituzioni democratiche che costituiscono l'ossatura di una preesistente democrazia.

La gestione dell'emergenza provocata dalla pandemia da COVID-19 ha poi creato i presupposti perché tale fenomeno si acuisse. È stata infatti adottata dal Parlamento ungherese una legge, finalizzata a contrastare la pandemia in corso, la quale ha introdotto norme che, sulla base dello «stato di pericolo»<sup>154</sup> dichiarato dal governo e menzionato dalla Costituzione ungherese, hanno permesso al governo di decidere tramite decreti<sup>155</sup>, sospeso le elezioni<sup>156</sup> e previsto una misura che rischia di limitare l'attività dei giornalisti indipendenti; la durata di tali norme non è stata vincolata a date precise, ma solo alla fine dell'emergenza stessa, è quindi stata prevista a tempo indeterminato. Il Parlamento ungherese ha successivamente adottato una legge che richiede al governo di terminare lo «stato» in questione e prevede la revoca dei poteri straordinari concessigli tramite la legge finalizzata a proteggere dal coronavirus. Ha tuttavia previsto un eventuale altro stato di emergenza, cioè uno «stato di crisi sanitaria»<sup>157</sup>, che può essere dichiarato dal governo in maniera unilaterale per la durata di sei mesi, rinnovabile dallo stesso per decreto e che permette di escludere dall'attività normativa il Parlamento, in quanto autorizza appunto il governo alla sospensione delle leggi esistenti e di diritti fondamentali, e a decidere tramite decreti.

Era già stata evidenziata la preoccupazione per cui anche a seguito della revoca al governo dei poteri legati all'emergenza sanitaria, gli oltre 100 decreti adottati a partire dal mese di aprile (o parte di essi), alcuni dei quali non sembrano essere in relazione con la lotta al COVID-19 e che, potremmo aggiungere, confermano la già evidenziata «iper produzione» giuridica che ha caratterizzato l'Ungheria negli ultimi anni, sarebbero rimasti in vigore<sup>158</sup>, considerato anche il fatto che le misure emergenziali «relative alla crisi migratoria, introdotte nel 2016, sono ancora in vigore»<sup>159</sup>. Sebbene infatti l'articolo 53 della Costituzione ungherese preveda al suo comma 4 che alla fine dello «stato di pericolo»<sup>160</sup> i decreti del governo (adottati durante tale stato) cesseranno di avere effetti, la preoccupazione di molti è che questo non avvenga. A seguito delle norme introdotte nell'ordinamento ungherese dal 17 giugno, è stato osservato che l'intervento legislativo del Parlamento ungherese non intende restaurare il quadro giuridico precedente la pandemia da coronavirus, ma al contrario creare «una base giuridica per l'uso di più nuovi, straordinari e illimitati poteri governativi»<sup>161</sup>.

<sup>150</sup> Si veda *supra*, nt. 120.

<sup>151</sup> Si veda *supra*, nt. 38.

<sup>152</sup> Si veda *supra*, nt. 41.

<sup>153</sup> Si veda sul tema, anche con riferimento ad una comparazione tra il caso ungherese e quello rumeno, SEDELMEIER 2014.

<sup>154</sup> Si veda *supra*, nt. 103 e nt. 104.

<sup>155</sup> Si veda *supra*, nt. 108.

<sup>156</sup> Si veda *supra*, nt. 107.

<sup>157</sup> Si veda *supra*, nt. 116.

<sup>158</sup> Si veda WALKER 2020c.

<sup>159</sup> WALKER, RANKIN 2020a [traduzione mia].

<sup>160</sup> Si veda *supra*, nt. 103 e nt. 104.

<sup>161</sup> Si tratta di un'analisi dell'Eötvös Károly Intézet (Eötvös Károly Institute), creato nel 2003 dalla Soros Founda-

Possiamo in effetti in sintesi affermare che, oltre ad essere servito per realizzare in Ungheria l'inversione illiberale su descritta, il diritto è stato utilizzato durante la pandemia da COVID-19 per rafforzarla. Esso dunque ha "blindato" non solo la realizzazione di tale inversione illiberale, ma anche il suo rafforzamento. Ha cioè impedito, sia prima che poi, che le modifiche realizzate durante un determinato momento storico fossero di fatto reversibili.

Se la pandemia ha causato in tutto il mondo una temporanea concentrazione di poteri nelle mani di pochi, in Ungheria essa ha trovato un potere politico già estremamente accentrato anche da un punto di vista formale e ha costituito l'*élément déclencheur* per far assurgere l'eccezionalità legata al momento a situazione potenzialmente perenne.

Se è vero che sarebbe banale pensare che le tendenze illiberali di un ordinamento possano essere automaticamente "esportate" in altri ordinamenti e che le forze illiberali presenti in un Paese possano automaticamente applicare gli strumenti utilizzati da quelle di un altro Paese, è anche vero però che la realtà ungherese può essere un'occasione per riflettere sulla "tenuta" e la "resilienza" delle democrazie contemporanee di fronte alle pandemie, le quali, secondo le previsioni degli scienziati, non saranno purtroppo rare nel nostro futuro. Anche se l'Ungheria costituisce un caso peculiare, essa non è l'unico Paese dell'Europa "non occidentale" ad avere emanato misure particolarmente limitatrici delle libertà fondamentali durante la pandemia<sup>162</sup> e comunque, quasi tutti i paesi del mondo hanno dovuto limitare durante la stessa tali libertà, sebbene l'abbiano fatto per periodi di tempo definiti. Se è vero che le caratteristiche proprie di uno Stato democratico erano in Ungheria minate già prima della pandemia da COVID-19, l'analisi del caso ungherese ci fornisce tuttavia elementi per riflettere sull'importanza di mantenere il più possibile "in buon ordine" le nostre democrazie in tempi cosiddetti "normali" o "non eccezionali" perché nessuno, durante eventi tragici come quello che stiamo vivendo, approfitti delle loro debolezze per renderle irriconoscibili, per evitare quindi ciò che durante la pandemia in corso è stata indicata come «un'autocrazia da coronavirus (*a coronavirus autocracy*)»<sup>163</sup>. Questa riflessione non sarà utile solo per paesi che come l'Italia hanno conosciuto regimi autoritari, ma anche per paesi che sono nati facendo della democrazia la loro culla, perché possano creare le condizioni per l'esistenza di "democrazie resilienti", capaci cioè di riesperire le libertà fondamentali dopo un periodo di emergenza in cui esse sono state limitate da esigenze di tutela della salute pubblica.

tion, riportata dal New York Times. NOVAK 2020 [traduzione mia].

<sup>162</sup> Si veda ad esempio PORNSCHLEGEL 2020.

<sup>163</sup> KELEMEN 2020 [traduzione mia].

*Riferimenti bibliografici*

- BÁNKUTI M., HALMAI G., SCHEPPELE K.L. 2012. *Hungary's Illiberal Turn: Disabling the Constitution*, in «Journal of Democracy», 23, 3, 2012, 138 ss.
- BÁNKUTI M., HALMAI G., SCHEPPELE K.L. 2013. *From Separation of Powers to a Government without Checks: Hungary's Old and New Constitutions*, in TÓTH G.A. (ed.), *Constitution for a Disunited Nation: On Hungary's 2011 Fundamental Law*, Central European University Press, 236 ss.
- BÁNKUTI M., HALMAI G., SCHEPPELE K.L. 2015. *Hungary's Illiberal Turn: Disabling the Constitution*, in KRASZTEV P., VAN TIL J. (eds.), *The Hungarian Patient*, Central European University Press, 2015, 37 ss.
- BELLUCCI L. 2013. *Media, diritto e diversità culturale nell'Unione europea tra mito e realtà*, ETS.
- BELLUCCI L. 2018. *La sindrome ungherese in Europa. Media, diritto e democrazia in un'analisi di Law and Politics*, Giuffrè.
- BOBBIO N. 1985. *Liberalismo e democrazia*, Franco Angeli.
- BOKROS L., KAJDI J., KERÉK-BÁRCZY S. (FREEDOM AND REFORM INSTITUTE-FRI) 2012a. *The Unconstitutional Activities of the Hungarian Government and the Ruling Parties*, documento basato sulla petizione di FRI rivolta alla Corte costituzionale, del 15 dicembre 2011, Budapest, 1° febbraio 2012, 1 ss. Disponibile in: [http://www.szri.hu/documents/The\\_unconstitutional\\_Orban\\_government.pdf](http://www.szri.hu/documents/The_unconstitutional_Orban_government.pdf) (consultato il 26 febbraio 2021).
- BOKROS L., KAJDI J., KERÉK-BÁRCZY S. (FREEDOM AND REFORM INSTITUTE-FRI) 2012b. *Why Is it True That the Present Government Has Seriously Damaged Democracy in Hungary?*, documento preparato per la petizione di FRI rivolta alla Corte costituzionale ungherese, del 15 dicembre 2011, Brussels, 1° febbraio 2012, 1 ss. Disponibile in: [http://www.szri.hu/documents/State\\_of\\_Democracy\\_in\\_Hungary\\_in\\_2012.pdf](http://www.szri.hu/documents/State_of_Democracy_in_Hungary_in_2012.pdf) (consultato il 26 febbraio 2021).
- BOZÓKI A. 2015. *Broken Democracy, Predatory State and National Populism*, in KRASZTEV P., VAN TIL J. (eds.), *The Hungarian Patient: Social Opposition to an Illiberal Democracy*, Central European University Press, 3 ss.
- BUZOGÁNI A. 2017. *Illiberal Democracy in Hungary: Authoritarian Diffusion or Domestic Causation?*, in «Democratization», 24, 7, 2017, p. 1307 ss.
- CSILLAG T., SZELÉNYI I. 2015. *Drifting from Liberal Democracy: Traditionalist/Neo-Conservative Ideology of Managed Illiberal Democratic Capitalism in Post-Communist Europe*, in «Intersections. East European Journal of Society and Politics», 1, 1, 2015, 18 ss.
- DI GREGORIO A. 2019. *I fenomeni di degenerazione delle democrazie contemporanee: qualche spunto di riflessione sullo sfondo delle contrapposizioni dottrinali*, in «Nuovi Autoritarismi e Democrazie (NAD)», 2, 2019, 1 ss.
- ÉDITORIAL DU "MONDE" 2020. *Viktor Orban à l'ombre du coronavirus*, in «Le Monde», 1° aprile 2020. Disponibile in: [https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/04/01/viktor-orban-a-l-ombre-du-coronavirus\\_6035162\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/04/01/viktor-orban-a-l-ombre-du-coronavirus_6035162_3232.html) (consultato il 26 febbraio 2021).
- GÁRDOS-OROSZ F. 2012. *The Hungarian Constitutional Court in Transition-from Actio Popularis to Constitutional Complaint*, in «Acta Juridica Hungarica», 53, 4, 2012, 302 ss.
- HAJNAL G. 2016. *Illiberal or Simply Unorthodox? Public Administration Education in Hungary: A Comparative Perspective*, in «Teaching Public Administration», 34, 2, 2016, 206 ss.
- HARASZTI M. 2011. *Hungary's Media Law Package. A Note by Miklos Haraszti, Former OSCE Representative on Freedom of the Media*, in «statewatch», 16 gennaio 2011. Disponibile in: [www.statewatch.org/news/2011/jan/hungary-haraszti-media-law-package.pdf](http://www.statewatch.org/news/2011/jan/hungary-haraszti-media-law-package.pdf) (consultato il 26 febbraio 2021).

- INNESS A. 2015. *Hungary's Illiberal Democracy*, in «Current History», 114, 770, 2015, 95 ss.
- KELEMEN K. 2011. *Hungary: The New Constitutional Court Act*, in «Diritti comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa», 15 dicembre 2011. Disponibile in: <https://www.diritticomparati.it/2011/12/hungary-the-new-constitutional-court-act.html> (consultato il 26 febbraio 2021).
- KELEMEN K. 2012. *Hungary: The Constitutional Court Annulled Some Provisions of the Media Laws*, in «Diritti comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa», 9 gennaio 2012. Disponibile in: <https://www.diritticomparati.it/hungary-the-constitutional-court-annulled-some-provisions-of-the-media-laws/> (consultato il 26 febbraio 2021), pubblicato anche in «media LAWS. Law and Policy of the Media in a Comparative Perspective», 16 gennaio 2012. Disponibile in: [www.medialaws.eu/hungary-the-constitutional-court-annulled-some-provisions-of-the-media-laws/](http://www.medialaws.eu/hungary-the-constitutional-court-annulled-some-provisions-of-the-media-laws/) (consultato il 26 febbraio 2021).
- KELEMEN R.D. 2020. *Hungary Just Became a Coronavirus Autocracy*, in «The Washington Post», 2 aprile 2020. Disponibile in: <https://www.washingtonpost.com/politics/2020/04/02/hungary-just-became-coronavirus-autocracy/> (consultato il 26 febbraio 2021).
- KOLTAY A. 2012. *Hungary's new Media Regulations and the Constitutional Court*, in «hunmedialaw.org», 1 ss. Disponibile in: [http://hunmedialaw.org/dokumentum/306/Hun\\_media\\_law\\_JML\\_article\\_Koltay.pdf](http://hunmedialaw.org/dokumentum/306/Hun_media_law_JML_article_Koltay.pdf) (consultato il 26 febbraio 2021) e [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2154545](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2154545) (consultato il 26 febbraio 2021).
- KORNAI J. 2015a. *Hungary's U-Turn*, in «Capitalism and Society», 10, 1, 2015, 1 ss.
- KORNAI J. 2015b. *Hungary's U-Turn*, in «Society and Economy», 37, 3, 2015b, 279 ss.
- LEVITSKY S., WAY L. 2002. *Elections without Democracy: The Rise of Competitive Authoritarianism*, in «Journal of Democracy», 13, 2, 2002, 51 ss. Disponibile in: <http://muse.jhu.edu/article/17196> (consultato il 26 febbraio 2021).
- LINZ J.J. 2000. *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, Lynne Rienner.
- MATHER L. 2008. *Law and Society*, in WHITTINGTON K.E., KELEMEN R.D., CALDEIRA G.A. (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 681 ss.
- MTI 2013. *Hungary to Withdraw Option to Transfer Cases to Another Court to Avoid "Attack" on the Judiciary*, in «Politics.hu», 7 giugno 2013. Precedentemente disponibile in: [www.politics.hu/20130607/hungary-to-withdraw-option-to-transfer-cases-to-another-court-to-avoid-attacks-on-judiciary/](http://www.politics.hu/20130607/hungary-to-withdraw-option-to-transfer-cases-to-another-court-to-avoid-attacks-on-judiciary/) (consultato il 30 settembre 2017, non più disponibile).
- NADER L. 1969. *Introduction*, in ID., *Law in Culture and Society*, Aldine, 1 ss.
- NOVAK B. 2020. *Hungary Moves to End Rule by Decree, but Orban's Powers May Stay*, in «The New York Times», 16 giugno 2020. Disponibile in <https://www.nytimes.com/2020/06/16/world/europe/hungary-coronavirus-orban.html> (consultato il 26 febbraio 2021).
- OST D. (senza titolo per il contributo specifico) 2017. *The Rise of Illiberalism in Europe. A Discussion of Péter Krastztev and Joan Van Til's The Hungarian Patient: Social Opposition to an Illiberal Democracy*, in «Review Symposium», 17, 2, 2017, 551 s.
- PAP A.L. 2017a. *Constitutional Identity? The Hungarian Model of Illiberal Democracy*, in FISH M.S., GILL G., PETROVIC M. (eds.), *A Quarter Century of Post-Communism Assessed*, Palgrave Macmillan, 161 ss.
- PAP A.L. 2017b. *Democratic Decline in Hungary: Law and Society in an Illiberal Democracy*, Taylor & Francis.
- PORNSCHLEGEL S. 2020. *Don't Sacrifice Democracy on the Altar of Public Health*, in «European Policy Centre», 3 aprile 2020. Disponibile in: <https://www.epc.eu/en/Publications/Dont-sacrifice-democracy-3135a8> (consultato il 26 febbraio 2021).

- RÁCZ A., *Multi-Vectorialism Failing? The Russia-Policy of the Orbán Government*, in «Russkii Vopros», 1, 2015. Disponibile in: [http://www.russkiivopros.com/ruskii\\_vopros.php?page=one&id=619&kat=7&csl=69](http://www.russkiivopros.com/ruskii_vopros.php?page=one&id=619&kat=7&csl=69) (consultato il 26 febbraio 2021).
- RITTER D., PANEGYRES J. 2014. *Shrinking Democracy with Law*, in «Alternative Law Journal», 39, 4, 2014, 212.
- SCHEPPELE K.L. 2012a. *The Unconstitutional Constitution*, in KRUGMAN P., *The Conscience of a Liberal*, in «The New York Times», 2 gennaio 2012. Disponibile in: <https://krugman.blogs.nytimes.com/2012/01/02/the-unconstitutional-constitution/> (consultato il 26 febbraio 2021).
- SCHEPPELE K.L. 2012b. *Hungary, Misunderstood?*, in KRUGMAN P., *The Conscience of a Liberal*, in «The New York Times», 21 gennaio 2012. Disponibile in: <https://krugman.blogs.nytimes.com/2012/01/21/hungary-misunderstood/> (consultato il 26 febbraio 2021).
- SCHEPPELE K.L. 2013a. *Constitutional Revenge*, in KRUGMAN P., *The Conscience of a Liberal*, in «The New York Times», 1° marzo 2013. Disponibile in: <http://krugman.blogs.nytimes.com/2013/03/01/guest-post-constitutional-revenge/> (consultato il 26 febbraio 2021).
- SCHEPPELE K.L. 2013b. *The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work*, in «Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions», 26, 4, 2013, 559 ss.
- SCHEPPELE K.L. 2015. *The Trajectory of Democracy – Why Hungary Matters: Hearing before the Commission on Security and Cooperation in Europe: March 19, 2013*, US Government Publishing Office.
- SEDELMEIER U. 2014. *Anchoring Democracy from Above? The European Union and Democratic Backsliding in Hungary and Romania after Accession*, in «Journal of Common Market Studies», 52, 1, 105 ss.
- SHAPIRO M. 2008. *Law and Politics: The Problem of Boundaries*, in WHITTINGTON K.E., KELEMEN R.D., CALDEIRA G.A. (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 767 ss.
- SZIKRA D. 2014. *Democracy and Welfare in Hard Times: The Social Policy of the Orbán Government in Hungary between 2010 and 2014*, in «Journal of European Social Policy», 24, 5, 2014, 486 ss.
- THORP N. 2020. *Coronavirus: Hungary Votes to end Viktor Orban Emergency Powers*, in «BBC News», 16 giugno 2020. Disponibile in: <https://www.bbc.com/news/world-europe-53062177> (consultato il 26 febbraio 2021).
- WALKER S. 2019. *Budapest's New Mayor: My Win Proves There's More to Hungary than Orbán*, in «The Guardian», 17 ottobre 2019. Disponibile in: <https://www.theguardian.com/world/2019/oct/17/gergely-karacsony-mayor-budapest-eu-hungary-liberal-viktor-orban> (consultato il 26 febbraio 2021).
- WALKER S. 2020a. *Viktor Orbán Ditches Mayor Plan Amid Claims of Coronavirus Power Grab*, in «The Guardian», 1° aprile 2020. Disponibile in: <https://www.theguardian.com/world/2020/apr/01/viktor-orban-ditches-mayor-plan-amid-claims-of-coronavirus-power-grab> (consultato il 26 febbraio 2021).
- WALKER S. 2020b. *Hungarian Journalists Fear Coronavirus Law May be Used to Jail Them*, in «The Guardian», 3 aprile 2020. Disponibile in: <https://www.theguardian.com/world/2020/apr/03/hungarian-journalists-fear-coronavirus-law-may-be-used-to-jail-them> (consultato il 26 febbraio 2021).
- WALKER S. 2020c. *Hungarian Government to End Orbán's Rule-by-Decree Legislation*, in «The Guardian», 26 maggio 2020. Disponibile in: <https://www.theguardian.com/world/2020/>

[may/26/hungarian-government-to-end-orbans-rule-by-decree-legislation-emergency-coronavirus?CMP=Share\\_iOSApp\\_Other](#) (consultato il 26 febbraio 2021).

WALKER S., RANKIN J. 2020a. *Hungary Passes Law That Will Let Orbán Rule by Decree*, in «The Guardian», 30 marzo 2020. Disponibile in <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/30/hungary-jail-for-coronavirus-misinformation-viktor-orban> (consultato il 26 febbraio 2021).

WALKER S., RANKIN J. 2020b. *Hungary's Coronavirus Laws Prompt New Showdown with Brussels*, in «The Guardian», 13 maggio 2020. Disponibile in: <https://www.theguardian.com/world/2020/may/13/hungary-viktor-orban-coronavirus-laws-prompt-new-showdown-with-brussels> (consultato il 26 febbraio 2021).

WHITTINGTON K.E., KELEMEN R.D., CALDEIRA G.A. (eds.) 2008. *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press.

ZAKARIA F. 1997. *The Rise of Illiberal Democracy*, in «Foreign Affairs», 76, 6, 1997, 22 ss.

ZAKARIA F. 2004 [2003]. *The Future of Freedom. Illiberal Democracies at Home and Abroad*, W.W. Norton & Company.

ZELDIN W. 2013. *Hungary: Constitutional Amendments Adopted*, in «Library of Congress. Global Legal Monitor», 19 marzo 2013. Disponibile in: [www.loc.gov/lawweb/servlet/lloc\\_news?disp3\\_l205403520\\_text](http://www.loc.gov/lawweb/servlet/lloc_news?disp3_l205403520_text) (consultato il 26 febbraio 2021).



# ‘PODER CONSTITUYENTE’ Y ‘REVOLUCIÓN’: RELACIÓN DE DOS CONCEPTOS EN CLAVE JURÍDICA

JORGE BAQUERIZO MINUCHE



'Poder Constituyente' y 'Revolución': relación de dos conceptos en clave jurídica

'Constituent Power' and 'Revolution': relationship of two concepts in a legal key

JORGE BAQUERIZO MINUCHE

Investigador de la Càtedra de Cultura Jurídica – Universitat de Girona.

E-mail: [jorge.baquerizo@udg.edu](mailto:jorge.baquerizo@udg.edu).

#### ABSTRACT

Usualmente se dice que el poder constituyente es un poder 'revolucionario': un poder para producir 'revolucionariamente' una nueva constitución. Pero ¿qué significa esto? ¿En qué sentido (o sentidos) hay una relación entre el concepto de 'poder constituyente' y el concepto de 'revolución'? En este artículo se intentará responder esta pregunta mediante: i) la revisión de dos definiciones teóricas complementarias que formulan un concepto restringido de 'revolución' (restringido a la perspectiva jurídica); y ii) la identificación de dos posibilidades de conexión entre el concepto de 'poder constituyente' y el concepto de 'revolución', según se adopte un concepto amplio o restringido de este último.

Constituent power is usually said to be a 'revolutionary' power: a power to produce a new constitution in a 'revolutionary' way. But what does this mean? In what sense (or senses) is there a relationship between the concept of 'constituent power' and the concept of 'revolution'? This article will attempt to answer this question by: i) reviewing two complementary theoretical definitions that formulate a restricted concept of 'revolution' (restricted to the legal perspective); and ii) the identification of two possibilities of connection between the concept of 'constituent power' and the concept of 'revolution', depending on whether a broad or restricted concept of the latter is adopted.

#### KEYWORDS

Poder constituyente, revolución, hechos normativos, constitución

Constituent power, revolution, normative facts, constitution

# ‘Poder Constituyente’ y ‘Revolución’: relación de dos conceptos en clave jurídica

JORGE BAQUERIZO MINUCHE

1. Introducción – 2. El clásico concepto de ‘poder constituyente’: un poder ‘revolucionario’ – 3. El concepto jurídico de ‘revolución’ – 4. La revolución como conjunto de ‘hechos normativos’ – 5. De la revolución a los ‘hechos normativos originarios’ – 6. Dos posibles relaciones entre ‘revolución’ y ‘poder constituyente’. Síntesis y reflexión final.

## 1. Introducción

Tradicionalmente, el concepto de ‘poder constituyente’ –de notoria presencia en la cultura jurídica occidental moderna y contemporánea–, representa la idea de un poder ‘revolucionario’ cuya manifestación desconoce limitaciones jurídicas y que, en virtud de su efectividad, provoca la implantación de una ‘primera’ constitución y, con ello, el surgimiento de un nuevo orden jurídico<sup>1</sup>. Este vínculo entre la comprensión tradicional del poder constituyente y la revolución ha motivado a diversos autores a expresar que existe «una relación muy cercana» entre los dos conceptos mencionados<sup>2</sup>. Pero ¿en qué sentido existe, más precisamente, una relación entre los conceptos de ‘poder constituyente’ y ‘revolución’?

El presente trabajo está orientado a indagar sobre esta cuestión. Lo que básicamente me interesa explorar aquí es qué sentido tiene referirse al poder constituyente como un poder ‘revolucionario’. Para acometer esta labor, el trabajo está estructurado de la siguiente forma: comenzaré, ante todo, haciendo un repaso acerca del surgimiento del concepto de ‘poder constituyente’, el contexto ‘revolucionario’ al que tradicionalmente se lo asocia, la ambigüedad del término ‘revolución’ y la vaguedad de su respectivo concepto (sección 2). Después, haré una exposición respecto de dos definiciones teóricas relacionadas que, desde una perspectiva exclusivamente jurídica, dan cuenta de un concepto restringido de ‘revolución’: el (así llamado) *concepto jurídico* de ‘revolución’ (sección 3); y la definición de la revolución como un conjunto de ‘hechos normativos’ (sección 4). Posteriormente, en la sección 5, daré cuenta de la complementariedad de las dos definiciones previamente expuestas, así como de la posibilidad de proponer su unificación. Se especificarán, sin embargo, dos eventuales críticas atribuibles al concepto restringido de ‘revolución’, resultante de la agregación de tales definiciones; y se ensayará una alternativa que consiste en la asunción de un concepto amplio de ‘revolución’ y, además, en una definición estipulativa del concepto de ‘hechos normativos originarios’. Como se intentará mostrar en las respectivas conclusiones (sección 6), la asunción de una u otra alternativa –un concepto amplio o un concepto restringido de ‘revolución’– condiciona la relación que puede trazarse entre este concepto y el concepto de ‘poder constituyente’. La

\* Agradezco a Riccardo Guastini, Pablo A. Rapetti, Matías Parmigiani, Jordi Ferrer Beltrán, Diego Dei Vecchi, Carolina Fernández Blanco, Miguel Fernández Núñez, Lucila Fernández Alle, Piero Mattei-Gentili y Sebastián Reyes Molina, por la atenta lectura, comentarios y críticas realizadas a diversas versiones previas de este trabajo. Agradezco también a mi *peer reviewer*: sus observaciones y sugerencias fueron muy útiles para mejorar el artículo. Cualquier omisión es de mi exclusiva responsabilidad.

<sup>1</sup> GUASTINI 2014, 171-173. Sobre el concepto de ‘primera constitución’, *vid.* KELSEN 1949 [1945], 115; KELSEN 1982, 207 s. Se advierte desde ya que, a lo largo de todo este trabajo, las expresiones ‘orden jurídico’, ‘ordenamiento jurídico’ y ‘sistema jurídico’ serán utilizadas indistintamente y como sinónimos.

<sup>2</sup> *Vid.*, por todos, ARATO 2017, 105.

identificación de esta doble posibilidad, en todo caso, permite aportar ciertos elementos para una mejor comprensión del propio concepto de ‘poder constituyente’, entendido como el *poder* para producir ‘revolucionariamente’ un nuevo ordenamiento jurídico.

## 2. El clásico concepto de ‘poder constituyente’: un poder ‘revolucionario’

La noción de ‘poder constituyente’, como se sabe, emerge distintivamente en la Modernidad, al calor del pensamiento revolucionario que marcó –hacia finales del s. XVIII– el proceso de independencia de los EE.UU. y la Revolución Francesa, respectivamente. Aunque es posible rastrear orígenes más remotos<sup>3</sup>, es un lugar común afirmar que este concepto adquiere su propia entidad en la mencionada época, que es cuando se empieza a comprender que la autoridad política de la constitución deriva de la soberanía popular y, más concretamente, del *poder constituyente* que, en cabeza del Pueblo (*The People, La Nation*), permite hacer y rehacer los acuerdos institucionales necesarios para el autogobierno colectivo<sup>4</sup>.

La formulación original de la expresión ‘poder constituyente’, como también es bastante conocido, se atribuye al abate Emmanuel-Joseph Sieyès, un destacado político francés quien, dentro de su famoso panfleto *Qu’est-ce que le Tiers-État ? (¿Qué es el Tercer Estado?)*, publicado en enero de 1789 –pocos meses antes del estallido de la Revolución Francesa–, había señalado que «en cada una de sus partes la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente. Ninguna suerte de poder delegado puede modificar en lo más mínimo las condiciones de su delegación»<sup>5</sup>. Poco tiempo después, en julio de 1789, el mismo Sieyès diría de modo más explícito lo siguiente:

«Ahora bien, una Constitución supone ante todo un Poder Constituyente. Los poderes públicos se hallan todos ellos, sin excepción, sometidos a las leyes, a reglas, a formas, que no pueden alterar a su antojo. [...] En cambio, el Poder Constituyente lo puede todo en este orden de cosas, pues no se encuentra sometido a una Constitución previa. La Nación que ejerce entonces el más grande y más importante de todos sus poderes debe encontrarse, en el ejercicio de esta función, libre de todo constreñimiento y de toda forma»<sup>6</sup>.

De acuerdo con la teorización de Sieyès acerca del *pouvoir constituant*, la *Nación* –esto es, un conglomerado de sujetos dotados de identidad, unidad política y capacidad de obrar<sup>7</sup>– tiene el poder de dotarse de una *constitución*, esto es, tiene el poder de instaurar positivamente sus instituciones políticas<sup>8</sup>. Este poder, que presupone ya la existencia de la *Nación* como una unidad política<sup>9</sup>, no está vinculado a formas jurídicas ni a procedimientos legales: tiene la «propiedad inalienable» de estar «siempre en estado de naturaleza»<sup>10</sup>. En consecuencia, el poder constituyente *constituye* una constitución, pero «no puede constituirse nunca con arreglo a la Constitución»<sup>11</sup>.

<sup>3</sup> Varias indagaciones al respecto pueden consultarse en LOUGHLIN 2007, 28-38; COLÓN-RÍOS 2012, 80-83; ROZNAI 2017, 107 y 108; ARATO 2017, 88 [119].

<sup>4</sup> LOUGHLIN 2014, 219.

<sup>5</sup> SIEYÈS 1988 [1789], 106.

<sup>6</sup> SIEYÈS 2007 [1789], 257.

<sup>7</sup> Este es el concepto de ‘nación’ extraído del análisis de la obra de Sieyès (vid. DOGLIANI 1986, 44).

<sup>8</sup> DOGLIANI 1986, 44. En palabras del propio Sieyès, se trata del poder de implementar «una organización, formas y leyes apropiadas para llenar aquellas funciones a las cuales se le ha querido destinar. Esto es lo que se llama la *constitución* de este cuerpo» (SIEYÈS 1988 [1789], 104-105. Cursivas en el texto original).

<sup>9</sup> SCHMITT 1996 [1928], 46; DOGLIANI 1986, 42-44; LOUGHLIN 2010, 221.

<sup>10</sup> SCHMITT 1996 [1928], 97.

<sup>11</sup> SCHMITT 1996 [1928], 97.

Aunque no se trata de la única forma de comprensión del poder constituyente<sup>12</sup>, este clásico concepto postulado por Sieyès todavía resuena y sigue influenciando a una buena parte del pensamiento político y jurídico de Occidente, más de doscientos treinta años después<sup>13</sup>. La impresionante permanencia de estas ideas se debe, en gran medida, al desarrollo y sistematización de la teoría del poder constituyente en manos de la influyente obra de Carl Schmitt<sup>14</sup>. Y es que, ya entrados en el s. XX, y haciendo referencia a un contexto asimismo revolucionario<sup>15</sup>, Schmitt caracterizó al poder constituyente en casi los mismos términos que Sieyès. Pese a la innegable autonomía de sus ideas<sup>16</sup>, las cualidades que Schmitt le atribuyó al poder constituyente son, en esencia, las mismas que casi 140 años antes le había adjudicado Sieyès. Así, después de definir el poder constituyente como una voluntad política acerca del modo y forma del ser político<sup>17</sup>, que sirve de fundamento a toda Constitución (entendida en sentido *positivo*)<sup>18</sup>, Schmitt subraya que el poder constituyente no se apoya «en ningún título jurídico»<sup>19</sup>; por ende, «no puede darse un procedimiento regulado al cual se encuentre vinculada la actividad del poder constituyente»<sup>20</sup>. No se trata, según el mismo autor, de un poder más, coordinado con otros distintos poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), sino que es la base que abarca todos los otros poderes y divisiones de poderes<sup>21</sup>; en este mismo sentido, y siempre según Schmitt, el poder constituyente se encuentra al mismo tiempo «por encima de toda Constitución» y por encima de «toda determinación legal-constitucional, válida en el marco de esta Constitución»<sup>22</sup>.

Ahora bien, como se puede advertir, estas elaboraciones tienen como referencia un evidente contexto ‘revolucionario’ donde las características de ilimitación jurídica y no sujeción al derecho, que definen al poder constituyente en este sentido, obviamente son incompatibles con los principios de toda organización política estable (como el principio de legalidad o la seguridad jurídica). Como lo expresaba Georges Burdeau, «la realidad es que el poder constituyente no es un mecanismo de épocas tranquilas, sino un actor en periodos de crisis»<sup>23</sup>: la insubordinación forma parte «de su propia naturaleza»<sup>24</sup>. De ahí que se afirme que «no pertenece al dominio de

<sup>12</sup> Otras cuatro clásicas concepciones del poder constituyente, incluso anteriores al pensamiento de Sieyès, son revisadas en COLÓN-RÍOS 2014.

<sup>13</sup> ARATO 2017, 88.

<sup>14</sup> Sobre la influencia del pensamiento de Schmitt en la actualidad, *vid.* COLÓN-RÍOS 2011, 369-379.

<sup>15</sup> En 1918 tuvo lugar en Alemania la denominada *Revolución de Noviembre*, que produjo el paso de una monarquía constitucional a una república parlamentaria. En el contexto de esta revolución, se introdujeron en Alemania las ideas de la Revolución Francesa y la concepción de Sieyès sobre la Nación como sujeto del poder constituyente, que habían sido fraguadas casi 130 años antes (CRISTI 1998, 189). En palabras del propio Schmitt, «Con la Revolución de 1918 se introduce prácticamente en Alemania la doctrina democrática del poder constituyente del pueblo» (SCHMITT 1996 [1928], 76).

<sup>16</sup> Las ideas originales de Schmitt sobre el poder constituyente han sido ampliamente analizadas y discutidas; véase, en este sentido: CRISTI 1998, 186-192; KELLY 2016, 225-232; RASCH 2016, 320-334; PREUß 2016, 473-479.

<sup>17</sup> En su *Verfassungslehre* (Teoría de la Constitución), Schmitt define al poder constituyente como «la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo» (SCHMITT 1996 [1928], 93-94. *Cursivas en el texto original*).

<sup>18</sup> «La Constitución en sentido positivo surge mediante un acto del poder constituyente» (SCHMITT 1996 [1928], 45). Según este sentido positivo, la constitución «es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta *por sí misma y se da a sí misma*» (SCHMITT 1996 [1928], 46. *Cursivas en el texto original*). El mismo Schmitt agrega: «Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un Ser político, acerca del modo y forma del propio Ser [...] El poder constituyente es voluntad política: Ser político concreto» (SCHMITT 1996 [1928], 94).

<sup>19</sup> SCHMITT 1996 [1928], 108.

<sup>20</sup> SCHMITT 1996 [1928], 99.

<sup>21</sup> SCHMITT 1996 [1928], 95.

<sup>22</sup> SCHMITT 1996 [1928], 108.

<sup>23</sup> BURDEAU 1983 [1950], 177.

<sup>24</sup> BURDEAU 1983 [1950], 172.

las leyes escritas» ni puede «localizarse por el legislador» pues, contrariamente a verse encuadrado, el poder constituyente «rompe el cuadro de las Constituciones»<sup>25</sup>. En sintonía con este mismo contexto ‘revolucionario’, también es común que se considere a los golpes de Estado, la creación de nuevos Estados, y las revoluciones, en general, como los típicos escenarios del poder constituyente<sup>26</sup>, o que se afirme con mayor énfasis que «la revolución es una manifestación del poder constituyente»<sup>27</sup>.

Todas estas cualidades atribuidas al poder constituyente designan un carácter «radicalmente originario» o «revolucionario»<sup>28</sup>; dicho en palabras de Carl J. Friedrich «el poder constituyente guarda una íntima relación con lo revolucionario»<sup>29</sup>. Ello es especialmente notorio en el ámbito de la teoría política, donde algunos autores que se han dedicado a estudiar el concepto de ‘poder constituyente’ lo asocian de manera inescindible con la idea de *revolución*. Esta es la visión de Antonio Negri, por ejemplo, quien expresa que existe una relación continua entre poder constituyente y revolución, una relación «íntima y circular»; de tal suerte que «allí donde hay poder constituyente, hay revolución» y, de modo recíproco, «cuando se habla de revolución se habla de poder constituyente»<sup>30</sup>. Para Negri, el paradigma del poder constituyente es el de «una fuerza que irrumpe, quiebra, interrumpe, desquicia todo equilibrio preexistente y toda continuidad posible»<sup>31</sup>; el poder constituyente, entonces, es un «poder de revolución permanente»<sup>32</sup> o, dicho más directamente, «el poder constituyente como poder omnipotente es la revolución misma»<sup>33</sup>.

Parecería evidente, pues, que todo lo dicho hasta aquí describe un nexo inevitable entre el poder constituyente y la revolución. Sin embargo, no es irrelevante preguntarse en qué sentido existiría tal vinculación<sup>34</sup>. Para algunos autores (como el propio Negri, recién citado), esta relación es de tipo *necesario*; de ahí que, según Burdeau, la actividad del poder constituyente, al sustituir el viejo orden político y social por uno nuevo, «es necesariamente revolucionaria»<sup>35</sup>. De acuerdo con otros autores, en cambio, dicha relación no sería necesaria sino *contingente*; en palabras de Friedrich, si bien «el poder constituyente guarda una íntima relación con lo revolucionario [...] no todas las revoluciones son hechas por grupos deseosos de fundar una constitución»<sup>36</sup>. En este mismo sentido, H.L.A. Hart subrayaba que, si bien la revolución implica siempre el quebrantamiento de algunas de las normas del sistema jurídico existente, no necesariamente implica, por otro lado, el establecimiento de una nueva constitución o de un nuevo sistema jurídico<sup>37</sup>.

<sup>25</sup> DONOSO CORTÉS 1984 [1837], 72.

<sup>26</sup> FRIEDRICH 1975 [1941], 275 s.; BONNARD 1942, 8; VEDEL 1984 [1949], 114 s.; BURDEAU 1983 [1950], 172 s. Como afirma más recientemente Luigi Ferrajoli, son actos constituyentes por antonomasia los actos revolucionarios (FERRAJOLI 2007, 856 s.). En casi idéntico sentido, Bouvier anota que «Los casos paradigmáticos que se suelen citar como actos constituyentes originarios son las revoluciones y los golpes de Estado» (BOUVIER 2014, 23).

<sup>27</sup> PIERANDREI 1965b [1952], 244.

<sup>28</sup> SÁNCHEZ AGESTA 1951 [1943], 340.

<sup>29</sup> FRIEDRICH 1975 [1941], 276.

<sup>30</sup> NEGRI 2015 [1992], 55.

<sup>31</sup> NEGRI 2015 [1992], 39.

<sup>32</sup> NEGRI 2015 [1992], 251.

<sup>33</sup> NEGRI 2015 [1992], 29.

<sup>34</sup> De hecho, autores como Andrew Arato consideran que existen buenas razones para indagar acerca de esta relación (vid. ARATO 2017, 105).

<sup>35</sup> BURDEAU 1981 [1977], III. Quizás por ello es que Schmitt afirmaba que «Con una Revolución lograda se da sin más un nuevo Status y *eo ipso* una nueva Constitución» (SCHMITT 1996 [1928], 31).

<sup>36</sup> FRIEDRICH 1975 [1941], 276. El mismo autor agrega que, en el siglo XX, hubo una serie de revoluciones «que iban en busca de destruir una constitución, más que de establecerla» (FRIEDRICH 1975 [1941], 276).

<sup>37</sup> HART 2012 [1961], 118. Cfr. ABAT I NINET 2020, 5 y 17 (donde se argumenta que, debido a la «naturaleza holística» del constitucionalismo, actualmente no existe revolución política que no involucre a la constitución).

Esta diferencia, me parece, responde fundamentalmente a la indeterminación semántica del término ‘revolución’; y es que, como se sabe, dicho término constituye un ejemplo paradigmático de ambigüedad. Pero incluso si se restringieran los múltiples ámbitos en que dicho vocablo es utilizado<sup>38</sup>, y se tuvieran en cuenta únicamente los significados de ‘revolución’ como fenómeno social y político<sup>39</sup>, ocurre que la mencionada indeterminación aún se manifestaría en una notable diversidad de propiedades que evidencian la vaguedad del concepto<sup>40</sup>. Ello se extiende hasta el punto en que ciertos fenómenos políticos comúnmente denotados por el término ‘revolución’, en ocasiones sean relacionados también con otros conceptos diversos (como ‘golpe de Estado’, ‘rebelión’, ‘revuelta’, ‘insurrección’, etc.).

Como consecuencia de lo anteriormente señalado, es posible decir que no existe un consenso con respecto a cuáles son los efectos provocados por las revoluciones; a éstas se les atribuye la producción de diversos resultados, seguramente relacionados, pero diversos al fin. Así, se postulan como efectos de una revolución: la toma ilegal de poder normativo y la incitación a los ciudadanos a desobedecer las regulaciones existentes<sup>41</sup>; la captación del gobierno efectuada dentro del mismo grupo que detenta el poder<sup>42</sup>; el derribamiento de las autoridades políticas y su consecuente sustitución<sup>43</sup>; la modificación no legítima de la constitución o su reemplazo por otra<sup>44</sup>; la sustitución ilegítima de un ordenamiento jurídico preexistente por un nuevo ordenamiento jurídico<sup>45</sup>; la realización de profundos cambios en las relaciones políticas y en la esfera socioeconómica<sup>46</sup>; la formación de un cuerpo político nuevo donde la liberación de la opresión conduzca, cuando menos, a la «constitución de la libertad»<sup>47</sup>; la destrucción del Estado<sup>48</sup>; etc.

Luego, debido a la existencia de múltiples conceptos divergentes de ‘revolución’, la relación con el poder constituyente no parece del todo clara. ¿Existe (o no) una relación entre estos conceptos? Y si existiere, ¿cómo se encuentra edificada? Para clarificar estas cuestiones será necesario, ante todo, precisar cuál es el sentido relevante de ‘revolución’ para el derecho. Esta clarificación, como

<sup>38</sup> Como es conocido, el término ‘revolución’ es usualmente utilizado para denotar acontecimientos políticos de muy diverso contenido, desde los derrocamientos de los gobernantes mediante el uso de la fuerza hasta los procesos de independencia de los pueblos; pero también es utilizado para hacer referencia a trastornos sociales aún más trascendentes, arquetipos del uso de este término, tales como los denotados por la Revolución Francesa o la Revolución Rusa; y, en general, se usa también este vocablo para calificar a fenómenos tan diversos como el Cristianismo, el Renacimiento, la Reforma, o el proceso de transformación causado por el maquinismo (la denominada *Revolución Industrial*). Vid. COSSIO 1936, 41 s.

<sup>39</sup> Excluyendo así otro tipo de fenómenos, como los atinentes al desarrollo económico o industrial, o aquellos que pueden denominarse fenómenos ‘espirituales’ – e. g., el cristianismo o el Renacimiento.

<sup>40</sup> Menciono dos ejemplos: i) Para ciertos autores, el elemento de la *violencia* es definitorio dentro del concepto de ‘revolución’ (PASQUINO 1983, 1001); para otros, en cambio, tal elemento no es determinante, pues bastaría que existiera la amenaza de la fuerza para que, de todos modos, se hablase de ‘revolución’, e incluso hay autores que van más allá y admiten la existencia de ‘revoluciones pacíficas’ (PIERANDREI 1965b [1952], 213; CATTANEO 1960, 72). ii) La inclusión del rasgo de *efectividad* en el concepto de ‘revolución’ también es discutible: hay quienes sostienen que, sin ese elemento (es decir, antes de conocer su triunfo), es preferible hablar de ‘movimiento revolucionario’ y no de ‘revolución’ (SCHMILL 2007, 338-339) y que, si definitivamente se fracasa en las pretensiones revolucionarias, no se debería denominar ‘revolución’ sino ‘revuelta’ o ‘sublevación’ (PIERANDREI 1965a [1949], 11; COTTA 1953, 482) o, alternativamente, ‘insurrección’ o ‘rebelión’ (BOBBIO 1960, 203-204); sin embargo, hay quienes incluyen en la definición de ‘revolución’ también a las tentativas (PASQUINO 1983, 1001).

<sup>41</sup> VON WRIGHT 1963, 202.

<sup>42</sup> HART 2012 [1961], 118 (cursivas añadidas). Estas circunstancias, sin embargo, son típicamente atribuidas al ‘golpe de Estado’ (ARENDT 1990 [1963], 34-35); aunque también hay autores que incluyen al *coup d’État* como una especie del género ‘revolución’ (KELSEN 1949 [1945], 117; KELSEN 1982 [1960], 218).

<sup>43</sup> PASQUINO 1983, 1001.

<sup>44</sup> KELSEN 1982 [1960], 218.

<sup>45</sup> KELSEN 1949 [1945], 117; BOBBIO 1960, 203; BOBBIO 1996 [1961], 244.

<sup>46</sup> PASQUINO 1983, 1001.

<sup>47</sup> ARENDT 1990 [1963], 35.

<sup>48</sup> SCHMILL 2007, 337.

se mostrará más adelante, permite aportar ciertos elementos para una mejor comprensión del propio concepto de ‘poder constituyente’ como un poder ‘revolucionario’. En este orden de ideas, revisaré a continuación dos definiciones teóricas, íntimamente relacionadas, que tratan de dar cuenta del concepto de ‘revolución’ desde una perspectiva exclusivamente jurídica. Veamos.

### 3. El concepto jurídico de ‘revolución’

Es necesario aclarar, ante todo, que el *concepto jurídico* de ‘revolución’ –formulado por varios autores dedicados a la teoría general del derecho, sobre todo durante los años 50 y 60 del siglo pasado– es ‘jurídico’ no porque sea un concepto *calificado* por el derecho (desde una perspectiva interna a algún ordenamiento jurídico determinado) sino porque se trata de un concepto *atinente* o *referente* al derecho, desde un punto de vista externo a cualquier ordenamiento<sup>49</sup>. Es en este específico sentido que la literatura correspondiente se refiere al «problema jurídico» o al «concepto jurídico» de la revolución<sup>50</sup>.

Debe advertirse también que algunas doctrinas niegan la razón de ser de este problema; el estudio del hecho revolucionario, según algunos autores, no debe ser considerado como un problema jurídico. Tales autores niegan cualquier relevancia a la revolución con respecto al derecho y, por tanto, niegan la posibilidad del estudio de aquellas relaciones por parte de la ciencia jurídica. Como se explica en varios trabajos, se trata de autores que siguen una corriente formalista del positivismo jurídico y que se limitan exclusivamente al ámbito de un ordenamiento jurídico dado, históricamente existente, sin interesarse por los hechos que sucedan al margen de aquél<sup>51</sup>. Se identifica aquí, por ejemplo, a Raymond Carré de Malberg, quien en un famoso (y lapidario) pasaje de su más conocida obra expresa que «en la ciencia del derecho público no hay lugar para un capítulo consagrado a una teoría jurídica de los golpes de Estado, de la revolución y de sus efectos»<sup>52</sup>.

No obstante, existe un claro argumento en contra de la aparente irrelevancia de la revolución como problema jurídico, y radica en la constatación de que ciertas revoluciones crean un nuevo orden jurídico, es decir, *crean derecho*. Quienes pasan por alto este aspecto normativo de la revolución pierden de vista que ésta supone un hecho antijurídico respecto al derecho positivo del Estado contra el que se dirige; pero desde la perspectiva de la revolución triunfante, ésta ya no es un hecho antijurídico sino más bien fuente productora del derecho positivo que, instaurado revolucionariamente, sustituye al antiguo orden<sup>53</sup>.

Desde este punto de vista, la revolución que provoca la ruptura de la continuidad de un determinado orden constitucional, con la consiguiente instauración de uno nuevo, se caracteriza no sólo por el momento *negativo* o *destructivo* del sistema hasta entonces vigente, sino también por un momento *positivo* o *constructivo*: el de la actividad dirigida al establecimiento y la organización del nuevo orden<sup>54</sup>. De ahí que la revolución también pueda ser definida, en palabras

<sup>49</sup> CATTANEO 1960, 63 s. Para este autor, el predicado ‘jurídico’ tiene al menos dos significados: un significado más técnico y restringido, referente al ‘interno’ de un ordenamiento jurídico, y que indica una calificación efectuada por una norma jurídica que produce determinados efectos dentro del ordenamiento (como sucede, por ejemplo, cuando se habla de ‘acto jurídico’, ‘hecho jurídico’ o ‘instituto jurídico’); y otro significado más amplio, y con referencia externa al ordenamiento jurídico, que indica simplemente ‘atinencia’ al derecho (como ocurre, por caso, con las expresiones ‘lenguaje jurídico’ o ‘ciencia jurídica’). Vid. CATTANEO 1960, 63.

<sup>50</sup> CATTANEO 1960, 64.

<sup>51</sup> Esta es la razón que, a modo expositivo, se ofrece en PIERANDREI 1965a [1949], 8; PIERANDREI 1965b [1952], 214; y CATTANEO 1960, 16.

<sup>52</sup> CARRÉ DE MALBERG 2000 [1920-1922], 1173.

<sup>53</sup> ROMANO 1947 [1944], 223 s.

<sup>54</sup> PIERANDREI 1965a [1949], 11.

de Norberto Bobbio, como un «hecho constitutivo de derecho»<sup>55</sup>. Este enfoque en torno al estudio de la revolución, por lo demás, ha tenido una recepción bastante amplia<sup>56</sup>.

Admitir lo anterior no supone ir al otro extremo, que sería adjudicar a las revoluciones un carácter *intrínsecamente* jurídico (como sugería la teoría institucionalista del derecho<sup>57</sup> o la jurisprudencia sociológica<sup>58</sup>). Tomando las palabras de Franco Pierandrei, es verdad que la revolución puede crear derecho, pero esto no significa que el fenómeno revolucionario se presente *en sí y por sí mismo*, o por ‘naturaleza’, como un fenómeno jurídico; la revolución es, ante todo, un hecho, manifestación de las fuerzas políticas que estallan en la sociedad, y por ello tiene una importancia como ‘hecho normativo’<sup>59</sup>. Esta importancia, además, aparece sólo cuando la realidad social se afirma en la superficie, esto es, cuando después de haber abolido la estructura preexistente, la revolución impone un nuevo sistema jurídico<sup>60</sup>. Si se tiene en cuenta todo esto, la ‘juridicidad intrínseca’ de la revolución es algo irreal, pues, ni esta nace de improviso, ni puede decirse que es un ordenamiento jurídico (como si fueran lo mismo)<sup>61</sup>.

En todo caso, si se acepta el problema jurídico de la revolución –evitando los extremos de adjudicarle irrelevancia jurídica o de atribuirle ‘juridicidad intrínseca’– se puede proceder a la correspondiente conceptualización. Esto es lo que se advierte en una de las primeras formulaciones expresas del *concepto jurídico* de ‘revolución’<sup>62</sup>: la realizada por Sergio Cotta en 1953, dentro de un artículo que –aunque parezca extraño– se inscribe claramente en la tradición analítica de la filosofía del derecho italiana<sup>63</sup>.

<sup>55</sup> BOBBIO 1960, 204.

<sup>56</sup> En este sentido, PIERANDREI especifica que «el no-derecho sólo persiste mientras exista un derecho que lo califique condenándolo; pero si se modifica este último, entonces la revolución se convierte en fuente de nuevo derecho» (PIERANDREI 1965 [1952], 226). Como señala Sergio Cotta, la característica «especialísima» de la revolución consiste en el hecho de que ésta, a diferencia de otros fenómenos estudiados por la ciencia del derecho, no cae bajo el ámbito de vigencia de un ordenamiento jurídico, sino de dos ordenamientos cronológicamente consecutivos: el que es abatido y el que es construido. Por tanto, la revolución no puede ser juzgada según el criterio de uno sólo de aquellos; constituirá «ilícito» la tentativa de revolución, pero no la revolución que ha tenido éxito (COTTA 1953, 484). También BOBBIO comparte esta idea acerca de la revolución: «respecto al ordenamiento precedente es un hecho ilegítimo [... pero] respecto al ordenamiento sucesivo, originado conforme a ella, es el fundamento mismo de la legitimidad de todo el ordenamiento» (BOBBIO 1960, 203 s.).

<sup>57</sup> Santi Romano, por ejemplo, consideraba que la revolución es un fenómeno *en sí y por sí mismo* jurídico, dotado de «juridicidad intrínseca» (así es reseñado en PIERANDREI 1965b [1952], 236 S.; COTTA 1953, 490; y CATTANEO 1960, 17). Para Romano, una revolución es una organización estatal en fase embrionaria, que se traduce en un verdadero y propio ordenamiento: imperfecto, fluctuante o provisorio, pero ordenamiento al fin (ROMANO 1947 [1944], 224). Con ideas parecidas, Orazio Condorelli sostuvo que la juridicidad es intrínseca al mismo hecho de la instauración *de facto* de un nuevo ordenamiento; según el mencionado autor, este hecho «por virtud intrínseca, es derecho» (CONDORELLI 1970 [1931], 265). En contra de estas concepciones, véase COTTA 1953, 490-493; y CATTANEO 1960, 47 s.

<sup>58</sup> HAURIOU 2003 [1923], 342 s.; GURVITCH 1947, 179.

<sup>59</sup> PIERANDREI 1965b [1952], 238. En la siguiente sección se especificará en qué consiste la teoría de la revolución como conjunto de ‘hechos normativos’.

<sup>60</sup> PIERANDREI 1965b [1952], 239.

<sup>61</sup> COTTA 1953, 491 s. Para este autor, no es que la revolución *sea* un ordenamiento jurídico (ordenamiento que se identificaría –según autores como Santi Romano– en los órganos, normas jurídicas, procedimientos y sanciones que se evidencian en el movimiento organizado revolucionario); sino que el *fin* de ese ordenamiento es la revolución (en un sentido jurídico).

<sup>62</sup> Antes de esto, Francesco Carnelutti, en su clásica *Teoria generale del diritto*, ya había considerado ‘el problema jurídico’ de la revolución: conocer si es posible que un acto originariamente *contra ius* se convierta en un acto *secundum ius* (CARNELUTTI 1951, 97). E incluso mucho antes, en 1936, Carlos Cossio ya se refería a la ‘revolución jurídica’ como «el hecho que opera dando validez normativa a una consecuencia, sin recibir él validez a su vez de una norma jurídica» (COSSIO 1936, 101). Sin embargo, estas elaboraciones no formulan expresamente un ‘concepto jurídico’ de revolución.

<sup>63</sup> La extrañeza surge porque Cotta usualmente es identificado como un autor que se aproximó a la filosofía del derecho (de corriente iusnaturalista, por cierto) con elementos de la tradición fenomenológica (no analítica). Sin embargo, el cariz de este artículo suyo puede explicarse por la (relativamente) temprana época de su producción intelectual, y porque fue escrito dentro de sus primeros años como asistente de Norberto Bobbio en Turín, cuando se

En dicho trabajo, titulado *Per un concetto giuridico di rivoluzione*, Cotta defiende la necesidad de que la revolución sea estudiada por la ciencia del derecho: tanto porque se concreta en una serie de comportamientos que son objeto de regulación jurídica (y que el derecho califica como ilícitos), cuanto porque opera como fuente de producción del derecho cuando instaura efectivamente un nuevo ordenamiento<sup>64</sup>. Por estos dos motivos, añade Cotta, la ciencia del derecho no sólo tiene la necesidad del conocimiento jurídico de la revolución, sino que también debe elaborar su propia definición de aquel fenómeno por ser fuente del objeto mismo de su investigación: el ordenamiento jurídico<sup>65</sup>.

Cotta aclara, por cierto, que el hecho social de la revolución ha de interesar a la ciencia del derecho sólo en cuanto a sus *efectos*, pues la ciencia jurídica no debe ocuparse del estudio de las *causas* de la revolución –objeto propio de la sociología– sino sólo de sus *consecuencias* normativas<sup>66</sup>. Hecha esta aclaración, dicho autor da el primer paso y define la revolución como el «abatimiento del ordenamiento jurídico existente y la instauración de un nuevo ordenamiento, efectuados en modo ilegítimo y desde el interior» (del viejo ordenamiento)<sup>67</sup>. En esta definición aparecen dos elementos centrales que, de acuerdo con el mismo Cotta, se deben tener en cuenta para que ciertos hechos cuenten como ‘revolución’ desde el punto de vista jurídico: el abatimiento del ordenamiento jurídico existente y la instauración del *novus ordo* (del nuevo ordenamiento). Ambos elementos, según Cotta, son indispensables: si falta uno de ellos, no se presenta el concepto jurídico de revolución<sup>68</sup>.

Ahora bien, como el propio Cotta lo reconoce, su definición es muy similar a la que ya Kelsen había formulado en 1945 dentro de su *General Theory of Law and State*<sup>69</sup>. En efecto, Hans Kelsen –sin haberse referido explícitamente a un ‘concepto jurídico’ de revolución– expresaba que este fenómeno, entendido en el más amplio sentido, ocurre siempre que el orden jurídico de una comunidad es abolido y posteriormente sustituido en forma *ilegítima* por un nuevo orden<sup>70</sup>. Como se ve, los dos elementos centrales de la definición de Cotta ya habían sido anticipados por Kelsen<sup>71</sup>.

La *ilegitimidad* a la que se refiere Kelsen no es de orden sustantivo, pues no le interesa el

dedicó también a traducir a Kelsen.

<sup>64</sup> COTTA 1953, 473 s. Explica este autor que la ciencia del derecho, al tener por objeto de estudio a las reglas de comportamiento, no puede prescindir de conocer los comportamientos que son objeto de regulación, es decir, no puede prescindir de la *realidad*: esta constituye el *contenido empírico* de la ciencia del derecho (COTTA 1953, 472 s). Naturalmente –agrega Cotta– no toda la realidad humana, en sí y por sí misma considerada, sirve *directamente* al proceso cognoscitivo de la ciencia del derecho, pero sí aquella realidad que es objeto de las normas jurídicas o que, incluso sin serlo, constituye *el origen o la fuente* de comportamientos regulados por el derecho (COTTA 1953, 473). En un sentido parecido, Orazio Condorelli había expresado –mucho antes que Cotta– que lo que decide el contraste entre el antiguo y el nuevo régimen es la *realidad*, «que es la única que tiene el poder de investir y de deponer» (CONDORELLI 1970 [1931], 265). Estas intuiciones, asimismo, llevaron a Franco Pierandrei a sostener que «También la revolución debe ser considerada bajo la perspectiva jurídica» (PIERANDREI 1965a [1949], 11).

<sup>65</sup> COTTA 1953, 474.

<sup>66</sup> En el mismo sentido, Cattaneo propone estudiar la revolución en relación con los *efectos* que produce sobre el ordenamiento jurídico (CATTANEO 1960, 5 s.). Esta delimitación del ámbito de estudio de la revolución remite a una distinción, propuesta también por Cotta, entre la investigación jurídica y la investigación sociológica; así, mientras la investigación sociológica se sirve del proceso cognoscitivo causal, individualizando las causas naturalistas de los hechos, la ciencia del derecho se limita a tomar nota de la realidad propuesta sin indagar en sus causas, preocupándose únicamente de relacionarla con el ordenamiento jurídico (COTTA 1953, 475). Sobre este punto, véase también CATTANEO 1960, 43-44.

<sup>67</sup> COTTA 1953, 476.

<sup>68</sup> COTTA 1953, 480.

<sup>69</sup> Obra de Kelsen que fue traducida al italiano precisamente por Sergio Cotta (conjuntamente con Giuseppino Treves), y que fue publicada en 1952 bajo el título *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*.

<sup>70</sup> KELSEN 1949 [1945], 117.

<sup>71</sup> La única diferencia estaría en la expresión «desde el interior», agregada por Cotta. Según el mismo autor, ello permitiría diferenciar la revolución con respecto a la instauración de un nuevo ordenamiento por parte de un Estado extranjero (COTTA 1953, 476 [11]).

particular contenido político o moral de la revolución, sino que ostenta un carácter pura y estrictamente formal: una sustitución (de un orden por otro) es ilegítima si no se realiza en la forma prescrita por el orden jurídico precedente. Así, pues, para el citado jurista praguense, es jurídicamente irrelevante que la revolución haya sido acometida de forma violenta contra los ‘legítimos’ órganos competentes para crear o modificar el orden jurídico, y es igualmente irrelevante que el reemplazo haya sido efectuado por un movimiento de masas populares o por unos pocos individuos en posición de poder; desde el punto de vista jurídico –subraya Kelsen–, el criterio decisivo de una revolución es que el orden en vigor sea derrocado y reemplazado por un nuevo orden en una forma no prevista por el anterior<sup>72</sup>.

En el sentido recién indicado, una revolución triunfante puede ser vista, según Kelsen, como un «proceso de producción de nuevo derecho»<sup>73</sup>. Esta es la idea central que, sobre el concepto de revolución, tuvo una inequívoca influencia en numerosos autores, tanto en algunos de los representantes de la denominada ‘Escuela de Viena’ como en muchos otros juristas europeos<sup>74</sup>. En Italia, particularmente, el influjo de Kelsen no sólo se verifica en el ‘concepto jurídico de revolución’ definido por Cotta, sino también en ulteriores definiciones de la misma matriz, entre las cuales destacan las realizadas por Mario A. Cattaneo en *Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto*<sup>75</sup> y por Norberto Bobbio en *Teoria dell’ ordinamento giuridico*<sup>76</sup>, ambos libros publicados en 1960. En todas estas definiciones se estipula un concepto de revolución que se centra en la necesaria producción de un resultado relevante desde el punto de vista de la creación jurídica; se trata, por tanto, de un concepto restringido que se limita al punto de vista de las consecuencias relevantes que el fenómeno revolucionario traslada hacia el derecho.

Existe, sin embargo, otra forma de aproximación con la que se puede complementar todo lo antes expuesto: la definición de la revolución como un agregado de ‘hechos normativos’, que será revisada inmediatamente.

#### 4. La revolución como conjunto de ‘hechos normativos’

Definir a la revolución como una pluralidad de ‘hechos normativos’ proviene de larga data. Ante todo, cabe mencionar que fue Georges Gurvitch –un filósofo y sociólogo francés de origen ruso–

<sup>72</sup> KELSEN 1949 [1945], 117; KELSEN 1982 [1960], 218.

<sup>73</sup> KELSEN 1982 [1960], 219. Debe tenerse en cuenta, sin embargo –y tal como observa Cattaneo– que Kelsen formuló su definición de ‘revolución’ no sólo teniendo como referencia a los ordenamientos jurídicos nacionales, sino también al derecho internacional (CATTANEO 1960, 32-35). Desde esta otra perspectiva, Kelsen entiende a la revolución como un modo válido de transformación del derecho, es decir, como un hecho jurídico calificado por una norma de derecho internacional (KELSEN 2002 [1925], 213 S.; KELSEN 1982 [1960], 226); aquí la revolución no sería un procedimiento de creación, sino de modificación de un ordenamiento jurídico nacional (KELSEN 2002 [1925], 214; KELSEN 1949 [1945], 221). No obstante, y también desde esta perspectiva, Kelsen considera a las revoluciones como una especie de hechos productores de derecho (*law-creating facts* – vid. KELSEN 1949 [1945], 221).

<sup>74</sup> CATTANEO señala dos casos notorios de juristas que suscriben o desarrollan esta definición de ‘revolución’ (y que lo hicieron incluso antes que KELSEN): Adolf Merkl, quien, después de distinguir entre cambios constitucionales efectuados por vía *jurídica* o por vía *antijurídica*, afirmaba que la revolución es un típico caso de cambio constitucional efectuado por vía antijurídica; y Ernst von Beling, quien sostenía que la antijuridicidad de la revolución es relativa al ordenamiento jurídico contra el cual se dirige, con lo cual dicho carácter antijurídico deja de tener significado cuando la revolución triunfa y el antiguo ordenamiento pierde validez (vid. CATTANEO 1960, 36 s.).

<sup>75</sup> Cattaneo define el concepto de revolución *desde el punto de vista jurídico*, del siguiente modo: «el abatimiento de un ordenamiento jurídico y la instauración de uno nuevo, efectuado en modo ilegal, esto es, mediante un procedimiento no previsto por el precedente ordenamiento» (CATTANEO 1960, 44).

<sup>76</sup> Sostiene BOBBIO que por ‘revolución’ debe entenderse, *jurídicamente*, el «abatimiento de un ordenamiento jurídico preexistente, efectuado desde su interior, y al mismo tiempo la instauración de un nuevo ordenamiento jurídico» (BOBBIO 1960, 203). Es curioso observar que esta definición acogida por BOBBIO es prácticamente la misma que años antes había formulado su discípulo Sergio Cotta.

quien, en 1932, introdujo como tal la expresión ‘hechos normativos’, relacionándola con el derecho<sup>77</sup>. Gurvitch definía los ‘hechos normativos’ (*faits normatifs*) como «ciertos hechos reales de la vida social que, gracias a su estructura especial [...] pueden servir de fundamento, es decir, de autoridad impersonal, a la fuerza obligatoria del derecho»<sup>78</sup>. Según explica Bobbio, esta concepción de Gurvitch ubica a los ‘hechos normativos’ como antítesis de las fuentes formales del derecho o, dicho de otro modo, como fuentes del derecho sólo en el sentido de operar como fundamento de la obligatoriedad de las reglas jurídicas, pero no como ‘hechos de producción jurídica’<sup>79</sup>.

La categoría ‘hechos de producción jurídica’, por su parte, es atribuida a Tomaso Perassi, quien propuso llamar así a los hechos jurídicamente relevantes que operan como fuentes del derecho, es decir, que producen normas jurídicas<sup>80</sup>. En este sentido, también identificado por Bobbio, la expresión genérica ‘hechos normativos’ puede, a su vez, tener dos significados específicos: como hechos *no calificados* de producción jurídica (lo contrario a ‘derecho’: un ‘no-derecho’); o como hechos *no voluntarios* de producción jurídica (lo contrario a ‘acto’: un ‘no-acto’)<sup>81</sup>. Pero en lo tocante a la revolución, puntualiza Bobbio, la expresión ‘hechos normativos’ se usa prevalentemente bajo la acepción de hechos *no calificados* de producción jurídica<sup>82</sup>. Bajo esta precisa acepción, el fenómeno de la revolución interesa como un hecho, y su estudio desde un punto de vista jurídico se presenta como un problema de *descripción* de ese ‘hecho normativo’ que sucede en la realidad, así como de los efectos que produce en el ordenamiento jurídico<sup>83</sup>.

Desde esta perspectiva, el fenómeno de la revolución ha sido particularmente estudiado en Italia a partir de la segunda mitad del siglo pasado<sup>84</sup>. Uno de los trabajos pioneros en este sentido es *La rivoluzione e il diritto*, escrito en 1952 por Franco Pierandrei<sup>85</sup>. Para este autor, la revolución es el primero y el más importante de los ‘hechos normativos’ de los que podemos tener experiencia, por la obvia razón de que, desde el punto de vista de la constatación empírica, la revolución es un hecho social que no sólo destruye un determinado orden constitucional, sino

<sup>77</sup> GURVITCH 2005 [1932], 24-26. Como este mismo autor aclara, tal expresión ya había sido utilizada por el jurista ruso León Petrazhitzky, pero en un diverso sentido (GURVITCH 2005 [1932], 24).

<sup>78</sup> GURVITCH 2005 [1932], 24.

<sup>79</sup> BOBBIO 1994, 46 s. Esta concepción de Gurvitch en torno a los ‘hechos normativos’ es criticada por BOBBIO por ser confusa y por intentar superar, infructuosamente, las típicas antítesis de la experiencia jurídica (hecho-valor, ser-deber ser, autonomía-heteronomía, etc.). *Vid.* BOBBIO 1994, 47.

<sup>80</sup> PERASSI 1922, 57 s. Bobbio también critica el uso de esta expresión y señala la ventaja de seguir usando la locución ‘hechos normativos’ por ser menos restrictiva, dado que este tipo de hechos no necesariamente son *productores* de normas, sino que también pueden ser *modificatorios* o *extintivos* de normas ya producidas (BOBBIO 1994, 48 s.).

<sup>81</sup> BOBBIO 1994, 49-52.

<sup>82</sup> BOBBIO 1994, 52.

<sup>83</sup> CATTANEO 1960, 10 y 43.

<sup>84</sup> Algunas intuiciones, sin embargo, ya habían sido anticipadas mucho antes, sólo que sin calificar a la revolución como un ‘hecho normativo’ sino como un ‘hecho jurídico’. Me refiero, sobre todo, a las contribuciones de Santi Romano en su clásico estudio *L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (ROMANO 1901, 34 s.), y de Orazio Condorelli en su seminal ensayo *Ex Facto Oritur Jus*. En este trabajo, Condorelli sostiene que un hecho puede, en algunos casos y por su propia virtud, ascender a la categoría de fuente del derecho; en tal sentido, señala que «una revolución que triunfa, un golpe de Estado exitoso, una usurpación de los poderes constitucionales que sea efectiva, son ejemplos de aquellos hechos que instauran, en todo o en parte, un nuevo ordenamiento jurídico» (CONDORELLI 1970 [1931], 264). Unos años más tarde, Carnelutti definió la revolución como un conjunto de «hechos jurídicos unilaterales», en virtud de que –en su propia terminología– el «carácter jurídico» de dicho fenómeno no se presenta en la «situación inicial» sino sólo en la «situación final», donde se advierte efectivamente una función *constitutiva* del orden jurídico (CARNELUTTI 1951, 204 s.). Como bien advierte Cattaneo, las explicaciones de Carnelutti revelan que, más allá de los términos empleados, utiliza otras palabras para referirse a la revolución como un hecho productor de derecho, es decir, como un hecho *normativo* y no propiamente *jurídico* (CATTANEO 1960, 56 s.).

<sup>85</sup> HACIA 1952, Pierandrei destacaba que muy pocos habían estudiado la revolución como ‘hecho normativo’, y que todavía menos eran los que se habían preguntado acerca de su relevancia jurídica (PIERANDREI 1965b [1952], 211).

que también crea otro<sup>86</sup>. Como se puede advertir, Pierandrei asume un concepto restringido de ‘revolución’ (un ‘concepto jurídico’ de tal fenómeno), y ello se revela diáfano cuando expresa que «la revolución tiene precisamente el propósito y el efecto de sustituir la fuente suprema de validez de un ordenamiento –a saber, la constitución– por otra»<sup>87</sup>. Por todo esto, Pierandrei concluye que la teoría general del Estado no puede prescindir de considerar la revolución como un fenómeno que «crea derecho» y, en sustancia, «como una explicación de aquello que se denomina el poder constituyente del pueblo»<sup>88</sup>.

Poco tiempo después, también Cotta sostuvo el mismo criterio: la revolución, en su opinión, es un ‘hecho normativo’, esto es, un hecho humano que produce derecho por su propia virtud y no por delegación o permiso del ordenamiento jurídico vigente<sup>89</sup>. De esto se sigue, según Cotta, que la revolución no es más que un modo metajurídico (o político) con el cual se crea un ordenamiento jurídico<sup>90</sup>. De acuerdo con Cotta, esto determina que la revolución no pueda catalogarse de ningún modo como un ‘hecho jurídico’<sup>91</sup>, pues con esta locución se designa a un hecho calificado como tal por un ordenamiento jurídico, y ello simplemente no se puede predicar respecto de la revolución (que para el viejo ordenamiento no existe, y para el nuevo ordenamiento es su fuente)<sup>92</sup>. En conclusión –enfatisa Cotta–, desde el punto de vista jurídico, la revolución es *exclusivamente* un ‘hecho normativo’<sup>93</sup>.

De igual modo, y ya en la década de los años 60 del siglo pasado, Cattaneo suscribió la misma idea: la revolución, al tener un origen ‘fuera’ del derecho, no puede ser calificada como un ‘hecho jurídico’<sup>94</sup>; sin embargo, por tener notable relevancia para el derecho como fuente de producción jurídica, sí que puede ser calificada como un ‘hecho normativo’<sup>95</sup>. Años más tarde, Bobbio agregaría que son ‘hechos normativos’, en la acepción de hechos *no calificados* de producción jurídica, sólo aquellos hechos que, sin estar calificados por una norma de derecho, se caracterizan por producir normas jurídicas como resultado<sup>96</sup>. En este sentido, de acuerdo con BOBBIO, la revolución puede identificarse como un «hecho normativo complejo», porque constituye –no una o más normas, sino– un conjunto de normas dirigidas a dar vida a un entero sistema normativo<sup>97</sup>.

## 5. De la revolución a los ‘hechos normativos originarios’

Como se vio al final de la sección 2 de este trabajo, la comprensión del fenómeno revolucionario no es en absoluto uniforme. Pero puede convenirse que, si existe algún interés para la teoría del derecho con respecto al fenómeno empíricamente verificable que en el lenguaje político se denomina ‘revolución’, tal interés recae específicamente en las consecuencias que se le puedan adscribir y que se pueden evidenciar en relación con los órdenes jurídicos<sup>98</sup>. Así, pues, parece

<sup>86</sup> PIERANDREI 1965b [1952], 225. Esta circunstancia, según el autor citado, de algún modo acerca la revolución con los sistemas primitivos en donde no está codificado el derecho: en ambos casos, las nuevas normas no surgen según procedimientos previstos por los propios sistemas, sino a raíz de su violación o ruptura (PIERANDREI 1965b [1952], 227).

<sup>87</sup> PIERANDREI 1965b [1952], 226.

<sup>88</sup> PIERANDREI 1965b [1952], 212.

<sup>89</sup> COTTA 1953, 486.

<sup>90</sup> COTTA 1953, 490.

<sup>91</sup> COTTA 1953, 489.

<sup>92</sup> COTTA 1953, 485; 486 s.

<sup>93</sup> COTTA 1953, 493.

<sup>94</sup> Vid. CATTANEO 1960, 53-58, para un set de críticas hacia las diversas teorías que conciben a la revolución como un ‘hecho jurídico’ calificado por el mismo ordenamiento abatido o transformado por aquel fenómeno.

<sup>95</sup> CATTANEO 1960, 39 y 44 s.

<sup>96</sup> BOBBIO 1994, 50.

<sup>97</sup> BOBBIO 1994, 55.

<sup>98</sup> CATTANEO 1960, 44.

razonable especificar que, más allá de las tantas (y diversas) definiciones de ‘revolución’ que puedan existir, sólo son relevantes para la teoría del derecho aquellas que adopten una perspectiva centrada en los efectos jurídicos de las revoluciones políticas<sup>99</sup>.

Tal enfoque se puede encontrar en las formulaciones de un *concepto restringido* de ‘revolución’, y muestra de ello son, precisamente, las dos definiciones teóricas antes revisadas (secciones 3 y 4). Ahora bien, como es sencillo advertir, entre ambas definiciones hay muchas similitudes; ambas relacionan de manera necesaria la revolución con las transformaciones más graves que pueden recaer sobre los ordenamientos jurídicos: la destrucción de un ordenamiento y el surgimiento de uno nuevo. Las diferencias están, simplemente, en el lugar donde la respectiva definición ha decidido poner el énfasis. Así, mientras el ‘concepto jurídico de revolución’ pone el acento en las consecuencias que el fenómeno revolucionario apareja para el derecho, la definición de la revolución como un conjunto de ‘hechos normativos’ se concentra en el tipo de entidades que componen el fenómeno social en cuestión: una compleja conjunción de hechos productores de normas.

De lo anterior se extrae que las respectivas definiciones de ‘revolución’, expuestas en las anteriores secciones, resultan complementarias (antes que intercambiables)<sup>100</sup>; de manera que sería posible redefinir el concepto de ‘revolución’ –o, más precisamente, el concepto de ‘revolución’ que interesa a la teoría del derecho– mediante una suerte de combinación de aquellas definiciones. El resultado de esta conjunción, que tendría la virtud de unificar los elementos aportados por las dos definiciones teóricas previamente repasadas, podría ser formulado en los siguientes términos:

«‘Revolución’: conjunto de *hechos normativos complejos* que provocan el forzoso abatimiento de un ordenamiento jurídico determinado y la consecuente instauración de un nuevo ordenamiento, al margen o en contra de las formas prescritas por el derecho hasta entonces vigente».

La ventaja de estipular un significado mucho más perfilado del término ‘revolución’ es que permite sortear muchos problemas de ambigüedad; de igual modo, la delimitación del conjunto de propiedades que componen el concepto expresado ofrece la ventaja de evitar –al menos en buena medida– los problemas de vaguedad<sup>101</sup>. En todo caso, siendo que esta redefinición enuncia un concepto restringido de ‘revolución’, evidentemente no todos los fenómenos clasificados como tales por otras disciplinas caerán dentro de su extensión o campo de referencia. La historia, la sociología o la teoría política pueden identificar a determinados hechos bajo la categoría de ‘revolución’, pero si dentro de esos hechos no hay consecuencia alguna respecto a un determinado ordenamiento jurídico, entonces aquello no contará como ‘revolución’ bajo este concepto restringido. En el mismo orden de ideas, si se asume este concepto, no sería admisible decir que la revolución no necesariamente implica el establecimiento de un nuevo orden jurídico<sup>102</sup>; por el contrario, desde esta forma de comprensión del fenómeno revolucionario, el establecimiento de un nuevo orden jurídico es un resultado necesario y no meramente contingente.

Sin perjuicio de lo antes dicho, se podrían dirigir dos eventuales críticas a la formulación de este concepto de ‘revolución’. La primera es que, dentro de la extensión de este concepto, se podrían incluir algunos fenómenos que actualmente no se consideran ‘revolución’ desde el punto de vista

<sup>99</sup> Vid. BOBBIO 1999, 568.

<sup>100</sup> Cfr. CATTANEO 1960, 44, donde se subraya que la definición de ‘revolución’ como ‘hecho normativo’ es simplemente otro modo de formular el ‘concepto jurídico de revolución’.

<sup>101</sup> Ventaja que, como es bien sabido, suelen aportar las definiciones estipulativas y los conceptos expresados por aquellas.

<sup>102</sup> Como se afirmaba en HART 2012 [1961], 118. Por supuesto, esto no impide que la misma explicación de Hart sea admisible bajo otro concepto más amplio de ‘revolución’.

de los usos lingüísticos en vigor, lo que probablemente obedece al significado emotivo de los términos involucrados<sup>103</sup>. Así, por ejemplo, sobre la base de este concepto, contarían como ‘revoluciones’ los golpes de estado que abatieron un determinado ordenamiento jurídico e instauraron uno nuevo<sup>104</sup>. Pero esta crítica se podría responder aludiendo simplemente a la neutralidad del concepto así definido, habida cuenta de que esta definición neutral o no comprometida del concepto de ‘revolución’ sólo pretende relacionar (y no evaluar) las características comunes de un cierto fenómeno político<sup>105</sup>. Esta definición, además, no impide la posibilidad de trazar una ulterior distinción con el concepto de ‘golpe de Estado’, y ello sin alterar en lo absoluto sus términos<sup>106</sup>.

La segunda crítica, en cambio, apuntaría al carácter restringido del concepto; y es que existen ciertos fenómenos, generalmente calificados como ‘revoluciones’, que no sólo comprenden determinados hechos normativos, sino también otro tipo de hechos que no tienen nada que ver con la alteración o con el surgimiento de un orden jurídico. Así, pues, bajo el concepto restringido que se analiza, contaría únicamente como ‘revolución’ (en sentido jurídico) una parte o una etapa de aquello que es usualmente denominado ‘revolución’ (en sentido amplio); asimismo, es posible que durante todo el tiempo en que se haya desarrollado una ‘revolución’ (en sentido amplio) hayan ocurrido varias ‘revoluciones’ (en sentido jurídico)<sup>107</sup>.

Pues bien, por razones de claridad, y para evitar en lo posible la anterior crítica, propondré una alternativa. Esta supone dejar de lado la definición de un concepto restringido de ‘revolución’, pero supone también adoptar una estrategia que permita seguir aprovechando la utilidad que las definiciones teóricas antes expuestas (en las secciones precedentes) reportan para la teoría del derecho. La alternativa es muy sencilla y consiste en dos pasos: i) asumir un concepto más amplio de ‘revolución’ (más amplio que un concepto estrictamente jurídico); y, ii) desplazar la atención específicamente hacia los ‘hechos normativos’ que se advierten en un contexto ‘revolucionario’.

Primer paso: no es necesario formular aquí una definición precisa o modélica de ‘revolución’; bastará con asumir un concepto de ‘revolución’ que permita agrupar una gran cantidad de fenómenos relacionados. Así, de manera aproximativa, y pese a la evidente vaguedad que se pueda advertir, asumiré el siguiente *concepto amplio* de ‘revolución’:

«‘Revolución’: conjunto de hechos –eventos o comportamientos– dirigidos a derrocar a las autoridades políticas existentes y a sustituirlas con la finalidad de efectuar profundos cambios en las relaciones

<sup>103</sup> Sobre el llamado ‘significado emotivo’ de las palabras, *vid.* CARRIÓ 2006 [1965], 22-24. ‘Revolución’ y ‘golpe de Estado’, justamente, son dos ejemplos de lenguaje con diverso significado emotivo: mientras el primer término suscita generalmente una cierta actitud de aprobación, la segunda expresión genera casi siempre una reacción desaprobatoria. Probablemente por ello es que algunas dictaduras militares del pasado, instauradas a través de un golpe de Estado, se hayan autodenominado ‘revoluciones’. La experiencia argentina ofrece algunos ejemplos de golpes de estado que adoptaron tal denominación: la *Revolución del 43*, la *Revolución Libertadora* de 1955 y la *Revolución Argentina* de 1966.

<sup>104</sup> Esta es una crítica que frecuentemente se dirige contra la definición de ‘revolución’ de Kelsen, que incluye, en el «sentido más general» del término, al *coup d’État* (KELSEN 1949 [1945], 117). Un ejemplo de esta crítica puede verse en ARATO 2000, 89-91.

<sup>105</sup> Lo que, por cierto, es una de las condiciones señaladas por Bobbio para que una determinada investigación en este ámbito pueda contar propiamente como ‘ciencia política’ (BOBBIO 1971, 370).

<sup>106</sup> En este sentido, véase por ejemplo la distinción entre ‘revolución’ y ‘golpe de Estado’ que consta en PIERANDREI 1965b [1952], 248 s.; y, de modo similar, en BOBBIO 1999, 569 s.

<sup>107</sup> La *Revolución Francesa* (que tuvo una duración de diez años y medio, desde 1789 a 1799), sirve de ejemplo para las dos situaciones relacionadas con esta crítica. Así, los sucesos que en 1792 desembocaron en la abolición de la monarquía y en la instauración de la Primera República en Francia, pueden ser considerados como una ‘revolución’ en sentido jurídico (*dentro de* la ‘Revolución Francesa’). Asimismo, cada uno de los momentos que precedieron al dictado de las ‘constituciones revolucionarias’ francesas (1791, 1793 y 1795) pueden verse como una ‘revolución’ (en sentido jurídico).

políticas, en el ordenamiento jurídico-constitucional y/o en la esfera socioeconómica<sup>108</sup>».

Segundo paso: la propuesta es tomar –en lo principal– el mismo *definiens* del concepto restringido de ‘revolución’, para enlazarlo con un nuevo *definiendum* al que se denominará (ocupando una expresión de Vezio Crisafulli) ‘hechos normativos originarios’<sup>109</sup>. Se formula, así, la siguiente definición estipulativa:

«‘Hechos normativos originarios’: conjunto de *hechos normativos complejos* que pueden advertirse en una revolución (en sentido amplio) y que, al margen o en contra de lo previsto por eventuales normas jurídicas vigentes, llegan a producir nuevas normas cuya aceptación y observancia generalizada provoca la interrupción en la continuidad del orden jurídico preexistente y el consecuente surgimiento de un nuevo orden jurídico<sup>110</sup>».

Con esta nueva definición se pretende fijar la mira en aquello que más precisamente suscita el interés de la teoría del derecho en este ámbito de estudio: los hechos a través de los cuales se logra, efectivamente, el surgimiento de un nuevo orden jurídico. A la expresión ‘hechos normativos’ le he agregado el adjetivo ‘originarios’ para especificar el contexto en que se producen aquellos hechos –la instauración ‘revolucionaria’ de normas que da *origen* a un nuevo orden jurídico–, habida cuenta de que los llamados ‘hechos normativos’ pueden advertirse también en otro tipo de situaciones bastante distintas<sup>111</sup>.

Por otro lado, y como se puede notar, bajo esta definición se asume que la existencia de estos ‘hechos normativos’ dentro de una revolución (en sentido amplio) es algo contingente y no necesario. Con ello se admite la posibilidad de identificar revoluciones que no pretenden directamente ningún cambio en el ordenamiento jurídico en vigor y que, en principio, no son relevantes para el derecho<sup>112</sup>. Asimismo, bajo esta premisa, se admite la existencia de revoluciones que, siendo relevantes para el derecho, comprenden también otro tipo de hechos no propiamente ‘normativos’<sup>113</sup>; por ende, en la secuencia de eventos comprendidos por las revoluciones (en sentido amplio), parece razonable afirmar que sólo ciertos hechos, si es que se presentan, son relevantes para el derecho<sup>114</sup>. Y, por último, cabe igualmente destacar que la definición antes estipulada no presupone que el tipo de hechos a los que se alude pueda advertirse *solamente* dentro de una ‘revolución’; así, es posible identificar la existencia de ‘hechos normativos originarios’ independientemente de la definición de ‘revolución’ que se tome como referencia, e incluso no compartiendo tal definición<sup>115</sup>.

<sup>108</sup> Esta es, casi en su totalidad, la definición de ‘revolución’ que se observa en PASQUINO 1983, 1001.

<sup>109</sup> Este tipo de hechos, según este autor, es el que instaura nuevas estructuras constitucionales, como el golpe de Estado exitoso y la revolución victoriosa (CRISAFULLI 1993 [1970], 192 s.).

<sup>110</sup> Esta definición está basada en GUASTINI 2014, 130 (respecto a uno de los sentidos de la expresión ‘hechos normativos’); y en BOBBIO 1994, 55 (respecto a los hechos normativos ‘complejos’).

<sup>111</sup> Básicamente, en situaciones donde surge la ‘costumbre jurídica’ y los ‘estados de necesidad’ (vid. BOBBIO 1994, 52).

<sup>112</sup> La *Revolución Cultural* en China (1966-1976) sería un buen ejemplo.

<sup>113</sup> Por ejemplo, en la *Revolución Egipcia de 2011*, si bien se provocó la disolución del parlamento y la suspensión de la constitución en vigor, también se produjeron otros hechos que (en principio) no son de interés para las ciencias jurídicas sino para las ciencias políticas: la renuncia del presidente en funciones, el desmantelamiento del servicio secreto estatal, la finalización del toque de queda, el establecimiento de nuevos salarios mínimos para la población, etc.

<sup>114</sup> Esto es más razonable que afirmar, bajo un concepto restringido, que *todos* los hechos de una revolución son ‘hechos normativos’.

<sup>115</sup> Por ejemplo, se puede estar en desacuerdo con la definición de ‘revolución’ formulada por Kelsen, y determinar que ciertos ‘hechos normativos originarios’ se han presentado dentro de un ‘golpe de Estado’ (entendiendo este concepto como algo distinto a ‘revolución’).

## 6. Dos posibles relaciones entre 'revolución' y 'poder constituyente'. Síntesis y reflexión final

Entre los conceptos de 'revolución' y 'poder constituyente' existe una relación que depende del significado atribuido al primer vocablo. Dicho de otro modo, la asunción de un concepto amplio o de un concepto restringido de 'revolución' condiciona la relación que puede trazarse entre este concepto y el concepto de 'poder constituyente'.

Así, si se asume un significado restringido de 'revolución' –como cuando se propugna un concepto jurídico de 'revolución' o cuando se define a la revolución como un conjunto de 'hechos normativos', o cuando se agregan complementariamente ambas definiciones– entonces hay una relación necesaria entre los dos conceptos, que no puede no subsistir. Ello es así dado que el poder constituyente se entiende, precisamente, como la manifestación efectiva de un conjunto de hechos normativos complejos que, al implantar una 'primera' constitución (al margen o en contra de las formas prescritas por el derecho hasta entonces vigente), provoca el abatimiento de un orden jurídico determinado y el consecuente surgimiento de un nuevo orden jurídico. En otras palabras, el concepto de 'poder constituyente' incluye dentro de sus propiedades el concepto de 'revolución' (en sentido estrictamente jurídico); y este concepto restringido de 'revolución', a su vez, tiene como referencia paradigmática los casos en que se considera que el poder constituyente ha instaurado un nuevo orden constitucional.

Por otro lado, si se asume un significado amplio de 'revolución' (no acotado a los efectos en el derecho), entonces la relación conceptual o necesaria entre 'revolución' y 'poder constituyente' desaparece. Ello es así porque, bajo este entendimiento, la relación entre ambos conceptos puede perfectamente no subsistir: se puede comprender el concepto de 'poder constituyente' independientemente del concepto amplio de 'revolución' y viceversa. En este contexto, cuando se expresa que el poder constituyente es un poder 'revolucionario' (o algo por el estilo), ello se puede interpretar en el sentido de que su trasfondo está dado por fenómenos políticos y sociales que pretenden la ruptura con el orden establecido, y que generalmente son agrupados bajo el concepto de 'revolución' (en sentido amplio) o bajo otro tipo de conceptos similares relacionados con la misma idea de ruptura.

En este mismo orden de ideas cabe destacar que, si se asume un concepto amplio de 'revolución', se puede trazar en cambio una relación conceptual o necesaria entre el concepto de 'poder constituyente' y el concepto de 'hechos normativos originarios'; concepto este que designa los hechos a través de los cuales se provoca la interrupción del orden jurídico preexistente y el consecuente surgimiento de un nuevo orden jurídico. Esta alternativa permite mantener, básicamente, el mismo análisis que se realiza respecto del concepto restringido de revolución, sin las dificultades de orden lingüístico o clasificatorio que fueron indicadas en la sección anterior.

Por lo demás, nada de lo anterior impide que, mediante las respectivas distinciones y aclaraciones, se puedan utilizar los dos sentidos (amplio y restringido) de 'revolución', en relación con el concepto de 'poder constituyente'. Esto es posible si, a su vez, se analiza el concepto de 'poder constituyente' según dos perspectivas cronológicas: *ex ante*, como una capacidad para hacer algo (*potencia, potenza, puissance*); y *ex post*, como el ejercicio efectivo de esa capacidad (*poder, potere, pouvoir*)<sup>116</sup>. En otras palabras, estas dos perspectivas de análisis permiten estudiar el poder constituyente, o bien como una potencialidad o capacidad atribuida a un 'soberano' (perspectiva *ex ante*)<sup>117</sup>; o bien como un fenómeno de producción normativa reconocible a partir de unos determinados hechos que originan un nuevo orden jurídico (perspectiva *ex post*)<sup>118</sup>.

<sup>116</sup> Sobre este punto, Ferrajoli señala que el poder constituyente «considerado *a priori*, es una *potencia de hecho*», en el doble sentido de que su ejercicio es sólo potencial y de que requiere además de una efectiva *potencia* (FERRAJOLI 2007, 854); en cambio, desde una perspectiva *ex post*, el poder constituyente es siempre un poder concretamente ejercido o, en otras palabras, una situación que ha sido concretamente actuada (FERRAJOLI 2007, 851).

<sup>117</sup> De hecho, como apunta Ferrajoli, «bien podríamos llamar a semejante poder 'soberanía', tratándose en efecto [...]

Pues bien: mientras el concepto amplio de ‘revolución’ se relaciona con el poder constituyente visto desde una perspectiva *ex ante*, el concepto restringido (o jurídico) de ‘revolución’ se relaciona con el poder constituyente analizado desde una perspectiva *ex post*. Así, bien podría decirse, por un lado, que la noción de poder constituyente (*ex ante*) se refiere a la potencialidad de que ciertos acontecimientos políticos y sociales ocasionen profundos cambios en las relaciones políticas, en el ordenamiento jurídico-constitucional y/o en la esfera socioeconómica (‘revoluciones’ en sentido amplio); y, por otro lado, que el surgimiento de un nuevo orden por causa de la manifestación efectiva del poder constituyente (*ex post*), es, desde un punto de vista restringido, una ‘revolución’ para el derecho: una ‘revolución jurídica’.

de un poder *legibus solutus y superiorem non recognoscens*» (FERRAJOLI 2007, 854).

<sup>118</sup> FERRAJOLI 2007, 851.

## Referencias bibliográficas

- ABAT I NINET A. 2020. *Conceptualising the relationship between revolutions and constitutions*, in BELOV M., ABAT I NINET A. (eds.), *Revolution, Transition, Memory, and Oblivion. Reflections on Constitutional Change*, Edward Elgar Publishing, 2 ss.
- ARATO A. 2000. *Civil Society, Constitution, and Legitimacy*, Rowman & Littlefield Publishers.
- ARATO A. 2017. *The Adventures of the Constituent Power. Beyond Revolutions?*, Cambridge University Press.
- ARENDT H. 1990. *On Revolution*, Penguin Books (ed. or. 1963).
- BOBBIO N. 1960. *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli.
- BOBBIO N. 1971. *Considerazioni sulla filosofia politica*, in «Rivista Italiana di Scienza Politica», 1, 2, 367 ss.
- BOBBIO N. 1994. *Consuetudine e fatto normativo*, in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, 17 ss.
- BOBBIO N. 1996. *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. Nello Morra*, Giuffrè (ed. or. 1961).
- BOBBIO N. 1999. *Teoria generale della politica* (a cura di M. Bovero), Einaudi.
- BONNARD R. 1942. *Les Actes Constitutionnels de 1940*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- BOUVIER H. 2014. *Garantismo y proceso a los militares: una categoría difícil para el par constituyente/constituido*, en ID. et.al. (eds.), *El juzgamiento de los delitos de lesa humanidad en la Argentina postdictatorial*, Ferreyra Editor, 13 ss.
- BURDEAU G. 1981. *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Editora Nacional (ed. or. *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, trad. esp. de R. Falcón Tello).
- BURDEAU G. 1983. *Traité de science politique*, tomo IV: *Le statut du pouvoir dans l'État*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (ed. or. 1950).
- CARNELUTTI F. 1951. *Teoria generale del diritto*, 3 ed., Società Editrice del «Foro Italiano».
- CARRÉ DE MALBERG R. 2000. *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica (ed. or. *Contribution à la Théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Société du Recueil Sirey, 1920-1922, trad. esp. de J. Lión Depetre).
- CARRIÓ G. 2006. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 5 ed., Abeledo Perrot (ed. or. 1965).
- CATTANEO M. A. 1960. *Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto*, Istituto Editoriale Cisalpino.
- COLÓN-RÍOS J. I. 2011. *Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia*, in «Constellations: An International Journal of Critical and Democratic Theory», 18, 3, 365 ss.
- COLÓN-RÍOS J. I. 2012. *Weak Constitutionalism. Democratic legitimacy and the question of constituent power*, Routledge.
- COLÓN-RÍOS J. I. 2014. *Five conceptions of Constituent Power*, in «The Law Quarterly Review», 130, 306 ss.
- CONDORELLI O. 1970. *Ex Facto Oritur Jus*, in ID., *Scritti sul Diritto e sullo Stato*, Giuffrè, 257 ss (ed. or. 1931).
- COSSIO C. 1936. *El concepto puro de revolución*, Bosch.

- COTTA S. 1953. *Per un concetto giuridico di rivoluzione*, in AA.VV., *Scritti di Sociologia e Politica in onore di Luigi Sturzo*, vol. I, Nicola Zanichelli Editore, 469 ss.
- CRISAFULLI V. 1993. *Lezioni di diritto costituzionale*, 6 ed., II (I), *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Cedam (ed. or. 1970).
- CRISTI R. 1998. *Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power*, in DYZENHAUS D. (ed.), *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, Duke University Press, 179 ss.
- DOGLIANI M. 1986. *Potere costituente*, Giappichelli.
- DONOSO CORTÉS J. 1984. *De la soberanía absoluta y de la soberanía limitada*, en ID., *Lecciones de Derecho Político*, Centro de Estudios Constitucionales, 61 ss (ed. or. 1837).
- FERRAJOLI L. 2007. *Principia iuris. Teoria del diritto e della demorazia*, vol. 1 (*Teoria del diritto*), Laterza.
- FRIEDRICH C. J. 1975. *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, vol. I, Instituto de Estudios Políticos (ed. or. *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America*, Little, Brown & Co., 1941, trad. esp. de A. Gil Lasierra).
- GUASTINI R. 2014. *La sintassi del diritto*, 2 ed., Giappichelli.
- GURVITCH G. 1947. *Sociology of Law*, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Ltd.
- GURVITCH G. 2005. *La idea del Derecho Social: Noción y sistema del Derecho Social. Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX*, Comares (ed. or. *L'idée du Droit Social: Notion et système du Droit Social. Histoire doctrinale depuis le XVII<sup>e</sup> siècle jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle*, Librairie du Recueil Sirey, 1932, trad. esp. de J. L. Monereo Pérez).
- HART H.L.A. 2012. *The Concept of Law*, 3 ed., Oxford University Press (ed. or. 1961).
- HAURIOU M. 2003. *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Comares (ed. or. *Précis de droit constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, 1923, trad. esp. de C. Ruiz del Castillo).
- KELLY D. 2016. *Carl Schmitt's Political Theory of Dictatorship*, in ENSMEIERHENRICH J., SIMONS O. (eds.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford University Press, 217 ss.
- KELSEN H. 1949. *General Theory of Law and State*, 3 ed., Harvard University Press (ed. or. 1945).
- KELSEN H. 1982. *Teoría Pura del Derecho*, 2 ed., Universidad Nacional Autónoma de México (ed. or. *Reine Rechtslehre*, 2 ed., Franz Deuticke, 1960, trad. esp. de R. J. Vernengo).
- KELSEN H. 2002. *Teoría General del Estado*, Comares (ed. or. *Allgemeine Staatslehre*, in KOHLRAUSCH E., KASKEL E. (eds.), *Enzyklopädie der Rechts und Staatswissenschaft*, Springer, 1925, trad. esp. de L. Legaz Lacambra).
- LOUGHLIN M. 2007. *Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice*, in LOUGHLIN M., WALKER N. (eds.), *The paradox of constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, 27 ss.
- LOUGHLIN M. 2010. *Foundations of Public Law*, Oxford University Press.
- LOUGHLIN M. 2014. *The Concept of Constituent Power*, in «European Journal of Political Theory», 13(2), 218 ss.
- NEGRI A. 2015. *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Traficantes de Sueños (ed. or. *Il Potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Carnago (Varese), SugarCo edizioni, 1992, trad. esp. de S. Fabrotta y R. Sánchez Cedillo).
- PASQUINO G. 1983. *Rivoluzione*, in BOBBIO N., MATTEUCCI N., PASQUINO G. (dir.), *Dizionario di Política*, 2 ed., UTET, 1001 ss.
- PERASSI T. 1922. *Introduzione alle scienze giuridiche*, 3 ed., Cedam, 1967.

- PIERANDREI F. 1965a. *La costituzione ed il potere costituente*, in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, vol. I., Giappichelli, 3 ss (ed. or. 1949).
- PIERANDREI F. 1965b. *La rivoluzione e il diritto*, in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, vol. I., Giappichelli, 209 ss (ed. or. 1952).
- PREUß U.K. 2016. *Carl Schmitt and the Weimar Constitution*, in ENSMEIERHENRICH J., SIMONS O. (eds.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford University Press, 471 ss.
- RASCH W. 2016. *Carl Schmitt's Defense of Democracy*, in ENSMEIERHENRICH J., SIMONS O. (eds.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford University Press, 312 ss.
- ROMANO S. 1901. *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, 1969, 27 ss.
- ROMANO S. 1947. *Rivoluzione e Diritto*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, 220 ss (ed. or. 1944).
- ROZNAI Y. 2017. *Unconstitutional Constitutional Amendments. The limits of Amendment Powers*, Oxford University Press.
- SÁNCHEZ AGESTA L. 1951. *Lecciones de Derecho Político*, 4 ed., Librería Prieto (ed or. 1943).
- SCHMILL U. 2007. *El concepto jurídico de la revolución*, en «Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho», 30, 335 ss.
- SCHMITT C. 1996. *Teoría de la Constitución (segunda reimpresión)*, Alianza Editorial (ed. or. *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, 1928, trad. esp. de F. Ayala).
- SIEYÈS E-J. 1988. *¿Qué es el Estado Llano?*, Centro de Estudios Constitucionales (ed. or. *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, 1789, trad. esp. de J. Rico Godoy).
- SIEYÈS E-J. 2007. *Proemio a la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano*, en MÁIZ R. (ed.), *Emmanuel Sieyès. Escritos y discursos de la Revolución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 241 ss. (ed. or. *Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 1789, trad. esp. de R. Máiz).
- VEDEL G. 1984. *Droit Constitutionnel*, Société du Recueil Sirey (ed. or. 1949).
- VON WRIGHT G.H. 1963. *Norm and Action. A logical enquiry*, Routledge & Kegan Paul.



# KELSEN E I DIRITTI FONDAMENTALI: ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE

NICOLÒ CUCINOTTA



Kelsen e i diritti fondamentali: alcuni spunti di riflessione

Kelsen and Fundamental Rights: some Food for Thoughts

NICOLÒ CUCINOTTA

Università degli Studi di Messina.

E-mail: [anegbongiovanni@gmail.com](mailto:anegbongiovanni@gmail.com).

#### ABSTRACT

Lo scopo di questo lavoro è mettere alla prova certe questioni potenzialmente problematiche che scaturirebbero, in tema di diritti fondamentali, da alcune tesi di Hans Kelsen. Dopo aver delineato il rapporto tra diritti e giustizia, tratterò il tema della clausola alternativa tacita, per poi difendere la tesi dell'irrelevanza dei diritti fondamentali, ove non garantiti; infine, criticherò la concezione che tende a negare la natura volitiva dell'attività degli organi che attuano il diritto.

The purpose of this work is to challenge certain potentially problematic issues that stem, as regards to fundamental rights, from some of Hans Kelsen's theses. After outlining the relationship between rights and justice, I deal with the subject of the tacit alternative clause, and then I defend the thesis of the irrelevance of fundamental rights whenever they are not respected; finally, I criticize the conception aimed at denying the volitional nature of the activity of the bodies that implement the law.

#### KEYWORDS

Hans Kelsen, diritti fondamentali, giustizia, clausola alternativa tacita, discrezionalità giudiziale

Hans Kelsen, fundamental rights, justice, tacit alternative clause, judicial discretion

# Kelsen e i diritti fondamentali: alcuni spunti di riflessione

NICOLÒ CUCINOTTA

1. *Diritti e giustizia* – 2. *Esistono norme invalide? L'espedito della clausola alternativa tacita* – 2.1. *Il problema della clausola alternativa tacita: tanto rumore per nulla* – 2.2. *La norma giuridica come il gatto di Schrödinger* – 3. *Ha senso parlare di diritti non garantiti?* – 3.1. *Il contenuto indeterminato dei diritti fondamentali* – 4. *Volontà e razionalità nella decisione del giudice* – 4.1. *La giustificabilità del bilanciamento: una "reductio ad absurdum"* – 4.2. *La giustizia come ideale irrazionale*

## 1. *Diritti e giustizia*

La concezione kelseniana dei diritti (e dunque dei diritti fondamentali) non può che essere permeata dal non-cognitivismo etico che è riscontrabile fin dalle prime pagine della teoria pura. Sebbene, infatti, il nostro autore assuma la filosofia di Kant come "la stella polare" del suo ragionamento, non vi è spazio per alcun tipo di giusnaturalismo, né sostanziale né formale, che possa fungere da legittimazione del diritto positivo o che sia chiamato ad essere reso giuridicamente vincolante da quest'ultimo<sup>1</sup>. A ben vedere, in effetti, Kelsen negherebbe anche la necessità di includere un "contenuto minimo" di diritti naturali all'interno di ogni ordinamento positivo, manifestazione di «ovvie verità sulla natura umana», in mancanza del quale esso non potrebbe neppure essere concepito<sup>2</sup>. Com'è noto, la giustizia, intesa come espressione di valori assoluti, è per Kelsen nient'altro che un ideale irrazionale, che l'uomo può solo ricercare e mai raggiungere<sup>3</sup>. Da questo assunto, tuttavia, Kelsen non fa derivare né l'estraneità di una dimensione assiologica rispetto al fenomeno giuridico, né tantomeno la negazione di ogni dimensione etica: molto semplicemente, egli ritiene che i valori (e quindi la giustizia) accessibili alla nostra conoscenza siano relativi<sup>4</sup>: essi sono il risultato di diverse visioni contingenti della realtà e dei

<sup>1</sup> Per un'analisi sul rapporto tra diritto e giustizia in Kant e in Kelsen, si veda JELLAMO 2019, 401-406.

<sup>2</sup> HART 2002 [1961], 109 e, soprattutto, 225 ss. Questa posizione, evidentemente, è dovuta al fatto che, mentre Hart parte dalla realtà sociale per edificare la sua teoria del diritto (non è del resto casuale, nei passi citati, l'eco a contrattualisti come Hobbes e Locke, sebbene essi non siano espressamente nominati), Kelsen, all'opposto, rifiuta recisamente quest'approccio, e fonda la sua teoria intorno alla categoria trascendentale del dover essere: poco importa che, da un punto di vista socio-antropologico, sarebbe arduo dar torto a Hart: a Kelsen non interessano la sociologia giuridica o l'antropologia del diritto: se la sua dottrina vuole presentarsi con le vesti della scienza, essa non può contemplare né l'esistenza dei diritti naturali, né una visione ideologica della giustizia: ciò – beninteso – non equivale a delegittimare i contributi derivanti dall'analisi di altre discipline, ma è solo il frutto dell'esigenza di delimitare il campo d'indagine della scienza giuridica: nelle parole di Kelsen, «Il giurista, infatti, non ha da spiegare materialmente l'effettivo comportamento degli esseri umani, non ha da motivare esplicitamente i fenomeni della vita del diritto, ma solo coglierli normativamente. La spiegazione è il compito dei sociologi e degli psicologi [...]. Né si deve dire che il giurista non possa intraprendere anche ricerche sociologiche, psicologiche ed anche storiche. Al contrario! Queste ricerche sono necessarie; solo, bisogna che il giurista abbia sempre consapevolezza del fatto che egli, in quanto sociologo, psicologo o storico, segue una via del tutto diversa da quella che lo porta alle sue specifiche conoscenze giuridiche, che egli non può mai assumere i risultati della sua considerazione esplicita nelle sue costruzioni concettuali normative» (KELSEN 1997 [1911], 80).

<sup>3</sup> KELSEN 2000a [1934], 58-60.

<sup>4</sup> Nelle parole di Kelsen, «Una dottrina relativistica dei valori non sostiene, come spesso si vuole fraintendere, che non ci siano valori ed in particolare che non ci sia una giustizia: sostiene che non ci sono valori assoluti, ma soltanto relativi, che non c'è una giustizia assoluta, ma soltanto una giustizia relativa e che i valori, da noi statuiti mediante atti legislativi e su cui si fondano i nostri giudizi di valore, non possono presentarsi con la pretesa di escludere

variegati modi di comporre i conflitti di interessi che sorgono tra i consociati. Più precisamente, il nostro autore, sulla base del “dualismo irrisolvibile” tra essere e dover essere, nega l’esistenza di valori intrinseci, cioè deducibili dalla natura, determinabili razionalmente, e dunque validi *semper, ubique et pro omnibus*<sup>5</sup>, e afferma che, dato il fine che si prefigge l’ordinamento giuridico, ovvero fornire una regolamentazione della società per mezzo della minaccia o dell’uso della coercizione<sup>6</sup>, al carattere costante e all’ineludibile presenza di quest’ultima fa da contraltare la disomogeneità dei valori sottesi alle diverse comunità umane e perseguiti dai rispettivi ordinamenti, dai quali soltanto possono essere determinati: le norme volte ad attuarli potranno quindi essere considerate giuste solo in rapporto al parametro rappresentato da essi. Ma qual è la conseguenza che deriva da tali presupposti, con riferimento alla categoria dei diritti fondamentali? È evidente, dalle considerazioni suesposte, che lo scienziato del diritto kelseniano non possa che considerare i diritti contenuti nelle disposizioni normative, unitamente ai doveri assistiti da sanzioni, entrambi attribuiti ai rispettivi titolari per mezzo di una norma giuridica, come uno dei mezzi idonei a realizzare i fini dello stato, e che, per tali ragioni, essi non possano esistere se non nell’alveo dell’ordinamento che li dispone. Ora, ferma la preminente posizione gerarchica che in genere differenzia le norme che statuiscono i diritti fondamentali dalle altre, il carattere antiideologico della teoria kelseniana non può che attribuire la medesima rilevanza giuridica tanto alle prime quanto alle seconde<sup>7</sup>. A questo punto, è breve il passo che conduce Kelsen a risolvere i diritti soggettivi nel diritto oggettivo, e quindi a qualificarli come il necessario complemento degli obblighi giuridici<sup>8</sup>, dalla cui violazione deriva la possibilità di realizzare la norma giuridica che li prevede e, insieme ad essa, la funzione regolativa dello stato. Più nello specifico, Kelsen concepisce il diritto soggettivo secondo due differenti accezioni: per la prima, esso non è altro che il derivato di un obbligo, sicché la sussistenza di un diritto in capo a Tizio equivale, né più né meno, all’obbligo di un altro soggetto di tenere un certo comportamento, ovvero di non tenere un comportamento che possa turbare Tizio nell’esercizio del suo diritto; per la seconda concezione, il diritto, “in senso tecnico”, si esaurisce nella previsione, da parte dell’ordinamento, di una garanzia giuridica a sua tutela: in questo senso, dire che Tizio gode di un diritto soggettivo nei confronti di Caio equivale semplicemente ad affermare che una norma riconosce un mezzo tramite il quale il primo soggetto è legittimato a tutelare la propria posizione nei confronti del secondo (ad esempio, la promozione di un’azione dinanzi ad un tribunale): il diritto soggettivo, così ridotto alle sue garanzie, consiste insomma nella possibilità che un certo soggetto, come conseguenza di un suo comportamento illecito, possa venire sottoposto a una misura coercitiva in quanto un altro soggetto – ovvero il titolare del diritto – manifesti la volontà che essa venga

re possibili valori opposti» (KELSEN 1990 [1960], 83).

<sup>5</sup> Per Kelsen, «Il dualismo fra essere e dover essere coincide con il dualismo tra realtà e valore. Non si può quindi dedurre alcun valore dalla realtà, né alcuna realtà dal valore» (KELSEN 1985 [1979], 100). Per un approfondimento circa la concezione dei valori intrinseci ed estrinseci in Kelsen e, in particolare, per la riduzione di questi ultimi a giudizi di fatto, si veda SAMMARCO 2018, 351 ss.

<sup>6</sup> Per una sintetica e puntuale disamina delle ragioni che inducono Kelsen a considerare la previsione della coercizione come un elemento imprescindibile del diritto, si veda PAULSON 2013. Per la prospettazione di un esito potenzialmente aporetico cui si verrebbe in caso di mancata accettazione di tale postulato, si veda invece ITZCOVICH 2018, 116 ss.

<sup>7</sup> Così, secondo Kelsen, «Per i giuristi nessuna proposizione giuridica è più o meno vincolante dell’altra. Il fatto che certe norme giuridiche perseguono gli stessi scopi delle leggi etiche, cioè che le prime coincidono nelle azioni o nelle omissioni che richiedono con le ultime, non è per il giurista motivo per riconoscere alla obbligatorietà giuridica di quelle norme un fondamento superiore ad altre» (KELSEN 1997 [1911], 93).

<sup>8</sup> La sovrapposizione fra diritto soggettivo e obbligo, in effetti, non è che la riproposizione in scala ridotta dell’equivalenza tra diritti soggettivi e diritto oggettivo, al quale i primi vengono ricondotti in nome di una concezione unitaria e realistica del fenomeno giuridico, in contrasto con la concezione “avvocatesca” che li vedrebbe non come unità inglobate nell’ordinamento, bensì come situazioni innestate sugli stessi individui, se non, addirittura, come entità preesistenti allo stato, che quest’ultimo sarebbe tenuto a riconoscere (KELSEN 2000a [1934], 83 ss.).

eseguita, così partecipando indirettamente alla produzione di una norma individuale<sup>9</sup>. Da ciò si evince che tutte le norme che conferiscono un diritto mancando di apprestare una sanzione per chi lo violi sarebbero nient'altro che *leges imperfectae*. Si tratta, del resto, di una conseguenza resa necessaria dalla concezione della norma giuridica, nella sua forma tipica, come un giudizio ipotetico, per il quale dalla commissione di un atto qualificato da essa come illecito scaturisce il dover essere della sanzione corrispondente. Tale paradigma, a sua volta, è giustificato dalla rappresentazione del fenomeno giuridico come un ordinamento coercitivo<sup>10</sup>, ovvero un insieme di norme (non sostenute dalla forza, bensì) intorno all'uso della forza<sup>11</sup>, sulla quale, in definitiva, riposa l'efficacia dello stesso. È proprio l'elemento della coercizione che vale a distinguere le norme giuridiche da quelle appartenenti ad altri ordinamenti e, segnatamente, dalle norme morali<sup>12</sup>: all'efficacia di quest'ultime, che fa leva sulla tecnica della motivazione diretta (ovvero sul rispetto dei relativi precetti dovuto all'interiorizzazione degli stessi), si contrappone quella delle prime, insita nel principio di retribuzione, per cui la rappresentazione del contenuto della norma da parte dei consociati funge da motivazione indiretta per la direzione del loro comportamento.

## 2. Esistono norme invalide? L'espedito della clausola alternativa tacita

Ora, se è vero che il diritto soggettivo si riduce, in virtù di quanto appena esposto, nella facoltà di avviare un procedimento volto a comminare una sanzione per un comportamento illecito, tale conclusione reca con sé una conseguenza non trascurabile: infatti, se di regola i diritti fondamentali sono inseriti nella costituzione, e se quest'ultima viene normalmente attuata mediante le leggi ordinarie (o comunque, mediante atti produttivi di norme ad essa gerarchicamente subordinati), ne consegue che la mancata previsione di obblighi e sanzioni a tutela dei primi si tradurrebbe inevitabilmente in una delegittimazione delle norme superiori. È proprio questa una tra le numerose critiche recentemente rivolte alla teoria kelseniana da Luigi Ferrajoli, il quale, a questo proposito, denuncia come la necessaria dipendenza di un diritto costituzionalmente stabilito dalla futura (nonché eventuale) venuta ad esistenza della corrispondente legge di attuazione, che solitamente è appunto di rango subordinato, rappresenterebbe una sovversione della gerarchia delle fonti, dal momento che, in tal modo, alla (mancanza di una) legge ordinaria verrebbe attribuito il potere di svuotare di contenuto una previsione costituzionale<sup>13</sup>, e ciò in aperto contrasto con il principio fondamentale del giuscostituzionalismo. Per quanto concerne il disconoscimento di tale regola, il quale comporta co-

<sup>9</sup> Kelsen 2000b [1945], 77 ss.

<sup>10</sup> *Rectius*, come l'unico ordinamento coercitivo, in quanto tale da escludere, nell'ambito di un medesimo territorio sottoposto ad esso, la giuridicità delle sanzioni cui fanno riferimento i meri ordini sostenuti da minacce.

<sup>11</sup> In pratica, il diritto, pur non identificandosi con essa, dipende dalla coazione, alla quale è inscindibilmente legato, e rappresenta, nell'ambito di un popolo sottoposto a un insieme di regole di comportamento, la modalità di determinazione dell'*an* e del *quantum* di quest'ultima, la quale si esplica tramite la previsione e l'applicazione di sanzioni punitive.

<sup>12</sup> Di tale caratteristica difettano gli ordinamenti morali, pur potendo astrattamente perseguire gli stessi scopi del diritto. Se non si tenesse conto di questo elemento cruciale, sarebbe impossibile distinguere fra una norma morale e una norma giuridica aventi la stessa origine e il medesimo contenuto. La differenza si riflette sulla forma logica delle rispettive norme: così, se una norma morale si presenterà generalmente nella forma "Non si deve fare A", una norma appartenente all'ordinamento giuridico (cioè all'ordinamento coercitivo) assumerà la forma "Se si fa A, allora deve essere S". Mentre nella prima norma il dover essere e l'obbligo coincidono (sostanzandosi nell'omissione di A), questa sovrapposizione non ha luogo nel caso delle norme giuridiche, dal momento che all'obbligo di astenersi dal commettere A (fattispecie condizionante), corrisponde, come già chiarito, il dover essere della sanzione. In altre parole, nelle norme giuridiche i concetti di "dover essere" e di "obbligatorio" sono distinti, e non equipollenti, come invece accade per quelle di altri ordinamenti (ad esempio, quello morale); a tal proposito, si veda CELANO 1999, 195 ss.

<sup>13</sup> Si veda FERRAJOLI 2013, 67 s.

me conseguenza l'ammissione della possibilità, da parte di una legge ordinaria (o di un'altra fonte subordinata), di violare in concreto la costituzione mediante omissione o commissione (ovvero mancando di introdurre le garanzie dei diritti sanciti dalla fonte superiore, o emanando leggi in contrasto con quest'ultima)<sup>14</sup>, provocando così un capovolgimento della gerarchia delle fonti, bisogna ammettere che Kelsen, in effetti, fornisce una soluzione che non esiterei a qualificare, fra le varie tesi da lui avanzate, come quella maggiormente controintuitiva. Si tratta della cosiddetta "clausola alternativa tacita", proposta dal nostro autore in forza di un ragionamento per assurdo<sup>15</sup>. In pratica, tale espediente teorico permette di dar conto dell'esistenza di possibili antinomie fra norme di grado diverso, e si sostanzia nell'asserzione per cui la norma superiore consente non solo (com'è ovvio) l'emaneazione di una norma conforme ad essa, ma anche quella di una norma che manchi di uno o più requisiti sostanziali imposti dalla prima, e che, nonostante ciò, possa comunque ritenersi perfettamente valida, in quanto cristallizzatasi per opera (o per inerzia) dello stesso ordinamento. Ora, è evidente che, se presentata in questo modo, la tesi in questione appare del tutto insostenibile; a tal riguardo, per riprendere l'esempio proposto da Riccardo Guastini, supponiamo che esista una norma che qualifichi come obbligatorio il comportamento "p": essa avrà la forma logica "O(p)". Se ammettiamo l'esistenza della clausola alternativa tacita, appare logico poterla riformulare come "O(p v ¬p)", cioè come "è obbligatorio il comportamento 'p' ovvero il comportamento 'non-p'".<sup>16</sup> È chiaro che, se ogni norma venisse intesa in questa maniera, l'ordinamento dovrebbe essere immaginato come un insieme di regole volte a permettere e a vietare al tempo stesso ogni possibile comportamento umano, perdendo, in ultima analisi, la sua stessa funzione regolativa. Secondo siffatta interpretazione, ogni norma è dunque priva di un reale contenuto, come lo sarebbe una successione di suoni priva di significato: l'una e l'altra non avrebbero alcuna valenza comunicativa per il destinatario<sup>17</sup>. Ma c'è un modo per non incorrere in questo esito manifestamente inaccettabile?

### 2.1. *Il problema della clausola alternativa tacita: tanto rumore per nulla*

In virtù delle premesse filosofiche cui aderisce, Kelsen sostiene che ogni prescrizione in termini di dover essere acquista senso solo in un ambito di possibilità, dato che essa presuppone sempre la condizione di essere osservata o violata. Questa tesi verrà più compiutamente sviluppata nella se-

<sup>14</sup> Ferrajoli definisce "lacune" le violazioni del primo tipo e "antinomie" quelle riconducibili alla seconda fattispecie (FERRAJOLI 2016, 68). Non è superfluo notare come Otto Pfersmann critichi questa posizione dell'autore fiorentino, sostenendo, in accordo con Kelsen, che «[...] l'argomento della lacuna non è altro che chiedere che nel diritto positivo si trovino cose che non ci sono. L'uso di tale impostazione è squisitamente giusnaturalistico. E presentarla come positivista e la sua assenza come una aporia è tecnicamente ideologico» (PFERSMANN 2018, 96). Sembra, pertanto, che l'approccio di Ferrajoli sia volto a descrivere non tanto il diritto positivo in quanto tale, bensì solamente una sua particolare versione, storicamente concretizzatasi nel moderno stato costituzionale caratterizzato dal paradigma garantistico.

<sup>15</sup> Queste, in sintesi, sono le premesse da cui muove Kelsen: 1) una norma appartenente all'ordinamento giuridico può essere soltanto valida, poiché, sebbene presenti un contenuto non conforme ai vincoli sostanziali imposti dalla costituzione (in quanto, ad esempio, lesiva del principio di eguaglianza), almeno da un punto di vista formale è stata correttamente emanata secondo la procedura prestabilita; 2) il materiale che non può essere ricondotto al caso *sub 1* (come una sentenza pronunciata *a non iudice*, o un matrimonio tra persone dello stesso sesso nell'ambito di un ordinamento che non contempla tale istituto) è in realtà inesistente, nel senso che non costituisce affatto diritto (si ricordi, a tal proposito, che secondo Kelsen il diritto compie un processo di autoqualificazione; si veda KELSEN 2000a, 49 ss.); 3) pertanto, una norma formalmente valida, seppure viziata, potrà o essere annullata in un modo prestabilito dall'ordinamento (che così confermerà che essa costituisce effettivamente parte di esso), oppure consolidarsi definitivamente come diritto a causa della mancata reazione da parte degli organi competenti (si pensi, ad esempio, a una sentenza illegittima che, non essendo mai stata annullata, ha acquistato l'autorità di cosa giudicata). Ad ogni modo, secondo Kelsen, nell'uno e nell'altro caso la norma viziata non è da considerare invalida, in quanto l'ordinamento, espressamente o tacitamente, ha mostrato di considerarla come una norma senz'altro esistente, e dunque valida.

<sup>16</sup> Si veda GUASTINI 2014, 82.

<sup>17</sup> Così, per usare le parole di Ferrajoli, «l'intero sistema legislativo risulterebbe composto di enunciati pseudo-normativi tutti efficaci e, soprattutto, privi di reali funzioni e capacità regolative» (FERRAJOLI 2016, 79).

conda fase del pensiero del maestro praghese, in cui egli giunge ad operare una sovrapposizione delle categorie della validità e dell'efficacia: sebbene tali concetti rimangano separati, la distinzione tra i due diviene meno netta, in quanto il requisito che la norma deve rispettare per poter essere considerata valida non è più dato soltanto dalla mera riconducibilità logico-formale ad una norma superiore che ne autorizza la produzione; esso deve, infatti, venire integrato dalla presenza di un elemento empirico: la potenzialità dell'efficacia della norma stessa, ovvero, in altri termini, la sua idoneità a essere osservata o applicata<sup>18</sup>. Questo parziale cambio di rotta mi sembra del resto maggiormente adatto a dar conto del rapporto tra la validità della singola norma e quella dell'intero ordinamento: quest'ultimo, secondo Kelsen, è valido solo a condizione di essere in buona misura efficace. Ora, poiché la validità della norma implica la sua appartenenza all'ordinamento che l'ha autorizzata, è necessario che essa possa essere eseguita sia materialmente che giuridicamente; in caso contrario, se per ipotesi un numero rilevante di disposizioni fosse insuscettibile di venire traspeso nella realtà empirica, l'ordinamento, oltre a perdere inevitabilmente la sua capacità regolativa, cesserebbe di essere efficace (e dunque valido), e la stessa sorte non potrebbe che investire le singole norme che lo compongono<sup>19</sup>. Coerentemente con i risultati cui è pervenuta la breve analisi finora svolta, Paolo Comanducci definisce Kelsen “un realista moderato”<sup>20</sup>, e non sembra ravvisare, con riferimento alla tesi della clausola alternativa tacita, l'aporia denunciata da Ferrajoli, cui si è fatto riferimento *supra*<sup>21</sup>. Secondo il ragionamento seguito dall'autore, la posizione di Kelsen sarebbe infatti compatibile con il giuscostituzionalismo; pertanto, al fine di dimostrare questo assunto, egli propone di distinguere fra i concetti di “superiorità giuridica” e di “superiorità strutturale”: più nello specifico, Comanducci sostiene che il filosofo di Praga, pur ammettendo che in alcuni casi possa rintracciarsi una discordanza tra la costituzione e la legge ordinaria, sicché in tali circostanze non possa parlarsi della superiorità giuridica della prima, non rinuncerebbe alla tesi della superiorità strutturale della costituzione (e, in generale, della norma sovraordinata)<sup>22</sup>. In pratica, la

<sup>18</sup> Per riprendere l'esempio proposto da Kelsen (per il quale si veda KELSEN 1985 [1979], 42), la sentenza che prescrive categoricamente che «Il ladro Schulze deve essere messo in prigione» è emanata in questa forma solo in quanto presuppone che il ladro Schulze possa essere messo in prigione: se, ad esempio, egli muore prima dell'esecuzione della sentenza o se sopravviene un'*abolitio criminis*, essa difetterà di un necessario presupposto materiale o giuridico ai fini della propria applicabilità, per cui il dover essere da essa prescritto non potrà trovare concreta realizzazione. A tal proposito, Kelsen aggiunge per più di una volta che in tale evenienza quella norma sarebbe non valida, che «perde la sua validità». Questa non è un'osservazione di poca rilevanza, in quanto, secondo questa impostazione, la validità di una norma non dipenderebbe più solamente da un requisito meramente formale, come già specificato *supra*: esso sarebbe un elemento senz'altro necessario, ma non sufficiente, in quanto dovrebbe essere completato dall'esistenza di ulteriori elementi fattuali. Peraltro, questa considerazione parrebbe valere non solo per le norme individuali come la sentenza, cui si è poc'anzi fatto riferimento, ma anche per le norme generali: poco dopo, infatti, Kelsen afferma: «Anche la norma generale formulata categoricamente “Amate i vostri nemici” è valida solo condizionatamente: cioè a condizione che un uomo abbia un nemico. Non è valida nel caso che un uomo non abbia nemici»; e successivamente, in maniera più esplicita, «Una norma che statuisca come dovuto ciò che deve accadere per necessità naturale[...], oppure una norma che statuisca come dovuto ciò che per necessità naturale non può accadere[...], non ha senso e non può quindi essere considerata valida. [...] Infatti, una norma è valida solo se può essere osservata o violata. La possibilità di osservare o di violare una norma è condizione per la sua validità».

<sup>19</sup> Questa tesi, naturalmente, viene corroborata se si considera che per Kelsen non è possibile concepire una norma giuridica (e quindi una norma valida) che non sia anche per definizione obbligatoria, sicché alla categoria della validità delle norme si accompagna immancabilmente la condizione della loro obbligatorietà, e dunque della loro potenziale efficacia.

<sup>20</sup> COMANDUCCI 1998, 153.

<sup>21</sup> Occorre comunque aggiungere, per amor di completezza, che la replica di Comanducci che viene qui presentata è rivolta a Bulygin, non a Ferrajoli, il quale comunque, dal canto suo, bolla la figura in esame come «una tesi assurda, non meno della tesi secondo cui la norma che punisce l'omicidio autorizzerebbe l'omicidio destinato alla sanzione» (FERRAJOLI 2016, 77).

<sup>22</sup> Secondo le definizioni fornite da Comanducci, «Una norma è strutturalmente superiore ad un'altra norma se la prima fonda la validità della seconda, vale a dire se ha a che fare con la sua procedura di produzione»; per quanto concerne la superiorità giuridica, essa si ha a due condizioni: dev'essere prevista dall'ordinamento una procedura

costituzione rimane sempre gerarchicamente preminente rispetto alla legge che dovrebbe darle attuazione, e tale status non viene menomato dal fatto che fra le rispettive disposizioni sussista un aperto contrasto: quest'asserzione, insomma, è senz'altro giustificabile adottando un'ottica formalistica, ma ciò non implica certamente che, nell'atto di descrivere un sistema normativo materialmente vigente, lo scienziato del diritto non possa sentirsi legittimato a constatare l'assenza della superiorità giuridica della norma sovraordinata, osservando, in questo frangente, l'ordinamento secondo una prospettiva realistica<sup>23</sup>. Il compito del legislatore viene distinto da quello dello scienziato del diritto: se il primo ha il dovere di porre norme "legittime", il secondo è tenuto solo a descrivere il diritto come esso è effettivamente, e non come dovrebbe essere; tutt'al più, in caso di incongruenze, mi sembra ovvio che sarà la teoria a doversi adeguare alla realtà, e non viceversa: non può negarsi, infatti, che fra il momento dell'emanazione di una norma irregolare e quello della sua espunzione dal sistema (e quindi della cessazione della sua validità), essa può ben venire applicata dagli organi chiamati a darvi esecuzione<sup>24</sup>, ad esempio in quanto essi potrebbero non nutrire alcun dubbio circa la sua legittimità (ed è questa – mi sembra – un'evenienza tutt'altro che residuale). Per tali ragioni, ritengo che l'accettazione della clausola alternativa tacita non faccia "cadere a pezzi" la teoria del diritto come un sistema che regola la sua produzione, come invece sostiene Juan Ruiz Manero, criticando la teoria di Comanducci<sup>25</sup>. Per Kelsen, come ho già avuto modo di precisare, i diritti e le loro garanzie sono un tutt'uno, sicché i primi non sono concepibili in mancanza delle seconde, o quantomeno sono irrilevanti dal punto di vista dell'ordinamento, dato che il loro rispetto somiglia all'adempimento di un dovere più morale che giuridico, come si avrà modo di precisare *infra*. Tutto ciò, a mio parere, non equivale a delegittimare la costituzione, qualificandola come un coacervo di vuote tautologie; tutt'altro: Kelsen afferma chiaramente che la costituzione mira a regolare il contenuto delle norme inferiori attraverso le sue prescrizioni, di modo che sulle norme irregolari, a differenza di quanto accade per le norme conformi ad essa, pende sempre, come una spada di Damocle, la prospettiva di venire poste nel nulla ad opera dell'organo chiamato ad esercitare il sindacato di costituzionalità<sup>26</sup>. Come la norma fondamentale

che mira a espungere dal sistema la norma inferiore, e inoltre tale procedura deve essere effettivamente funzionante (COMANDUCCI 1998, 153).

<sup>23</sup> Così si esprime l'autore in proposito: «La clausola alternativa tacita riflette e dà conto di ciò che accade nel mondo [...]. Kelsen rispetta il suo programma positivista: il compito della conoscenza giuridica non è quello di prescrivere o di valutare»; e ancora, in maniera più brutale (e dunque più chiara): «Se i giudici – nell'opinione di taluno – non rispettano le norme, compito dello scienziato kelseniano è registrare il fatto e ricostruirlo con l'aiuto della clausola alternativa tacita: dopodiché, come cittadino o come giurista, potrà pure strapparsi i capelli» (COMANDUCCI 1998, 154 e 155 s., rispettivamente).

<sup>24</sup> Al riguardo, così si esprime Rafael Escudero Alday: «[...] La distinción entre validez y vigencia carece de relevancia práctica, dado que, válida o no, la norma adquiere carácter jurídico y despliega todos sus efectos. Por tanto, tal distinción confunde más que ayuda, porque con ella se afirma que las normas inválidas pueden existir, aun cuando actúen como si de normas válidas se tratara. No parece que sea ésta una buena forma de hacer pedagogía jurídica» (ESCUADERO ALDAY 2010, 407). Quest'argomento verrà comunque trattato più compiutamente nel paragrafo seguente.

<sup>25</sup> Si veda RUIZ MANERO 2014, 68-73.

<sup>26</sup> Kelsen spiega così questo concetto: «Fin tanto che una legge non è stata abrogata, essa è "costituzionale" e non "incostituzionale", nel senso che contraddice alla costituzione. È quindi volontà della costituzione che questa legge sia ancora valida. Ma la costituzione intende che la legge sia valida soltanto fin quando non sia stata annullata dall'organo competente. La cosiddetta legge "incostituzionale" non è nulla *ab initio*, ma soltanto annullabile; può essere cioè annullata per cause particolari. Queste cause sono che l'organo legislativo ha creato la legge in maniera diversa, o le ha dato un contenuto diverso da quello prescritto direttamente dalla costituzione. È vero che il legislatore è autorizzato a far ciò; esso è autorizzato a non applicare in un caso concreto le prescrizioni dirette della costituzione. Ma la costituzione dà la preferenza alla prima di queste due possibilità. Tale preferenza si palesa nel fatto che una legge la quale venga posta in essere nel secondo modo può venire annullata non solo mediante un atto dell'organo legislativo – quale una legge detta "costituzionale" –, ma anche mediante un atto dell'organo, diverso dal legislatore, a cui è affidato il sindacato giurisdizionale sulla legge» (KELSEN 2000b, 160). Ciò, evidentemente, è ben diverso dal sostenere che la norma "Se A, allora B" debba essere riformulata come "Se A, allora B o non-B",

è la condizione di pensabilità dell'ordinamento, la costituzione è «la garanzia giuridico-concreta dello Stato di diritto»<sup>27</sup>, e la previsione della clausola alternativa tacita vale soltanto a spiegare realisticamente ciò che accade nella pratica finché una norma non viene dichiarata invalida, in quanto il legislatore si è rifiutato di riconoscere la suddetta funzione alla costituzione, così tradendo tanto quest'ultima, quanto la norma fondamentale, che pure ne impone l'osservanza. Pertanto, alla luce delle ragioni che sono state – e saranno – esplicitate, ritengo che, ai fini di una feconda analisi del diritto «come esso è, e non come dovrebbe essere», per usare le parole dello stesso Kelsen, risulti utile affiancare ad un approccio prettamente normativista una visione realistica<sup>28</sup>, onde poter dar conto dell'ineliminabile eventualità che l'essere non si conformi al dover essere. Pertanto, all'esito dell'analisi appena condotta, mi sembra che la supposta violazione del paradigma del giustizionalismo possa risolversi in una mera questione di punti di vista, relativi ai due diversi livelli in cui si manifesta la conoscenza giuridica, piuttosto che in un vero e proprio vizio idoneo ad infirmare la teoria kelseniana. Ma vediamo adesso a quali conseguenze potrebbe pervenire una teoria del diritto che, in nome del principio della coerenza formale dell'ordinamento, proponesse di superare la tesi della clausola alternativa tacita mediante un'opportuna separazione dei concetti di validità ed esistenza.

## 2.2. La norma giuridica come il gatto di Schrödinger

Per scardinare l'esigenza di ricorrere al “gioco di prestigio”<sup>29</sup> della clausola alternativa tacita, basta semplicemente scomporre la categoria della validità normativa (dal maestro praghese riduzionisticamente considerata in maniera unitaria)<sup>30</sup> in due figure distinte e poste su gradi diversi, onde poter concepire una condizione intermedia fra la validità kelsenianamente intesa e l'inesistenza. Guastini, ad esempio, identifica l'esistenza con il fatto che la norma sia stata prodotta – almeno in apparenza – secondo la forma prestabilita, mentre riserva il termine “validità” per designare la caratteristica di quella norma che è totalmente conforme ai requisiti, sia formali che sostanziali, imposti da tutte le norme che ne autorizzano la produzione<sup>31</sup>. Ferrajoli, dal canto suo, non esita ad affermare che l'identificazione fra l'esistenza delle norme e la loro validità rappresenterebbe “la più grave” aporia del sistema kelseniano<sup>32</sup>, e propone addirittura una quadripartizione della figura della validità kelseniana, distinguendo fra “esistenza”, “validità formale”, “validità sostanziale” e “validità *tout court*”<sup>33</sup>.

con conseguente snaturamento della concezione kelseniana della norma come giudizio ipotetico (e con essa, dell'idea stessa di normatività).

<sup>27</sup> SCIACCA 2016, 275.

<sup>28</sup> Per un'analisi sulla necessaria complementarità delle teorie realistiche e normativistiche, nell'ambito di un confronto tra quelle di Ross e di Kelsen, si veda LOMBARDI VALLAURI 2012, 155 ss.

<sup>29</sup> Tale definizione è mutuata da LUZZATI 1999, 394.

<sup>30</sup> Non si dimentichi, infatti, che per Kelsen la validità di una norma consiste nella sua “specificità esistenziale” all'interno dell'ordinamento: da ciò deriva la coincidenza della categoria della validità con quella dell'esistenza.

<sup>31</sup> GUASTINI 1998, 129 ss. L'autore, peraltro, fornisce una critica della concezione dell'ordinamento giuridico come insieme di norme valide, ma offre a sostegno di tale valutazione due argomenti che mi sembrano reciprocamente contraddittori (si veda GUASTINI 1998, 138 ss.): da un lato, infatti, egli afferma che «ogni ordinamento è, fatalmente, affollato da norme invalide», salvo poi ammettere che «si danno ordinamenti in cui l'insieme delle norme valide è – in un senso – inconoscibile» (tesi su cui, peraltro, ritornerò nelle pagine seguenti). Ma se è impossibile conoscere a priori quali siano le norme invalide, come si può sostenere che esse debbano necessariamente esistere? Certo, si potrebbe asserire che l'ipotesi di un ordinamento del tutto privo di norme invalide sia quantomeno inverosimile, sicché non possano non esistere almeno alcune. Tuttavia, occorre ricordare che una teoria del diritto, stante l'afflato universalistico da cui dovrebbe essere ispirata, non può limitarsi ad esaminare esclusivamente i moderni stati di diritto; le corti costituzionali, del resto, sono un'invenzione relativamente recente, e non può escludersi la possibilità, per quanto infinitesimale, che esistano (o che siano esistiti) ordinamenti del tutto sprovvisti di meccanismi atti a dichiarare l'invalidità delle norme prodotte.

<sup>32</sup> FERRAJOLI 2016, 66.

<sup>33</sup> Tali figure si concretano, rispettivamente, nell'osservanza di alcuni requisiti formali imposti dalle norme sulla

Ora, se è pur doveroso riconoscere che le scomposizioni operate dai due autori recano l'indubbio vantaggio di rendere formalizzabile (e quindi di chiarificare) un concetto che, a causa della progressiva modifica della posizione di Kelsen in merito<sup>34</sup>, risulta forse eccessivamente vago (e comunque polisenso), mi pare che anche le suddette soluzioni non siano del tutto esenti da problematiche<sup>35</sup>. Come osserva Mauro Barberis, distinguere tra validità ed esistenza ha senso unicamente nell'ambito di uno stato costituzionale, e non con riferimento a uno stato legislativo, cioè quello con cui Kelsen era chiamato a confrontarsi<sup>36</sup>. Ma a ben vedere, non è questa la critica più incisiva che si può muovere contro il tentativo di distinguere tra validità ed esistenza delle norme giuridiche. Poiché, infatti, la validità viene fatta dipendere (anche) dal rispetto dei requisiti sostanziali, e poiché l'effettiva sussistenza di tale condizione non è rilevabile *prima facie* (a differenza di quanto avviene con riferimento ai requisiti formali), ma anzi dev'essere volta per volta accertata da un organo istituito *ad hoc* (come una corte costituzionale nel caso delle leggi ordinarie o il giudice *ad quem* per quanto riguarda le sentenze), ne consegue che, in concreto, non risulta mai possibile affermare con assoluta sicurezza che una certa norma sia valida, se non a seguito della pronuncia del suddetto organo (che, del resto, non è neanche detto venga emessa). Si dovrebbe dunque ammettere non tanto che la norma sia valida, bensì, più realisticamente, che essa venga soltanto considerata tale fino all'emanazione di un atto che ne sancisce l'invalidità; la norma, insomma, verserebbe in una condizione analoga a quella in cui si trovano gli imputati sottoposti a processo, considerati innocenti fino alla sentenza definitiva di condanna. A ciò si aggiunge il fatto per cui, almeno per quanto concerne le norme contenute nelle leggi ordinarie e nelle fonti ad esse equiparate, che in Italia sono i soli atti a poter essere sottoposti al controllo di legittimità della Corte Costituzionale<sup>37</sup>, non si può mai escludere con certezza un mutamento della giurisprudenza di tale organo, sicché ciò che oggi viene considerato valido potrebbe non esserlo in futuro. La medesima conseguenza, chiaramente, si produrrebbe anche nel caso di una sopravvenuta modifica della costituzione, da cui potrebbe scaturire l'invalidità della norma emanata anteriormente. Sulla base di quanto detto, la categoria della validità si risolverebbe in una figura evanescente, spesso indeterminata, e a volte indeterminabile con certezza, dal momento che non consisterebbe più nella riconducibilità ad una norma superiore, dato obiettivamente acclarabile, bensì si ritroverebbe a dipendere dalla non-emanazione di una norma idonea ad infirmarla, che a sua volta rappresenta inevitabilmente un atto discrezionale, dato che, a seconda dell'interpretazione resa dai giudici, una medesima norma può essere teoricamente sia valida che invalida. In altri termini, e se mi si consente il ricorso a questa metafora, la disposizione normativa verrebbe a trovarsi in una situazione in fondo analoga a quella del celebre gatto di Schrödinger: nell'incertezza circa il suo status, o essa è valida, o è invalida, oppure è mezza valida, o ancora è mezza invalida<sup>38</sup>. Naturalmente,

produzione, nell'osservanza di tutti quei requisiti formali, nella coerenza con tutte le norme superiori che prevedono dei requisiti sostanziali, e nella compresenza della validità formale e di quella sostanziale (FERRAJOLI 2016, 70).

<sup>34</sup> Non si dimentichi, infatti, che, a seconda delle diverse fasi del suo pensiero, Kelsen esaurisce la validità della singola norma nel ricorrere di un elemento puramente formale, la collega in seguito all'ulteriore presenza di un elemento sostanziale (ovvero la previsione di un dover essere), e la sovrappone infine alla categoria dell'efficacia, come ad esempio quando afferma che l'abrogazione di una norma per desuetudine equivale alla soppressione della sua validità.

<sup>35</sup> Con riferimento alla questione della validità sostanziale, Vincenzo Omaggio afferma che in tal caso «la faccenda si complica», in quanto «la separazione tra diritto e morale è messa in discussione dal dato ineludibile della confluenza di argomenti morali e argomenti giuridici nell'interpretazione dei principi costituzionali» (OMAGGIO 2018, 266).

<sup>36</sup> L'autore, a tal proposito, cita il caso del Regno Unito, in cui manca tuttora una vera e propria costituzione scritta (BARBERIS 2017, 229 s.).

<sup>37</sup> Ciò non è necessariamente vero per tutti i paesi: in Giappone, ad esempio, l'organo di legittimità costituzionale può perfino arrivare a dichiarare l'incostituzionalità di semplici comportamenti posti in essere da esponenti del governo (cfr. al riguardo CARROZZA ET AL. 2014, 455 s., nonché l'art. 81 della costituzione giapponese). Il ragionamento qui esposto, pertanto, può teoricamente valere anche per atti produttivi di norme diversi da quelli cui fa riferimento l'art. 134 della nostra costituzione.

<sup>38</sup> È questo un paragone che comunque non può essere spinto troppo oltre: invero, mentre una volta aperta la sca-

ciò non vuol dire che debba accogliersi una ricostruzione interamente giusrealistica, in cui l'efficacia si confonde con la validità, in un offuscamento della distinzione tra *Sein* e *Sollen*. Una soluzione accettabile consisterebbe forse nel riservare la qualifica di "esistente", come sinonimo di "appartenente all'ordinamento", a quelle norme formalmente perfette ed esprimenti, anche indirettamente, un *Sollen*, e nel *considerarle* altresì come valide fintantoché non ne sia dichiarata l'invalidità per la mancanza di uno o più elementi sostanziali, dalla quale, a cagione della conseguente espunzione dal sistema, discenderà parimenti la relativa perdita dell'esistenza.

### 3. Ha senso parlare di diritti non garantiti?

Terminata l'analisi relativa alla clausola alternativa tacita, mi accingo ora ad esporre un ultimo ragionamento per argomentare a favore della tesi dell'inesistenza dei diritti fondamentali, ove essi non risultino adeguatamente garantiti. Occorre, infatti, considerare la questione dell'irrelevanza di una disposizione che, pur stabilendo un diritto (e presentando, quindi, un contenuto manifestamente giuridico), manchi di apprestarvi la relativa tutela. In buona sostanza, si tratta di chiedersi se sussista qualche differenza tra un enunciato che proclami una verità religiosa ed uno che si limiti a positivizzare una norma morale, cioè a conferire un diritto senza connettervi un mezzo idoneo a renderlo effettivo. A tal proposito, la posizione di Giulio Itzcovich è la seguente: se un diritto, pur positivamente statuito, non viene attuato, la scienza giuridica, se vuole limitarsi a conoscere il proprio oggetto e a rappresentarlo com'esso realmente si estrinseca, può solo descrivere tale situazione; al massimo, una volta fatto ciò, lo studioso potrà denunciare l'assenza di quel diritto, e dunque l'inerzia del legislatore<sup>39</sup>. Nelle parole dell'autore, «non è la teoria del diritto a espellere queste norme, ma le autorità politiche [...]. La teoria del diritto può solo descrivere questo fatto, richiamando ognuno alle proprie responsabilità»<sup>40</sup>: una posizione, evidentemente, collimante con quella già trattata di Comanducci. Itzcovich, inoltre, contrasta un altro argomento proposto da Ferrajoli, per il quale le norme che stabiliscono diritti (o illeciti), indipendentemente dal fatto di venire attuate, produrrebbero in ogni caso una modificazione della realtà giuridica, consistente nell'imposizione di un obbligo, in capo al legislatore, di introdurre le rispettive garanzie (o sanzioni). La tesi dell'autore è in fondo ab-

tola può stabilirsi con certezza se il gatto sia vivo o morto, nel caso della dichiarazione da parte dell'organo di legittimità costituzionale, almeno in Italia, non è sempre possibile conoscere l'effettivo status della norma sottoposta al sindacato di costituzionalità. Infatti, se la sentenza di accoglimento espunge definitivamente la norma dal sistema, quella di rigetto, al contrario, non rappresenta un'indubitabile conferma della sua validità, dal momento che quest'ultima, come già ricordato *supra*, può sempre essere disconosciuta in un momento successivo.

<sup>39</sup> In questo senso, sembra che Itzcovich e Ferrajoli dicano in fondo una cosa simile, sebbene in base a due impostazioni divergenti: anche quest'ultimo, infatti, afferma: «Normativismo e realismo giuridico, lungi dal configurarsi come approcci alternativi alla conoscenza degli ordinamenti giuridici, rappresentano infatti due diversi modelli semantici o di interpretazione empirica della teoria del diritto, parimenti essenziali perché corrispondenti l'uno all'universo linguistico delle norme e l'altro all'universo extralinguistico dei fatti e degli atti» (FERRAJOLI 2016, 88). L'incompatibilità fra le due posizioni, semmai, sta nel fatto che Ferrajoli, a differenza di Itzcovich (e di Kelsen), considera i diritti esistenti solo in quanto stabiliti da una norma, sicché la mancanza delle relative garanzie viene necessariamente a configurarsi, da un punto di vista nomostatico, come illegittima, in quanto logicamente imposta da quella stessa norma che conferisce i diritti.

<sup>40</sup> ITZCOVICH 2018, 120 s.; peraltro, secondo l'autore, questa tesi è funzionale a due politiche del diritto perseguite da Kelsen: da un lato, come si è appena accennato, evidenziare la possibile divaricazione tra essere e dover essere, di cui si rende colpevole il legislatore, al fine di sostenere la necessità di istituire un organo di giustizia costituzionale volto a sanzionare le possibili violazioni, e, dall'altro lato, mettere in guardia sul possibile abuso di discrezionalità in cui, più o meno consapevolmente, potrebbero incorrere i giudici, qualora siano chiamati a decidere applicando un diritto che è sì positivizzato, ma formulato in modo eccessivamente vago e polisenso; da ciò, secondo l'autore della dottrina pura, conseguirebbe la virtuale delegittimazione del parlamento a vantaggio della magistratura, i cui componenti si atteggierebbero, a questo punto, come gli autentici creatori del diritto. In questi due propositi, pertanto, Itzcovich ravvisa l'origine della diffidenza di Kelsen nei confronti della categoria dei diritti fondamentali, la cui statuizione in termini indeterminati potrebbe altresì condurre ad un uso della coercizione arbitrario ed imprevedibile.

bastanza semplice: un obbligo non garantito da una sanzione si risolve, nella pratica, in un mero dovere morale, lasciato alla “buona volontà” del legislatore (se va bene), o in una sterile proclamazione di un principio nato già morto (in caso contrario), e comunque in una figura indistinta e di fatto irrilevante, almeno per Kelsen; esso sarebbe, insomma, nient’altro che «belle parole su un pezzo di carta»<sup>41</sup>. In effetti, non si vede come quello teorizzato da Ferrajoli possa essere considerato un obbligo autenticamente giuridico, dal momento che esso non è né sanzionato, né tantomeno giustiziabile. Sulla scorta di quest’argomentazione, mi sembra inevitabile porsi la seguente domanda, nient’affatto provocatoria: quale differenza corre fra un diritto inesistente e un diritto esistente, ma non garantito? D’altro canto, secondo Kelsen, i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione rappresenteranno comunque dei frammenti di norme (e quindi non saranno certo giuridicamente irrilevanti, come sostenuto da Ferrajoli) qualora, sulla base della loro applicazione, l’organo di giustizia costituzionale giunga a dichiarare l’annullamento di una norma irregolare<sup>42</sup>: ecco, dunque, che anche la posizione ferrajoliana illustrata *supra*, per la quale l’esistenza di norme non assistite da una sanzione rappresenterebbe, in conseguenza della visione adottata da Kelsen, una «vanificazione di una parte rilevante del diritto positivo», perde definitivamente consistenza.

### 3.1. *Il contenuto indeterminato dei diritti fondamentali*

Al ragionamento svolto finora si potrebbero aggiungere due ulteriori considerazioni. Quando Ferrajoli sostiene che, secondo un’ottica giuspositivistica, i diritti e gli obblighi esistono in quanto posti, e d’altro canto afferma che alla norma che prevede un diritto fondamentale s’accompagna sempre il dovere di darle attuazione, enuncia una tesi a mio parere contraddittoria, dal momento che un siffatto obbligo, alla luce del fatto che il più delle volte non viene a concretizzarsi formalmente, e in deroga al principio di positività, dovrebbe essere assunto come implicitamente previsto. Inoltre (ed è questa la seconda considerazione), allorché il costituente stabilisce un diritto in maniera indeterminata, cioè senza specificare in che modo e con quali strumenti il legislatore sia chiamato ad inverarlo, il virtuale obbligo di attuarlo, teorizzato da Ferrajoli, finirebbe col risultare altrettanto indeterminato, per non dire evanescente<sup>43</sup>. Si prenda ad esempio, *ex multis*, il primo comma dell’art. 4 della nostra costituzione, che enuncia che «La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto»: in tal caso, una volta proclamata l’esistenza, come deve intervenire il legislatore, di preciso, per “rendere effettivo questo diritto”? Emanando una normativa che favorisca l’accesso al lavoro per le fasce sociali più svantaggiate? Garantendo legislativamente una retribuzione minima? Sanzionando i licenziamenti discriminatori? La norma non lo specifica. E anche quando il parlamento avrà adottato una o più di queste misure, ciò sarà sufficiente a poter affermare che il diritto al lavoro sia realmente tutelato? Dobbiamo supporre che ogni norma che conferisce un diritto fondamentale rechi con sé un fascio indefinito di obblighi, ciascuno dei quali, se adempiuto, sia virtualmente idoneo a realizzarla? Ma allora tanto vale aderire all’impostazione kelseniana, che vede nelle norme inferiori la progressiva concretizzazione di quelle sovraordinate, ovviamente rimessa, almeno in una certa misura, alla discrezionalità degli

<sup>41</sup> ITZCOVICH 2018, 121. Non può negarsi, del resto, che è proprio questa la condizione in cui versano i diritti proclamati dalle carte dei diritti umani, almeno nel caso (purtroppo non infrequente) in cui quest’ultime non provvedano a istituire dei mezzi idonei ad assicurarne una piena ed effettiva tutela, in caso di loro violazione. Al riguardo, suggestiva è l’osservazione di Bryan Turner, per il quale «A strong notion of rights implies an equally strong notion of duty. [...] There are at present no recognizable Declarations of Human Duties. Therefore human rights are weak rights ascribed to humans *qua* humans who have no other access to basic security» (TURNER 2011, 4).

<sup>42</sup> Si veda ITZCOVICH 2018, 121 s.; si veda anche COMANDUCCI 1998, 154.

<sup>43</sup> Come riconosce Giorgio Pino, «Palesemente così si finisce per degradare i diritti fondamentali a mere “norme programmatiche”, la cui attuazione è interamente rimessa al legislatore» (PINO 2018, 133). A tale problema fa riferimento anche Omaggio, il quale riconosce che Ferrajoli «[...] Non fa i conti fino in fondo con i problemi interpretativi conseguenti alla positivizzazione di un materiale giuridico espresso “per principi”» (OMAGGIO 2018, 262).

organi chiamati ad attuarle<sup>44</sup>, anche in considerazione del fatto che in tal modo si supererebbe l'ulteriore esito problematico dato dalla difficoltà nel distinguere, nell'ambito delle norme costituzionali, quelle che conferiscono immediatamente un diritto fondamentale da quelle che, invece, si limitano a stabilire le direttive cui il legislatore è tenuto a conformarsi, potendo dunque venire qualificate come mere norme programmatiche<sup>45</sup>. Mi si consenta di avanzare un esempio ancora più drastico. Com'è noto, l'art. 2 della Costituzione dichiara che «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo». Già... Ma quali? Nonostante essi siano considerati una realtà preesistente all'ordinamento, anche in tal caso la norma rimane silente<sup>46</sup>. Ora, la L. n. 76/2016, che ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto delle unioni civili, esordisce richiamando proprio gli artt. 2 e 3 della Carta, ed è dunque legittimo sostenere che se ne ponga come attuazione. Dovremmo forse immaginare, seguendo il pensiero di Ferrajoli, che i diritti concessi dalla recente legge, nonché l'obbligo stesso di introdurre una tutela di questo tipo, già esistessero fin dal lontano 1948? Non sarebbe più aderente alla realtà affermare che i diritti esistono solo se effettivi e che, in caso contrario, essi sono nulla più che enunciati destinati a rimanere lettera morta? Ancora una volta, se davvero si vuole analizzare il diritto secondo una prospettiva scevra da opzioni che, per quanto condivisibili, rimangono pur sempre ideologiche<sup>47</sup>, se si vuole adeguatamente dar conto dell'ineliminabile possibilità di discrasie tra il diritto vigente e il diritto "vivente", se cioè lo si vuole conoscere e descrivere com'esso realmente è, e non come dovrebbe essere, risulta a mio parere indispensabile affiancare ad un modello squisitamente normativistico una visione concretamente giusrealistica.

#### 4. *Volontà e razionalità nella decisione del giudice*

Alla base delle critiche analizzate nei § precedenti vi è, mi sembra, un approccio epistemologico che muove dalla considerazione per cui dietro la produzione di una norma giuridica vi sarebbe non solo un atto di volontà, come sostenuto da Kelsen, ma anche un processo conoscitivo, volto a svelare il materiale giuridico a partire da quello preesistente. Tale teoria sostiene che sarebbero senz'altro configurabili dei procedimenti razionali, tipici dell'argomentazione giuridica, volti a condurre ad un insieme di soluzioni non solo kelsenianamente valide, ma anche epistemologicamente corrette<sup>48</sup>, tra cui il giudice sarà poi chiamato a scegliere quella che gli sembrerà più adatta al caso, esercitando «un atto di volontà consistente in una *decisione sulla verità giuridica*»<sup>49</sup>. Questa

<sup>44</sup> Di un simile avviso, se bene intendo il suo pensiero, sembra essere Vincenzo Baldini, che a tal riguardo parla di «diritti strutturalmente incompiuti»: a questo proposito, si veda BALDINI 2016, 54 s.

<sup>45</sup> RUIZ MANERO 2015, 206 s.

<sup>46</sup> Emblematica, a tal riguardo, è la seguente constatazione di Norberto Bobbio: «La prima difficoltà deriva dalla considerazione che "diritti dell'uomo" è un'espressione molto vaga. Abbiamo mai provato a definirli? E se abbiamo provato, quale è stato il risultato? La maggior parte delle definizioni sono tautologiche: "Diritti dell'uomo sono quelli che spettano all'uomo in quanto uomo". Oppure ci dicono qualche cosa sullo *status* desiderato o proposto di questi diritti, non sul loro contenuto: "Diritti dell'uomo sono quelli che appartengono, o dovrebbero appartenere, a tutti gli uomini, o di cui ogni uomo non può essere spogliato". Infine, quando si aggiunge qualche riferimento al contenuto, non si può fare a meno di introdurre termini di valore: "Diritti dell'uomo sono quelli il cui riconoscimento è condizione necessaria per il perfezionamento della persona umana oppure per lo sviluppo della civiltà ecc. ecc.". E qui nasce una nuova difficoltà: i termini di valore sono interpretabili in modo diverso secondo l'ideologia assunta dall'interprete; infatti, in che cosa consista il perfezionamento della persona umana o lo sviluppo della civiltà, è oggetto di molti appassionanti ma insolubili contrasti» (BOBBIO 1997, 8). Su quest'ultimo punto, peraltro, tornerò nel paragrafo finale di questa trattazione.

<sup>47</sup> «Ma qui, forse, sta la differenza più grande tra il pensiero di Kelsen e quello di Ferrajoli. La differenza tra una rappresentazione realistica del mondo e una nobile ambizione di cambiamento» (RICCOBONO 2018, 43).

<sup>48</sup> Nelle parole di Ferrajoli, «Contrariamente infatti a quanto sostenuto da Kelsen, criteri razionali di scelta tra le diverse possibili interpretazioni associabili a un testo normativo esistono, a sostegno della "verità giuridica" non certamente assoluta, ma solo plausibilmente argomentata, decisa dall'interprete» (FERRAJOLI 2016, 162).

<sup>49</sup> FERRAJOLI 2016, 161.

tesi per cui «*veritas, non auctoritas, facit iudicium*»<sup>50</sup> evoca immediatamente la speculare concezione alexiana concernente la giustificabilità razionale del bilanciamento tra due principi costituzionali confliggenti, per la quale la norma risultante dalla decisione sarebbe da considerare valida non solo perché legittimamente posta dall'organo competente, ma anche (e soprattutto) in quanto “giusta” dal punto di vista del suo contenuto. È l'idea per cui, ai fini di una corretta giustificabilità della decisione, sia necessario avvalersi sia delle varie forme in cui si estrinseca il ragionamento giuridico messe a disposizione dall'ordinamento (dalla ricostruzione della volontà del legislatore al ricorso a precedenti vincolanti), sia di specifiche metanorme (emanate dalla giurisprudenza al fine di rappresentare una bussola che indichi la direzione da seguire per l'approvazione di decisioni future), sia di semplici criteri di carattere non prettamente giuridico (come il ricorso al principio di proporzionalità o a quello di uguaglianza)<sup>51</sup>. In conseguenza di ciò, Robert Alexy, pur bollando come inammissibile l'esistenza di un criterio razionale di carattere rigido che conduca sempre ad un'unica soluzione giusta, asserisce che ve ne sarebbe uno di tipo elastico, dal cui esperimento si trarrebbe una pluralità di decisioni ugualmente giuste: esso rivestirebbe un carattere procedurale, in quanto, mediante il ricorso a certe modalità argomentative, sarebbe possibile pervenire razionalmente ad una serie di norme, tutte correttamente ascrivibili ai diritti fondamentali<sup>52</sup>. Ora, occorre preliminarmente osservare che la tesi per cui la validità di una norma ascrivibile derivata implichi la sussistenza di una corretta argomentazione, idonea a legittimarne la riconducibilità a una norma che immediatamente dispone un diritto fondamentale, non solo tradisce un'impostazione filosofica di carattere giusnaturalistico, ma sembra anche rappresentare una *petitio principii*, nella misura in cui chi la rivendica non riesce a dimostrare l'esistenza fattuale di tale giustificazione, che dunque sembra destinata a rimanere solo presupposta<sup>53</sup>. Naturalmente, sono consapevole del fatto che le premesse teoriche da cui muove Alexy sono diverse da quelle che ispirano la dottrina pura; nondimeno, non posso fare a meno di notare che la tesi del maestro di Oldenburg rappresenta, almeno dal punto di vista di una scienza del diritto positivo, un'inutile complicazione, una soluzione a un problema inesistente. È facile ribadire, infatti, che, come osservato *supra*, la norma emanata dal tribunale costituzionale, seppure indesiderabile in quanto non conforme a una certa morale, rimane comunque vincolante per i soggetti chiamati ad applicarla (o, per dirla con Kelsen, essa possiede il senso oggettivo del dover essere)<sup>54</sup>; e poiché ciò che è considerato vincolante dall'ordinamento non può che essere dotato del crisma della validità giuridica, ne consegue che non è affatto necessario ricercare il fondamento di quest'ultima in un requisito di carattere sostanziale. Ad ogni modo – lo ribadisco – Alexy rigetta l'idea per cui, data una norma su un diritto fondamentale, vi sia un'unica argomentazione ammissibile ai fini della sua corretta ascrizione<sup>55</sup>; egli, piuttosto, sostiene che esista un criterio razionale mediante cui sia possibile dedurre un insieme di

<sup>50</sup> RUIZ MANERO 2015, 208.

<sup>51</sup> ALEXY 2012 [1985], 183 s.

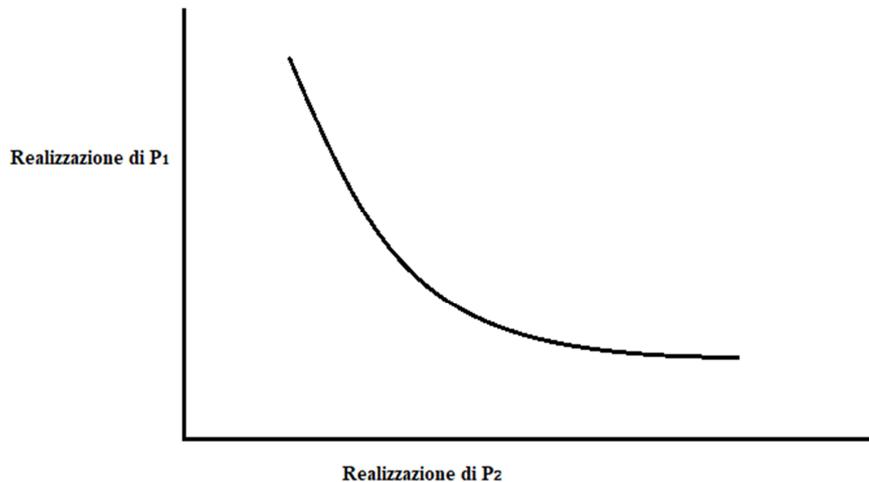
<sup>52</sup> ALEXY 2012 [1985], 168 ss.

<sup>53</sup> A dirla tutta, e facendo le dovute proporzioni, la posizione di Alexy fa venire in mente il metodo dei glossatori medievali, il cui approccio al testo normativo ricalcava quello adottato nell'esegesi dei testi sacri (a tal riguardo, si veda PADOA SCHIOPPA 2007, 95-97). È pur vero che, come si preciserà in seguito, Alexy non ritiene tanto che vi sia un'unica norma correttamente ascrivibile a un dato diritto fondamentale, quanto, piuttosto, un criterio che permetta di ricavare un insieme di norme aventi tale caratteristica, tutte potenzialmente legittime. Ciò, tuttavia, non cambia la questione, come si avrà modo di specificare nel corso dell'analisi successiva.

<sup>54</sup> In tal senso, rimane da classificare di natura puramente metagiuridica la “difficoltà” incontrata dall'autore nel caso di una virtuale emanazione, da parte della corte costituzionale tedesca, di una norma del tipo «Sulla base dell'art. 13 LF, l'amministrazione deve provvedere ogni studente di una abitazione con due camere nelle vicinanze dell'Università» (ALEXY 2012 [1985], 88): se il compito della scienza giuridica è solo quello di conoscere il diritto, essa dovrà limitarsi a verificare se una norma siffatta sia giuridicamente valida, e non se sia “corretta” in quanto morale ovvero opportuna per la società. In caso contrario, ci si troverà di fronte non ad una scienza giuridica, ma ad una metafisica giuridica.

<sup>55</sup> L'autore, infatti, afferma che «Le regole della giustificazione dei diritti fondamentali non definiscono alcuna procedura che conduca in ogni caso a un'unica risposta giusta» (ALEXY 2012 [1985], 90).

giustificazioni esatte, ognuna delle quali astrattamente idonea a fondarne la validità. Alexy illustra tale concetto facendo riferimento ad una curva di indifferenza: ogni punto appartenente ad essa rappresenta un tipo di bilanciamento accettabile, e la sua inclinazione, chiaramente, varierà a seconda degli interessi concretamente in gioco. Un esempio di tale curva viene fornito di seguito.



Come si vede, ad ogni punto della curva corrisponde un certo grado di realizzazione del principio  $P_1$ , che è inversamente proporzionale al grado di realizzazione del principio  $P_2$ . Sarà poi per mezzo della verifica della preferenza *prima facie* da assegnare ad ogni proposta di bilanciamento che sarà possibile scegliere quella più opportuna. Ad ogni modo, entrambi i modelli non mi sembrano esenti da critiche. Per ragioni di spazio, mi limiterò a presentarne solo due, che illustrerò nei paragrafi seguenti.

#### 4.1. La giustificabilità del bilanciamento: una “*reductio ad absurdum*”

Si supponga che i possibili criteri corretti del bilanciamento siano non infiniti (se non altro, a causa delle limitate possibilità fattuali della loro realizzazione), e si immagini, altresì, di graduarli a seconda del loro livello di efficienza, e dunque di preferibilità<sup>56</sup>, in maniera da ottenere la formula seguente:

$$(B_1, B_2, B_3, \dots B_n)$$

In questo modo,  $B_2$  risulterà preferibile rispetto a  $B_1$ ; d’altro canto,  $B_3$  sarà preferibile rispetto ai due criteri precedenti, e così via, fino ad arrivare a  $B_n$ , che rappresenterà il bilanciamento più razionale possibile, proprio in quanto più efficiente rispetto a tutti gli altri. Dunque, come si è appena detto,  $B_n$  costituisce la soluzione più razionale. A ben vedere, tuttavia, esso rappresenta in effetti l’unica soluzione razionale: poiché, infatti, la corte costituzionale può virtualmente scegliere qualunque modello tra quelli potenzialmente validi, non sarebbe forse irrazionale preferire qualsivoglia criterio diverso da quello ottimale? Pertanto, nell’insieme dei metodi astrattamente

<sup>56</sup> Naturalmente, la teoria non può determinare a priori le condizioni per cui un certo esito del bilanciamento sia preferibile rispetto ad un altro in un caso concreto. Tanto per proporre un esempio, si potrebbe assumere come parametro il complessivo livello di ottimizzazione dei principi in gioco: così, se da una parte con  $R_1$  e  $R_2$ , e dall’altra con  $R'$  e  $R''$ , si indicano i gradi di realizzazione di  $P_1$  e  $P_2$  sotto i criteri  $B_1$  e  $B_2$  rispettivamente, potrà dirsi che  $B_2$  è più efficiente di (e quindi preferibile a)  $B_1$  se vale la formula “ $R' + R'' > R_1 + R_2$ ”, cioè se il sacrificio totale dei due principi che deriva da  $B_2$  è minore di quello che si avrebbe qualora si scegliesse  $B_1$ .

possibili, solamente uno rappresenta una soluzione razionale, ovvero  $B_n$ . Ma poiché l'esistenza di un unico criterio razionale era già stata negata dallo stesso Alexy, ne consegue che deve escludersi anche l'esistenza di una pluralità di criteri razionali, stante la conseguenza assurda appena illustrata. In realtà, l'argomento migliore per dimostrare l'irrazionalità del bilanciamento risiede proprio nell'esigenza di esperire quest'ultimo: se fosse possibile raggiungere con certezza un risultato univocamente giusto, non avrebbe senso rimettere tale compito ad un organo istituito *ad hoc*: qualunque giurista potrebbe arrivare autonomamente ad una soluzione corretta, e la corte costituzionale non dovrebbe far altro che limitarsi a recepirlo<sup>57</sup>. Ciò non può che rafforzare la tesi che ravvisa un fattore discrezionale nella creazione della norma giudiziaria, confermandone la natura prettamente volitiva.

#### 4.2. La giustizia come ideale irrazionale

Come si ricorderà, alla fine del § 3.1 si è fatto riferimento all'istituto delle unioni civili, ponendolo in relazione agli artt. 2 e 3 della Costituzione; si consideri adesso un'ipotetica norma che miri a introdurre nel nostro ordinamento il matrimonio tra persone dello stesso sesso, sempre muovendo dal contenuto del terzo articolo della nostra Carta fondamentale, che viene declinato in due principi distinti e complementari. Un giudice conservatore, facendo leva sul principio di uguaglianza formale, che impone di non trattare situazioni diverse in maniera identica, potrebbe dichiarare illegittimo il suddetto istituto, in quanto considerato non sovrapponibile al matrimonio "tradizionale", soprattutto se quest'ultimo viene concepito come intrinsecamente orientato alla filiazione e alla cura della prole. Viceversa, un giudice progressista potrebbe considerarlo compatibile con il principio di uguaglianza sostanziale, in quanto la sua introduzione mirerebbe a "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini", e sarebbe perciò giustificata. Come si vede, in base a uno stesso principio (*rectius*, a due diversi aspetti del medesimo principio), è possibile giungere a conclusioni diametralmente opposte, ma entrambe astrattamente ragionevoli, e in ogni caso potenzialmente valide<sup>58</sup>. Dunque, se l'esperienza di un corretto bilanciamento permette, sulla base di un medesimo canone, di trarre due decisioni che, pur accettabili, sono reciprocamente incompatibili, si dovrà concludere che esso non potrà essere qualificato come razionale, «per la contraddizione che nol consente». Quest'argomento, unitamente a quello presentato nel paragrafo precedente, corrobora la tesi kelseniana che vede nella creazione di una norma il prodotto di un atto di volontà. Anzi, non è azzardato ipotizzare che la pretesa ragionevolezza rappresenti il più delle volte solo una maschera funzionale a legittimare l'arbitrio del giudice, da quest'ultimo celato dietro alla prima<sup>59</sup>. Se da tale caratteristica possa derivare una situazione favorevole o deleteria dipende, in ultima analisi, dal modo in cui l'organo giudiziario (foss'anche la corte costituzionale) concepisce la propria attività, cioè dal fatto che

<sup>57</sup> Nonostante sia rivolta a Ferrajoli, si consideri, a tal proposito, la seguente battuta di Pfersmann, che può idealmente racchiudere il tema fondamentale di quest'ultimo paragrafo: «Il diritto è purtroppo raramente razionale. La scienza del diritto dovrebbe esserlo. E purtroppo non lo sarà se concepisce suo oggetto il mondo morale» (PFERSMANN 2018, 97).

<sup>58</sup> Si rifletta sulla seguente osservazione di Bobbio: «Orbene, due diritti fondamentali ma antinomici non possono avere, gli uni e gli altri, un fondamento assoluto, un fondamento cioè che renda un diritto e il suo opposto, entrambi, inconfutabili e irresistibili. Anzi è bene ricordare che storicamente l'illusione del fondamento assoluto di alcuni diritti stabiliti è stata di ostacolo all'introduzione di nuovi diritti, in tutto o in parte incompatibili con quelli. [...] Il fondamento assoluto non è soltanto un'illusione; qualche volta è anche un pretesto per difendere posizioni conservatrici» (BOBBIO 1997, 13 s.); ma si veda anche Kelsen 2000a, 60.

<sup>59</sup> Vengono in mente, a tal proposito, le seguenti parole di Antonio Ruggieri: «La Corte fa, pertanto, una scelta che è, e per sua natura rimane, ideologica, anche se la ammantata col fascino di argomenti qualificati come prettamente giuridici. Non potrebbe, d'altronde, fare diversamente: né la comunità degli esperti né quella dei cittadini né, infine, gli altri attori istituzionali potrebbero prestare il loro consenso ad una decisione che si presentasse come frutto di un mero atto d'autorità» (RUGGERI 2009, 51).

quest'ultima sia rivolta a sopperire alla negligenza del legislatore (come sovente accade in Italia), ovvero a sostituirsi indebitamente nelle funzioni del parlamento democraticamente eletto (come paventato dal maestro di Praga). In ogni caso, a conclusione di quest'analisi, non si può che rievocare la concezione kelseniana intorno alla giustizia<sup>60</sup>, intesa dal nostro autore come un ideale irrazionale, caratteristica comprovata proprio dalla necessaria esistenza delle norme del diritto positivo e dalla loro caleidoscopica mutevolezza nello spazio e nel tempo<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> Si veda, a questo proposito, KELSEN 2000a, 58 s.

<sup>61</sup> Per Kelsen, «Il tentativo non è di costruire, dunque, un ordinamento politico e giuridico *giusto* ma di neutralizzare, percorrendo il più possibile le vie della ragione, lo scontro tra opposte concezioni del mondo all'interno di un medesimo contesto sociale» (RICCOBONO 2013, 403).

*Riferimenti bibliografici*

- ALEX Y R. 2012. *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino (ed. or. 1985, trad. it. di L. Di Carlo).
- BALDINI V. 2016. *Che cosa è un diritto fondamentale? La classificazione dei diritti fondamentali: profili storico-teorico-positivi*, in «Diritti fondamentali», 1, 2016.
- BARBERIS M. 2017. *Ferrajoli successore di Kelsen o Kelsen precursore di Ferrajoli?*, in «Ragion pratica», 1, 2017, 225 ss.
- BOBBIO N. 1997. *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in ID., *L'età dei diritti*, Einaudi, 5 ss.
- CARROZZA P., DI GIOVINE A., FERRARI G.F. (eds.) 2014. *Diritto costituzionale comparato. Tomo I*, Laterza.
- CELANO B. 1999. *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Il Mulino.
- COMANDUCCI P. 1998. *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli.
- ESCUADERO ALDAY R. 2010. *De la constitucionalización a la indeterminación. Retos y desafíos del positivismo jurídico*, in «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 44, 2010, 395 ss.
- FERRAJOLI L. 2013. *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza.
- FERRAJOLI L. 2016. *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza.
- GUASTINI R. 1998. *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè.
- GUASTINI R. 2014. *Ancora sulla validità in Kelsen*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 2014, 77 ss.
- HART H.L.A. 2002. *Il concetto di diritto*, Einaudi (ed. or. 1961, trad. it. di M.A. Cattaneo).
- ITZCOVICH G. 2018. *Teoria e politica della dottrina pura del diritto. Su alcune critiche di Ferrajoli a Kelsen*, in «Analisi e diritto», 1, 2018, 105 ss.
- JELLAMO A. 2019. *Osservazioni su legalità e giustizia. Kant, Kelsen, Radbruch*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2, 2019, 401 ss.
- KELSEN H. 1985. *Teoria generale delle norme*, Einaudi (ed. or. 1979).
- KELSEN H. 1990. *Dottrina pura del diritto*, Einaudi (ed. or. 1960).
- KELSEN H. 1997. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane (ed. or. 1911).
- KELSEN H. 2000a. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi (ed. or. 1934).
- KELSEN H. 2000b. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas (ed. or. 1945).
- LOMBARDI VALLAURI L. 2012. *Corso di filosofia del diritto*, CEDAM.
- LUZZATI C. 1999. *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè.
- OMAGGIO V. 2018. *Luigi Ferrajoli interprete di Kelsen*, in «Diritto e questioni pubbliche», 18, 2, 2018, 253 ss.
- PADOA SCHIOPPA A. 2007. *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, il Mulino.
- PAULSON S.L. 2013. *How Merkl's Stufenbaulehre Informs Kelsen's Concept of Law*, disponibile in: <http://journals.openedition.org/revus/2727> (consultato il 01/05/2019).
- PFERSMANN O. 2018. *L'antinomia fondamentale del garantismo e la questione della classificazione delle teorie del diritto*, in RICCOBONO F., ROMEO F. (eds.), *Dieci obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Editoriale Scientifica, 75 ss.
- PINO G. 2018. *Tre aporie (e qualche altra perplessità) nell'opera di Luigi Ferrajoli*, in «Analisi e diritto», 1, 2018, 129 ss.

- RICCOBONO F. 2013. *Kelsen e la religione*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2, 2013, 395 ss.
- RICCOBONO F. 2018. *Può essere imputata a Kelsen una concezione imperativistica del diritto?*, in RICCOBONO F., ROMEO F. (eds.), *Dieci obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Editoriale Scientifica, 25 ss.
- RUGGERI A. 2009. *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Giappichelli.
- RUIZ MANERO J. 2014. *El legado del positivismo jurídico*, Palestra Editores.
- RUIZ MANERO J. 2015. *Sobre el Kelsen de Ferrajoli*, in «Isonomía», 43, 2015, 197 ss.
- SAMMARCO S. 2018. *Giustizia e morale. Relativismi kelseniani*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2018, 351 ss.
- SCIACCA F. 2016. *Hans Kelsen. Dalla teoria del diritto a una filosofia per la costituzione*, in «Filosofia politica», 2, 2016, 257 ss.
- TURNER B.S. 2011. *Comment on Kate Nash/4. Are Human Rights Justiciable?*, in «Sociologica», 1, 2011.



# ANTECEDENTE DE LAS NORMAS Y EXCEPCIONES IMPLÍCITAS

VÍCTOR **GARCÍA YZAGUIRRE**



Antecedente de las normas y excepciones implícitas

Antecedent of norms and implicit exceptions

VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

Doctor en derecho. Profesor en la Universidad de Los Lagos y en la Universidad Austral de Chile.  
E-mail: [garciayzaguirre@gmail.com](mailto:garciayzaguirre@gmail.com).

#### ABSTRACT

En este artículo analizo qué es una excepción implícita y si ella hace referencia o no a un componente estructural de los antecedentes. Para ello realizo: i) un análisis de la noción de antecedente y de sus componentes; y ii) un análisis de las diferentes formas de entender las excepciones implícitas en la teoría del derecho. Concluyo que con la noción de excepción implícita se da cuenta de tipos de operaciones y resultados realizados con normas y no de un componente estructural del antecedente.

In this article, I analyze what an implicit exception is and whether it accounts for a structural component of the antecedents. For that I carry out: i) an analysis of the notion of antecedent and its components; and ii) an analysis of the different ways of understanding the notion of implicit exception in law theory. I conclude that the notion of implicit exception is used to present different kinds of operations and results that are performed with rules and not components of the antecedent.

#### KEYWORDS

Excepciones implícitas, antecedentes, normas

Implicit exceptions, antecedents, norms

# Antecedente de las normas y excepciones implícitas

VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

1. *Introducción* – 2. *El antecedente de las normas* – 2.1. *Componentes de los antecedentes* – 3. *Excepciones implícitas* – 3.1. *Excepción implícita como presupuesto implícito contenido en el antecedente* – 3.2. *Excepción implícita como sustitución de una norma por otra* – 3.3. *Excepciones implícitas: operaciones y no fragmentos de normas* – 4. *Conclusiones*.

## 1. *Introducción*

Los juristas suelen señalar que los aplicadores del derecho, a efectos de evitar resolver un problema normativo de manera incorrecta o injusta, crean excepciones implícitas. Ello como una manera de presentar que han introducido una distinción en el antecedente de la norma a efectos de reducir su alcance, y con ello generar que un subconjunto de destinatarios de una regulación deje de estar regulado. Junto con ello, los juristas suelen considerar que las excepciones implícitas son un componente de los antecedentes, en el sentido de que podemos diferenciar, dentro del antecedente, qué propiedades operan como excepciones implícitas y cuáles no.

Esta brevísima presentación de una idea común de los juristas ha producido una multitud de discusiones entre los teóricos del derecho respecto a qué es lo que están tratando de decir<sup>1</sup>. Al respecto, el objeto del presente artículo es resolver las siguientes dos preguntas: ¿qué están diciendo los juristas cuando hablan de «excepciones implícitas»? ¿calificar una determinada propiedad como «excepción implícita» supone atribuirle alguna característica diferente de las que posee el resto de propiedades en el antecedente?

Para responder a estas preguntas voy a realizar los siguientes pasos: en primer lugar, voy a presentar, desde los estudios sobre la estructura de normas, qué es y cómo está compuesto el antecedente de las normas. En específico me voy a concentrar en dar cuenta de cómo podemos descomponer sus elementos a efectos de verificar, luego, si alguno de estos nos permite o no dar cuenta de las «excepciones implícitas».

En segundo lugar, voy a analizar las diferentes maneras en que los teóricos del derecho emplean la expresión «excepción implícita». Dentro de este apartado voy a sostener que «excepciones implícitas» puede ser entendida de dos maneras: i) como explicitación de un presupuesto implícito sobre el cual fue formulada la norma; o ii) como la sustitución de una norma por otra que contiene, en comparación con la anterior, una nueva propiedad relevante en el antecedente. Finalmente, voy a concluir que la noción de excepciones implícitas, bien entendida, no da cuenta de un elemento estructural del antecedente, sino que es una forma de presentar una operación y su resultado respecto a cómo identificamos una norma.

## 2. *El antecedente de las normas*

Para poder determinar si una excepción implícita da cuenta o no de un tipo de fragmento del

\* Agradezco a Eugenio Camadro por sus comentarios y observaciones a una versión previa de este artículo.

<sup>1</sup> Muchas de ellas realizadas dentro del conjunto de discusiones sobre la noción de derrotabilidad en el derecho. Sobre estas no profundizaré en este artículo. Al respecto ver FERRER BELTRÁN, RATTI 2012, y BAYÓN, RODRÍGUEZ 2003.

antecedente de una norma, es menester partir por hacer algunas precisiones conceptuales sobre qué son los antecedentes y cómo podemos descomponerlos. Para cumplir con los propósitos del presente artículo y para no extenderme demasiado voy a centrar el análisis en las normas prescriptivas.

Por norma prescriptiva entiendo una norma que guía la conducta de sus destinatarios<sup>2</sup>. Esto es, una norma que regula si una determinada acción (o conjunto de acciones) es obligatoria, prohibida, permitida o facultada para un tipo de destinatarios. Las normas prescriptivas pueden, siguiendo a Guastini, ser de tipo norma expresa o de tipo norma implícita, dependiendo de la forma en que fueron identificadas.

Por «norma explícita» entiendo todos aquellos significados que se pueden atribuir a textos normativos. Da cuenta, en este sentido, de los posibles significados que podemos identificar a partir de un texto empleando las técnicas de interpretación disponibles<sup>3</sup>. Esta noción comprende todos aquellos resultados interpretativos que han sido formulados habiéndose aplicado, al menos, alguna de las reglas lingüísticas sintácticas, semánticas y pragmáticas compartidas, las distintas técnicas interpretativas en uso y/o las tesis dogmáticas difundidas en doctrina. Dicho en breve, se refiere a los significados posibles (en un determinado espacio-tiempo en una comunidad jurídica) de un/os textos normativos (o disposición/es)<sup>4</sup>.

Por «norma implícita» entiendo todas aquellas normas que han sido creadas por una autoridad competente en sede de aplicación del derecho. En otros términos, este tipo de normas son el resultado de haber empleado, siguiendo a Guastini, una técnica de construcción jurídica<sup>5</sup>. Esto último quiere decir (en extrema síntesis) que son normas las cuales: i) no pueden ser atribuidas como un significado posible de un texto normativo; y ii) no son implicaciones lógicas de una norma.

Como podemos ver, la diferencia entre una norma expresa y una norma implícita se basa en si la norma es producto de un acto de interpretación o de construcción jurídica<sup>6</sup>. Ahora bien, ambos tipos de normas comparten una misma estructura: están compuestas por un antecedente, una conectiva y un consecuente. De estos tres componentes, paso a precisar cómo entender los antecedentes<sup>7</sup>.

Los antecedentes de las normas están compuestos por un caso genérico, esto es, por un conjunto de propiedades que, si son verificadas en un caso individual, entonces se sigue la prescripción

<sup>2</sup> ALCHOURRÓN, BULYGIN 2012, 173.

<sup>3</sup> CHIASSONI 2011, 311. CHIASSONI 2019a, 22, 105.

<sup>4</sup> GUASTINI 2018a, 49. Las normas expresas, en este sentido, serían todas aquellas normas que forman parte del marco de significados posibles (aquellos significados identificados mediante una interpretación cognitiva). Aclarado el sentido de norma expresa, ello permite poder introducir algunas precisiones respecto a qué es exactamente lo que producen los legisladores. Siguiendo a Chiassoni, los legisladores son creadores de disposiciones, esto es, de enunciados lingüísticos que son objeto de la interpretación. Qué normas expresa esta disposición depende de las técnicas interpretativas disponibles para los intérpretes en una determinada comunidad jurídica. De ser esto así, entonces, los legisladores no crean normas, sino textos a los cuales podemos atribuirle un conjunto de normas expresas. CHIASSONI 2019b, III.

<sup>5</sup> GUASTINI 2018a, 166. Siguiendo a Chiassoni, estos son actos de elaboración de nuevas normas por parte del intérprete (es un caso de norma sin formulación normativa). CHIASSONI 2019b, 106. En términos de Guastini, «la construcción jurídica es una actividad genuinamente nomopoiética de jueces y juristas: legislación “intersticial” como se suele decir». GUASTINI 2018, 51.

<sup>6</sup> GUASTINI 2012a, 34, GUASTINI 2018a, 49. GUASTINI 2019a, 17. GUASTINI 2012b, 215 s.

<sup>7</sup> A efectos de precisión cabe indicar que la conectiva da cuenta de la relación de implicación, esto es, el tipo de conexión que se pretende expresar entre el antecedente y el consecuente. El consecuente da cuenta de una acción o actividad deónticamente modalizada que ha de ejecutarse tras verificarse (en un caso individual) las propiedades contenidas en el antecedente. Junto con ello es relevante señalar que el orden de estos elementos es determinante respecto al tipo de norma condicional que se pretende dar cuenta. De manera breve, el debate sobre representar la estructura de las normas condicionales jurídicas se ha caracterizado por dos posturas en competición: la concepción puente y la concepción insular de normas. RODRÍGUEZ 2005. En el presente artículo asumiré la concepción puente de las normas. De acuerdo con esta, las normas condicionales son representadas de la siguiente forma: (p→Oq). Como vemos, el operador deóntico sólo afecta al consecuente, lo que quiere decir que el compromiso deóntico asumido bajo esta propuesta es que las normas condicionales son un puente que vincula lo que es (o podría ser) un caso con lo que debe ser.

contenida en el consecuente<sup>8</sup>. Por «caso genérico» se entiende una clase o conjunto de clases de propiedades. Esto es, tipos de situaciones en las que pueden ocurrir acciones (establecen el dónde, cuándo, porqué, cómo, bajo qué medios, a quién, el por quienes se debe o no debe ejecutar una acción u otras) o eventos.

Este caso genérico incluye una propiedad relevante o una combinación de propiedades normativamente relevantes. Una propiedad se expresa mediante unos predicados aplicados a un sujeto, acción o estado de cosas. El caso complementario de una propiedad expresa la negación de dicha propiedad. Por normativamente relevante, siguiendo a Alchourrón y Bulygin, refiero a que su presencia o ausencia está correlacionada a consecuencias normativas diferentes<sup>9</sup>.

Por «caso individual», en cambio, se entiende una situación específica que es identificable por tener una o todas las propiedades previstas en el caso genérico (es una instanciación o ejemplificación del caso genérico)<sup>10</sup>. Una norma regula un caso individual siempre que este sea una instanciación o ejemplificación del caso genérico contenido en el antecedente de la norma (caso que es subsumible en el ámbito de aplicación<sup>11</sup> de la norma general). Estas distinciones ya nos permiten identificar una forma de entender la noción de antecedente: es un concepto que da cuenta del conjunto de casos que la norma ha resuelto deductivamente<sup>12</sup>.

Cabe anotar que el contenido del antecedente de una norma es dependiente del tipo de componentes con los que se ha conformado el caso genérico. Paso a precisar dicho punto.

## 2.1. Componentes de los antecedentes

Voy a partir por precisar cómo identificar el contenido de los antecedentes y, tras ello, sus diferentes componentes<sup>13</sup>. El contenido de los antecedentes puede ser identificado de manera

<sup>8</sup> Siguiendo a von Wright los antecedentes están compuestos por condiciones de aplicación, ver VON WRIGHT 1970, Cap. I, 5-9. Para una terminología diferente de este punto ver ROSS 1971, 107 ss. En el texto principal, para analizar el contenido de los antecedentes, seguiré la terminología empleada por Alchourrón y Bulygin en ALCHOURRÓN, BULYGIN, 2012. Para efectos de precisión cabe anotar que, dependiendo de los autores, varía la terminología y el lenguaje teórico empleado para dar cuenta de esa idea. Por ejemplo, Schauer llama al antecedente «predicado fáctico» (SCHAUER 2004, 82), McCormick utiliza la etiqueta «hechos operativos» (MACCORMICK 1978, 43), Schlag opta por «disparador» (SCHLAG 1985, 381) y Gottlieb lo llama «prótasis» (GOTTLIEB 2020, 48, de igual forma TWINING, MIERS 2010, 90).

<sup>9</sup> ALCHOURRÓN, BULYGIN, 2012, 150-51. Los casos genéricos, al expresar clases, dotan de carácter general a las normas. Para efectos de precisión, siguiendo a Guastini, al hablar de generalidad de los antecedentes es menester diferenciar entre el carácter general y abstracto de los antecedentes. Los antecedentes de las normas son generales en el sentido de que no se dirigen a un solo individuo, sino a una clase de individuos. Los antecedentes de las normas son abstractos en el sentido de que no se aplican a un solo hecho, sino a una clase de hechos. GUASTINI 2016, 53 s. En un sentido similar, LAPORTA 2007, 89. Sobre este punto, Alchourrón identificó tres sentidos posibles de «generalidad de las normas»: i) general en relación con los sujetos regulados, es decir, a todos los miembros de una clase de personas (por ejemplo, todos los estudiantes de derecho de la Universidad de Lima, todas las mujeres, todos los peruanos, etc.); ii) general en relación con el tiempo, es decir, a todos los instantes temporales que ocurren dentro de un periodo de tiempo (por ejemplo, todos los días dentro de un determinado plazo); y iii) general en relación con las circunstancias, es decir, a todos los hechos que pertenezcan a una clase de hechos (por ejemplo, todos los sucesos que son entendidos como el asesinato de alguien o celebrar un contrato). ALCHOURRÓN 2010a [1993], 83. Al respecto, para los efectos de este artículo solo tomaré en cuenta el sentido i) y iii), empleando para identificarlos las etiquetas propuestas por Guastini.

<sup>10</sup> ALCHOURRÓN, BULYGIN 2012, 43 s. Sobre la distinción entre caso genérico y caso individual, además, ver: VON WRIGHT 1970, 42-44.

<sup>11</sup> VON WRIGHT 1970, 90. Sobre este punto ver MENDONCA 1997, 61.

<sup>12</sup> NAVARRO 2005, 118. Cabe anotar que el antecedente de una norma está determinado por la forma en que se ha identificado la norma. En este sentido, el alcance de las normas es una noción descriptiva de la forma en que el intérprete ha decidido atribuir cierto significado a una disposición o de haber formulado una norma implícita. Sobre esta precisión ver RODRÍGUEZ, VICENTE 2009, 191, y FERRER BELTRÁN, RODRÍGUEZ 2011, 62.

<sup>13</sup> Sobre este punto debo hacer dos precisiones. En primer lugar, no pretendo hacer una reconstrucción exhaustiva de las discusiones sobre cómo han sido entendidas las normas condicionales en la literatura especializada, únicamente pretendo aclarar algunas herramientas conceptuales que me permitirán esclarecer la relación entre excepción implícita y alcance.

expresa o por implicación.

Los antecedentes que se identifican de manera expresa son aquellos en los que una autoridad normativa ha señalado, de forma explícita, qué circunstancias deben verificarse para que se siga el consecuente de la norma. Las normas con este tipo de estructura son denominadas normas hipotéticas. Por ejemplo: «si una persona es mayor de edad y se realizan comicios electorales nacionales, entonces es obligatorio para ésta ir a votar». Como podemos ver, el consecuente de la norma («obligatorio ir a votar»), se sigue cada vez que se verifique que estamos frente a una persona mayor de edad y en un contexto de realización de comicios electorales nacionales.

En cambio, los antecedentes que se identifican por implicación son aquellos en los que una autoridad normativa no ha señalado ninguna condición expresa, pero podemos inferir cuáles son a partir del consecuente de la norma. Las normas con este tipo de estructura son denominadas normas categóricas. Por ejemplo: «obligatorio pagar impuestos». El antecedente de esta norma puede ser identificado a partir de la acción prescrita: cada vez que una persona tenga oportunidad de pagar sus impuestos, debe pagarlos. Si no tiene oportunidad de pagarlos (imaginemos que no tiene deuda tributaria), entonces no es aplicable esta norma. Cabe anotar que la presentación de una norma categórica puede ser traducida en hipotética o condicional. Ello supondrá presentar en el antecedente una tautología con la acción (o acciones) prevista (s) en el consecuente.

Ahora bien, ¿de qué manera están compuestos estos antecedentes? Las propiedades de un caso genérico no necesariamente operan de la misma manera. Dentro de un caso genérico podemos subdividir sus propiedades en condiciones, esto es, unidades estructurales dentro del antecedente cuya verificación incide de una determinada manera (u otra) en la inferencia del consecuente. Cada tipo de condición refleja una diferente forma de entender el antecedente de una norma.

Para efectos de claridad y adecuado análisis que me permita alcanzar el objetivo del artículo, daré cuenta de algunas de las principales maneras de analizar las condiciones contenidas en el antecedente: i) condiciones básicas y subordinadas; ii) condiciones positivas y condiciones negativas; y iii) condición principal, alternativa, conjuntiva; y de excepción<sup>14</sup>. Cada una de estas distinciones, como veremos, pone de relieve aspectos diferentes sobre los elementos contenidos en el antecedente (por lo tanto, responden a preguntas teóricas diferentes). Veamos cada una de ellas:

#### i. Condiciones básicas y subordinadas

A efectos de un adecuado análisis de las normas condicionales, von Wright propuso una distinción de tipos de condiciones en función de si su presencia garantiza o no el consecuente. Bajo esta propuesta, en una norma «si A, entonces B», el antecedente A puede ser entendido de la siguiente manera<sup>15</sup>:

1. La propiedad A sea una condición suficiente de la propiedad B quiere decir que cuando A esté presente entonces B también estará presente.
2. La propiedad A sea una condición necesaria de la propiedad B quiere decir que cada vez que esté presente B entonces A también estará presente, pero no (necesariamente) a la inversa.

Para una presentación breve de cómo las estructuras condicionales son empleadas para expresar diferentes tipos de conexiones (o conectivas) y dependencias entre elementos (relaciones conceptuales, de causalidad y epistémicas entre dos objetos) ver CANTWALL 2018. En segundo lugar, cabe precisar que las discusiones sobre la estructura de normas están relacionadas con cómo interpretar el material jurídico (los textos normativos), pero poseen una problemática propia. Este tipo de discusiones es sobre cuáles son los elementos mínimos que posee una norma y qué propiedades posee cada uno de estos. Al respecto ver RAZ 1986, 97-99, HART 1982, 107.

<sup>14</sup> Esta lista no es ni pretende ser exhaustiva de todas las posibles formas de analizar la estructura de los antecedentes. Únicamente he listado estas por ser de utilidad para los propósitos de la presente investigación.

<sup>15</sup> VON WRIGHT 1951, 66-74.

3. La propiedad A sea una condición necesaria y suficiente de la propiedad B quiere decir que siempre y solo cuando A está presente entonces B también está presente.
4. La propiedad A sea una condición contribuyente de la propiedad B quiere decir que A es una condición necesaria de por lo menos una condición suficiente de B.
5. La propiedad A es una condición sustitutiva de la propiedad B quiere decir que A es una condición suficiente de por lo menos una condición necesaria de B.

Podemos agrupar dichas condiciones en dos tipos de condiciones: son básicas, esto es, condiciones que no dependen de otras condiciones; o son subordinadas, es decir, condiciones que dependen de otras condiciones<sup>16</sup>. En este sentido, son condiciones básicas las propiedades suficientes, las propiedades necesarias y las propiedades necesarias y suficientes. En cambio, son condiciones subordinadas las condiciones sustitutivas y las condiciones contribuyentes.

La identificación de una condición básica o subordinada dependerá del tipo de conexión y dependencia que quiera representarse entre el consecuente y el antecedente. Un antecedente compuesto únicamente por condiciones subordinadas es una manera de expresar que de este no se puede inferir el consecuente<sup>17</sup>. En cambio, un antecedente compuesto por condiciones básicas es una manera de expresar diferentes tipos de inferencias en función al tipo de condición que se emplea: i) si se emplean condiciones necesarias y suficientes, esta es una manera de expresar que del consecuente también podemos inferir el antecedente; o ii) si se emplean condiciones necesarias, esta es una manera de expresar que el consecuente puede ser inferido por dichas condiciones y por otras condiciones no señaladas (por estar previstas de manera implícita o por estar contenidas en otras normas)<sup>18</sup>.

La distinción entre condiciones básicas y subordinadas nos permite, además, presentar una diferencia entre dos tipos de presentaciones de normas: i) normas con un antecedente debilitado o *abierto*; y ii) normas con un antecedente fuerte o *cerrado*. Las normas con un antecedente debilitado son aquellas compuestas por un antecedente del cual no se infiere el consecuente. Por ejemplo, da cuenta de normas con un antecedente compuesto por condiciones contribuyentes. En cambio, las normas con un antecedente fuerte son aquellas compuestas por un antecedente del cual se infiere el consecuente. Por ejemplo, da cuenta de normas con un antecedente compuesto por condiciones suficientes<sup>19</sup>.

## ii. Condiciones positivas y condiciones negativas

<sup>16</sup> ALCHOURRÓN 2010b [1996], 129. MORESO, RODRÍGUEZ 2010, 18.

<sup>17</sup> Para un análisis de este punto ver GARCÍA YZAGUIRRE 2020b.

<sup>18</sup> A efectos de claridad y precisión es menester poner de relieve la diferencia entre identificar un antecedente compuesto por una condición suficiente o necesaria y suficiente para el consecuente de identificar una norma «completa». Lo primero supone haber identificado una norma susceptible de ser aplicada como premisa normativa en juicios subsuntivos (está sujeta al *modus ponens* y al refuerzo del antecedente). Lo segundo, en cambio, es una expresión ambigua empleada para referir, por lo menos, a: i) la especificación en el antecedente de todas las propiedades y propiedades complementarias que determinan su ámbito de aplicación; o ii) un antecedente que incluya una calificación normativa de todas las propiedades que caracterizan un determinado caso individual sujeto a evaluación. Como vemos, lo primero da cuenta de qué información es necesaria para determinar la aplicabilidad del consecuente y lo segundo da cuenta de la exhaustividad de la información que ofrece un sistema normativo respecto a la aplicabilidad de un consecuente.

<sup>19</sup> Al respecto cabe señalar, únicamente para efectos de claridad, que no es correcto confundir una norma hipotética o condicional compuesta por un antecedente *abierto*, con una norma categórica. Por norma con antecedente abierto se caracteriza a las normas cuyo antecedente está compuesto por propiedades que no son suficientes para el consecuente. Esto supone que el intérprete considera que el conjunto de condiciones de aplicación no ha sido completamente determinado. En cambio, una norma categórica posee un antecedente que es tautológico con el contenido de la norma (con la acción deónticamente modalizada), lo que es decir que la norma es aplicable cada vez que haya oportunidad de realizar la acción contenida en el consecuente normativo (lo que supone haber identificado por lo menos una condición suficiente para el consecuente).

Las propiedades y las propiedades complementarias contenidas en el antecedente de una norma pueden ser diferenciadas entre condiciones positivas y negativas. Esto puede ser entendido de dos maneras:

En primer lugar, se puede entender la distinción positivo-negativo como una forma de señalar lo mismo que caso y caso complementario respectivamente. De esta manera tenemos, por un lado, condición positiva entendida como una forma de señalar una propiedad, esto es, la descripción de un tipo de acción o estado de cosas. Por el otro lado, condición negativa como una forma de señalar una propiedad complementaria, esto es, la descripción de una omisión o inexistencia de un estado de cosas. Como podemos ver, esta posibilidad de entender la distinción solo redundaría en otras disponibles para las cuales ya tenemos términos técnicos. En atención a ello, descarto esta forma de emplear la distinción.

En segundo lugar, se puede entender la distinción positivo-negativo como una manera de diferenciar los efectos de su verificación en un caso individual. De esta manera, por condiciones positivas se hace referencia a todas aquellas propiedades que, de ser verificadas, permiten clasificar una determinada acción o estado de cosas bajo una categoría conceptual y, a mérito de ello, le sea aplicable una consecuencia jurídica específica. Por condiciones negativas, en cambio, refiere a todas aquellas propiedades que, en caso de que fueran verificadas, entonces la acción o estado de cosas no podría clasificarse bajo una determinada categoría conceptual<sup>20</sup>.

Esta distinción fue propuesta inicialmente por Hohfeld quien, para ejemplificar su punto, nos propone pensar en las propiedades que deben verificarse a efectos de señalar que estamos frente a un contrato entre A y B. Las condiciones positivas podrían ser, por ejemplo, las propiedades que describen que cada parte sea humana, tenga por lo menos una determinada edad, que una parte haya formulado una oferta, que la otra parte haya aceptado la oferta, entre otros. Las condiciones negativas podrían ser las propiedades que describen que A haya inducido dolosamente a error a B o que A haya ejercido coacción para que se acepte su oferta<sup>21</sup>. Como podemos ver, una condición positiva o negativa puede estar compuesta por propiedades y/o propiedades complementarias<sup>22</sup>.

Esta distinción posee dos grandes problemas. Por un lado, carecemos de criterios para distinguir entre condiciones positivas y negativas<sup>23</sup>. En efecto, cualquier propiedad, dependiendo de cómo sea presentada, puede ser entendida como positiva o como negativa. En este sentido, esta será una distinción útil siempre que el lenguaje teórico que la emplea pueda formular un criterio que permita sostener una diferencia exhaustiva y excluyente entre ambos tipos de condiciones. Al respecto, Richard Susskind trató de resolver este problema introduciendo ulteriores precisiones, de las cuales daré cuenta en el siguiente punto.

Por el otro lado, es una distinción que no permite aclarar demasiado. Asumiendo que podamos diferenciar entre condiciones positivas y negativas, siempre podremos presentar la negación de una condición negativa como una forma de condición positiva. Siguiendo el ejemplo de Hohfeld, si entendemos «inducir al error» como condición negativa, entonces podemos identificar la condición positiva «y no haya sido inducido al error». Sin perjuicio de estos

<sup>20</sup> En este sentido, el efecto de verificar en un caso una condición negativa conlleva calificar el caso individual dentro de un caso genérico que, o bien no está correlacionado con una consecuencia normativa (laguna normativa), o bien está correlacionado con una consecuencia normativa que invierte el carácter del consecuente. Por invertir el carácter del consecuente me refiero a alguna de las siguientes posibles variaciones de la calificación normativa de la acción: i) el contenido (acción deónticamente calificada) pase de estar obligado a estar prohibido o estar facultado; ii) el contenido pase de estar prohibido a estar obligado o estar facultado; o iii) el contenido pase de estar facultado a estar obligado o estar prohibido.

<sup>21</sup> HOHFELD 1991, 43.

<sup>22</sup> Para una distinción similar, pero enfocada en el plano de la estructura de la argumentación, ver TOULMIN 2003, 136-38. Asimismo, HART 1949.

<sup>23</sup> Sobre este problema en la versión hartiana de la distinción ver GARCÍA YZAGUIRRE 2020c.

problemas teóricos (sobre los cuales no profundizaré), los juristas suelen emplear esta distinción para presentar el contenido de los antecedentes.

### iii. Condición principal, alternativa, conjuntiva; y de excepción

Richard Susskind ha propuesto analizar los antecedentes diferenciando cuatro tipos de condiciones: i) condición principal, ii) condición alternativa, iii) condición conjuntiva; y iv) condición de excepción<sup>24</sup>. Cada una de estas condiciones puede referir a actos, acciones, eventos o situaciones, es decir, a hechos brutos o institucionales. Esta referencia puede ser a una propiedad (se realizó una acción u ocurrió un hecho), a una propiedad complementaria (no se realizó una acción o no ocurrió un hecho), o a una combinación de ambas.

Las nociones de condición principal, alternativa y la conjuntiva de aplicación dan cuenta de todos los hechos o acciones que, de ser verificados en un caso individual, hacen que sea aplicable una norma jurídica. En este sentido, estos tres tipos de condiciones son diferentes formas de presentar condiciones positivas. Con mayor detalle, un antecedente compuesto por una condición principal de aplicación refiere a que se sigue el consecuente de verificarse un hecho o acción (p); una condición alternativa de aplicación refiere a que se sigue el consecuente de verificarse dos hechos o acciones, se den conjuntamente o por lo menos uno de estos (pvq); y una condición conjuntiva de aplicación refiere a que se sigue el consecuente de verificarse dos hechos o acciones conjuntamente (p.q).

En cambio, una condición de excepción de aplicación refiere a todos los hechos o acciones que, de ser verificados en un caso individual, hacen que no sea aplicable la norma, en tanto, estarían fuera de su alcance (p.¬q). Como podemos ver, esta presentación de Susskind trata de precisar la distinción entre condiciones positivas y condiciones negativas de Hohfeld, siendo más preciso con el tipo de condiciones positivas y variando de etiqueta a las condiciones negativas por condición de excepción. Sobre cómo entender las condiciones negativas o excepciones volveré líneas más adelante.

Ahora bien, culminado este recorrido de las diferentes formas de entender un antecedente, ¿qué quiere decir que estamos frente a una excepción implícita? ¿qué nos aclara del antecedente de una norma señalar que una determinada propiedad opera como una excepción implícita?<sup>25</sup>

### 3. Excepciones implícitas

Parto con un ejemplo para clarificar el tipo de problema al que nos enfrentamos al hablar de excepciones implícitas. Durante la pandemia del Covid-19 un gran número de países han implementado una serie de medidas restrictivas de la libertad de movimiento a efectos de reducir la tasa de contagios. En este contexto imaginemos un país que implementó un régimen de cuarentena obligatoria que prohibía a las personas salir de su residencia habitual, salvo aquellas acreditadas por el Estado que realizaban una labor considerada esencial. Quienes quebrantaran la cuarentena eran sancionados con una multa onerosa.

El confinamiento produjo afectaciones de diverso tipo (pérdidas de trabajo, pérdida de contacto entre familiares, entre muchas otras), incluyendo someter a un intenso y constante nivel de estrés a quienes la padecieron. Dicha afectación fue particularmente severa para un determinado grupo dentro del conjunto de personas que viven con Trastorno del Espectro Autista (TEA). Para ellos, supuso una perturbación de su rutina diaria que les produjo un

<sup>24</sup> SUSSKIND 1987, 133.

<sup>25</sup> Sobre las diferentes maneras de entender la noción de excepción en la teoría del derecho ver GARCÍA YZAGUIRRE 2020a.

notorio aumento de severas crisis de ansiedad. Imaginemos, en este contexto, que el padre de un menor de edad con TEA decidió sacar de la casa a su hijo y dar un paseo corto por su calle a efectos de que se sintiese mejor y no tuviera, ese día, un nuevo ataque de ansiedad. Una vez en el parque un policía les detuvo y le impuso la multa (además de ordenarle y coaccionarle a que vuelvan a casa). La multa fue apelada y el aplicador del derecho consideró que, a pesar de haberse verificado el antecedente en el caso individual, no debía imponerse dicha consecuencia normativa, pues la salida de casa se debió a necesidades de salud las cuales operan como excepciones implícitas<sup>26</sup>.

¿Qué quiere decir que «necesidad de salud» opera como una excepción implícita? ¿nos ofrece información que no ha sido analizada en el apartado anterior o redundante en ella? En las líneas siguientes voy a analizar dos de las principales formas de entender «excepciones implícitas» formuladas en la teoría del derecho a efectos de aclarar este punto: como explicitación de un presupuesto o como la sustitución de una norma por otra que contiene, en comparación con la anterior, una nueva propiedad relevante en el antecedente<sup>27</sup>.

### 3.1. *Excepción implícita como presupuesto implícito contenido en el antecedente*

Para un grupo de teóricos del derecho, los juristas al momento de hablar de «excepciones implícitas» lo que están haciendo es dar discursos sobre cómo se debe identificar las normas. La tesis principal es que, al identificar una norma, solemos hacer presentaciones incompletas del antecedente, pues asumimos ciertas propiedades que dejamos sin expresar. Cuando estas propiedades presupuestas son explicitadas por los aplicadores del derecho, ellas operan como limitantes del ámbito de aplicación, esto es, como excepciones implícitas.

Esto supone que el punto relevante al momento de preguntarnos sobre excepciones implícitas es cómo identificamos los presupuestos implícitos y qué quiere decir explicitarlos<sup>28</sup>. Parto por aclarar tres posibles (y muy difundidas) formas de entender los presupuestos implícitos y sus explicitaciones.

Una primera forma de entender la explicitación de presupuestos implícitos es como resultado de una revisión de nuestras preferencias sobre las relaciones entre normas de un sistema normativo. Ello quiere decir que, en un primer momento, nuestro análisis sobre el contenido del antecedente de una norma calificaba de una manera una acción. Sin embargo, tras tomar en cuenta el resto de normas que forma parte del sistema normativo al cual dicha norma pertenece, nos damos cuenta que esta, bien entendida, calificaba de otra manera dicha acción.

Dicha revisión puede ser producida si consideramos que una adecuada interpretación de las normas implica asumir una relación de preferencia entre estas<sup>29</sup>. El ejemplo clásico para

<sup>26</sup> Me expreso en términos de caso hipotético, pero me baso en los hechos ocurridos en Perú y España. Cabe anotar que dichos países adoptaron, poco después de implementar medidas de cuarentena obligatoria y tras verificarse el tipo de situaciones descritas en el texto principal, un régimen de salidas terapéuticas para todas aquellas personas que requirieran, por razones médicas, salir brevemente de sus casas como medida útil para reducir los niveles de estrés.

<sup>27</sup> Cabe insistir en que el análisis de la noción de excepción implícita depende tanto del modelo teórico que se adopte como del objeto de estudio. En este sentido, por ejemplo, si analizamos la noción de norma como una razón para la acción, entonces el elenco de posibilidades sobre cómo entender una excepción estaría enfocado a tipos de razones morales que permiten la variabilidad de la importancia de cada norma. Para un estudio de este tipo enfocado en (tipos de) principios morales (desde un enfoque particularista) ver Strahovnik 2012. Para un estudio de razones y excepciones (o defeaters), ver Sinnott-Armstrong 2006, 68 s., 215, y Sinnott-Armstrong 1999, 5 s.

<sup>28</sup> Debo precisar que, para cumplir con los fines del presente artículo, no es necesario ni profundizaré sobre cómo entender la noción de significado implícito de los textos. Para un análisis de dicho punto ver SBISA 2017.

<sup>29</sup> En este sentido, por ejemplo, Rodríguez: «decir que una norma se encuentra sujeta a excepciones implícitas significaría en realidad que la interpretación que corresponde atribuir a una cierta formulación podría resultar revisada en virtud de lo que dispongan las restantes normas del sistema. No se trata de un problema que se vincule directamente con las normas sino más bien con nuestras creencias acerca de las normas que conforman un cierto

presentar el primer supuesto fue formulado, inicialmente, por Alchourrón<sup>30</sup>, el cual retomo usando disposiciones normativas vigentes. Consideremos lo dispuesto en los artículos 106 y 20.2 del Código Penal peruano<sup>31</sup>. Del primer artículo se puede interpretar una norma que prescribe la obligación de sancionar a quienes cometen un homicidio, mientras que del segundo artículo es posible interpretar una norma prescriptiva que prohíbe sancionar a menores de edad. Podemos representar cada una de estas normas del siguiente modo:

N<sub>1</sub>: obligatorio sancionar a quienes cometen homicidio

N<sub>2</sub>: no se debe sancionar a los menores de edad.

Supongamos un caso en el que Juan, un menor de 16 años, ha matado a Patricio. Conforme a N<sub>1</sub>, se infiere una norma derivada por la cual se debe sancionar a Juan (por haber cometido homicidio). En cambio, por N<sub>2</sub> se infiere una norma derivada por la cual no se debe sancionar a Juan (por ser menor de edad). Esto nos lleva a un caso de conflicto normativo, pues el aplicador del derecho respecto de Juan debe, a la vez, sancionarlo (conforme N<sub>1</sub>) y no sancionarlo (conforme a N<sub>2</sub>).

Ahora bien, si el aplicador del derecho considera que, bien entendidas N<sub>1</sub> y N<sub>2</sub>, es el caso que «ser menor de edad» opera como un limitante a los casos de sanción a los homicidas, entonces deberá reformular cómo ha identificado las normas. En este sentido, procederá a descartar N<sub>1</sub> e identificar N<sub>1</sub>' que contiene la siguiente prescripción: «si persona comete homicidio y no es menor de edad, entonces obligatorio sancionarle». Como podemos ver, de esta forma ha identificado y explicitado una excepción implícita.

Una segunda forma de entender la explicitación de presupuestos implícitos es mediante la incorporación de una nueva propiedad en el antecedente de la norma como resultado de una «mejor» especificación de la justificación de la norma. Para algunos juristas las normas son medios para concretizar propósitos, por lo que la labor interpretativa debe estar orientada a identificar de manera correcta las prescripciones (conforme al propósito) en cada aplicación. En atención a ello, asumen que el antecedente de las normas puede (y debe) ser variado a efectos de reducirlo si, de esta manera, logramos una mejor especificación del para qué de la norma. En este sentido, los propósitos son fuente de excepciones implícitas a las prescripciones.

Un ejemplo de forma de entender los presupuestos implícitos y la identificación de excepciones implícitas lo ha ofrecido Eugenio Bulygin. Este autor ha propuesto diferenciar entre identificaciones adecuadas e inadecuadas de las normas. El criterio para diferenciar unas de otras es si la norma identificada da cuenta o no del propósito de la norma. En este sentido, una identificación adecuada de la norma equivaldría a interpretar una disposición de manera tal que la norma concrete la justificación de la norma. En cambio, una identificación inadecuada de la norma se refiere a no haber interpretado satisfactoriamente una disposición, esto es, el resultado interpretativo atribuido por una persona que «no entendió el significado de expresión»<sup>32</sup> legislativamente adoptada.

sistema». RODRÍGUEZ 2003a, 98. En un sentido similar (explicitación de excepciones implícitas a partir de principios jurídicos), ver ALONSO 2010, 292.

<sup>30</sup> ALCHOURRÓN 1991 [1988], 267.

<sup>31</sup> El artículo 106 señala «El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años». Por su parte, el artículo 20.2 establece «Está exento de responsabilidad penal: 2. El menor de 18 años». En mi reconstrucción formal he obviado, solo por razones de claridad con el punto a ejemplificar, las especificaciones de las sanciones aplicables, dando cuenta únicamente de la obligación y de la prohibición que se pueden interpretar de cada una de estas disposiciones.

<sup>32</sup> BULYGIN 2005b, 75.

A efectos de aclarar su punto, este autor emplea como ejemplo el famoso caso del barbero de Bolonia propuesto por Pufendorf. Durante la edad media estaba vigente, en la ciudad de Bolonia, la siguiente disposición: «quienquiera que derramara sangre en las calles debería ser castigado con la mayor severidad». Bajo una interpretación literal, la prescripción de castigo con la mayor severidad se impondría a cualquier persona que derrame sangre en las calles, como sería, por ejemplo, un barbero que accidentalmente corta a su cliente y por ello derrama su sangre en la calle, el médico que realiza una intervención de emergencia en una calle que implique que el paciente sangre, o el caso de un niño que, jugando con otro, le rompe la nariz y hace que su sangre salpique en el pavimento. Para Bulygin, esta disposición debe ser entendida conforme a su propósito, esto es, desincentivar las riñas, duelos u otros hechos violentos en la vía pública. De esta manera, los casos anteriores estarían fuera del alcance de la norma (o, en términos más precisos, deberíamos interpretar la disposición de tal manera que dichos casos queden fuera del alcance de la norma)<sup>33</sup>. Para ello, será necesario incorporar tantas nuevas propiedades como sean necesarias en el antecedente a efectos de excluirlos, propiedades que son llamadas excepciones implícitas.

Una tercera forma de entender la explicación de presupuestos implícitos es replicando el ejercicio anterior, pero sustituyendo la idea de «propósito de la norma» por «intención del legislador de la norma». Dicho de manera breve, se entiende por excepción implícita la distinción que el legislador hubiera realizado de haber tenido oportunidad de hacerla. Con este sentido se hace referencia a que, si realizamos un juicio contrafáctico de la voluntad del legislador, podemos identificar qué propiedad normativamente irrelevante debería ser considerada relevante a efectos de excluir un determinado tipo de caso genérico del ámbito de aplicación de la norma.

Un ejemplo de forma de entender los presupuestos implícitos y la identificación de excepciones implícitas lo ha ofrecido Alchourrón en «*Sobre derecho y lógica*». De manera muy breve, de acuerdo con este autor determinamos cuáles son las excepciones implícitas de una norma a partir de juicios contrafácticos sobre cuál sería la disposición (actitud valorativa) del legislador respecto a una determinada circunstancia<sup>34</sup>. En este sentido, si en un caso tenemos la norma «Si A, entonces OB», la circunstancia C puede estar en uno de los siguientes supuestos<sup>35</sup>: i) es una excepción implícita siempre que la autoridad normativa, al momento de emitir la norma, hubiera estado dispuesta a aceptar «Si A.—C, entonces OB» y rechazar «Si A.C, entonces OB»; ii) no es una excepción implícita siempre que la autoridad normativa, al momento de emitir la norma, hubiera estado dispuesta a aceptar tanto «Si A, entonces OB» como «Si A.C, entonces OB»; o iii) no constituye excepción implícita ni tampoco una no excepción implícita (es indeterminada), siempre que la autoridad normativa, al momento de emitir la norma, no hubiera tenido ninguna de las disposiciones señaladas en los puntos anteriores.

Las excepciones implícitas, en este sentido, son un conjunto de propiedades presupuestas que han de ser explicitadas para una adecuada identificación de la norma. Bajo la teorización de Alchourrón,

<sup>33</sup> En caso de que el aplicador del derecho identifique y aplique una norma que entiende «derramar sangre» sin distinción alguna «simplemente estaría aplicando esa norma a un caso que está claramente fuera de su alcance. Uno diría que el juez no entendió el significado de la expresión “derramar sangre en la calle”. Esta expresión se refiere claramente a duelos, riñas y otros hechos de violencia, pero nadie en su sano juicio diría que el barbero, el médico o el chico han derramado sangre en la calle, aunque algunas gotas de sangre hayan caído en el pavimento». BULYGIN 2005b, 75. En un sentido similar, BULYGIN 2014, 78 s. Una estrategia similar a esta ha sido empleada por HERNÁNDEZ MARÍN 2012.

<sup>34</sup> Rodríguez presenta este punto con claridad: «La formulación de una norma como “si p entonces Oq” estaría sujeta a una excepción implícita r si al formularse la norma en cuestión existiera una disposición por parte de la autoridad normativa a rechazar el refuerzo del antecedente en relación con dicha norma bajo la condición r, es decir, si la autoridad normativa hubiese afirmado el condicional “si p entonces Oq” pero hubiese rechazado el condicional “si p y r entonces Oq”». RODRÍGUEZ 2002, 376.

<sup>35</sup> ALCHOURRÓN 2010c [1996], 168. Sigo de cerca la descripción contenida en RATTI 2013a, 225.

para su explicitación es necesario preguntarse qué hubiera decidido el legislador si hubiera tomado en cuenta una determinada propiedad que no valoró. Retomando el ejemplo de la ley de Bolonia, habría que preguntarse cómo hubiera calificado normativamente el legislador el caso de un barbero o de un médico que, en ejercicio de su profesión, derrama la sangre de una persona en la calle? Si consideramos justificado que, de haber pensado en dichos supuestos, hubiera excluido del alcance a estos tipos de acciones, entonces estamos ante una excepción implícita.

Como hemos podido ver, estas tres propuestas teóricas entienden (asumiendo presupuestos teóricos diferentes) que una excepción implícita es una propiedad que es incorporada luego de un proceso de explicitación de un (o unos) presupuesto(s) implícito(s). ¿Qué nos informa esta noción de los antecedentes?

Parto por indicar que todas estas teorizaciones están asumiendo una manera de entender que el antecedente de las normas no está completamente explicitado. Ello en el sentido de que el intérprete debe realizar ulteriores actos interpretativos para identificar, satisfactoriamente, cuál es la norma que forma parte del sistema normativo. Esto implica que los intérpretes al identificar excepciones implícitas no están cambiando de norma, sino que la están identificando de manera «correcta».

Una norma con el antecedente incompleto (no presenta todos los presupuestos sobre los cuales ha sido formulada) expresa una norma con un antecedente que contiene, únicamente, condiciones subordinadas (de manera más precisa, condiciones contribuyentes). En cambio, una norma con el antecedente completo expresa una norma con un antecedente que contiene condiciones básicas. Las excepciones implícitas, bajo esta forma de entenderlas, dan cuenta de las propiedades que son incorporadas (empleando normas expresas, propósitos de las normas o la intención del legislador) para poder considerar que hemos dejado de tener condiciones subordinadas para tener condiciones básicas.

Este punto es teóricamente relevante, pues permite afirmar que «excepciones implícitas» no es una manera de dar cuenta de un componente estructural del antecedente. No están diferenciando entre tipos de condiciones, sino que están dando cuenta de las operaciones necesarias para interpretar «correctamente» un determinado texto normativo.

Esto supone que la noción de condición negativa o de excepción, si es empleada para dar cuenta de las excepciones implícitas, no permite diferenciar un rasgo lógico de un fragmento del antecedente. Lo que sí permite distinguir, del resto de componentes del antecedente, es el para qué fue incorporado: para reducir el alcance de la norma como resultado de haber explicitado un presupuesto implícito.

### 3.2. *Excepción implícita como sustitución de una norma por otra*

Para otro grupo de teóricos del derecho, los juristas al momento de hablar de «excepciones implícitas» lo que están haciendo es dar cuenta de la atribución de relevancia a una propiedad que, hasta ese momento, era irrelevante. La tesis principal es que los aplicadores del derecho pueden reemplazar normas a efectos de que la regulación de una acción o estado de cosas sea conforme a sus preferencias valorativas.

Esto supone que el punto relevante al momento de preguntarnos sobre excepciones implícitas es qué tipos de operaciones realizan cuando atribuyen relevancia normativa a una propiedad irrelevante a efectos de reemplazar una norma por otra. Para clarificar este punto voy a presentar dos maneras de entender esta operación: i) creación de excepciones implícitas como resultado de resolver una laguna axiológica; y ii) creación de excepciones implícitas como resultado de resolver un conflicto entre una norma expresa y una norma implícita.

#### a. Excepciones implícitas y lagunas axiológicas

En ciertos casos los juristas consideran que los antecedentes están correlacionados con soluciones equivocadas. Siguiendo a Alchourrón y Bulygin estos son casos de lagunas axiológicas, esto es, casos en los cuales el sistema normativo ofrece, a consideración del intérprete, una solución normativa axiológicamente inaceptable.

De manera más precisa, estos autores diferencian entre tesis de relevancia de hipótesis de relevancia. Por tesis de relevancia se nombra a la proposición con la que identificamos todas las propiedades relevantes en el sistema normativo. En otros términos, expresa un discurso descriptivo de qué propiedades son consideradas relevantes por el derecho. En cambio, por hipótesis de relevancia se nombra a la proposición con la que identificamos a las propiedades que deberían preverse (o dejar de preverse) en el sistema normativo para que este sea axiológicamente adecuado<sup>36</sup>. Si la tesis de relevancia y la hipótesis de relevancia son coextensivas (esto es, coinciden en identificar el mismo conjunto de propiedades), entonces tendremos un sistema normativo axiológicamente satisfactorio. Si no son coincidentes, entonces tendremos un sistema normativo axiológicamente insatisfactorio<sup>37</sup>.

Si es el caso de que la hipótesis de relevancia es más extensa (contiene más propiedades) que la tesis de relevancia, entonces habremos creado una laguna axiológica. Esto es, un caso axiológicamente inadecuado debido a que el caso genérico de la norma no contiene una propiedad que debió haber sido introducida (conforme al sistema valorativo del intérprete). En términos más simples: el antecedente no contiene una distinción que debería contener.

Las lagunas axiológicas se resuelven mediante una operación de reinterpretación restrictiva por parte del aplicador del derecho. Para clarificar este punto veamos el siguiente ejemplo: una persona posee una creencia religiosa que le prescribe no trabajar los días sábados (por ejemplo, un fiel al credo cristiano adventista). Sus actividades laborales como dependiente están regidas, supongamos, por la siguiente norma «si trabajador dependiente, entonces obligatorio trabajar de lunes a sábado». Como podrá verse, esta obligación jurídica supone la imposibilidad de materializar su deber religioso de no realizar labores los días sábados<sup>38</sup>. Asumamos que el aplicador del derecho considera que el caso genérico contenido en el antecedente, esto es, «trabajador dependiente», no contiene distinciones que debería haber contenido.

Conforme a las categorías analizadas, «trabajador dependiente» configura una tesis de relevancia (caso genérico compuesto por la propiedad p). Frente a ello, el aplicador del derecho, asumamos, formula una hipótesis de relevancia bajo la cual se debe introducir una nueva propiedad. En este sentido, propone que la formulación normativa laboral es mejor interpretada de la siguiente manera: «si trabajador dependiente y no adventista» (esto es, como un caso

<sup>36</sup> La hipótesis de relevancia, así entendida, supone la identificación y uso de un criterio valorativo. Sobre ello, Alchourrón y Bulygin precisan que el criterio de valor «puede ser subjetivo; por ejemplo, cuando expresa preferencias personales (de un juez, un jurista o un simple mortal). Pero también puede ser objetivo; la objetividad, a su vez, puede ser relativa a algún otro valor o conjunto de valores, o absoluta, como acaece cuando el criterio de valor está dado por el Derecho Natural». ALCHOURRÓN, BULYGIN 2012, 154.

<sup>37</sup> ALCHOURRÓN, BULYGIN 2012, 154. Cabe resaltar la precisión de estos autores de que la adecuación axiológica de un sistema normativo es una noción más amplia de la indicada en el texto principal. Un sistema normativo puede ser axiológicamente inadecuado por: prever de manera insatisfactoria los casos genéricos, esto es, por tener una tesis de relevancia no coincidente con nuestra hipótesis de relevancia; o por haber identificado adecuadamente los casos genéricos, pero los ha correlacionado con consecuencias normativas inadecuadas (por ejemplo, los correlacionó con una obligación cuando debió ser una prohibición). ALCHOURRÓN, BULYGIN 2012, 154 s. Ver, además, ALONSO 2010, 139. En términos más simples, un sistema es injusto por haber elegido mal los casos o por haberlos elegido bien, pero los ha solucionado mal.

<sup>38</sup> A manera de ejemplificar esta discusión ver la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos *Sherbert vs. Verner*, la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 0895-2001-AA/TC o la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-839/09 para decisiones a favor de incluir una excepción al deber de los trabajadores de trabajar los sábados por razones religiosas. Para una decisión en contra de crear tal excepción ver la sentencia del Tribunal Constitucional español N° 19/1985.

genérico compuesto por las propiedades (p.-r)). De esta forma, para identificar adecuadamente la norma (deje de ser «injusta» y pase ser «justa»), esta debería ser «si trabajador dependiente y no adventista, entonces obligatorio trabajar de lunes a sábado».

La manera de resolver la discordancia entre una tesis de relevancia y una hipótesis de relevancia es sustituyendo la norma elegida, esto es, dejando de lado la tesis de relevancia y adoptar la interpretación de la disposición contenida en la hipótesis de relevancia. En otros términos, para resolver una laguna axiológica debemos tratar a la hipótesis de relevancia como la nueva tesis de relevancia.

Así entendida la solución de las lagunas axiológicas, como podemos ver, se está dando cuenta de un proceso y resultado de identificación de normas. En términos más precisos, al sustituir una tesis de relevancia por una hipótesis de relevancia de lo que estamos dando cuenta es de un proceso de reinterpretación restrictivo por el cual descartamos una interpretación por otra con un alcance más restringido por ser más específica (en otros términos, sustituimos un caso genérico por otro caso genérico más fino, esto es, que contiene una o más propiedades adicionales). En este sentido, resolver un caso de laguna axiológica es dar cuenta de un caso de reinterpretación o de sustitución de una norma por otra.

Una manera clara de presentar la operación de crear y resolver una laguna axiológica es, como bien ha señalado Guastini, mediante el argumento de la disociación<sup>39</sup>. Dicho en breve: i) realizamos una interpretación *prima facie* de una disposición, conforme al ejemplo, «si trabajador dependiente, entonces obligatorio trabajar de lunes a sábado»; ii) el caso genérico identificado es subdividido en dos tipos, siguiendo el ejemplo indicado, subdividimos el caso genérico «trabajadores dependientes» (p) en «trabajadores dependientes que no son adventistas» (p1) y «trabajadores dependientes que son adventistas» (p2); iii) la subclase «trabajadores dependientes que son adventistas» (p2) de manera conjunta con la exclusión de la subclase «trabajadores dependientes que no son adventistas» (p1) es correlacionada con la consecuencia normativa, esto es, «si trabajador dependiente y no adventista, entonces obligatorio trabajar de lunes a sábado»; iv) con la subclase «trabajadores dependientes que son adventistas» (p2) el intérprete ha atribuido relevancia normativa a una propiedad que era irrelevante y, de esta forma, ha creado una laguna normativa (es un caso genérico relevante que no está correlacionado a una solución normativa); y v) en relación con la laguna normativa el intérprete puede resolverla mediante una interpretación extensiva de otra disposición o por otra norma implícita o dejar el caso indeterminado<sup>40</sup>.

Ahora bien, desde esta propuesta ¿qué quiere decir una excepción implícita? De acuerdo con lo expuesto podemos diferenciar entre dos normas: N1, esto es, la norma que generó la laguna axiológica; y N2, esto es, la norma que resultó de haber resuelto la laguna axiológica. La diferencia entre N1 y N2 es que la segunda contiene más propiedades en el antecedente. A estas nuevas propiedades los juristas las llaman excepciones implícitas.

Desde esta aproximación, dichas excepciones implícitas dan cuenta de haber atribuido relevancia normativa a una propiedad normativamente irrelevante. Ello quiere decir que el aplicador del derecho ha dejado de lado una norma expresa (que no contenía dicha propiedad)

<sup>39</sup> GUASTINI 2008.

<sup>40</sup> Como podemos ver, lo que está haciendo el intérprete es considerar que el caso genérico «trabajador dependiente» no sea tratado como una condición suficiente para el consecuente, sino solamente como necesaria. Una manera alternativa de presentar esta técnica puede ser adoptando el punto de vista del aplicador del derecho. Dicho actor emplea los siguientes pasos: i) emplea el argumento de la disociación para atribuir significado a una disposición con el propósito de excluir a los «trabajadores adventistas» de la obligación de ir a trabajar los días sábados; ii) reconoce que respecto del caso genérico «trabajadores adventistas» hay una laguna normativa; y iii) soluciona la laguna normativa mediante una interpretación extensiva de otra norma, empleando una regla de clausura (siempre que ésta forme parte del sistema normativo y sea aplicable a este tipo de supuestos), o creando una norma implícita, a efectos de identificar la norma «si trabajador adventista, entonces prohibido trabajar los sábados». Sobre este tipo de presentación ver CHIASSONI 2019b, 196.

para emplear una norma implícita (que él mismo ha creado y que sí contiene dicha propiedad) para evitar generar un resultado injusto.

Siguiendo a Guastini, con esta teorización se está dando cuenta de una operación de creación del derecho por parte de los aplicadores del derecho. No son pertinentes para dar cuenta de esta noción las diferentes distinciones estructurales, las cuales solo serán pertinentes para precisar cómo esta nueva propiedad se relaciona con propiedades anteriormente identificadas.

b. Excepciones implícitas como resultado de un conflicto entre una norma explícita y una norma implícita

Por excepción implícita se puede hacer referencia, como bien han presentado Andrea Dolcetti y Giovanni Battista Ratti<sup>41</sup>, al resultado de resolver un conflicto entre una norma implícita y una norma explícita que conlleva preferir la aplicabilidad de la norma implícita. Veamos el punto con mayor detalle.

El escenario que nos interesa analizar es el de una norma derivada de norma explícita que está en conflicto normativo con una norma derivada de norma implícita. Al respecto, como bien señalan los autores, tenemos dos posibilidades de solución: i) prevalece la norma derivada de norma expresa; o ii) prevalece la norma derivada de norma implícita. Si el aplicador del derecho resuelve el conflicto normativo a favor de la norma derivada de norma expresa estaremos ante un caso de lo que denominan «aplicación directa razonada»<sup>42</sup>. En estos supuestos el aplicador del derecho toma en consideración razones en contra de la aplicación de una norma derivada de norma expresa ofrecidas por una norma derivada de norma implícita y estima que no son suficientes para variar la calificación normativa de un caso individual. Como podemos ver, están dando cuenta de los escenarios en los que el aplicador ha considerado que hay mejores razones para usar la norma expresa.

Si el aplicador del derecho resuelve el conflicto normativo a favor de la norma derivada de norma implícita, estaremos ante un caso de creación de una excepción implícita<sup>43</sup>. En estos supuestos, el aplicador del derecho construye una preferencia a favor de la norma derivada de norma implícita sobre la norma derivada de norma explícita. Esto supone sustituir una norma explícita por otra que incluye las valoraciones normativas del aplicador del derecho que justifican la creación de la norma implícita.

Veamos un ejemplo<sup>44</sup>. Consideremos un sistema normativo en el que los miembros de la policía se rigen por la norma N1 «si suboficial, entonces obligatorio rotar de comisaría cada dos años de servicio». Este deber de rotación de comisaría implica la reubicación geográfica del centro de labores de los suboficiales, esto es, cambiar de ciudad o pueblo en donde se habita y se presta el servicio policial. Imaginemos el caso en el que una suboficial está a dos semanas de cumplir los dos años de permanencia en una ciudad y, además, tiene siete meses de embarazo. Supongamos que en la ciudad donde viene desempeñando sus funciones es donde vive su pareja y familiares, de manera que los efectos de la norma que prescribe la rotación implicarán que ella deja de vivir en el mismo lugar en que viven ellos durante la última parte del embarazo y en buena parte de los primeros dos años de vida de su hijo.

La obligación de rotación fue llevada a proceso por la suboficial, pues consideró que tales efectos eran insostenibles. Bajo este supuesto, asumamos, el aplicador del derecho realizó un acto de construcción jurídica a efectos de crear la norma N2 «si policía embarazada, entonces prohibido

<sup>41</sup> DOLCETTI, RATTI 2017, 2020. RATTI 2020, 144-149.

<sup>42</sup> DOLCETTI, RATTI 2016, 42.

<sup>43</sup> DOLCETTI, RATTI 2016, 39. En un sentido similar, LUZZATI 2018, 336 s.

<sup>44</sup> El caso de ejemplo está inspirado en los hechos resueltos en la Sentencia Constitucional Plurinacional de Bolivia N° 0167/2019-S2.

reubicar su centro de labores fuera de la ciudad en la que vive», basada en la idea de que una gestación es mejor llevada acompañada de sus redes de apoyo (sean estas familiares, amicales o del tipo que se haya construido). De esta forma creó un conflicto entre una norma derivada de norma explícita ( $N_1$ ) y una norma derivada de norma implícita ( $N_2$ ) (es imposible que la suboficial pueda cumplir con la orden de rotar y con la orden de prohibido rotar de forma conjunta).

Asumamos que el aplicador del derecho decide preferir  $N_2$  por sobre  $N_1$ , de esta forma ha decidido crear una excepción implícita a la norma explícita. La norma que regula el caso individual sería «si suboficial y no embarazada, entonces obligatorio rotar de comisaría cada dos años de servicio». Como vemos, con la propiedad «no embarazada» se ha reducido el ámbito de aplicación de la norma expresa. Esta es, como vemos, la excepción implícita<sup>45</sup>.

Esta teorización propone que los juristas, al hablar de excepciones implícitas, dan cuenta de actos de creación del derecho en sede de aplicación. De acuerdo con esta, el aplicador del derecho crea una norma implícita (que contiene la atribución de relevancia a una propiedad que, para el derecho, es normativamente irrelevante) y la hace prevalecer por sobre la norma explícita. Esto quiere decir que va a dejar de lado la norma expresa y va a emplear, para resolver el caso individual, la norma implícita.

Como podemos ver, desde esta forma de entender las excepciones implícitas tampoco estamos dando cuenta de un elemento estructural de los antecedentes. De lo que se está dando cuenta es de una operación con normas y su resultado.

### 3.3. Excepciones implícitas: operaciones y no fragmentos de normas

Tras haber analizado estas dos formas de entender las excepciones implícitas, ya es posible realizar algunas afirmaciones sobre qué nos informa esta noción de los antecedentes. Paso a diferenciar qué nos dicen las teorizaciones sobre las excepciones implícitas como identificación del antecedente y componentes del antecedente (conforme lo visto en la sección 2.1.).

Por un lado, las teorizaciones sobre las excepciones implícitas aclaran puntos teóricos relevantes en cuanto a cómo identificamos los antecedentes. Ambas formas de entender las excepciones implícitas suponen la modificación del caso genérico contenido en el antecedente de una norma a efectos de incorporar una nueva propiedad en relación conjuntiva con las propiedades previamente identificadas. En términos formales, introducir una excepción implícita (desde ambas teorizaciones) supone pasar de  $(p \rightarrow Oq)$  a  $(p.r \rightarrow O-q)$ <sup>46</sup>.

Si lo anterior es correcto, entonces ello incide en la identificación de los antecedentes de dos maneras: i) en el caso de normas hipotéticas conlleva incorporar una propiedad explícita más al conjunto de propiedades explícitas ya identificadas; y ii) en el caso de las normas categóricas conllevará, necesariamente, que sea presentada como norma hipotética y que el antecedente deje de ser tautológico con el consecuente, pues tendrá propiedades explícitas (la excepción implícita).

Por el otro lado, en relación a la composición de los antecedentes cabe hacer algunas precisiones y distinciones relevantes. En primer lugar, las diferentes teorizaciones sobre las

<sup>45</sup> Este punto permite poner de relieve la diferencia entre exceptuar y vulnerar una norma. Estamos frente a una vulneración de una norma en el supuesto en el que un agente que está en una circunstancia subsumible en el caso genérico de una norma realiza una acción o genera un estado de cosas que es normativamente incompatible con el consecuente de la dicha norma (en otros términos, si la norma prescribía  $Phq$  será una vulneración si el destinatario realiza  $q$ ). En cambio, estaremos ante una excepción si la acción del agente está normativamente justificada. Como bien señala Gert, justificar una excepción a un deber es una forma de presentar la justificación de un deber en sí mismo. GERT 2005, 221 s. En un sentido similar VÄYRYNEN 2009, 96, y HOLTON 2010, 374 ss.

<sup>46</sup> Cabe precisar que no es normativamente relevante si la nueva propiedad es formalizada como  $(r)$  o como su complementario  $(\neg r)$ . La presentación positiva o negativa es dependiente de cómo describamos una acción o estado de cosas y siempre podremos usar una u otra para presentar el mismo hecho. Sobre este punto WILLIAMS 1988 y GARCÍA YZAGUIRRE 2020a.

excepciones implícitas no tratan (ni consiguen) aclarar un componente estructural de los antecedentes. Lo que éstas tratan (y consiguen) es clarificar un conjunto de operaciones y sus resultados con normas. Veamos cada distinción entre componentes para mostrar este punto.

La distinción entre condiciones básicas y subordinadas es útil para presentar formas en que los intérpretes consideran que el consecuente está garantizado o no por el antecedente (y qué tipo de garantía poseen). Las diferentes teorizaciones sobre las excepciones implícitas, como hemos visto, no dan cuenta de un nuevo tipo de condición básica o subordinada. En cambio, estas solo dan cuenta de la incorporación de una nueva propiedad que, o bien permite pasar de una condición subordinada a una básica, o bien permite cambiar de tipo de condición básica (de tener condiciones necesarias a tener un conjunto de condiciones necesarias que, junto con la nueva propiedad, operan conjuntamente como condición suficiente para el consecuente).

Tomando en cuenta esta distinción, el primer conjunto de teorizaciones sobre las excepciones implícitas entiende la explicitación de excepciones (o presupuestos implícitos) como el acto necesario para convertir una norma con antecedente débil en uno con antecedente fuerte. Asimismo, propone que ese acto es entendido como una mejor comprensión de la norma en relación con el resto de normas del sistema del que forma parte, sus propósitos, o con la voluntad de su creador, dependiendo del tipo de forma de entender y/o estudiar el derecho que se tenga. En cambio, el segundo conjunto de teorizaciones sobre las excepciones implícitas no requiere ni emplea una comprensión de las normas con un antecedente debilitado. Caso contrario, asume y emplea normas entendidas con un antecedente fuerte: lo que proponen es reemplazar un antecedente fuerte por otro (solo que más fino o con más distinciones).

La distinción entre condiciones positivas y negativas, como hemos visto, padece el problema de no ofrecer un criterio de diferenciación de unas respecto de otras. En este punto, cabe anotar que las diferentes teorizaciones sobre las excepciones implícitas podrían ser empleadas como criterio para identificar condiciones negativas: son todas aquellas que los aplicadores del derecho identifican, o bien por explicitación de un presupuesto implícito, o bien por acto de creación judicial del derecho. Si bien podría ser el caso, este punto permite formular una nueva precisión: la distinción entre condiciones positivas y negativas, así entendida, no diferenciaría entre componentes de normas, sino que estaría en el plano de las proposiciones normativas. Estas nociones no dan cuenta de elementos de las normas, sino que permiten describir, con algún propósito retórico-argumentativo, diferentes maneras de aproximarse a ciertos fragmentos de las normas.

En cuanto a la distinción entre principal, alternativa, conjuntiva y de excepción (propuesta por Susskind), si tomamos en cuenta estas teorizaciones sobre las excepciones implícitas, queda de relieve una falsa distinción: las condiciones de excepción y las condiciones conjuntivas operan de la misma manera. Ello de dos maneras: i) dos propiedades conjuntivas tienen el efecto de especificar el caso genérico, el cual es el mismo efecto que producen las condiciones de excepción; y ii) al incluir una nueva propiedad (una excepción implícita), esta opera empleando una conjunción con el resto de propiedades previamente identificadas. Esto supone que ambas sean etiquetas que diferencian entre objetos no diferenciables<sup>47</sup>.

En segundo lugar, cabe precisar que cada forma de entender las excepciones implícitas es una forma de presentar y analizar discursos diferentes realizados por los juristas. El primer grupo de teorizaciones (excepción implícita como presupuesto implícito contenido en el antecedente) está tratando de clarificar qué es lo que están diciendo los juristas al momento de señalar que la identificación de una nueva propiedad no supone un cambio de norma sino una mejor identificación de ella. En cambio, el segundo grupo de teorizaciones (excepción implícita como sustitución de una norma por otra), está tratando de clarificar discursos de juristas que consideran que cualquier modificación del antecedente supone identificar una norma nueva.

<sup>47</sup> Sobre este punto ver GARCÍA YZAGUIRRE 2020c.

Además de discursos diferentes de los juristas, cada una de estas teorizaciones asume una forma de entender los antecedentes distinta. La primera asume que las normas deben ser identificadas, en un primer momento, empleando condiciones subordinadas. La segunda, en cambio, asume que las normas deben ser identificadas empleando condiciones básicas. En este sentido, no es que un conjunto de teorizaciones sea mejor que el otro, cada uno de estos pone de relieve información distinta y nos permite presentar, de mejor manera, diferentes discursos de los juristas.

#### 4. Conclusiones

Los teóricos del derecho, al aclarar la noción de excepción implícita, no están tratando de clarificar un nuevo tipo de componente de los antecedentes. Están aclarando procesos y resultados de dichos procesos que los intérpretes realizan al momento de identificar, de manera satisfactoria (esto es, conforme a sus criterios de corrección), una norma.

Estos procesos pueden ser de dos tipos. Por un lado, aclarar procesos de mejor comprensión de cuál es la prescripción contenida en un sistema normativo. Una excepción implícita, dentro de este tipo de teorizaciones, es entendida como una propiedad incorporada en el antecedente de una norma como resultado de la explicitación de un presupuesto implícito. Estas explicitaciones pueden ser realizadas empleando, por ejemplo, las relaciones de la norma con otras normas del mismo sistema normativo de referencia, el propósito de la prescripción o la intención del legislador.

Por el otro lado, aclarar procesos de creación del derecho por parte de los aplicadores del derecho. Una excepción implícita, dentro de este tipo de teorizaciones, es entendida como una propiedad incorporada en el antecedente de una norma como resultado de atribuir relevancia normativa a una propiedad irrelevante. Estos actos de creación normativa pueden ser realizados, por ejemplo, creando y resolviendo o bien una laguna axiológica, o bien un conflicto entre una norma expresa y una norma implícita.

El resultado de ambas formas de entender la incorporación de una nueva propiedad en el antecedente de una norma no da cuenta de un nuevo tipo de componente estructural de los antecedentes. Lo que se ha creado es una propiedad que opera en relación conjuntiva con las propiedades previamente identificadas y que puede tener el efecto de convertir un antecedente, o bien compuesto por condiciones subordinadas a uno con condiciones básicas, o bien compuesto por un tipo de condición básica a otro tipo de condición básica.

Los análisis sobre las excepciones implícitas, desde la estructura de las normas, nos presentan la misma información que otras nociones que ya empleamos para dar cuenta de los antecedentes. Lo que esta noción sí nos permite aclarar es un conjunto de operaciones y resultados que los aplicadores del derecho realizan con las normas durante un proceso interpretativo.

*Referencias bibliográficas*

- ALCHOURRÓN C. 1991. *Condicionabilidad y representación de las normas jurídicas*, en BULYGIN E., ALCHOURRÓN C. *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 267 ss (ed. or. 1988).
- ALCHOURRÓN C. 2010a. *Fundamentos filosóficos de la lógica deóntica y la lógica de los condicionales derrotables*, en ID., *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, Marcial Pons, 77 ss (ed. or. 1993).
- ALCHOURRÓN C. 2010b. *Para una lógica de razones prima facie*, en ID., *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, Marcial Pons, 129 ss (ed. or. 1996).
- ALCHOURRÓN C. 2010c. *Sobre derecho y lógica*, en ID., *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, Marcial Pons, 155 ss (ed. or. 1996).
- ALCHOURRÓN C., BULYGIN E. 2012. *Sistemas normativos, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Astrea.
- ALONSO J.P. 2010. *Interpretación de las normas y derecho penal*, Del Puerto.
- BAYÓN J.C., RODRÍGUEZ J.L. 2003. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Universidad Externado de Colombia.
- BULYGIN E. 2005. *En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria*, en ATRIA F., BULYGIN E., MORESO J.J., NAVARRO P., RODRÍGUEZ J.L., RUIZ MANERO J., *Lagunas en el derecho, una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Marcial Pons, 73 ss.
- BULYGIN E. 2014. *Dogmática jurídica y sistematización del derecho*, en NÚÑEZ VAQUERO Á. (ed.), *Modelando la ciencia jurídica*, Palestra, 53 ss.
- CANTWELL J. 2018. *Conditionals*, en HANSSON S., HENDRICKS V. (eds.), *Introduction to formal philosophy*, Springer, 131 ss.
- CHIASSONI P. 2011. *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Marcial pons.
- CHIASSONI P. 2019a. *El problema del significado jurídico*, Fontamara.
- CHIASSONI P. 2019b. *Interpretation without truth. A realistic enquiry*, Springer.
- DOLCETTI A., RATTI G.B. 2016. *La derrotabilidad jurídica como relación sistemática compleja*, en «Analisi e Diritto», 2016, 35 ss.
- DOLCETTI A., RATTI G.B. 2020. *Derogation and defeasibility in international law* en BARTELS L., PADDEU F. (eds.), *Exceptions in International Law*, Oxford University Press, 108 ss.
- FERRER BELTRÁN J., RATTI G.B. 2012. *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford University Press.
- FERRER BELTRÁN J., RODRÍGUEZ J.L. 2011. *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Marcial Pons.
- GARCÍA YZAGUIRRE V. 2020a. *Exceptuando normas: apuntes para un análisis conceptual*, en «Doxa», 43, 2020, 427 ss.
- GARCÍA YZAGUIRRE V. 2020b. *Normas derrotables como normas compuestas por condiciones contribuyentes*, en «Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho», 42, 2020, 115 ss.
- GARCÍA YZAGUIRRE V. 2020c. *La noción de derrotabilidad en H.L.A. Hart*, en «Ius et Praxis», 26, 2, 2020, 125 ss.
- GERT B. 2005. *Morality. Its nature and justification*, Oxford University Press.

- GOTTLIEB G. 2020. *The logic of choice: an investigation of the concepts of rule and rationality*, Routledge.
- GUASTINI R. 2008. *Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin: derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación*, en «Doxa», 31, 2008, 143 ss.
- GUASTINI R. 2012a. *Escepticismo ante las reglas replanteado*, en «Discusiones», XI, 2012, 27 ss.
- GUASTINI R. 2012b. *Juristenrecht. Inventando derecho, obligaciones y poderes*, en FERRER BELTRÁN J., MORESO J.J., PAPAYANNIS D.M. (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Marcial Pons, 207 ss.
- GUASTINI R. 2016. *La sintaxis del derecho*, Marcial Pons.
- GUASTINI R. 2018a. *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GUASTINI R. 2018c. *Ensayos escépticos sobre la interpretación*, Zela.
- GUASTINI R. 2019. *An analytical foundation of rule scepticism*, en DUARTE D., MONIZ LOPES P., SILVA SAMPAIO J. (eds.), *Legal interpretation and scientific knowledge*, Springer, 13 ss.
- HART H.L.A. 1949. *The Adscription of Responsibility and Rights*, «Proceedings of the Aristotelian Society», 49, 1949, 171 ss.
- HART H.L.A., 1982. *Essays on Bentham. Studies in jurisprudence and political theory*, Clarendon Press.
- HERNÁNDEZ MARÍN R. 2012. *Defeasible properties*, en FERRER BELTRÁN J., RATTI G.B. (eds.), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford University Press, 137 ss.
- HOHFELD W. N., 1991. *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara.
- HOLTON R. 2010. *The exception proves the rule*, en «The Journal of Political Philosophy», 18, 4, 369 ss.
- LAPORTA F.J. 2007. *El imperio de la ley: una visión actual*, Trotta.
- LUZZATI C. 2018. *Scale e serpenti, anzi: scale mobili e bilance: Una riflessione positivista sulla defeasibility*, en RATTI G.B., CHIASSONI P. (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini, Vol II*, Marcial Pons, 327 ss.
- MACCORMICK N. 1978. *Legal reasoning and legal theory*, Oxford University Press.
- MENDONCA D. 1997. *Interpretación y aplicación del derecho*, Universidad de Almería.
- MORESO J.J., RODRÍGUEZ J.L. 2010. *Estudio introductorio: Carlos E. Alchourrón y la máxima de la mutilación mínima*, en ALCHOURRÓN C. *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, Marcial Pons, 11 ss.
- NAVARRO P. 2005. *Acerca de la inevitabilidad de la interpretación*, en «Isonomía», 22, 99 ss.
- RATTI G.B. 2013. *El gobierno de las normas*, Marcial Pons.
- RATTI G.B. 2020. *False eccezioni*, en MALDONADO M., LUQUE P. (eds.), *Discutendo con Bruno Celano*, vol. 1 (Contributi), Marcial Pons, 141 ss.
- RAZ J. 1986. *El concepto de sistema jurídico*, UNAM.
- RODRÍGUEZ, J.L. 2002. *Lógica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RODRÍGUEZ, J.L. 2003. *La derrotabilidad de las normas jurídicas en BAYÓN J.C., RODRÍGUEZ J.L. Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Universidad Externado de Colombia, 67 ss.
- RODRÍGUEZ J.L. 2005. *Un dilema en la representación de las normas condicionales*, en «Isonomía», 23, 2005, 97 ss.

- RODRÍGUEZ J.L., VICENTE D.E. 2009. *Aplicabilidad y validez de las normas del derecho internacional*, en «Doxa», 177 ss.
- ROSS A. 1971. *Lógica de normas*, Tecnos.
- SBISÀ M. 2017. *Implicitness in Normative Texts*, en POGGI F., CAPONE, A. (eds.) *Pragmatics and Law. Practical and theoretical perspectives*, Springer, 23 ss.
- SCHAUER F. 2004. *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Marcial Pons.
- SCHLAG P. 1985. *Rules and Standards*, en «University of Colorado Law Review», 33, 379 ss.
- SINNOTT-ARMSTRONG W. 1999. *Some varieties of particularism*, en «Metaphilosophy», 30, 1/2, 1 ss.
- SINNOTT-ARMSTRONG W. 2006. *Moral skepticisms*, Oxford University Press.
- STRAHOVNIK V. 2012. *Defeasibility of Moral and Legal Norms*, en «Dignitas», 53/54, 101 ss.
- SUSSKIND R. 1987. *Expert Systems in Law. A jurisprudential inquiry*, Clarendon Press.
- TOULMIN S. 2003. *Los usos de la argumentación*, Editorial Península.
- TWINING W., MIERS D. 2010. *How to do things with rules. A primer of interpretation*, Cambridge University Press.
- VÄYRYNEN P. 2009. *A Theory of Hedged Moral Principles*, en SHAFER-LANDAU, R. (editor), *Oxford Studies in Metaethics*, vol. 4, Oxford University Press, 91 ss.
- VON WRIGHT G.H. 1951. *A treatise on induction and probability*, Routledge.
- VON WRIGHT G.H. 1970. *Norma y acción: una investigación lógica*, Tecnos.
- WILLIAMS G., 1988. *The logic of "exceptions"*, en «The Cambridge Law Journal», 47, 2, 261 ss.

# DUE CONCETTI DI DIGNITÀ PER DUE CONCETTI DI AUTONOMIA?

FABRIZIO MASTROMARTINO



Due concetti di dignità per due concetti di autonomia?

Two conceptions of dignity for two conceptions of autonomy?

FABRIZIO MASTROMARTINO

Università degli Studi Roma Tre.

E-mail: [fabrizio.mastromartino@uniroma3.it](mailto:fabrizio.mastromartino@uniroma3.it).

#### ABSTRACT

Due sono gli obiettivi cui risponde questo saggio. Un primo obiettivo, di carattere analitico, è di chiarire il significato delle diverse dimensioni in cui si articola la nozione di dignità umana, con particolare riferimento al suo rapporto con i diritti e con la libertà, a sua volta declinata nei principi di autodeterminazione e di autonomia della persona. Le distinzioni che ne risultano vengono, poi, affinate attraverso l'analisi argomentativa di due recenti sentenze della Corte costituzionale italiana (141 e 242 del 2019). Un secondo obiettivo, di carattere normativo, è di proporre un inquadramento del concetto di dignità oggettiva fondato su una visione critica del mercato intesa a interrogarsi sui suoi limiti etici e giuridici.

The essay has two main goals. The first one has an analytical nature: attempting to explain the meaning of the several dimensions of the human dignity's conceptions with particular respect to its relation with rights and liberty (self-determination and autonomy). The resulting distinctions are sharpened through an argumentative analysis of two recent judgements of the Italian constitutional court (141 and 242 of the year 2019). The second goal is normative instead: suggesting a framework for the notion of "objective" human dignity based on a critical view of the market intended to question its ethical, and legal, limits.

#### KEYWORDS

Dignità, libertà, autodeterminazione, autonomia, eutanasia, prostituzione

Dignity, liberty, self-determination, autonomy, euthanasia, prostitution

# Due concetti di dignità per due concetti di autonomia?

FABRIZIO MASTROMARTINO

1. *Il paradigma giuridico della dignità* – 2. *Dignità e diritti* – 3. *Dignità e libertà* – 3.1. *Dignità e autodeterminazione* – 3.2. *Dignità e autonomia* – 4. *I limiti della libertà tra validità del consenso e valore della scelta.*

## 1. *Il paradigma giuridico della dignità*

Sono passati poco meno di vent'anni da quando un acuto osservatore del diritto, (non solo) privato, avvertiva che l'orizzonte prospettato dalla dignità avrebbe posto «in discussione la cultura giuridica moderna: [...] le proprie categorie, le proprie certezze e, soprattutto, le proprie ipoteche ideologiche»<sup>1</sup>.

A leggerla oggi, questa avvertenza, così carica di problematicità, suona del tutto pertinente al passaggio storico nel quale trovava espressione. Allora l'Europa si lasciava alle spalle il Novecento dotandosi di una (nuova) Carta dei diritti (cosiddetta Carta di Nizza, 2000), presto divenuta parte del Trattato (sul funzionamento) dell'Unione europea, di cui oggi enuncia i valori fondativi (Carta dei diritti fondamentali dell'UE, entrata in vigore nel 2009). Il nuovo millennio si apriva con un tornante gravido di conseguenze, punto di arrivo di un processo iniziato mezzo secolo prima con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (1950) e con la promulgazione delle costituzioni del secondo dopoguerra che hanno, tutte indifferentemente per quanto in misura più o meno intensa, un chiaro punto di riferimento nella Dichiarazione universale del '48.

È uno snodo – preparato dalla Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina (promossa dal Consiglio d'Europa e aperta alla firma degli Stati a Oviedo nel 1997) – che getta le basi per l'affermazione di un diritto europeo più saldamente informato all'orizzonte della dignità. Un orizzonte che certo non era estraneo alla CEDU, nella quale però il posto della dignità – mai menzionata espressamente nel testo – era stato circoscritto dalla giurisprudenza alla tutela dell'integrità fisica delle persone e dei principi del giusto processo (ex artt. 3 e 6 della Convenzione). È insomma l'irruzione sulla scena della nuova Carta dei diritti a segnare un fondamentale momento di svolta nel progressivo processo di giuridicizzazione del valore (etico) della dignità<sup>2</sup>.

Per quanto nel Preambolo della Carta si dichiara che «l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'eguaglianza e della solidarietà», è il valore della dignità ad apparire la pietra angolare del nuovo quadro normativo. Il titolo I è intestato alla

\* Le idee contenute in questo saggio sono (anche) il risultato di riflessioni che hanno preso corpo nell'ambito dei corsi di Logica e argomentazione giuridica e di Bioetica e biodiritto che ho tenuto, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre, negli anni accademici 2019-2020 e 2020-2021. Agli studenti che hanno partecipato alle lezioni, alle discussioni e ai laboratori in aula – e da remoto... – va il mio ringraziamento. Desidero inoltre ringraziare Piergiorgio Donatelli, Orsetta Giolo, Benedetta Liberali, Giorgia Serughetti e Persio Tincani, per aver partecipato al primo ciclo dei “Dialoghi di bioetica e biodiritto su Libertà e dignità” nell'ambito del corso che si è tenuto nel secondo semestre dell'AA 2020-2021. Da queste discussioni ho tratto alcune delle idee espresse in questo saggio, di cui ovviamente porto unicamente la responsabilità.

<sup>1</sup> PIEPOLI 2003, 9-10.

<sup>2</sup> Anche solo sul piano simbolico. Non è un caso che la dignità trovi finalmente menzione in un protocollo alla CEDU (il n. 13, del 2002), nel cui Preambolo assurge a fondamento dell'abolizione della pena di morte, stabilita dall'art. 1, e che nello stesso anno la Corte di Strasburgo la qualifichi “vera essenza” della Convenzione, insieme – si noti – alla libertà. Cfr. ECHR, *Pretty v. UK*, 29 aprile 2002, § 65: «The very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom». Negli ultimi due decenni la dignità ha poi assunto un rilievo fondamentale nella giurisprudenza CEDU in tema di pene e trattamenti disumani e degradanti e in tema di vita privata e di identità personale.

dignità, cui è specificamente dedicato l'articolo 1, dove è stabilito che «la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata»<sup>3</sup>. Questa sua inedita centralità, nel contesto europeo, è subito riconosciuta dalla Corte di Giustizia dell'Unione, che la qualifica «principio generale del diritto» comunitario<sup>4</sup>. Se ne ha conferma anche nella giurisprudenza degli Stati membri, nella quale la dignità si presenta come un «*topos* argomentativo sempre più ricorrente nell'argomentazione giudiziale»<sup>5</sup>. Non fa eccezione il contesto italiano, dove le corti apicali mostrano di richiamarsi sempre più frequentemente al principio giuridico della dignità<sup>6</sup>.

Nel prendere atto di questo processo di giuridicizzazione, cui la Carta dei diritti ha dato innegabile impulso, si è giunti a ragione a parlare di “paradigma dignità”, per richiamare l'attenzione sul mutamento in corso intervenuto nella nostra cultura giuridica<sup>7</sup>. È un nuovo paradigma che, in virtù delle sue potenzialità transformative, sembra idoneo a investire tanto radicalmente le linee di sviluppo dell’“età dei diritti” da trasfigurarla in un’inedita “età della dignità”<sup>8</sup>. Ogni discorso sui diritti ha infatti alle spalle un discorso sulla dignità: il riconoscimento dei diritti, la loro realizzazione *così come* la loro limitazione hanno infatti il loro fondamento di giustificazione proprio nella dignità.

Ma questa pervasività del discorso della dignità suscita non pochi dubbi e, spesso, forti resistenze. Dubbi e resistenze motivati dalle caratteristiche che contrassegnano lo stesso concetto di dignità e i suoi usi giuridici.

Ricorrente è, in primo luogo, la denuncia della mancanza di una sua definizione adeguatamente univoca in cui siano compendiate gli elementi fondamentali che rendano possibile individuare «il perimetro della dignità umana»<sup>9</sup>. Questo difetto di determinatezza è interpretato come strutturale, e non superabile, e porta a concludere che una più precisa definizione di “dignità”, che vada più a fondo delle idee generiche che abitualmente vi si associano – e che definiscono la dignità in negativo, nel senso che essa è violata quando l'individuo è umiliato, degradato, ridotto a strumento o a cosa, mortificato ecc. – sia, in definitiva, impossibile. Davanti ai tanti nodi giuridici rispetto ai quali la dignità è richiamata, essa può allora apparire «il nome con cui viene enunciato il problema, certo non la sua soluzione»<sup>10</sup>.

D'altra parte, è innegabile che il suo uso sia sempre più diffuso; è frequentissimo, per esempio, nel campo in via di espansione del biodiritto, soprattutto in forza della valorizzazione del principio dell'autonomia individuale, assunto a “criterio fondamentale” e «decisivo su molte questioni»<sup>11</sup>. Una delle ragioni, o forse la ragione principale, della sua diffusione è da imputarsi proprio alla vaghezza del concetto<sup>12</sup>: le consente – in qualche modo paradossalmente – di prestarsi a una pluralità di usi e di essere giocata come “carta d'*atout*” stravolgendo – questa la critica – la dialettica del bilanciamento, nella quale la ricerca di un punto di equilibrio tra le considerazioni in gioco (interessi, diritti, valori) è bruscamente interrotta dalla chiusura del discorso che si realizza proprio con il ricorso all'argomento della dignità<sup>13</sup>. Oppure la dignità partecipa al bilanciamento, con-

<sup>3</sup> Come noto, la formulazione ricalca quanto disposto dal primo comma dell'art. 1 (intitolato significativamente “Protezione della dignità umana”) della Legge fondamentale tedesca: «La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla».

<sup>4</sup> Corte di Giustizia UE, 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega Spielhallen*, § 34: «L'ordinamento giuridico comunitario è diretto innegabilmente ad assicurare il rispetto della dignità umana quale principio generale del diritto».

<sup>5</sup> SPERTI 2013, 4.

<sup>6</sup> Vd, *infra*, § 3.

<sup>7</sup> Per tutti: D'AVACK 2019.

<sup>8</sup> Emblematico in tal senso DUPRÉ 2016.

<sup>9</sup> BIN 2017, 3.

<sup>10</sup> BIN 2017, 3. Considerazioni simili vengono talora affermate con riferimento al valore dell'eguaglianza. Per tutti: ZANETTI 2018, 5.

<sup>11</sup> Così, rispettivamente, BORSELLINO 2018, 46 e SCARPELLI 1998, 47.

<sup>12</sup> REICHLIN 2017, 100.

<sup>13</sup> BIN 2018, 130.

correndo a individuare la soluzione a favore di una delle considerazioni in gioco. Qui, il ricorso alla dignità pretende rafforzare la considerazione che si vuole prevalga, ma potendo difficilmente aggiungervi elementi di qualche rilievo finisce per «risponde[re] a logiche sostanzialmente retoriche»<sup>14</sup>. In entrambi i casi, la dignità interviene nel discorso sui diritti, interrompendone il decorso o prendendovi parte: comunque sempre interferendo nel suo svolgimento.

È a questa relazione, come vedremo, ambivalente che bisogna volgere lo sguardo. È infatti nel rapporto con i diritti che si manifesta il problema della dignità e che si rivela tutta la complessità (e dualità) del suo specifico significato prescrittivo.

## 2. Dignità e diritti

Nell'analisi del rapporto che sussiste tra diritti e dignità, è un dato ormai acquisito che «i diritti fondamentali si fondano sulla dignità umana e non è corretto sostenere l'inverso»<sup>15</sup>. Ogni diritto, in altri termini, ha come suo presupposto originario la dignità del soggetto che ne è titolare, il riconoscimento del valore in sé dell'individuo, il cui interesse l'ordinamento tutela consacrandone l'importanza. Sì che ogni volta che un diritto di una persona è violato, è violata la sua dignità<sup>16</sup>.

Non si tratta soltanto di un elemento normativo incontestabile, se non altro per ciò che riguarda gli ordinamenti nei quali la dignità è espressamente elevata a principio da cui tutti i diritti discendono (come è tipicamente l'ordinamento tedesco), o nei quali, nonostante l'assenza di un chiaro riferimento testuale, si è comunque affermata una lettura della costituzione volta a riconoscere l'impianto personalista (come è tipicamente l'ordinamento italiano, il cui fine ultimo è quello di creare le condizioni per «il pieno sviluppo della persona umana» [art. 3.2 Cost.], per lo svolgimento della «sua personalità» attraverso l'esercizio dei «diritti inviolabili dell'uomo» [art. 2 Cost.]<sup>17</sup>). Ma sta altresì a testimoniare il dato argomentativo che risulta dalle modalità del ragionamento giuridico assunto dagli organi dell'applicazione.

Basti qui solo richiamare la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, nella quale sembra stabilirsi una corrispondenza biunivoca tra violazione di un diritto e violazione della dignità, segnatamente tra «nucleo essenziale o «irriducibile» di un diritto e dignità<sup>18</sup>: quando è inciso il primo è pregiudicata la seconda, e viceversa; quando invece non c'è lesione del diritto ma si è in presenza soltanto di una sua legittima limitazione (normativa o di fatto), allora non c'è nemmeno offesa alla dignità, né dunque alcuna apprezzabile degradazione dell'individuo da censurare per la sua anti-giuridicità<sup>19</sup>.

Tuttavia, la relazione tra diritti e dignità non si esaurisce in questa sorta di automatismo concettuale, conseguenza logica dell'assunto del carattere primigenio della dignità rispetto ai diritti, ma è più articolato. Ne è prova il fatto che, in certi casi, si riscontra un pregiudizio alla dignità senza che si sia determinata alcuna lesione di un diritto<sup>20</sup>. Ciò si verifica, tipicamente, in quelle situazioni in cui la dignità viene invocata (e fatta valere) per proteggere gli individui da se stes-

<sup>14</sup> VERONESI 2014, 335.

<sup>15</sup> BARBERA 2013, 1.

<sup>16</sup> RODOTÀ 2012, 192.

<sup>17</sup> In questo senso, cfr. Corte costituzionale 219/2008: «Il fine ultimo dell'organizzazione sociale [...] è lo sviluppo della persona umana, il cui valore si pone al centro dell'ordinamento costituzionale».

<sup>18</sup> Cfr. Corte costituzionale 561/1987 (in tema di stupro), § 2 *Considerato in diritto*; Corte costituzionale 81/1993 (sull'art. 15 Cost.), § 2 *Considerato in diritto*; Corte costituzionale 304/1994 e 252/2001 (entrambe in tema di diritto alla salute), rispettivamente § 5 e § 2.2 *Considerato in diritto*; Corte costituzionale 166/2008 (in tema di diritto all'abitazione), § 3 *Considerato in diritto*. Ma su questa giurisprudenza si veda la più articolata analisi di VERONESI 2014, spec. 334.

<sup>19</sup> Esempio è Corte costituzionale 105/2001 (in tema di lesioni personali), § 4 *Considerato in diritto*.

<sup>20</sup> VERONESI 2014, 334.

si, per impedire che l'esercizio di un diritto da parte di un soggetto possa spingersi oltre una certa misura così da intaccare la dignità del soggetto medesimo.

Ma il fatto che non vi sia una perfetta sovrapposizione tra dignità e diritti, potendosi dare una lesione della prima senza pregiudizio per i secondi, non si spiega semplicemente ricorrendo all'ormai classica distinzione tra un'accezione "soggettiva" e un'accezione "oggettiva" della dignità – la prima auto-determinata, la seconda etero-determinata – ma richiede un supplemento di analisi<sup>21</sup>. Il luogo naturale in cui svolgerla è il campo aperto costituito dal problematico rapporto tra dignità e libertà, in cui si addensano i principali nodi giuridici del nostro tempo.

### 3. Dignità e libertà

Alla centralità progressivamente assunta dalla dignità, ha corrisposto un aumento esponenziale della quantità di studi ad essa dedicati, cresciuta vertiginosamente negli ultimi due decenni<sup>22</sup>. Vi si trova una notevole pluralità di ridefinizioni del concetto, che si differenziano soprattutto per il grado di utilità (da nullo a massimo) che variamente gli riconoscono<sup>23</sup>. Comune alla gran parte di queste ricostruzioni, la cui diversità risente anche della loro estrazione disciplinare, è il riferimento al carattere strutturalmente duale del concetto, sintetizzato nelle dimensioni, "soggettiva" e "oggettiva", che la dignità assume secondo la specifica *funzione* che svolge in rapporto alla libertà.

In questa prospettiva di analisi, imprescindibile chiave di lettura del concetto di 'dignità' è la sua previsione come principio giuridico nella costituzione tedesca. Qui, la sua valorizzazione come architrave dell'intero sistema costituzionale comporta un dovere in capo a tutti i pubblici poteri di "rispettarla e proteggerla". Si rivela, così, chiaramente la duplice natura della dignità, che è *insieme* limite e vincolo imposto alle scelte legislative. Queste sue due funzioni, di limite e di vincolo, corrispondono ad altrettanti suoi significati prescrittivi.

In un primo senso, la dignità costituisce un limite alle scelte legislative, cui è imposto il dovere di rispettare la dignità umana quale si esplica nel contenuto normativo che *ciascun individuo* determina autonomamente. In un secondo senso, la dignità costituisce un vincolo alle scelte legislative, cui è imposto di proteggere la dignità umana quale si esplica nel contenuto normativo che *ciascun ordinamento* determina autonomamente.

Nella prima accezione, cosiddetta "dignità soggettiva", la dignità consiste in uno spazio di libertà, la cui estensione è tanto ampia quanto lo è la portata dei diritti generati dal dovere di rispettarla. Nella seconda accezione, cosiddetta "dignità oggettiva", la dignità consiste in uno spazio protetto *dalla* libertà, la cui estensione è tanto ampia quanto lo è la portata dei doveri generati dal dovere di proteggerla<sup>24</sup>.

In altri termini, mentre la dignità soggettiva è fonte di diritti (del singolo), la dignità oggettiva è fonte di doveri (del singolo). La prima limita le scelte legislative, la seconda limita le scelte

<sup>21</sup> Quando infatti si fa discendere una lesione della dignità di una persona dalla lesione di un diritto della *stessa* persona generata dalla condotta di *altri* soggetti, quale "dignità" viene in rilievo? Sembra da escludere la sua accezione soggettiva. Non è certo rimessa alla valutazione del soggetto leso la valutazione dell'offensività della condotta lesiva: questa attiene, piuttosto, a parametri in senso lato "oggettivi" (e comunque etero-determinati) stabiliti dall'ordinamento proprio a tutela del soggetto leso e di certi suoi beni giuridici: l'integrità fisica, la privacy ecc.

<sup>22</sup> Del tutto arbitrariamente, mi limito a segnalare in ordine cronologico: KASS 2002, KACZOR 2005, LUBAN 2007, MCCRUDDEN 2008, BECCHI 2009, VINCENTI 2009, DI CIOMMO 2010, SPAEMANN 2011, ROSEN 2012, DALY 2013, RESTA 2014, MALVESTITI 2015, LEHER 2018, MAZZONI 2019.

<sup>23</sup> Una sintetica rassegna si può leggere in POGGI 2019, § 1.1.

<sup>24</sup> Com'è evidente, questa distinzione non esaurisce l'operatività della dignità, che qui è analizzata con esclusivo riferimento al suo rapporto con la libertà. Sugli usi della dignità ai fini del riconoscimento e della tutela dei diritti sociali, si vedano, *ex multis*, FERRAJOLI 2019, 24 e RESTA 2019, spec. § 5, dove si distingue la funzione che la dignità svolge nella protezione del «right to "dignified" conditions».

individuali. Rimettendo la determinazione del suo significato alla deliberazione individuale, la dignità soggettiva è un presidio *della* libertà, rispetto al cui esercizio non sono giustificati interventi paternalistici, essendo proprio la volontà degli individui – e non la sua negazione – il contenuto della dignità. All’opposto la dignità oggettiva, imponendo un significato predeterminato, così sottratto alla deliberazione individuale, è un presidio *dalla* libertà, rispetto al cui esercizio sono invece giustificati interventi paternalistici, essendo non già la volontà degli individui, bensì la difesa del loro “bene” da terzi e da se stessi, il contenuto della dignità.

Queste due dimensioni, che andranno chiarite precisando l’accezione d’uso dell’altro termine del rapporto, la libertà, «segnan[*o*] la specificità e la complessità operativa del principio di dignità»<sup>25</sup>. Per quanto radicalmente opposte già nel loro “nome” ma soprattutto nella loro funzione, l’una orientata alla libertà, l’altra orientata alla sua limitazione, convivono, non senza attriti e contraddizioni, nel medesimo sistema di valori, generando discipline normative permissive o restrittive secondo la materia alla quale vengono applicate.

Questa natura duale e ambivalente della dignità ha trovato proprio nella Carta dei diritti dell’UE una significativa, ma non certo esaustiva, espressione, là dove sotto il titolo I, intestato alla dignità, dopo aver sancito il diritto alla vita (art. 2) e il diritto all’integrità psico-fisica (art. 3), sono stabiliti (al secondo comma) il principio del consenso “libero e informato” (lettera a) e «il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro», (nonché, all’art. 5, «la proibizione della schiavitù e del lavoro forzato» e della «tratta degli esseri umani»).

Siamo qui in presenza di un limite alle scelte legislative, cui è imposto il dovere di rispettare la dignità nella sua accezione soggettiva, quale si esplica nel principio del consenso informato, e di un vincolo alle scelte legislative, cui è imposto di proteggere la dignità nella sua accezione oggettiva, quale si esplica nel divieto di commercializzazione del corpo e delle sue parti (limite alle scelte individuali). Come è stato esattamente osservato, limite e vincolo «coesistono nella medesima struttura normativa» e «sono entrambi costruiti come diretta manifestazione del principio di dignità umana», che, da un lato, è posto a fondamento dell’autonomia individuale, del diritto ad autodeterminarsi, e, dall’altro, giustifica l’imposizione di limiti all’esercizio dell’autonomia sociale (o negoziale) onde scongiurare che l’iniziativa economica privata divenga strumento di «riduzione dell’individuo a “cosa” mercificata»<sup>26</sup>.

È questa l’impostazione sulla quale va oggi definendosi il rapporto tra dignità e libertà? Luigi Ferrajoli ha proposto di intendere queste due forme di autonomia – qui qualificate “individuale” e “sociale” – riservando alla seconda il nome “autonomia” e chiamando la prima “autodeterminazione”. Mentre l’autonomia – secondo il senso etimologico della parola – consiste nella libertà di dare regole a se stessi, il cui esercizio, istituendo, modificando o estinguendo rapporti giuridici, produce effetti nella sfera giuridica propria e altrui, intervenendo sulle posizioni giuridiche dei soggetti che coinvolge, l’autodeterminazione – come indica la parola stessa – consiste nella libertà di decidere su se stessi, il cui esercizio, non avendo riguardo a rapporti giuridici, non comporta alcun effetto giuridico, intervenendo esclusivamente sulla sfera personale del soggetto che ne è titolare<sup>27</sup>. Mentre, dunque, l’autodeterminazione è caratterizzata da un aspetto solo liberale, non essendo il suo esercizio idoneo a incidere sulle posizioni giuridiche né del titolare né di terzi, l’autonomia è caratterizzata (oltre che da un aspetto liberale, essendo il suo esercizio *libero*) in primo luogo da un aspetto potestativo, che lo contrassegna come “potere normativo” idoneo a incidere sui rapporti giuridici tra i soggetti che coinvolge<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> RESTA 2010, 269.

<sup>26</sup> RESTA 2010, 272.

<sup>27</sup> In questi termini anche RODOTÀ 2012, 283: «L’autodeterminazione è momento e strumento del governo del sé, produce legittimamente i suoi effetti nella sfera di chi esercita il diritto».

<sup>28</sup> Ho qui semplificato una più articolata ricostruzione concettuale dell’Autore, che presuppone altre distinzioni stipulative (in particolare quella tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali e quella tra autonomia negoziale e au-

Ora, se assumiamo questa distinzione concettuale, che appare utile soprattutto per non confondere la finalità verso cui è protesa l'autodeterminazione, il dominio *lato sensu* della libertà, con il fine cui è orientata l'autonomia, il dominio *lato sensu* della proprietà, quali implicazioni possono trarsi in relazione alle due dimensioni, soggettiva e oggettiva, che identificano i due significati prescrittivi della dignità giuridica? che ne è, insomma, del rapporto tra dignità e libertà?

### 3.1. Dignità e autodeterminazione

Il rapporto tra dignità e libertà, lo si è detto, è in parte analogo, e sovrapponibile, al rapporto che lega i diritti (non solo di libertà) alla dignità, essendo questa il loro primigenio fondamento. Storicamente, infatti, il riferimento alla dignità umana è servito a giustificare il riconoscimento di un numero crescente di diritti, così da «espandere le sfere di libertà degli individui»<sup>29</sup>.

Questo processo di generatività normativa del paradigma della dignità, non dissimile o forse nemmeno distinguibile, nella sua concreta operatività, da un'antropologia dell'eguaglianza informata all'eguale valore di ciascun individuo quali che siano le sue caratteristiche personali, coincide con la valorizzazione pluralistica dell'autonomia morale delle persone, e, conseguentemente, con il progressivo riconoscimento, in capo a ogni singolo individuo, della libertà di definire il proprio piano di vita e di agire coerentemente a questo piano<sup>30</sup>. È questa la ragione per cui la dignità umana – come scrive Roberto Bin – si presenta come «intimamente legata al diritto di autodeterminazione, quindi al nocciolo duro del diritto all'identità personale»<sup>31</sup>.

Ora, ci si potrebbe, però, chiedere se la dignità, intesa nella sua accezione soggettiva (che sappiamo essere l'unica compatibile con la libertà), sia cosa diversa dall'autodeterminazione; se, in altri termini, piuttosto che essere in un rapporto di correlatività<sup>32</sup>, o di complementarità per cui formino un'endiadi<sup>33</sup>, la prima si risolva, senza residui, nella seconda, cioè se la dignità non sia, a ben vedere, solo un altro nome dell'autodeterminazione.

Sembrano confermare questa ipotesi la giurisprudenza più recente della nostra Corte costituzionale, che di fatto sovrappone dignità e autodeterminazione<sup>34</sup>, o la fondamentale decisione della Corte di cassazione sulla nota vicenda di Eluana Englaro (paziente in stato vegetativo irreversibile rappresentata dal padre, in qualità di tutore), passaggio essenziale di questo percorso e vero e proprio punto di non ritorno nella definizione del rapporto tra dignità e autodeterminazione nella cultura giuridica italiana.

Qui, la Corte riconosceva che il tutore «a garanzia del soggetto incapace [...] non può [...] trascurare l'idea di dignità della persona dallo stesso rappresentato manifestata, prima di cadere in stato di incapacità, dinanzi ai problemi della vita e della morte», anche quando essa risulti assolutamente contraria alla prospettiva di «sopravvivere indefinitamente in una condizione di vita priva della percezione del mondo esterno»: è la garanzia del «pluralismo dei valori, [...] che

onomia politica), dalle quali qui si prescinde, non apparendo rilevanti le loro implicazioni ai fini del discorso qui svolto. Cfr. FERRAJOLI 2019, § 2.

<sup>29</sup> RESTA 2010, 269.

<sup>30</sup> Si ricordino, al riguardo, i passi salienti dell'insuperata opera di MILL *Sulla libertà* [1859]: «La natura umana non è una macchina da costruire secondo un modello e da regolare perché compia esattamente il compito assegnatole, ma un albero, che ha bisogno di crescere e svilupparsi in ogni direzione, secondo le tendenze delle forze interiori che lo rendono una creatura vivente» (2002, 68); «Gli uomini sono così diversi nei loro motivi di gioia, nelle sensibilità al dolore, nel modo e nei mezzi, fisici e morali, in cui li esplicano, che se non esiste una corrispondente diversità nei loro modi di vivere non ottengono la felicità che spetta loro né sviluppano la struttura intellettuale, morale ed estetica di cui la loro natura è capace» (78); «Perché la natura di ciascuno abbia ogni opportunità di esplicitarsi, è essenziale che sia consentito a persone diverse di condurre vite diverse» (73).

<sup>31</sup> BIN 2019a, 1.

<sup>32</sup> In senso critico, AZZONI 2012, 80.

<sup>33</sup> Giuseppe CRICENTI (2012, 97) ha proposto, in tal senso, l'espressione «dignità-libertà».

<sup>34</sup> Cfr. le sentenze 114 e 144 del 2019, entrambe sui diritti delle persone con disabilità, citate da BIN 2019b, 4-5.

mette al centro del rapporto tra medico e paziente il principio di autodeterminazione e la libertà di scelta», che impone di «rispettare anche quest'ultima scelta»<sup>35</sup>.

Quando la Corte sceglie di interpretare la dignità umana rimettendo la determinazione del suo contenuto normativo alla stessa paziente – dignità in senso soggettivo – adotta una mossa retorica che fa dell'autodeterminazione non tanto il “valore dominante”<sup>36</sup>, ma di fatto l'unico valore in gioco<sup>37</sup>. In altri termini, se, in questo e in casi analoghi, il limite imposto dalla dignità si esaurisce nel «dovere di riconoscere e di rispettare i valori e le opinioni in merito alla propria dignità», sembra innegabile che, da questa definizione, «la parola “dignità” potrebbe tranquillamente essere elisa»<sup>38</sup>: ciò che conta è il riconoscimento del diritto a decidere su stessi in base ai propri convincimenti personali in tutte le fasi dell'esistenza.

Se però si intende continuare a mantenere il principio di dignità in questa accezione d'uso, per finalità essenzialmente retoriche, anche comprensibili essendo forse necessarie a contrastare la retorica opposta che fa leva sulla dignità in senso oggettivo<sup>39</sup>, va, d'altra parte, preso atto dell'inevitabile frammentazione che la soggettivizzazione della dignità comporta, il cui esito ovvio è che “la” dignità semplicemente non esiste, mentre esistono tante dignità quante sono le «sue percezioni che dipendono dall'etica individuale»<sup>40</sup>: esse consistono, in realtà, nelle ragioni che definiscono il perimetro dell'autodeterminazione individuale, alla cui forma la dignità si adegua, come l'acqua rispetto a ciò che di volta in volta la contiene<sup>41</sup>.

Sono peraltro molteplici, e sempre più numerosi, gli ambiti nei quali l'autodeterminazione individuale trova riconoscimento e tutela e nei quali, di conseguenza, potrebbero rintracciarsi i variegati contenuti che assume la dignità in dipendenza delle circostanze che definiscono le situazioni considerate. Senza alcuna pretesa di esaustività, e facendo esclusivo riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, vanno richiamate almeno, oltre all'ambito terapeutico<sup>42</sup> (cui si è già fatto cenno e su cui si tornerà tra poco), la sfera riproduttiva e procreati-

<sup>35</sup> Cfr. i passaggi integrali in Cassazione civ., sez. I, 21748/2007, § 7.3 e § 7.5: «Non v'è dubbio che la scelta del tutore deve essere a garanzia del soggetto incapace, e quindi rivolta, oggettivamente a preservarne e a tutelarne la vita. Ma, al contempo, il tutore non può nemmeno trascurare l'idea di dignità della persona dallo stesso rappresentato manifestata, prima di cadere in stato di incapacità, dinanzi ai problemi della vita e della morte. [...] Accanto a chi ritiene che sia nel proprio miglior interesse essere tenuto in vita artificialmente il più a lungo possibile, anche privo di coscienza – c'è chi ritiene, legando indissolubilmente la propria dignità alla vita di esperienza e questa alla coscienza, che sia assolutamente contrario ai propri convincimenti sopravvivere indefinitamente in una condizione di vita priva della percezione del mondo esterno. Uno Stato, come il nostro, organizzato, per fondamentali scelte vergate nella Carta costituzionale, sul pluralismo dei valori, e che mette al centro del rapporto tra medico e paziente il principio di autodeterminazione e la libertà di scelta, non può che rispettare anche quest'ultima scelta».

<sup>36</sup> Come denuncia AZZONI 2012, 80.

<sup>37</sup> Come sembra ritenere CRICENTI 2017, 21, secondo cui «le corti, quando ritengono di dover consentire la realizzazione di un interesse, ne fanno questione di autodeterminazione».

<sup>38</sup> POCAR 2012, 127.

<sup>39</sup> Cfr. Corte costituzionale della Repubblica Federale Tedesca, sez. II, sentenza del 26 febbraio 2020 (ricorsi n. 2347/15 e altri), § 211: «La vita è [...] la base fondamentale della dignità umana [...]. Da ciò però non può concludersi che un suicidio da ricondurre a una libera volontà sia in contrasto con la dignità umana garantita nell'articolo 1 § 1 della Costituzione. La dignità umana, che garantisce al singolo una vita in autonomia, non è in contrasto con la decisione dell'uomo capace di autodeterminazione e autoresponsabilità di uccidersi. L'autonoma disposizione sulla propria vita è piuttosto un'espressione immediata dell'idea insita nella dignità umana dell'autonomo sviluppo della personalità; essa è – benché l'ultima – espressione di dignità. Il suicida che agisca con libera volontà decide come soggetto sulla propria morte [...]. Egli rinuncia alla sua vita come persona autonoma e secondo il proprio obiettivo. La dignità dell'uomo è quindi non un limite dell'autodeterminazione della persona ma il suo fondamento» (trad. it. di R. de Felice, Avv. Dello Stato).

<sup>40</sup> PRISCO 2019, 76.

<sup>41</sup> BARCELLONA 2018.

<sup>42</sup> 438/2008, *Considerato in diritto*, § 4: «Il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto», quale «funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute».

va (162/2014, in tema di PMA eterologa)<sup>43</sup> e la più ampia sfera della vita privata, di cui la prima costituisce una specificazione. «La libertà di autodeterminarsi nella vita privata»<sup>44</sup> trova poi riconoscimento e tutela, e altrettante specificazioni: nell'ambito del rapporto coniugale (42/1972), dell'esercizio dell'obiezione di coscienza (470/1989, 467/1991 e 43/1997), dell'espressione del proprio orientamento sessuale (138/2010) e della propria identità di genere (221/2015)<sup>45</sup>.

Ora, se la dignità – come si è detto – consiste, nella sua accezione soggettiva, in una sorta di norma in bianco il cui significato prescrittivo è dettato dalle specifiche modalità in cui si realizza l'autodeterminazione, essa, così «svuotata di ogni valenza positiva», davvero – come è stato paventato – «definisce semplicemente l'attitudine del soggetto sovrano e libero ad autodeterminarsi in funzione dei fini che egli stesso si è dato»<sup>46</sup>?

Certamente la dignità, intesa in questo modo, è logicamente inservibile a contenere la libertà. Ma ciò non significa che l'autodeterminazione, per sua natura vocata a un irresistibile sviluppo, non possa incontrare alcun limite<sup>47</sup>. Esempio in tal senso è la definizione della portata dell'autodeterminazione nella sfera delle scelte terapeutiche e, prima ancora, nell'ambito più generale del diritto alla salute.

Come noto, l'art. 32, secondo comma, della Costituzione prevede una doppia riserva di legge: nessun trattamento sanitario può essere imposto, contro la volontà del singolo, «se non per disposizione di legge»; ma nemmeno la legge «può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Questa norma – le cui implicazioni faticano ancora a sedimentarsi – esprime, com'è stato puntualmente rimarcato, «una nuova dichiarazione di *habeas corpus*, [...] una rinnovata autolimitazione del potere» pubblico, che può imporsi sulla volontà del singolo solo in casi eccezionali<sup>48</sup>.

Uno dei più significativi – anche perché si manifesta nell'ambito esclusivo della tutela del bene salute, senza coinvolgere altri beni giuridici costituzionalmente protetti – è il caso delle vaccinazioni obbligatorie. La loro imposizione *ex lege* è stata, più volte, dichiarata non incompatibile con l'art. 32 dalla Corte costituzionale, a partire dalla sentenza 307/1990, in ragione del fat-

<sup>43</sup> «La scelta di [...] coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi», che concerne «la sfera privata e familiare»; sì che «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali» (*Considerato in diritto*, § 6). Ma si legga Corte costituzionale 221/2019: «La legge configura, [...] in apicibus, queste ultime come rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimosibile: escludendo chiaramente, con ciò, che la PMA possa rappresentare una modalità di realizzazione del “desiderio di genitorialità” alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati» (*Considerato in diritto*, § 10).

<sup>44</sup> Cfr. Corte costituzionale 332/2000, in tema di divieto di avere figli, ai fini del reclutamento nelle forze armate e nella Guardia di Finanza (*Considerato in diritto*, § 3).

<sup>45</sup> Su questa giurisprudenza, si veda l'ampia ricostruzione proposta da VERONESI 2019.

<sup>46</sup> PIEPOLI 2003, 48-49.

<sup>47</sup> Essendo ogni diritto – nessuno escluso – limitabile. Si ricordi, al riguardo, la tesi espressa dalla Corte costituzionale fin dalle sue prime pronunce: «Il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e [...] nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile» (1/1956, *Considerato in diritto*); «Ogni diritto nasce limitato» (36/1958, *Considerato in diritto*).

<sup>48</sup> RODOTÀ 2012, 257. Che precisa: «Quando si giunge al nucleo duro dell'esistenza, alla necessità di rispettare la persona umana in quanto tale, siamo di fronte all'*indecidibile*. Nessuna volontà esterna, fosse pure quella coralmente espressa da tutti i cittadini o da un Parlamento unanime, può prendere il posto di quella dell'interessato». E ancora: «Non siamo [...] di fronte alla tradizionale autolimitazione del potere. Si opera un vero e proprio trasferimento di potere, anzi di sovranità. Sovrana nel decidere della propria salute, e dunque della propria vita [...], diviene la persona» (*ibid*, 259). Per una ricostruzione dell'irresistibile affermazione, davanti alla moderna medicina tecnologica, di istanze di autonomia e di umanizzazione, si veda BORSELLINO 2018, spec. cap. 3. Come chiarisce DONATELLI 2020, 194 (e 2012), «la difesa del principio di autonomia e del più ampio quadro della libertà antipaternalista si inserisce [...] in un cambiamento della cultura morale, in cui aree che tipicamente erano sottratte all'individuo sono guadagnate alla deliberazione e alla scelta personale».

to che il trattamento obbligatorio è «diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri»; sì che «è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale»<sup>49</sup>.

Quanto questo limite rappresenti un'eccezione è, poi, reso evidente dal fatto che, affinché costituisca l'esito non già di un «sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri» ma di «un corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute», vada integrato con la previsione di un diritto di indennizzo in caso di menomazioni permanenti all'integrità fisica o psichica addebitabili al trattamento imposto: «una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento», consistente nel «rimedio di un equo ristoro del[l'eventuale] danno patito»<sup>50</sup>.

Rispetto, poi, al piano più specificamente pertinente all'autodeterminazione terapeutica, va notato come il dovere di rispettare la volontà del singolo paziente non si estenda fino a ricomprendere la pretesa di scegliere liberamente la cura cui sottoporsi, ma «si riferisce necessariamente al diritto a cure mediche medicalmente verificate e normate», derivando dall'art. 32 Cost. non solo il dovere di prestazione sanitaria a tutti gli individui ma anche «il dovere di proteggerli [...] da pseudo trattamenti non controllati e quindi potenzialmente dannosi»<sup>51</sup>.

Chiaramente infondata sotto il profilo costituzionale, solo una «malintesa concezione della libertà di cura»<sup>52</sup> (sia che si espliciti nella pretesa di sottrarsi a trattamenti preventivi, come i vaccini, sia che si esprima nella pretesa di ricevere trattamenti non previamente validati, come accaduto nei noti casi Di Bella e Stamina) può disconoscere questi limiti all'autodeterminazione individuale.

Che poi l'autodeterminazione nell'ambito terapeutico continui a essere oggetto di meditati sviluppi (o contenimenti) lo testimoniano con chiarezza le due recenti notissime pronunce della Corte costituzionale in materia di aiuto al suicidio (caso DJ Fabo, o Cappato), che ne precisano l'estensione sollecitando a considerare attentamente le condizioni che ne costituiscono il presupposto sostanziale.

Qui, la Corte innanzitutto fuga ogni dubbio circa la natura incondizionata del diritto al rifiuto delle cure. Specificazione del più ampio «diritto all'autodeterminazione individuale [...] con riguardo ai trattamenti terapeutici», oltre a essere «previsto dall'art. 32 Cost» ha trovato riconoscimento prima nella giurisprudenza (casi Welby ed Englaro) e finalmente nella L. 219 del 2017 (recante *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*) sancendo un altrettanto incondizionato «obbligo di rispettare le decisioni del paziente, anche quando ne possa derivare la morte»<sup>53</sup>.

Ma nella vicenda sottoposta al giudizio della Corte non viene in rilievo questo specifico diritto, che si esaurisce nel divieto in capo al personale medico-sanitario di iniziare, non interrompere o sospendere «qualsiasi tipo di trattamento sanitario» contro la volontà del paziente<sup>54</sup>, quanto la pre-

<sup>49</sup> Cfr. *Considerato in diritto*, § 2. Principio ribadito, più di recente, nelle sentenze 268/2017 e 5/2018.

<sup>50</sup> Cfr. *Considerato in diritto*, § 2. Diritto poi riconosciuto dalla L. 210/1992. Cfr. anche Corte costituzionale 118/1996, *Considerato in diritto*, § 1.3.3: «La coesistenza tra la dimensione individuale e quella collettiva della disciplina costituzionale della salute nonché il dovere di solidarietà che lega il singolo alla collettività, ma anche la collettività al singolo, impongono che si predisponga, per quanti abbiano ricevuto un danno alla salute dall'aver ottemperato all'obbligo del trattamento sanitario, una specifica misura di sostegno consistente in un equo ristoro del danno».

<sup>51</sup> Cfr. D'AVACK 2015, 130. Analogamente FONTANA 2019, spec. Cap. terzo, §§ 4-6.

<sup>52</sup> FONTANA 2019, 4.

<sup>53</sup> Ordinanza 207/2018, *Ritenuto in fatto*, § 1.

<sup>54</sup> Che contempla, precisamente, il «diritto della persona capace di rifiutare qualsiasi tipo di trattamento sanitario, ancorché necessario per la propria sopravvivenza (compresi quelli di nutrizione e idratazione artificiale), nonché il divieto di ostinazione irragionevole nelle cure» (*Ritenuto in fatto*, § 1.2).

tesa che il medico gli metta a disposizione «trattamenti diretti [...] a determinarne la morte»<sup>55</sup>, che in tal modo si produce non già per effetto del naturale decorso della malattia ma del trattamento somministrato, *rectius* del trattamento che il paziente, pur con l'aiuto di terzi, si auto-somministra (in ciò consistendo la differenza fondamentale tra eutanasia e suicidio medicalmente assistito<sup>56</sup>). A questo riguardo, la Corte non può che constatare come la legislazione vigente escluda questa possibilità<sup>57</sup>: da qui la questione di costituzionalità rimessa al suo accertamento, posta in riferimento all'art. 580 cp che prevede come reato l'istigazione e l'aiuto al suicidio.

Nel prendere in esame la questione, la Corte afferma che l'imprescindibile tutela dovuta all'autodeterminazione individuale non fa venire meno l'altrettanto imprescindibile tutela del "bene della vita", cui è funzionale proprio l'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio. Per mezzo di queste previsioni di reato – chiarisce la Corte – l'ordinamento tutela il "diritto alla vita" «soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili» («delle persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine»), allo scopo di "scongiurare il pericolo" che la loro decisione sulla propria vita, nonché la stessa realizzazione del proposito suicidario, sia l'esito di "interferenze" altrui «magari per ragioni di personale tornaconto»<sup>58</sup>.

Per questa ragione, respinge il ricorso a «un generico diritto all'autodeterminazione individuale», in quanto tale espansivo e incoercibile, e ne circoscrive piuttosto la portata, denunciando il suo mistificante presupposto: «una concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite»<sup>59</sup>. È, questa, una concezione acritica della libertà di scelta, che la Corte dichiaratamente rifiuta mostrando di assumere una concezione non ingenua dell'autodeterminazione per cui l'autonomia della scelta piuttosto che un dato incontrovertibile, da presumersi a prescindere dal luogo in cui si presenta, è un elemento da valutare proprio a partire dal suo contesto in base a un rigoroso accertamento dell'idoneità delle condizioni entro le quali viene a determinarsi.

Se pure la Corte, dunque, neghi che il diritto all'autodeterminazione individuale assuma la forma di un diritto "assoluto", non limitato e non limitabile, nemmeno però, all'opposto, ritiene di dover giustificare «il divieto [altrettanto] assoluto di aiuto al suicidio» previsto dall'art. 580 cp. Inteso in tal modo, questo, infatti, comprime eccessivamente «la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, [...] imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita»<sup>60</sup>. Nei casi come quello dal quale scaturisce il procedimento, in cui il paziente riteneva di dover scartare «la soluzione dell'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale con contestuale sottoposizione a sedazione profonda [...] perché quest'ultima non gli avrebbe assicurato una morte rapida», il suicidio medicalmente assistito era, di fatto, «l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto»<sup>61</sup>. Si costringeva altrimenti il paziente «a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire [«apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa»] e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care»<sup>62</sup>.

<sup>55</sup> *Ibid*, § 2.3.

<sup>56</sup> D'AVACK 2018, 112 e D'AVACK 2020, 13.

<sup>57</sup> Sentenza 242/2019, *Considerato in diritto*, § 2.3.

<sup>58</sup> Ordinanza 207/2018, *Considerato in diritto*, § 6. Si ricordi l'art. 115 del codice penale svizzero, che qualifica come reato unicamente l'istigazione e l'aiuto al suicidio "per motivi egoistici".

<sup>59</sup> Ordinanza 207/2018, *Considerato in diritto*, § 6.

<sup>60</sup> *Ibid*, § 9.

<sup>61</sup> *Ibid*, § 8. L'inciso – «nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona» – nel passaggio citato è stato sostituito, nel testo della sentenza, con il seguente – «secondo le proprie scelte individuali» – nel quale è omissivo ogni riferimento alla dignità. Piuttosto che rivelare, come è stato criticamente sostenuto, uno scarso coraggio da parte della Corte, sembra confermare il carattere, in definitiva, non necessario del ricorso all'accezione soggettiva della dignità.

<sup>62</sup> Ordinanza 207/2018, *Considerato in diritto*, § 9.

La Corte ne conclude che in determinate situazioni, precisamente circostanziate, il suicidio medicalmente assistito debba essere consentito, a tutela dell'autodeterminazione individuale in tutte le fasi dell'esistenza, e che il fatto costituito dall'aiuto prestato al paziente sia da considerarsi, di conseguenza, scriminato, dunque non punibile (restando inalterata la previsione di reato ex art. 580 cp), non essendo in alcun modo offensivo dei diritti del paziente ma piuttosto realizzativo di un suo interesse riconosciuto meritevole di protezione giuridica.

Il desiderio del paziente in tal senso può (e deve) essere, quindi, soddisfatto previo un «controllo ex ante sull'effettiva sussistenza» di determinate condizioni, quali la sua «capacità di autodeterminarsi», il «carattere libero e informato della scelta [...] espressa» e «l'irreversibilità della patologia» sofferta<sup>63</sup>, e verificando anche ex post che «le relative modalità di esecuzione» siano «tali da evitare abusi in danno di persone vulnerabili, da garantire la dignità del paziente e da evitare al medesimo sofferenze»<sup>64</sup>.

### 3.2. Dignità e autonomia

Nel mezzo dell'intervallo temporale che separa le due decisioni sull'aiuto al suicidio (l'ordinanza 207/2018 e la sentenza 242/2019), la Corte costituzionale si è pronunciata su una questione da questa assai distante ma, per altro verso, chiaramente affine sotto alcuni significativi aspetti, con la sentenza 141/2019 in tema di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione (cd. caso Tarantini). In entrambi i casi, la posta in gioco era la libertà del soggetto «passivo» (agevolato nel suicidio o agevolato nell'attività di prostituzione) e i suoi limiti in forza di norme penali paternalistiche intese a proteggerlo, in fondo, più da se stesso che dagli altri<sup>65</sup>.

Di particolare interesse è che, a fronte di questa affinità, le questioni abbiano suscitato risposte sostanzialmente opposte da parte della Corte, la quale, mentre nel primo caso ha ampliato la libertà dei soggetti coinvolti circoscrivendo un'area di non punibilità dell'aiuto al suicidio a tutela del diritto ad autodeterminarsi del malato, nel secondo caso ha invece rifiutato di darle riconoscimento, rigettando le richieste del giudice rimettente, e riaffermando l'offensività in astratto delle condotte agevolatrici previste come reato dalle norme impugnate. Proprio questa divaricazione, che, con paradosso apparente, discende da un'impostazione del percorso argomentativo in buona parte simile, piuttosto che segnalare una incomprensibile schizofrenia del giudice costituzionale sembra il precipitato di un tentativo di sistemazione concettuale che risolve differentemente il rapporto tra dignità e libertà secondo che questa abbia un aspetto esclusivamente liberale (autodeterminazione) o anche, e primariamente, potestativo (autonomia). Vediamo in che modo.

Mentre nel primo caso le dissonanze tra la Corte e il giudice rimettente (la Corte d'Assise di Milano) sono, in fin dei conti, residuali, nel secondo caso la pronuncia del giudice costituzionale e l'ordinanza di rimessione (della Corte d'Appello di Bari) appaiono il negativo e il positivo di

<sup>63</sup> *Ibid*, § 10.

<sup>64</sup> Sentenza 242/2019, *Considerato in diritto*, § 5. Cfr. il dispositivo della sentenza: «dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente». L'assonanza di tali condizioni con quelle previste dalle legislazioni che predispongono una regolamentazione non proibizionista dell'eutanasia è evidente. Cfr. L. olandese 194/2001, legge belga del 28 maggio 2002 e, da ultimo, la spagnola *Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, entrata in vigore nel marzo del 2021.

<sup>65</sup> Similmente MASSARO 2020, 87.

una stessa immagine fotografica. Tre sono gli aspetti, tra loro correlati, sui quali le due corti parlano linguaggi diversi: l'inquadramento del fenomeno della prostituzione, la qualificazione della scelta del soggetto che si prostituisce, la dimensione della dignità che viene in rilievo nel caso.

Il giudice rimettente presenta le questioni di costituzionalità modellandole sulla vicenda processuale, nella quale i reati contestati, di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione, riguardavano l'attività svolta da escort e rivolta a personalità pubbliche di primo piano e di elevata posizione sociale. In ragione di questa specifica fenomenologia, la Corte limita il proprio ragionamento alla sola prostituzione cosiddetta volontaria, usualmente distinta dalla prostituzione forzata e dalla prostituzione determinata dallo stato di bisogno. Il giudice inquadra questo tipo di attività nell'area della libertà, affermando che essa deve essere correttamente rappresentata come una modalità di esercizio della «libertà di autodeterminazione sessuale della persona umana», ossia, con espressioni simili, della “libera sessualità autodeterminata”, della «libertà sessuale della persona umana»<sup>66</sup>. Questa libertà, sostiene la Corte, «si estrinseca, nel caso delle escort» nel «diritto di disporre della sessualità nei termini contrattualistici dell'erogazione della prestazione sessuale contro pagamento di denaro o di altra compatibile utilità»<sup>67</sup>. Realizza, a suo giudizio, una «forma di affermazione identitaria», «una modalità autoaffermativa della persona umana, che percepisce il proprio sé in termini di erogazione della propria corporeità e genitalità (e del piacere ad essa connesso) verso o contro la dazione di diversa utilità»<sup>68</sup>.

Guardata, poi, sotto l'«angolo prospettico della tutela della libertà all'esercizio autodeterminativo della sessualità quale forma di estrinsecazione della privata iniziativa economica tutelata dall'art. 41 della Costituzione», essa esplica una forma di “libera imprenditorialità sessuale”, che pretende tutela giuridica e legittimazione sociale, in quanto «peculiare forma di lavoro autonomo»<sup>69</sup>. Le escort, spiega la Corte, sono «donne che hanno liberamente scelto di operare lo scambio contrattualistico tra il piacere procurato a terzi mediante la libera cessione della loro sessualità e quello di poter acquisire vantaggi economicamente apprezzabili»<sup>70</sup>; le “attività materiali” di terzi, contestate come reati in base alle norme impugnate, «non [sono] in grado di incidere sulla primigenia libertà autodeterminativa delle escort nella gestione della propria corporeità»<sup>71</sup>. Trattandosi, dunque, di una «libera scelta di porsi sul mercato del sesso», le «limitazioni alla pienezza del suo consapevole esercizio» si rivelano – secondo la Corte – intollerabili e vanno quindi rimosse in quanto «forme normative [...] palesemente ostative proprio alla sua libera manifestazione»<sup>72</sup>: «sia la condotta propriamente reclutativa (intesa quale intermediazione nella fase di incontro tra domanda ed offerta di libero esercizio prostitutivo) sia quella favoreggiatrice (ovvero ausiliatrice della fase di esercizio del libero meretricio) non solo non arrecano alcuna lesione alla suddetta e presupposta libertà autodeterminativa ma addirittura ne facilitano la piena attuazione, arrecando vantaggi ai soggetti che ne sono destinatari: invero se la escort sceglie liberamente di offrire sesso a pagamento chi le dà una mano nell'effettuazione di tale sua scelta produce un vantaggio e non un danno allo stesso bene giuridico tutelato»<sup>73</sup>.

Ma allora, ricondotta l'attività prostitutiva nell'ambito dell'autodeterminazione della persona, essendo estrinsecazione della «libertà di autodeterminazione sessuale» che di questa è una “forma peculiare”, viene qui in rilievo – ad avviso del giudice rimettente – non la “morale pubblica” (leggi “dignità oggettiva”) – «che tale libertà diversamente concepisca e limiti nella sua compiuta affer-

<sup>66</sup> Corte d'Appello di Bari, ordinanza n. 71 del 6 febbraio 2018 § 7 e *passim*.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> *Ibid*, § 10.

<sup>70</sup> *Ibid*, § 7. Il giudice rimettente esclude a priori che l'attività svolta dalle escort ricada in «quelle forme di esercizio coattivo della prostituzione ovvero necessitato da ragioni di bisogno» (*ibidem*).

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> *Ibid*, § 11.

mazione» – ma la morale “privata” del singolo individuo (la “sua” dignità soggettiva), libero di decidere come esercitare la propria libertà quando non contrasti con diritti di terzi: “in fondo” – soggiunge la Corte – qui si ripropone «nella tutela della dignità di chi si autodetermini alla cessione lucrativa della propria corporeità la medesima esigenza di tutela della dignità umana riconosciuta nel caso Englaro, ove la salvaguardia del principio di libera autodeterminazione è stata spinta sino a legittimare la scelta terapeutica di porre fine alla protrazione della vita vegetativa»<sup>74</sup>.

Il punto di vista espresso dalla Corte costituzionale, nella sentenza con cui rigetta le questioni sollevate dal giudice rimettente, è in tutto esplicitamente opposto. Innanzitutto, la Corte liquida, con poche battute di tono quasi sprezzante, la rappresentazione della prostituzione come modalità di esercizio della libera autodeterminazione sessuale, collocandola senza esitazioni nella sfera delle attività di ordine economico: «L’offerta di prestazioni sessuali verso corrispettivo non rappresenta affatto uno strumento di tutela e di sviluppo della persona umana, ma costituisce – molto più semplicemente – una particolare forma di attività economica. La sessualità dell’individuo non è altro, in questo caso, che un mezzo per conseguire un profitto: una “prestazione di servizio” inserita nel quadro di uno scambio sinallagmatico. [...] Ammesso pure che vi siano persone che considerano personalmente gratificante esercitare la prostituzione, questo non cambia la sostanza delle cose»<sup>75</sup>. Si sbarazza così della questione sollevata in relazione all’art. 2 Cost., che la Corte giudica «parametro non conferente rispetto all’(intromissione di terzi nell’)esercizio dell’attività di prostituzione», in modo da concentrare la propria argomentazione sul parametro costituito dall’art. 41, il cui riferimento, da parte del giudice rimettente, la Corte ritiene invece “pertinente”<sup>76</sup>. L’argomento procede in due passi.

In primo luogo, il giudice costituzionale revoca in dubbio la visione irenica della prostituzione cosiddetta volontaria, assunta dalla Corte d’Appello di Bari, cui contrappone una concezione complessa della libertà di scelta che problematizza la qualificazione dell’autonomia individuale esercitata da chi si prostituisce<sup>77</sup>. In tal senso, giudica «inconfutabile che, anche nell’attuale momento storico, [...] la scelta di “vendere sesso” trova alla sua radice, nella larghissima maggioranza dei casi, fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell’individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali»<sup>78</sup>. Non si tratta – spiega la Corte – soltanto di ostacoli «di ordine economico, ma anche di situazioni di disagio sul piano affettivo o delle relazioni familiari e sociali»: tutti “fattori” «capaci – per il giudice costituzionale – di indebolire la naturale riluttanza verso una “scelta di vita” quale quella di offrire prestazioni sessuali contro mercede»<sup>79</sup>. Così ragionando, la Corte ribalta la (acritica) presunzione di volontarietà riferita alla “primigenia scelta” di prostituirsi delle escort da parte del giudice rimettente in una (concettualmente più sofisticata) presunzione di involontarietà, suscettibile di smentita a seguito di un’eventuale «verifica sul piano processuale, tramite un accertamento ex post affidato alla giurisdizione penale» nell’ambito di eventuali procedimenti riguardanti reati previsti dalle norme impugnate<sup>80</sup>.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> Sentenza 141/2019, *Considerato in diritto*, § 5.2.

<sup>76</sup> *Ibidem* e *Ibid*, § 6.

<sup>77</sup> *Ibid*, § 6.1: «Al riguardo, occorre considerare che, in questa materia, la linea di confine tra decisioni autenticamente libere e decisioni che non lo sono si presenta fluida già sul piano teorico». Lo stesso rilievo, in riferimento alla postura assunta dalla Corte, è espresso da FACCHI, GIOLO 2020, 94 («I giudici costituzionali hanno messo in evidenza la limitatezza del ricorso al criterio della scelta al fine della qualificazione della prostituzione quale attività autonoma e libera e dunque anche per la definizione dello sfruttamento») e n. 17, 95 («La Corte sembra in effetti sostenere una concezione “complessa” della libertà»).

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> *Ibidem*. Per quanto la Corte giudichi tale verifica “problematica”, ne fa comunque oggetto di un potere-dovere affidato al giudice comune: «Resta d’altra parte ferma, in ogni caso, l’operatività del principio di offensività nella sua proiezione

Il secondo passo dell'argomento consiste poi nel rigettare, con altrettanta risolutezza, la tesi espressa dal giudice rimettente secondo cui nel caso in questione verrebbe in rilievo la dignità soggettiva dell'individuo che si autodetermina, che nessuna morale pubblica potrebbe giustificatamente limitare. La Corte sceglie di usare la carta della «dignità umana (intesa in una accezione oggettiva, ossia come principio che si impone a prescindere dalla volontà e dalle convinzioni del singolo individuo)»<sup>81</sup>, sulla scorta di due argomenti intesi a valorizzare altrettante tesi interpretative riguardanti, rispettivamente, il parametro costituzionale “pertinente”, l'art. 41, e le norme legislative impugnate.

Sul primo punto, la Corte si esprime lapidariamente. Giudica, infatti, «incontestabile che, nella cornice della previsione dell'art. 41, secondo comma, Cost., il concetto di “dignità” vada inteso in senso oggettivo: non si tratta, di certo, della “dignità soggettiva”, quale la concepisce il singolo imprenditore o il singolo lavoratore». L'affermazione – per quanto giustificabile (anche con buoni argomenti)<sup>82</sup> – suona, se espressa in questo modo, piuttosto apodittica.

A suo sostegno, la Corte – passando così al secondo punto – ritiene opportuno semplicemente richiamare l'accezione della dignità che, a suo giudizio, adotta il legislatore con riguardo alla prostituzione, il quale – scrive il giudice costituzionale – «facendosi interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico – ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, una attività che degrada e svilisce l'individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente»<sup>83</sup>. A conferma di questa tesi, la Corte richiama infine, così accreditandone l'autorevolezza, il più recente orientamento giurisprudenziale della Corte di cassazione (terza sez. penale, anni 2017 e 2018), per il quale, come riporta il giudice costituzionale, «il bene protetto dalla legge n. 75 del 1958 non sarebbe né la morale pubblica, né la libera autodeterminazione sessuale della persona che esercita il meretricio, la quale, se fosse conculcata contro la sua volontà, darebbe luogo a ben diversi reati. La tutela si focalizzerebbe, invece, soltanto sulla dignità della persona esplicata attraverso lo svolgimento dell'attività sessuale, che non potrebbe costituire materia di contrattazioni»<sup>84</sup>.

Provando, adesso, una sintesi intesa a mettere in evidenza il nocciolo della pronuncia qui esaminata, si possono così riassumere i tre passaggi attraverso cui si snoda l'argomentazione della Corte costituzionale. 1) Il giudice rimettente confonde autodeterminazione e autonomia: essendo la prostituzione un'attività economica, essa è un modo dell'autonomia, non (o comunque ben più che) dell'autodeterminazione. 2) Rispetto alla prostituzione è ragionevole assumere una concezione problematica della libertà di scelta, attenta alle condizioni concrete nelle quali l'individuo esercita la propria autonomia. 3) Davanti a una forma di attività economica nell'ambito della quale la scelta del soggetto che vende la prestazione si presume non libera (fino a prova contraria), è ragionevole usare il principio di dignità oggettiva per proteggere l'individuo da terzi che intendano approfittarne ma anche da se stesso.

Questa pronuncia della Corte è stata accolta più con sfavore che con favore dai commentatori<sup>85</sup>, ed è stata bersaglio di critiche molte dure soprattutto da parte di chi aveva espresso, già in passato, motivi di perplessità sul ricorso giudiziario al principio di dignità oggettiva.

concreta e, dunque, il potere-dovere del giudice comune di escludere la configurabilità del reato in presenza di condotte che, in rapporto alle specifiche circostanze, si rivelino concretamente prive di ogni potenzialità lesiva» (*ibid.*, § 7.3).

<sup>81</sup> *Ibid.*, § 4.1.

<sup>82</sup> Cfr., per esempio, NICCOLAI 2019.

<sup>83</sup> Pare lecito domandarsi a quale legislatore si riferisca la Corte: al legislatore storico (autore del testo normativo), al legislatore attuale (che non ha operato modifiche sul testo) o al legislatore ideale. Come che sia, la Corte ha fatto propria la tesi interpretativa espressa dall'Avvocatura dello Stato: «Il giudice a quo non avrebbe considerato, in specie, che il citato art. 3, nell'incriminare le cosiddette condotte parallele alla prostituzione, ha inteso proteggere la “dignità obiettiva” della persona che si prostituisce, rinvenendo in ciò la sua “ratio primaria”» (tesi riportata dalla Corte nel *Ritenuto in fatto*, § 2).

<sup>84</sup> *Ibid.*, *Considerato in diritto*, § 6.1.

<sup>85</sup> Si vedano, *ex multis*: DE LIA 2019, GUARINI 2019, LIBERALI 2019, PICCHI 2019, VIOLINI 2021.

La tesi, per nulla peregrina, è che, là dove la dignità umana « [venga] configurata in contrasto con la libertà», essa «si convert[e] in un disvalore costituzionale, cioè in un retaggio di una concezione paternalistica incompatibile con le “basi filosofiche” del costituzionalismo»: «in termini costituzionali», è stato detto, «la tutela della dignità» non «si impon[e] anche nei confronti dello stesso titolare del bene», ossia non può essere brandita per limitare la libertà del singolo perché non «poss[o]no essere vietati, e impediti coattivamente, comportamenti di un individuo in nome della sua dignità»<sup>86</sup>. Sì che – questa la conclusione del ragionamento – «sul piano giuridico c’è il diritto a vivere una vita poco dignitosa, se ciò sia il frutto di una scelta volontaria, senza costrizioni»<sup>87</sup>.

È questa la principale critica rivolta alla Corte, la quale, ricorrendo alla dignità oggettiva, usa – come scrive Roberto Bin – «lo standard della morale comune», «un bene che sta a mezzo tra il buon costume e l’ordine pubblico», un «“valore” acefalo, asserito ma non dimostrato», «un astratto modello di dignità di cui qualcuno si erge a interprete»<sup>88</sup>: insomma, un “concetto di dignità” che consente un ritorno sulla scena di “standard etici imposti”, «con buona pace del principio di laicità che implica una visione tollerante e rispettosa del pluralismo dei progetti di vita degli individui»<sup>89</sup>. Tanto che, in forza della sua incompatibilità con la libertà, in quanto “dignità attribuita”, o «“dignità programmata”, proposta o imposta che sia», non sarebbe «utile per risolvere casi concreti»<sup>90</sup>.

Peraltro, la Corte è stata criticata anche per la sua incoerenza, dovuta – secondo i critici – alla contraddittoria definizione del rapporto tra dignità e libertà che, mentre in riferimento all’aiuto al suicidio il giudice costituzionale risolve, pur con alcune cautele, a vantaggio della libertà, in relazione alla prostituzione viene risolto, all’opposto, a svantaggio della libertà: una “incoerenza” che consegue al rifiuto, da parte della Corte, di usare in entrambi i casi la dignità nella sua accezione soggettiva (o, se si preferisce, di usare in entrambi i casi la dignità nella sua accezione oggettiva).

Tuttavia – come si è cercato di mettere in luce sin dall’inizio di queste riflessioni – il paradosso, qui, può rivelarsi solo apparente, là dove le due pronunce in esame siano lette «nell’ottica di una differente valorizzazione della dignità umana che, a sua volta, deriva da un diverso oggetto della libertà [...]: riferita all’interruzione di trattamenti salvavita, da una parte, al commercio del sesso, dall’altra parte»<sup>91</sup>, la prima riconducibile alla dimensione (solo liberale) della libertà come autodeterminazione, il secondo alla dimensione (anche, e primariamente, potestativa) della libertà come autonomia<sup>92</sup>.

<sup>86</sup> GEMMA 2008, 379-381, secondo cui «a riprova di quanto detto, si pensi alle conseguenze assurde cui si perverrebbe se la dignità potesse legittimare restrizioni di libertà nei confronti del suo titolare: si potrebbe, ad esempio, ammettere l’imposizione di una separazione legale a un coniuge, oggetto di soprusi e di menomazione alla sua dignità da parte dell’altro, dal quale pure non desiderasse separarsi».

<sup>87</sup> GEMMA 2008, 380.

<sup>88</sup> BIN 2019a, 2.

<sup>89</sup> BIN 2019b, 5-6. Analogamente MASSARO 2020, 100: «Indubbiamente, un concetto di dignità inteso in senso oggettivo e riferito al soggetto che vende la propria sessualità/genitalità finisce per veicolare impostazioni (neppure troppo velatamente) paternalistiche, che, attraverso un mero scambio di etichette, conducono a risultati non dissimili a quelli cui si perverrebbe attraverso l’esplicita individuazione del bene giuridico dai reati in materia di prostituzione attraverso le etichette del buon costume e della moralità pubblica».

<sup>90</sup> POCAR 2012, 127.

<sup>91</sup> MASSARO 2020, 55-56.

<sup>92</sup> Per altro verso, le pronunce sono l’esito della medesima concezione complessa della libertà, che la Corte esprime rifiutando di riconoscere un «generico diritto all’autodeterminazione individuale» idoneo ad aprire a qualsiasi ipotesi di aiuto al suicidio e a qualsiasi ipotesi di ausilio all’attività prostitutiva. Come nota PACELLA 2020, 473-474, nelle pronunce l’area di non punibilità è condizionata all’accertamento della libertà nella determinazione della volontà del soggetto e il peso dell’accertamento è a carico del giudice penale, ma mentre nel caso dell’aiuto al suicidio l’accertamento è guidato dalla proceduralizzazione definita dalla Corte, nel caso del favoreggiamento della prostituzione la Corte rinvia solo alla verifica in concreto dell’offensività della condotta contestata.

Del resto, la diversa soluzione individuata dalla Corte è motivata dal differente inquadramento costituzionale cui il giudice delle leggi sottopone le questioni, effettuato con riferimento a due diverse disposizioni costituzionali, l'art. 32 e l'art. 41, l'uno interpretato nel senso di escludere l'uso della dignità oggettiva, l'altro interpretato nel senso (opposto) di escludere l'uso della dignità soggettiva<sup>93</sup>. È dunque su questo piano, cioè sul piano dell'interpretazione della portata del diritto alla salute e della libera iniziativa economica privata, che la Corte può essere eventualmente criticata.

Ma, al di là delle valutazioni che possono esprimersi a questo riguardo, quello che è innegabile è che le pronunce sull'aiuto al suicidio si situano nel solco di un indirizzo giurisprudenziale che appariva, in Italia (e non solo in Italia), piuttosto consolidato anche alla luce della L. 219/2017, la quale ne ha trasposto l'orientamento definendo finalmente un quadro normativo chiaro – per quanto sicuramente non esaustivo – informato a una «antropologia del consenso informato come base indiscutibile di ogni pratica medica»<sup>94</sup>. Altrettanto innegabile è che la pronuncia in tema di prostituzione possa iscriversi a pieno titolo in quella giurisprudenza “europea” non proprio recente, ampiamente discussa e frequentemente contestata, che guarda alla dignità oggettiva come a uno strumento funzionale alla difesa degli individui da se stessi quando sia in gioco la loro autonomia<sup>95</sup>.

#### 4. I limiti della libertà tra validità del consenso e valore della scelta

Quello dei limiti alla libertà è un tema classico, il cui interrogativo è costante. Le risposte che sollecita sono inevitabilmente provvisorie perché riflettono sempre (anche) lo stadio di evoluzione della società, la coscienza sociale, i convincimenti morali più diffusi e accreditati in un contesto culturale dato in un determinato momento storico. Sì che le conclusioni che seguono, attorno a questo fondamentale interrogativo, sono necessariamente interlocutorie non avendo certo l'ambizione di rispondervi ma di analizzarne i contenuti per mettere a fuoco le domande che appaiono inaggirabili per una corretta impostazione del problema.

Come noto, nel discorso giuridico – non solo penalistico – sono due i criteri che presiedono alla limitazione della libertà individuale: il principio del danno e la teoria del bene giuridico. Entrambi esprimono criteri normativi, prescrivendo (primariamente) al legislatore di imporre limiti alla libertà individuale limitatamente ai comportamenti lesivi di diritti altrui (principio del danno) o di beni giuridici, nella cui classe, oltre ai diritti stessi, sono ricompresi anche beni extra-individuali (si pensi, tanto per fare un esempio già menzionato, alla salute come interesse della collettività)<sup>96</sup>. Entrambi, poi, difettano di determinatezza non soltanto per la difficile identificazione del tipo di danno (o lesione) che giustifichi la loro applicazione ma anche (e forse soprattutto) perché sono funzionali alla difesa di diritti e beni giuridici la cui individuazione pre-

<sup>93</sup> Cfr. quanto scrive RISICATO 2020, 3: «il “grado zero” della dignità umana non può che avere un nucleo oggettivo, che lambisce il divieto di strumentalizzazione e mercificazione della persona, ma sfuma verso connotazioni personalistiche quando lambisce la materia intima della scelta delle interferenze esterne su un corpo martoriato, dove è l'art. 32, comma 2 Cost. a fungere da argine necessario a derivate eticizzanti».

<sup>94</sup> D'AGOSTINO 2018, 16.

<sup>95</sup> *Peep-Show Fall, BverwG*, sentenza 15 dicembre 1981 e *BvervG*, sentenza 30 gennaio 1986. Conseil d'Etat, Assemblée, 27 ottobre 1995. Assai più recente è la decisione n. 2019-761 QPC del Conseil Constitutionnel, 1° febbraio 2019, in cui le condotte d'intermediazione della prostituzione sono giudicate «attività criminali basate sulla coercizione e l'asservimento dell'essere umano»; il massimo organo giurisdizionale francese ha così riconosciuto che il legislatore, nell'adottare un modello neo-proibizionista in materia di prostituzione, «ha inteso assicurare la salvaguardia della dignità della persona contro tali forme di asservimento».

<sup>96</sup> Cfr. per una sintesi al riguardo TINCANI 2020.

suppone una previa valutazione morale degli interessi (individuali o collettivi) che si ritengano meritevoli di protezione giuridica.

Oggi, nelle nostre società pluraliste, organizzate secondo le modalità che è andato assumendo lo Stato costituzionale di diritto<sup>97</sup>, è difficile dire se, ed eventualmente in quale misura, il legislatore, e i giudici che concorrono alla formazione del diritto (per esempio specificando o elaborando diritti in via interpretativa), siano orientati nella loro azione dal principio del danno o, piuttosto, dal criterio del bene giuridico<sup>98</sup>. Ciò che pare chiaro, d'altra parte, è che, in questa vicenda, a conquistare uno spazio sempre maggiore sia il paradigma giuridico della dignità umana, in virtù della sua straordinaria ambivalenza semantica che la rende idonea a prestarsi a operazioni espansive o restrittive della libertà.

Da una prospettiva liberale, le sue applicazioni più problematiche sono senza dubbio quelle che impongono limiti alla libertà dell'individuo in nome della "sua" stessa dignità, il cui contenuto viene di fatto eterodeterminato secondo criteri più o meno essenzialistici, dettati dalla "natura" o, più intellegibilmente, dalla convenzione<sup>99</sup>. In questi casi si ripropone, ma con modalità solo apparentemente nuove, il classico problema del paternalismo e della sua compatibilità con i principi liberali.

Il problema – semplificando un dibattito assai articolato che torna sulla scena ciclicamente<sup>100</sup> – è quello di stabilire se vi siano scelte che il diritto è legittimato a impedire anche se non ledano diritti altrui ma, si ritiene, danneggino lo stesso soggetto che compie la scelta<sup>101</sup>. Il problema etico – e poi giuridico – del paternalismo è costituito dal fatto che mentre il fine del legislatore è benevolo, o almeno si suppone che lo sia essendo inteso a fare il "bene" dell'individuo, a proteggerlo, a difenderlo anche da se stesso, il mezzo di cui si serve – la limitazione della sua libertà – è però percepito, in primo luogo dall'individuo che lo subisce, come un male, non solo per il suo contenuto, appunto la riduzione dell'insieme delle scelte di cui l'individuo dispone, ma anche per il suo presupposto, secondo cui si assume che l'individuo non sia in condizione di riconoscere e/o di perseguire il proprio "bene".

Come noto, questo tipo di intervento da parte del diritto è categoricamente escluso, in un'ottica liberale, che ad esso contrappone una concezione, al contrario, radicalmente antipaternalistica, fondata sulla massima valorizzazione dell'autonomia morale dell'individuo e della sua idoneità – in condizioni "normali" – a individuare le scelte più in linea con la propria idea del suo bene<sup>102</sup>. Recentemente questa visione, che certamente informa il modello pluralista delle nostre società complesse, è tornata ad essere oggetto di critiche, che ne hanno revocato in dubbio i principi fondamentali contestando che essi riflettano una visione semplicistica sia dell'autonomia individuale, in quanto del tutto avulsa dal contesto in cui si determina la scelta<sup>103</sup>, che della distanza cognitiva che separa il singolo individuo dal legislatore<sup>104</sup>, cioè di quell'asimmetria informativa che Mill postulava incommensurabile nella definizione degli interessi dell'individuo, ossia del suo "bene".

<sup>97</sup> Su cui, da ultimo, PINO 2017.

<sup>98</sup> Un bilancio interessante, con esclusivo riferimento all'ambito penale, rimane FIANDACA, FRANCOLINI 2008.

<sup>99</sup> Cfr. rispettivamente AZZONI 2012, 93, per cui «l'analitica della dignità è sempre incompleta e dipende ultimamente dalla nostra comprensione dell'uomo», e PRISCO 2019, 76, secondo il quale il contenuto della dignità dipende «se ne esiste una declinazione, per così dire, oggettiva – da (quel tanto di) oggettività che consiste nel consenso eventualmente formatosi su alcuni aspetti di essa in un determinato contesto storico-culturale e in forza dello stato del relativo dibattito in un dato momento».

<sup>100</sup> Limitatamente alla sola letteratura critica italiana, di principale riferimento, vd.: CADOPPI 2010, CADOPPI 2014, DICIOTTI 2005, GALLETTI, VIDA 2018, MANIACI 2012, RIVA 2020.

<sup>101</sup> Cfr. la notissima definizione di "paternalismo" offerta da DWORKIN 2020, 1: «Paternalism is the interference of a state or an individual with another person, against their will, and defended or motivated by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm».

<sup>102</sup> La sua elaborazione seminale si trova, come noto, in MILL 2002 [1859].

<sup>103</sup> Per tutti, cfr. CONLY 2013.

<sup>104</sup> Per tutti, cfr. SUNSTEIN 2015.

Ragionare su questa opposizione (paternalismo vs. antipaternalismo) significa riflettere su due elementi, la scelta e il bene, che oggi hanno nella coppia libertà/dignità una possibile traduzione giuridica. Non a caso, la discussione riceve nuovo impulso ogniqualvolta che la giurisprudenza, prim'ancora del legislatore, sia chiamata a pronunciarsi sulla composizione del loro rapporto, come è avvenuto, con le sentenze sopra esaminate, anche rispetto all'ordinamento italiano.

Piuttosto che scansare la questione con una scrollata di spalle, a me pare allora che occorra prendere sul serio l'intuizione espressa da quanti abbiano affermato che, se non altro in alcuni casi, la giurisprudenza che risolve il rapporto tra dignità e autonomia a vantaggio della prima, ricorrendo alla sua accezione oggettiva, svolge una «ricostruzione (certamente pericolosa nella sua *vis* espansiva)» che però «coglie nel segno allorché utilizza il concetto di dignità per affermare che l'ordinamento può certamente frapporre limiti all'esercizio di un diritto anche nei casi in cui non venga contemporaneamente (*prima facie*) coinvolta alcuna sfera giuridica altrui»<sup>105</sup>. In questo senso, il tema si sposta dalla questione se il diritto sia giustificato a svolgere (anche) una funzione paternalistica al problema di individuare i casi (eccezionali rispetto al principio di libertà) in cui tali interventi siano giustificati<sup>106</sup>.

Non c'è dubbio che si tratti di un problema scivoloso, per il rischio, innanzitutto, di tornare ad accreditare un'idea di Stato "etico" archiviata dalla storia, costruito sull'imposizione di una presunta morale dominante attraverso il braccio (anche armato) del diritto, come tale del tutto incompatibile con la modernità giuridica, nella quale lo Stato è uno strumento funzionale alla tutela dei diritti e delle libertà delle persone, e affatto inconciliabile con il pluralismo dei valori che ne è alla base, da realizzarsi non attraverso una qualche (negativa) forma di tolleranza ma con una ben più attiva promozione sociale della diversità individuale<sup>107</sup>. Tuttavia, è un problema che rimane ineludibile quando non si neghi (sempre e comunque) l'opportunità che, in casi residuali, il diritto esprima disapprovazione nei confronti di azioni e pratiche, pur non lesive di diritti di terzi, contrarie alla dignità di chi le abbia (anche liberamente) scelte e, anche in forza di questo, ritenute dannose, e dunque censurabili, per le ipotizzabili conseguenze sociali che determinano. Ed è un fatto che la dignità, nella sua accezione oggettiva, consista oggi in «una sorta di porta aperta» che può porsi come centro di gravità di «un apparato argomentativo che giustifica interventi repressivi di condotte che il legislatore ritiene di disapprovare, a torto o a ragione, ma sempre secondo una valutazione che fa parte della sfera di responsabilità di chi gode di una legittimazione democratica fuori discussione»<sup>108</sup>.

Del resto anche un alfiere del liberalismo (sociale) e instancabile partigiano di un diritto penale minimo, sempre critico verso le storture di una democrazia concepita come maggioritaria (ridotta, cioè, alla sua sola dimensione formale), come Luigi Ferrajoli, giudica questa «tutela della dignità della persona da se medesima [...] una forma di paternalismo», in taluni casi, «necessario alla tutela inderogabile dei diritti alla vita, all'integrità e alla dignità personale, che sono altrettante leggi del più debole contro la sopraffazione dei più forti che proverrebbe, nella logica del mercato, dalla loro disponibilità dettata dallo stato di bisogno»<sup>109</sup>.

E allora a me pare che, per una migliore impostazione del problema, occorra oggi guardare proprio alle critiche rivolte al mercato intese a metterne in luce i limiti etici, prim'ancora che giuridici. Mi riferisco, in particolare, alle due obiezioni distinte da Michael Sandel nel suo ormai classico *What Money Can't Buy*, che corrispondono ad altrettanti corni del problema del paternalismo nella sua odierna configurazione modellata sul rapporto tra libertà e dignità.

<sup>105</sup> VERONESI 2014, 345.

<sup>106</sup> Utili indicazioni in VERONESI 2014, 349-350, dove si sostiene che il sostegno argomentativo dato dal ricorso al concetto di dignità (oggettiva) è «fondamentale nei c.d. "casi limite", e cioè in situazioni di particolare gravità».

<sup>107</sup> Sul tema, vd. FONTANA 2018.

<sup>108</sup> VIOLINI 2021, 449.

<sup>109</sup> FERRAJOLI 2019, 27.

Una prima obiezione, da Sandel chiamata “dell’equità”, «chiede conto della disuguaglianza che le scelte di mercato possono riflettere»<sup>110</sup>. La mercificazione di certi beni, per alcune caratteristiche loro proprie, riflette e incrementa la disuguaglianza. Quando alcuni beni vengono inclusi nella sfera del mercato, si presume che ci sia sempre una qualche disuguaglianza nel contesto sociale, entro il quale si determina la scelta, che rende la scelta non volontaria e la persona che la compie vittima delle condizioni in cui si trova a vivere. Il consenso prestato alla transazione non si presume allora mai valido perché la scelta, pur apparentemente volontaria, non è davvero libera, in quanto necessitata dalle circostanze in una qualche misura determinante. Lo stesso paradigma del contratto, attraverso cui, secondo una retorica neoliberale, si consuma la riduzione della libertà alla sola autonomia (negoziale) dell’individuo, che dispone di sé e del proprio corpo, è mistificante perché contrabbanda come eguaglianza tra i contraenti persistenti asimmetrie di potere, così ribaltando la realtà stessa della disparità sociale<sup>111</sup>.

È questa la critica che sta al cuore della sentenza 141/2019 della Corte costituzionale, dove l’appello alla dignità, e la sua imposizione alla persona che si prostituisce, per il tramite della conferma della natura offensiva delle condotte che ne agevolano l’attività, rappresenta un grido urlato contro l’ingiustizia sociale<sup>112</sup>.

La seconda obiezione, chiamata da Sandel “della corruzione”, si pone su un piano diverso e più contendibile. Essa spinge a gettare lo sguardo oltre la considerazione dell’esistenza della disuguaglianza e «chiede conto dei comportamenti e delle norme che le relazioni di mercato possono danneggiare o dissolvere»<sup>113</sup>. In tal senso, va dritta al fondo della questione, puntando l’indice sulla natura degradante della transazione di mercato anche là dove essa sia il frutto di una scelta realmente libera. In altri termini, se pure si sia verificata la validità del consenso da parte della persona che compie la scelta, non essendo dunque addebitabile alle condizioni che caratterizzano il contesto in cui essa si determina, quel che si sostiene è che ad essere degradante è l’azione e la pratica in sé perché promuove una visione eticamente sbagliata dell’essere umano.

Come precisa Sandel, mentre «l’argomento dell’equità ricorre all’ideale [...] di un consenso ottenuto in un contesto equo», l’argomento della corruzione «fa appello non al consenso ma all’importanza morale dei beni in gioco, quelli che si dice vengano degradati dalla valutazione di mercato e dallo scambio»<sup>114</sup>. Incalza, in altri termini, a interrogarsi sulla moralità delle scelte individuali, richiamando l’attenzione sul fatto che esse non sono (qualificabili come) morali per il solo fatto (o solo perché) sono (qualificabili come) libere. Così come non si dà un rapporto d’implicazione tra la moralità di un’azione e la sua libertà, cioè il suo non essere oggetto di obblighi o divieti (altra faccia del principio per cui non è giustificabile, in una prospettiva liberale, impedire giuridicamente un’azione *solo* perché immorale), non si dà un rapporto d’implicazione tra la libertà di un’azione e la sua moralità<sup>115</sup>: ciò che sembra ovvio per le azioni che interessano terzi, ma che vale anche, e a maggior ragione, per le azioni che riguardano solo se stessi.

<sup>110</sup> SANDEL 2013, 111.

<sup>111</sup> Cfr. GIOLO 2020, *passim*.

<sup>112</sup> È lo stesso profilo di cui si preoccupano FERRAJOLI 2019 (nel passo citato *supra*) e FACCHI, GIOLO 2020, che assumono una prospettiva di analisi «che guard[a] alle condizioni effettive di libertà che permettono di qualificare una scelta come libera» (55): «complessivamente una concezione di libertà come condizione personale – spiegano le autrici – considera l’autodeterminazione un obiettivo che si delinea a partire dall’affrancamento dal dominio di altri soggetti e da una situazione di bisogno rispetto a beni fondamentali» (75).

<sup>113</sup> SANDEL 2013, 111

<sup>114</sup> SANDEL 2013, 113.

<sup>115</sup> Analogamente, per quanto in termini diversi, REICHLIN 99. Si pensi, a titolo di esempio, all’esercizio della libertà di espressione nei cosiddetti discorsi d’odio: là dove questi non vengano proibiti dal diritto, il fatto che si possano (giuridicamente) esprimere certe idee non significa anche che si sia giustificati (moralmente) a esprimerle. In sintesi: se il diritto mi consente di fare qualcosa (né obbligandomi a farla, né vietandomela) non vuol dire che quella cosa sia la cosa giusta da fare.

La domanda posta da questa obiezione è: in condizioni di eguaglianza, dove cioè non fossero presenti significative asimmetrie di potere, alcune pratiche continuerebbero a sollevare interrogativi etici? Vi sarebbero ancora – ammesso che ve ne siano oggi – buone ragioni a sostegno di modelli normativi limitativi della libertà di scelta? O in una società di eguali fondata sulla libertà sostanziale (o effettiva), dovrebbe escludersi qualsiasi intervento paternalistico da parte del diritto?

Talvolta, alcune pratiche – tipicamente quelle legate alla dimensione della sessualità umana, come la prostituzione – sono criticate per gli effetti negativi che possono produrre «in termini di eguaglianza di status sociale»<sup>116</sup>. Ma è chiaro che la critica, pur facendo appello a considerazioni relative all'eguaglianza, riguarda la dignità. In tal senso, ciò che si contesta è, in particolare, che la prostituzione corrompe le relazioni tra i generi, l'immagine che ciascuno ha del proprio genere, e più in generale la sessualità umana. È questa, come dovrebbe essere evidente, un'obiezione che prescinde dall'effettiva disparità sociale che oggi caratterizza il contesto in cui si svolge la pratica e che disvela le ragioni alla base dei modelli normativi paternalistici che la disciplinano in senso (più o meno marcatamente) proibizionista.

Non è chiaro se, ed eventualmente quanto, questa obiezione sia presente nell'argomentazione della Corte, anche se traspare da alcuni suoi passaggi, in particolare là dove il giudice costituzionale parla di “naturale riluttanza” verso questa “scelta di vita”<sup>117</sup>. Non sembrano invece esservi dubbi sul fatto che la Corte abbia adottato proprio questa obiezione quando ha avuto occasione di pronunciarsi incidentalmente su un'altra questione, la maternità surrogata, chiaramente diversa ma sotto certi aspetti rilevanti affine in rapporto alla prostituzione. Mi riferisco al noto *obiter dictum* espresso nella sentenza 272/2017, nella quale il giudice costituzionale ha affermato che «la maternità surrogata [...] offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane», così mostrando di ritenere giustificato l'«elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale» (ex art. 12, comma 6, della L. 40 del 2004)<sup>118</sup>.

Tenere presente questi due corni del problema, che assumono un più chiaro significato quando siano riferiti alle due distinte obiezioni che possono essere rivolte al mercato, serve a inquadrare correttamente l'uso che si fa della dignità, nel dibattito pubblico come pure nel discorso giuridico. Se la prima obiezione (dell'equità) pretende la validità del consenso prestato dall'individuo che esercita la propria libertà attraverso il mercato, la seconda obiezione (della corruzione) pretende il valore della scelta compiuta, il cui apprezzamento dipende dall'importanza attribuita ai beni in gioco. Entrambe possono essere formulate con riferimento al valore dell'eguaglianza: delle opportunità, la prima; di status, la seconda. Ma oggi rappresentano esattamente le questioni che mette in campo la nozione sfuggente e ambigua di dignità oggettiva.

<sup>116</sup> SERUGHETTI 2019, 186, che riporta la tesi espressa da SATZ 2010, 146, secondo cui: «se la prostituzione è sbagliata è a causa dei suoi effetti su come gli uomini percepiscono le donne e su come le donne percepiscono se stesse».

<sup>117</sup> Cfr. il più volte citato § 6.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>118</sup> La sentenza sembra recepire quanto, pur succintamente, espresso dal CNB nella sua Mozione del 18 marzo 2016 in tema di *Maternità surrogata a titolo oneroso*, dove si afferma che «la maternità surrogata è un contratto lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione. Il CNB ritiene che tale ipotesi di commercializzazione e di sfruttamento del corpo della donna nelle sue capacità riproduttive, sotto qualsiasi forma di pagamento, esplicita o surrettizia, sia in netto contrasto con i principi bioetici fondamentali». Tra i critici della posizione sostenuta dalla Corte: BIN 2019, 3, e RONCHETTI 2019, 666-667.

### Riferimenti bibliografici

- AZZONI G. 2012. *Dignità umana e diritto privato*, in «Ragion Pratica», 1, 2012, 75 ss.
- BARBERA A. 2013. *Un moderno “habeas corpus”*, in «Forum di Quaderni costituzionali», 27 giugno 2013, 1 ss.
- BARCELLONA G. 2018. *Della forma dell’acqua: la dignità umana, volti e risvolti costituzionali*, in «Rivista AIC», 1, 2018, 1 ss.
- BECCHI P. 2009. *Il principio dignità umana*, Morcelliana.
- BIN R. 2017. *Dignità umana e biodiritto*, in «BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto», 2, 2017, 3 ss.
- BIN R. 2018. *Critica della teoria dei diritti*, Franco Angeli.
- BIN R. 2019a. *La Corte, i giudici e la dignità umana*, in «BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto», 2, 2019, 1 ss.
- BIN R. 2019b. *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in «Forum di Quaderni costituzionali», 26 novembre 2019, 1 ss.
- BORSELLINO P. 2018. *Bioetica tra “moralì” e diritto*, Raffaello Cortina.
- CADOPPI A. (ed.) 2010. *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of the criminal law: in ricordo di Joel Feinberg*, Giuffrè.
- CADOPPI A. (ed.) 2014. *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, Dike giuridica.
- CONLY S. 2013. *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge University Press.
- CRICENTI G. 2012. *La dignità nel biodiritto*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2, 2012, 95 ss.
- CRICENTI G. 2017. *I giudici e la bioetica. Casi e questioni*, Carocci.
- D’AGOSTINO F. 2018. *Come leggere la legge n. 219/2017*, in «BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto», 1, 2018, 15 ss.
- D’AVACK L. 2015. *Il potere sul corpo. Limiti etici e giuridici*, Giappichelli.
- D’AVACK L. 2018. *Il dominio delle biotecnologie. L’opportunità e i limiti dell’intervento del diritto*, Giappichelli.
- D’AVACK L. 2019. *Il paradigma dignità: usi etici e giuridici*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2019, 11 ss.
- D’AVACK L. 2020. *Consenso informato e scelte di fine vita. Riflessioni etiche e giuridiche*, Giappichelli.
- DALY E. 2013. *Dignity Rights. Courts, Constitution and the Worth of the Human Person*, University of Pennsylvania Press.
- DE LIA A. *Le figure di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione al banco di prova della Consulta. Un primo commento. alla sentenza della Corte costituzionale n. 141/2019*, in «Forum di Quaderni costituzionali», 20 giugno 2019, 1 ss.
- DI CIOMMO M. 2010. *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze, Passigli.
- DICIOTTI E. 2005. *Preferenze, autonomia e paternalismo*, in «Ragion pratica», 1, 2005, 99 ss.
- DONATELLI P. 2012. *La vita umana in prima persona*, Laterza.
- DONATELLI P. 2020. *La filosofia e la vita etica*, Einaudi.
- DUPRÉ C. 2016. *The Age of Dignity*, Hart Publishing.
- DWORKIN G. 2020. *Paternalism*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>.

- FACCHI A., GIOLO O. 2020, *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto*, il Mulino.
- FERRAJOLI L. 2019. *Dignità e libertà*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2019, 23 ss.
- FIANDACA G., FRANCOLINI G. (eds.) 2008. *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Giappichelli.
- FONTANA G. 2018. *Eguaglianza e promozione sociale nello Stato costituzionale tra bisogni e meriti*, in MASTROMARTINO F. (ed.), *Teoria e pratica dell'eguaglianza. Prospettive di analisi critica*, L'Asino d'oro, 63 ss.
- FONTANA G. 2019. *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, Editoriale scientifica.
- GALLETTI M., VIDA S. 2018. *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, If Press.
- GEMMA G. 2008. *Dignità umana: un disvalore costituzionale?*, in «Quaderni costituzionali», 2, 2008, 379 ss.
- GIOLO O. 2020. *Il diritto neoliberale*, Jovene.
- GUARINI C.P. 2019. *La prostituzione «volontaria e consapevole»: né libertà sessuale né attività economica privata “protetta” dall'art. 41 Cost. A prima lettura di Corte costituzionale n. 141/2019*, in «Osservatorio costituzionale», 4, 2019, 475 ss.
- KACZOR C. 2005. *Edge of Life. Human Dignity and contemporary Bioethics*, Springer.
- KASS L.R. 2002. *Life, Liberty and the Defense of Dignity*, Encounter.
- LEHER S.P. 2018. *Dignity and Human Rights. Language Philosophy and Social Realizations*, Routledge.
- LIBERALI B. 2019. *Dignità Umana e libertà sessuale nella prostituzione libera e consapevole: interpretazione evolutiva o anacronismo legislativo?*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 2019, 1670 ss.
- LUBAN D. 2007. *Legal Ethics and Human Dignity*, Cambridge University Press.
- MALVESTITI B. 2015. *La dignità umana dopo la “Carta di Nizza”*, Orthotes.
- MANIACI G. 2012. *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli.
- MASSARO A. 2020. *Questioni di fine vita e diritto penale*, Giappichelli.
- MAZZONI C.M. *Quale dignità. Il lungo viaggio di un'idea*, Olschki.
- MCCRUDDEN C. 2008. *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in «The European Journal of International Law», 4, 2008, 655 ss.
- MILL J.S. 2002. *Sulla libertà*, Milano, Net (ed. or. *On Liberty*, Parker and Son, 1859, trad. it. di S. Magistretti).
- NICCOLAI S. 2019. *La legge Merlin e i suoi interpreti*, in DANNA D., NICCOLAI S., TAVERNINI L., VILLA G. (eds.), *Né sesso né lavoro. Politiche sulla prostituzione*, Vanda Edizioni, 77 ss.
- PACELLA F. 2020. *Dignità umana e libertà fondamentali nella prostituzione e nell'aiuto al suicidio*, in «Rivista AIC», 3, 2020, 447 ss.
- PICCHI M. 2019. *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, in «Forum di Quaderni costituzionali», 8 settembre 2019, 1 ss.
- PIEPOLI G. 2003. *Dignità e autonomia privata*, in «Politica del diritto», 1, 2003, 45 ss.
- PINO G. 2017. *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, il Mulino.
- POCAR V. 2012. *Dignità e non-dignità dell'uomo*, in «Ragion Pratica», 1, 2012, 119 ss.

- POGGI F. 2019. *Dignità e autonomia: disaccordi semantici e conflitti di valore*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2019, 33 ss.
- PRISCO S. 2019. *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, in «BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto», 2, 2019, 61 ss.
- REICHLIN M. 2017. *La discussione sulla dignità umana nella bioetica contemporanea*, in «BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto», 2, 2017, 93 ss.
- RESTA G. 2010. *La dignità*, in RODOTÀ S., ZATTI P. (eds.), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, Giuffrè, 259 ss.
- RESTA G. 2014. *Dignità, persone, mercati*, Giappichelli.
- RESTA G. 2019. “How to Do Things with Words”. *Three Uses of Human Dignity*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2019, 67 ss.
- RISICATO L. 2020. *La Consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione “timida” fuga lo spettro delle chine scivolose*, in «La legislazione penale», 16.3.2020, 1 ss.
- RIVA N. (ed.) 2020. *L'antipaternalismo liberale e la sfida della vulnerabilità*, Carocci.
- RODOTÀ S. 2012. *Il diritto di avere diritti*, Laterza.
- RONCHETTI L. 2021. *La giustizia resa dalla giustizia costituzionale in nome della pari dignità sociale: sofferenza dei diritti e insofferenze per chi li calpesta*, in «Diritto e società», 4, 2019, 631 ss.
- ROSEN M. 2012. *Dignity. Its History and Meaning*, Harvard University Press.
- SANDEL M. 2013. *Quello che i soldi non possono comprare. I limiti morali del mercato*, Feltrinelli (ed. or. *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Market*, Farrar, Straus and Giroux, 2012, trad. it. di C. Del Bò).
- SATZ D. 2010. *Why Some Things Should Not Be For Sale: The Moral Limits of Markets*, Oxford University Press.
- SCARPELLI U. 1998. *Bioetica: prospettive e principi fondamentali*, in ID., *Bioetica laica*, Baldini&Castoldi, 37 ss.
- SERUGHETTI G. 2019. *Prostituzione: violenza o lavoro? Riflessioni su volontarietà, costrizione e danno nel dibattito sulle alternative politico-normative*, in «AG – AboutGender – International Journal of Gender Studies», 8, 15, 2019, 164 ss.
- SPAEMANN R. 2011. *Tre lezioni sulla dignità umana*, Lindau.
- SPERTI A. 2013. *Una riflessione sulle ragioni del recente successo della dignità nell'argomentazione giudiziale*, in «Costituzionalismo.it», 1, 2013, 1 ss.
- SUNSTEIN C.R. 2015. *Effetto nudge. La politica del paternalismo libertario*, Milano, EGEA, (ed. or. *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, Yale University Press, trad. it. G. Barile).
- TINCANI P. 2020. *In difesa del principio del danno*, in RIVA N. (ed.), *L'antipaternalismo liberale e la sfida della vulnerabilità*, Carocci, 13 ss.
- VERONESI P. 2014. *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in «Quaderni costituzionali», 2, 2014, 315 ss.
- VERONESI P. 2019. *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all'autodeterminazione*, in «BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto», 2, 2019, 27 ss.
- VIOLINI L. 2021. *La dignità umana al centro: oggettività e soggettività di un principio in una sentenza della Corte Costituzionale (sent. 141 del 2019)*, in «Dirittifondamentali.it», 1, 2021, 444 ss.
- VINCENTI U. 2009. *Diritti e dignità umana*, Laterza.
- ZANETTI G. 2018. *Eguaglianza liberale*, in MASTROMARTINO F. (ed.), *Teoria e pratica dell'eguaglianza. Prospettive di analisi critica*, L'Asino d'oro, 3 ss.



# RATIO DECIDENDI

a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO



# ANALOGIA IN BONAM PARTEM E CONVIVENZA MORE UXORIO.

UN'ANALISI ARGOMENTATIVA  
DELLA SENTENZA DELLA CORTE  
DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE  
PENALI, N. 10381/2021

GIOVANNI TUZET



Analogia *in bonam partem* e convivenza *more uxorio*.

Un'analisi argomentativa della sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, n. 10381/2021

*In bonam partem* analogy and *more uxorio* partnership.

An argumentative analysis of decision no. 10381/2021 of the Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali

GIOVANNI TUZET

Professore ordinario di filosofia del diritto nell'Università Commerciale "Luigi Bocconi" di Milano.

E-mail: [giovanni.tuzet@unibocconi.it](mailto:giovanni.tuzet@unibocconi.it).

#### ABSTRACT

Il lavoro si apre con alcune considerazioni sul ragionamento analogico in generale. Dopodiché vengono ricordate a grandi tratti alcune caratteristiche dell'analogia giuridica e viene analizzata, sotto il profilo argomentativo, la sentenza n. 10381/2021 delle Sezioni Unite penali della Cassazione italiana. Si tratta di una decisione in cui opera un'analogia *in bonam partem* a favore dei conviventi *more uxorio*.

The work starts with some considerations on analogical reasoning in general. Then it points out some general features of the use of analogy in law, and it provides an argumentative analysis of decision no. 10381/2021 of the Italian Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali. In this decision a form of *in bonam partem* analogy operates in favor of *more uxorio* partners.

#### KEYWORDS

Analogia, Argomentazione giuridica, Convivenza *more uxorio*, Diritto penale, Interpretazione estensiva

Analogy, Criminal Law, Extensive Interpretation, Legal Argumentation, *More Uxorio* Partnership

#### ALLEGATI

Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, sentenza n. 10381/2021

# Analogia *in bonam partem* e convivenza *more uxorio*

Un'analisi argomentativa della sentenza della Corte di Cassazione,  
Sezioni Unite penali, n. 10381/2021

GIOVANNI TUZET

1. *Analogia e diritto* – 1.1 *Analogie e rilevanza* – 1.2. *Interpretazione, lacune, somiglianze e differenze* – 1.3. *Questioni ulteriori* – 2. *Analogia in bonam partem e convivenza more uxorio* – 2.1. *I fatti e gli argomenti in campo* – 2.2. *La decisione*.

ALLEGATI: Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, sentenza n. 10381/2021

## 1. *Analogia e diritto*

### 1.1. *Analogie e rilevanza*

Il ruolo dell'analogia è un tema classico che non smette di interessare studiosi e operatori del diritto. Ma vorrei iniziare con alcune considerazioni sul ragionamento analogico in generale. Dopodiché ricorderò a grandi tratti alcune caratteristiche dell'analogia giuridica e passerò ad analizzare, sotto il profilo argomentativo, la sentenza penale su cui il presente scritto si focalizza. Si tratta di una decisione in cui opera un'analogia *in bonam partem*.

Ragionare per analogia significa vedere le somiglianze fra cose distinte e concluderne che se queste hanno qualcosa in comune, allora (forse) hanno in comune anche qualcos'altro. Le somiglianze devono essere a ben vedere *rilevanti*. Una lattina di aranciata e una di birra si assomigliano per la forma, il materiale e magari il colore. Ma il loro contenuto è diverso. Dalla somiglianza in un aspetto non si può saltare alla somiglianza in un altro, a meno che la somiglianza di partenza non sia rilevante.

Una bottiglia di birra e una lattina di birra differiscono nella forma e nel materiale, ma avendo in comune un contenuto alcolico producono su di noi gli stessi effetti. Come tesi generale, ogni cosa assomiglia a ogni altra in almeno un aspetto, ma vi differisce anche in almeno un aspetto (se non fosse così sarebbero la stessa cosa). Ragionare per analogia è spesso necessario ma altrettanto spesso fuorviante, se somiglianze e differenze non vengono valutate con attenzione. Bisogna guardarsi da quello che Mallarmé chiamava il “demone dell'analogia”. Vedere le giuste somiglianze e le giuste differenze è in certo senso un'arte; richiede la capacità di distinguere e comparare, valutare profili diversi senza trascurarne le connessioni, fare un lavoro tanto analitico quanto sintetico, detto in breve.

Per passare a una definizione più tecnica, possiamo dire che il ragionamento analogico serve a estendere a un caso *target* una considerazione che vale per un caso *source*. Quando ha uno scopo conoscitivo, l'analogia serve a integrare la conoscenza del caso *target*. Quando ha uno scopo normativo, serve a regolare un caso *target*. Serve così, in ambito morale, a sviluppare ed estendere le nostre valutazioni da una situazione familiare a una che lo è meno<sup>1</sup>. Così, in ambito giuridico, l'analogia integra la disciplina esistente colmando una lacuna.

Supponiamo di interrogarci su una sostanza non tanto conosciuta, il nostro caso *target*. E confrontiamola con una sostanza conosciuta, il caso *source*. Se sappiamo che la sostanza *source* ha effetti dannosi sul nostro organismo e sappiamo che la sostanza *source* e quella *target* hanno una

<sup>1</sup> Cfr. CANALE et al. 2021, cap. XI.

composizione chimica simile, possiamo concluderne per analogia che anche la sostanza *target* ha (forse, o probabilmente) effetti dannosi sul nostro organismo. Eccone una rappresentazione schematica:

La sostanza *a* (*source*) è dannosa per la salute (*Q*).

La sostanza *a* (*source*) e la sostanza *b* (*target*) hanno una simile composizione chimica (*P*).

---

Probabilmente, la sostanza *b* (*target*) è dannosa per la salute (*Q*).

Più astrattamente, dal fatto che *a* presenta l'aspetto *Q* e dalla somiglianza di *a* e *b* sotto l'aspetto *P* viene inferito che anche *b* presenta l'aspetto *Q*, assumendo che *P* sia rilevante per *Q*. Si noti che formule cautelative come “forse” e “probabilmente” segnalano il margine di incertezza e fallibilità della conclusione<sup>2</sup>.

L'esempio appena fatto si presta a vederne le possibili implicazioni normative. Assumiamo che il diritto (amministrativo) di un certo ordinamento non permetta la vendita di *a* in quanto sostanza dannosa e non disponga nulla a proposito di *b*. Allora un ragionamento analogico può colmare la lacuna:

La vendita della sostanza *a* (caso *source*) non è permessa (*Q*).

La sostanza *a* (*source*) e la sostanza *b* (*target*) sono dannose per la salute (*P*).

La protezione della salute (*R*) rende rilevante la somiglianza fra *a* e *b*.

---

La vendita della sostanza *b* (caso *target*) non è permessa (*Q*).

Questo è un caso di analogia normativa, non conoscitiva come all'esempio precedente. *Q* è ora un aspetto normativo che viene esteso a *b* sulla base della somiglianza rilevante sotto il profilo *P* e sulla base di *R* come *ratio* della disciplina. È proprio *R* a rendere rilevante la somiglianza.

Nel ragionamento giuridico, come abbiamo già detto, l'analogia serve a colmare le lacune del diritto. Il ragionamento analogico colma le lacune estendendo a un caso non regolato la disciplina prevista per un caso regolato, assumendo che fra i due vi sia una somiglianza rilevante. E cosa rende rilevante la somiglianza? Appunto la *ratio*, ossia la ragione di una disciplina, la sua finalità o il suo scopo. Alla luce dello scopo alcune somiglianze sono rilevanti e altre non lo sono. Quando la somiglianza è rilevante è corretto estendere la disciplina per analogia.

In un famoso caso americano di fine '800 (il caso *Adams*) – si badi, un caso civile – ci si chiedeva come regolare il risarcimento per un furto subito dal passeggero di un battello a vapore nella cabina a lui assegnata. L'autore del furto non era stato identificato e il passeggero chiedeva un risarcimento ai prestatori del servizio. Le regole vigenti a quel tempo stabilivano la responsabilità oggettiva dei titolari di hotel, pensioni, ecc. Cioè, in tali casi i prestatori del servizio erano responsabili dei furti subiti dai clienti nelle loro camere, senza che i clienti dovessero provare la negligenza dei titolari. Al contrario le regole del tempo stabilivano che non ci fosse responsabilità oggettiva delle compagnie ferroviarie. Alla vittima di un furto su un treno non era sufficiente far valere il furto per ottenere un risarcimento: doveva essere dimostrata la negligenza della compagnia ferroviaria. Come regolare allora il furto in battello? Non c'erano norme espresse a riguardo, dunque c'era una lacuna.

Il battello è simile al treno in quanto mezzo di trasporto. Ma è simile all'hotel se prevede cabine dove i clienti possono riposare, lasciare i propri beni, ecc. Le cabine sono simili alle stanze d'hotel, eppure l'hotel non è un mezzo di trasporto. Se era rilevante la somiglianza con il treno,

<sup>2</sup> Su questo e altri punti che caratterizzano il ragionamento analogico mi permetto di rinviare a TUZET 2020a.

il furto non era risarcibile con responsabilità oggettiva. Se invece era rilevante la somiglianza con l'hotel, il furto era così risarcibile. Fra gli argomenti in gioco c'era una sorta di "battaglia delle analogie"<sup>3</sup>.

La Corte che decise il caso scelse una delle analogie. Stabilì che la somiglianza rilevante era quella fra battello e hotel. E perché? Perché nel caso dell'hotel si instaura un rapporto di fiducia fra titolare e cliente, che manca invece quando si acquista un biglietto ferroviario. Per proteggere l'affidamento del cliente andava garantita una forma impegnativa di responsabilità da parte del prestatore del servizio, ossia la responsabilità oggettiva.

Nei termini che menzionavo prima, la *ratio* della disciplina relativa all'hotel era la protezione del rapporto fiduciario fra cliente e titolare. La Corte giudicò appunto che vi era una simile relazione nel caso del battello, quando al passeggero viene assegnata una cabina riservata. Pertanto la disciplina del risarcimento andava estesa dall'hotel al battello. Non dal treno al battello.

## 1.2. Interpretazione, lacune, somiglianze e differenze

Posto quanto sopra, l'analogia *non* è una forma di interpretazione. L'analogia serve a colmare le lacune, dunque a integrare il diritto, non a interpretarlo. Purtroppo circola non di rado l'espressione "interpretazione analogica", che è un *monstrum* concettuale. Se qualcosa è analogia non è interpretazione. Se è interpretazione non è analogia.

Mi spiego meglio: l'interpretazione giuridica è l'attività con cui si attribuisce un significato a un testo normativo. Fatto ciò, si può vedere se il caso concreto ricada nella sfera di applicazione della norma. Ossia, come si usa dire, se la fattispecie concreta rientri in quella astratta. E questo presuppone che i testi normativi siano stati interpretati e si abbia un'idea di quale sia la fattispecie astratta.

Supponiamo allora di trovarci di fronte a un caso concreto che non riusciamo a far rientrare in nessuna delle fattispecie astratte individuate tramite interpretazione. Allora abbiamo appunto una lacuna. Ma ciò presuppone che l'interpretazione abbia già avuto luogo e che non sia sufficiente a decidere il caso. Occorre infatti un'integrazione del diritto, occorre colmare la lacuna.

Poi dobbiamo distinguere l'analogia dal cosiddetto argomento *a contrario*. Questo argomento, nella sua forma più tipica, fa leva sulle differenze invece che sulle somiglianze. In presenza di una lacuna l'argomento *a contrario* dice che il caso non regolato deve essere trattato nel modo opposto a quello espressamente regolato, dato che i due casi sono diversi sotto un profilo rilevante. L'argomento nega l'estensione della disciplina prevista per il caso *source*. Essendo diverso in maniera rilevante, il caso *target* va trattato diversamente.

Si noti che nel caso *Adams* i prestatori del servizio cercavano di argomentare *a contrario* nel momento in cui facevano notare le differenze fra battello e hotel. E ovviamente, per il passeggero derubato, se valeva la somiglianza fra battello e hotel valeva anche la differenza fra battello e treno. Insomma, è un gioco di somiglianze e differenze dove è cruciale l'identificazione della *ratio* di una disciplina.

A questo punto occorre richiamare alcuni aspetti dell'analogia in ambito *penale*. Come ben noto, l'analogia non è consentita in questo ambito. Per la precisione, nel nostro ordinamento e in gran parte degli ordinamenti contemporanei non è consentita l'applicazione analogica delle norme incriminatrici, ovvero l'analogia *in malam partem*. Ma nella prassi si consente la cosiddetta "interpretazione estensiva". Ora, chi ha un atteggiamento critico a riguardo sostiene che le due operazioni hanno gli stessi risultati pratici. In un modo o nell'altro, il risultato è lo stesso: un'estensione delle norme penali, per incriminare condotte che non sono espressamente previste come reati.

Chi è favorevole all'interpretazione estensiva fa notare invece che il diritto penale deve avere un minimo di flessibilità, la quale potrebbe essere garantita disponendo di un criterio di interpre-

<sup>3</sup> A riguardo si può vedere SCHAUER 2016, cap. V.

tazione estensiva che distingue questa dall'analogia. Per fare un esempio: molestare qualcuno tramite un social network costituisce una molestia «in luogo pubblico o aperto al pubblico» (art. 660 c.p.)? Quando pensiamo a un luogo pubblico pensiamo a una piazza o una via, e per rappresentarci un luogo aperto al pubblico possiamo pensare a un cinema o un teatro. Il legislatore del codice (1930) non poteva ovviamente pensare a un social network. Pertanto: dobbiamo lasciare impunte le molestie tramite social network, giacché non sono espressamente previste nei testi normativi, o possiamo punirle interpretando estensivamente «in luogo pubblico o aperto al pubblico» in modo da includervi un social network?

I luoghi virtuali della rete e dei social network sono parte della nostra esperienza ormai da anni; ancor di più lo sono stati nei periodi di isolamento fisico patiti durante la pandemia di Covid-19. Chiunque abbia avuto la necessità di riunioni virtuali si sarà confrontato con domande come “Dove ci troviamo?”, “Su Zoom, Teams, Meet?” – si tratta di spazi virtuali cui ci stiamo abituando sempre più e rispetto ai quali non è implausibile sostenere un'estensione semantica del termine “luogo”.

Guardando alla cosa sotto un profilo teorico, occorre intendersi sul significato di “interpretazione estensiva”. Grosso modo questa consiste nell'interpretazione che ne estende un'altra, che cioè fa rientrare più condotte nell'area di applicazione della norma. Dato che in diritto penale l'interpretazione deve essere in genere letterale, possiamo intendere per interpretazione estensiva quella che estende un'interpretazione letterale. Con quale legittimità? Un'idea è che si possa operare in questo modo quando il caso concreto è per così dire un caso “borderline”. Un caso che cade nella zona grigia fra l'area di sicura applicazione e l'area di sicura disapplicazione. Un social network può sembrare questo, un caso borderline di «luogo pubblico o aperto al pubblico»: non siamo né sicuri che rientri nella norma, né sicuri che non vi rientri. Allora, se abbiamo buone ragioni per estendere tale disciplina possiamo operare un'interpretazione estensiva che faccia rientrare il caso grigio nella zona di applicazione. E quali sarebbero le buone ragioni? Ad esempio la protezione delle persone dalle molestie, quindi, di nuovo un appello alla *ratio* della disciplina<sup>4</sup>.

Più le nostre vite sono interconnesse e più sono nuovi i media e gli strumenti che utilizziamo, più c'è bisogno di ragionare per analogia e di farlo con attenzione, valutando le somiglianze e le differenze, anche le più sottili.

In ambito civile la cosa non è altrettanto spinosa, dato che le norme civili si possono applicare per analogia. Quindi parlare di “interpretazione estensiva” o di “analogia” in sede civile non fa molta differenza, se non sotto il profilo teorico.

### 1.3. Questioni ulteriori

Nei miei precedenti lavori sull'analogia ho riservato meno spazio ad alcune questioni su cui è opportuno un approfondimento. Una è la questione dell'estensione analogica sotto vincoli costituzionali. Per un verso, in ambito penale, può trattarsi dell'analogia *in bonam partem* giustificata da principi costituzionali<sup>5</sup>. In questa prospettiva rientra la decisione che analizzo nel prosieguo. Per altro verso, più sorprendentemente ma sempre su basi costituzionali, può trattarsi dell'analogia *in malam partem*. Siamo soliti dire che nel nostro ordinamento e in molti altri questa forma di analogia è bandita<sup>6</sup>. Ep-

<sup>4</sup> Si osservi che in questo modo le considerazioni teleologiche supportano un'interpretazione letterale (estensiva), non si sostituiscono a essa. Per altro verso l'interpretazione teleologica e l'applicazione analogica possono instaurare un reciproco rinvio, quando il tentativo di configurare la seconda aiuta a precisare la prima e come sempre alla seconda occorre l'identificazione di una *ratio* per stabilire se una somiglianza sia rilevante. Ne parlo in TUZET 2020b.

<sup>5</sup> Sotto il profilo teorico si può osservare che, a rigore, il diritto penale non presenta lacune dato il principio generale esclusivo che rende permesso quanto non è espressamente vietato. Che lacuna andrebbe allora a colmare un'analogia? La risposta dei teorici di orientamento analitico è che si tratti di una lacuna “assiologica”, cioè dell'assenza di una norma che *dovrebbe* esserci considerato il quadro normativo e i suoi principi. Cfr. TUZET 2021a.

<sup>6</sup> Lo afferma anche la recentissima sentenza n. 98/2021 della nostra Corte costituzionale, proprio in tema di convivenza; per ovvie ragioni non ho potuto occuparmi qui di questa pronuncia.

pure si possono trovare esempi – per fortuna non molti – di estensione analogica di norme penali di sfavore in virtù di principi costituzionali. La decisione n. 440/1995 della nostra Consulta, nel valutare la legittimità costituzionale del reato di bestemmia rispetto alla religione cattolica, ne concluse, con riferimento al principio di eguaglianza senza distinzione di religione (art. 3 Cost.) e al principio di eguale libertà davanti alla legge di tutte le confessioni religiose (art. 8 comma 1 Cost.), che tale incriminazione dovesse valere anche per forme di oltraggio alla “Divinità” venerata da altre confessioni. Nonostante la Corte si premurasse di dire che la pronuncia non era additiva, si trattava di fatto di un’analogia *in malam partem*. Ci si può chiedere se in tali casi, di fronte al bilanciamento fra eguaglianza da un lato e riserva di legge e tassatività dall’altro, invece di una manipolazione additiva non sia meglio un’ablazione secca della norma, o magari (a meno che non sia già “in mora”) una “diffida” al legislatore affinché provveda a estendere l’incriminazione entro una certa data, ovvero se non sia opportuna una decisione che stabilisce ma non dichiara l’incostituzionalità, lasciando al potere legislativo la responsabilità di intervenire. Un altro esempio di questo tenore, ma relativo a un diverso ordinamento, è una decisione del 13 giugno 2019 del Tribunale supremo federale del Brasile: qui la fattispecie *source* sanzionata dalla legge penale è la discriminazione a sfondo razziale, quella *target* non disciplinata è la discriminazione per orientamento sessuale o identità di genere, e i giudici brasiliani, sulla base del principio di eguaglianza e della *ratio* consistente nella tutela dei gruppi discriminati, stabiliscono che la disciplina della fattispecie *source* valga anche per quella *target* fino al momento dell’adozione di una normativa specifica da parte del legislatore (già “in mora” e criticato per omissione).

Un’ulteriore questione che ho solo accennato e su cui mi riprometto di tornare è il ruolo dell’analogia nel ragionamento probatorio. Due casi interessanti sono *Daubert* e *Joiner*, entrambi appartenenti alla cd. Trilogia *Daubert* con cui la Corte suprema americana ha dato una serie di indicazioni in tema di ammissibilità della prova scientifica<sup>7</sup>. In entrambi i casi, gli attori offrivano una serie di studi ed evidenze scientifiche a supporto della propria ricostruzione fattuale volta a mostrare la responsabilità dei convenuti. Ma una debolezza dell’argomentazione attorea era rinvenuta nel fatto che, in *Daubert*, venivano offerti studi farmacologici che mostravano la sola “somialianza” fra la struttura chimica del farmaco in questione e quella di altri farmaci notoriamente teratogeni, e che, in *Joiner*, gli studi offerti per provare il decorso causale di una data patologia erano condotti su altre specie animali e dunque troppo “dissimili” da quanto occorreva nel caso. In queste pronunce l’analogia fattuale si mostrava troppo debole, al punto da non superare neanche il vaglio di ammissibilità probatoria (che comunque nell’ordinamento americano è più esigente che nel nostro, date le peculiarità del processo con giuria). Ciò non esclude però che in altri casi l’analogia probatoria possa trovare un maggior credito.

Infine, per chi si occupa di argomentazione, è interessante approfondire l’uso dell’argomento analogico nelle scelte legislative o nella loro giustificazione. Possiamo immaginare l’uso dell’analogia per giustificare e rendere accettabile ai cittadini la scelta (poniamo legislativa) di determinate conseguenze negative per chi non si vaccini contro il Covid-19. Immaginiamo che la vaccinazione rimanga su base volontaria ma con incentivi di segno negativo. Esempi: chi non è vaccinato non può viaggiare in aereo, prendere un treno, prenotare in un albergo, andare all’Università, ecc. Sarebbe un obbligo strisciante? In un dibattito pubblico il difensore del provvedimento, a fini giustificativi e persuasivi, può ben ricorrere all’analogia con l’obbligo di patente per la guida di un veicolo: guidare è un’attività pericolosa per sé stessi e per altri, quindi è ragionevole subordinarla a dati requisiti; ma anche salire su un treno senza essere vaccinati è pericoloso per sé stessi e per gli altri, così come prendere un aereo, ecc. Ne segue che anche queste attività possono essere legittimamente subordinate a requisiti che includono la vaccinazione.

<sup>7</sup> Per approfondimenti si possono vedere CARLIZZI 2019 e TUZET 2021b.

## 2. Analogia in bonam partem e convivenza more uxorio

### 2.1. I fatti e gli argomenti in campo

Come anticipato, la restante parte del presente lavoro verte su un caso penale di analogia *in bonam partem* deciso con la sentenza n. 10381/2021 dalle Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione. Non avendo le competenze del penalista mi limiterò a un'analisi argomentativa delle motivazioni giudiziali, sul modello di altre analisi pubblicate in questa sede<sup>8</sup>.

I fatti in breve: per favorire il convivente che aveva provocato un sinistro stradale e si era allontanato senza prestare soccorso alle persone coinvolte, l'imputata dichiara falsamente ai Carabinieri di essere stata alla guida dell'auto, mentre in realtà viaggiava come terzo trasportato. A sua difesa invoca la causa di non punibilità di cui all'art. 384 comma 1 c.p., che in determinati casi tassativamente previsti dalla legge stabilisce la non punibilità di chi «ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocimento nella libertà o nell'onore». La Corte d'appello competente esclude che tale causa possa trovare applicazione nel caso di specie, non trattandosi di un prossimo congiunto ma del convivente *more uxorio*.

Nel ricorso per cassazione la difesa dell'imputata argomenta in favore dell'estensione di tale norma alle convivenze di fatto, non regolate sul punto dalla legge. I prossimi congiunti rientrano dunque nel caso *source*, i conviventi nel caso *target*.

La Sesta Sezione della Cassazione rileva a riguardo un contrasto giurisprudenziale e rimette il ricorso alle Sezioni Unite.

La Procura generale afferma la natura *eccezionale* della norma di cui all'art. 384 c.p. e nota che la legge n. 76/2016 sulle unioni civili (cd. legge Cirinnà) non ha modificato il quadro penale nell'aspetto che qui interessa, non operando cioè una parificazione fra coniugi e conviventi (§ 6 delle considerazioni in fatto della decisione qui analizzata).

Allo studioso di argomentazione giuridica saltano all'occhio due cose nella posizione della Procura: in primo luogo, viene richiamato quanto disposto all'art. 14 delle "Preleggi" sulla non applicabilità analogica delle norme eccezionali; in secondo luogo, viene avanzato un argomento "psicologico", cioè relativo all'intenzione del legislatore<sup>9</sup>, sostenendo che il mancato intervento del legislatore rispetto al punto che qui interessa ne rivela l'intenzione di lasciare le cose come stanno. Questo secondo argomento ha un suo particolare pregio ma anche una certa opinabilità, in quanto si tratta di muovere dal *silenzio* del legislatore. È noto fra gli studiosi di argomentazione e di pragmatica del linguaggio che dal silenzio si possono trarre molte inferenze diverse a seconda del contesto. Talora il silenzio vale come accordo, talora come diniego, talora sta semplicemente per la mancata considerazione di un certo punto. Per supportare la conclusione della Procura si dovrebbe sottoscrivere un argomento controfattuale come questo: "Se il legislatore avesse voluto equiparare i coniugi e i conviventi, allora lo avrebbe fatto; ma non lo ha fatto; quindi non voleva equiparare tali categorie"<sup>10</sup>. Piuttosto, la Procura vi aggancia alcune considerazioni sulla non percorribilità di un'interpretazione conforme a Costituzione da parte del giudice comune, in quanto in alcune pronunce la Consulta ha negato che tale mancata parificazione sia in contrasto con la Costituzione.

<sup>8</sup> Cfr. CHIASSONI 2018 e DICIOTTI 2019. In tema di analogia v. anche VELLUZZI 2019.

<sup>9</sup> Per questa e altre caratterizzazioni teoriche degli argomenti qui richiamati, rimando a CANALE, TUZET 2020. Cfr. fra gli altri GUASTINI 2011 e PINO 2010.

<sup>10</sup> O per la precisione: poiché la legge Cirinnà è intervenuta su alcune norme del codice penale (in particolare introducendo l'art. 574-ter, cfr. GATTA 2017), il fatto che non sia intervenuta anche sull'art. 384 (o meglio sull'art. 307 per il profilo che qui interessa) mostra che non intendeva estendere la relativa disciplina ai conviventi *more uxorio*. (Ringrazio G. Carlizzi per un commento su questo punto).

Badiamo però al primo argomento, quello sulla natura eccezionale della causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. (torneremo più avanti su questa caratterizzazione della norma). La possibilità o meno di estendere per analogia tale norma è ciò su cui verte principalmente la decisione in oggetto.

La difesa dell'imputata sostiene che il silenzio legislativo del 2016 non preclude un'interpretazione "evolutiva" della materia, posto che «risulta irragionevole affermare che il convivente di fatto non si trovi nella identica situazione di pressione psicologica del coniuge» (§ 7 in fatto). La "pressione psicologica", come vedremo, non conta in realtà in quanto tale ma è senz'altro uno dei profili che caratterizzano la questione.

Nell'affrontare il contrasto giurisprudenziale segnalato dalla Sesta Sezione, le Sezioni Unite riassumono dapprima l'orientamento tradizionale e prevalente, articolandolo in tre ragioni principali (§ 2.1 delle considerazioni in diritto):

- 1) «si ritiene determinante l'espresso riferimento contenuto nell'art. 384 cod. pen. ai "prossimi congiunti", la cui definizione è offerta dall'art. 307, quarto comma, cod. pen., disposizione generale all'interno del codice penale, che identifica la categoria dei prossimi congiunti esclusivamente nel coniuge, oltre che negli ascendenti, discendenti, fratelli, affini nello stesso grado, zii e nipoti, senza ricomprendervi il convivente»;
- 2) «le decisioni che formano oggetto di questo indirizzo interpretativo escludono l'assimilabilità del rapporto di fatto al vincolo coniugale e, richiamando la giurisprudenza costituzionale che in più occasioni ha ritenuto infondate le questioni di costituzionalità dell'art. 384 cod. pen., sottolineano la diversità tra il rapporto coniugale, caratterizzato da stabilità e reciprocità di diritti e doveri, e la convivenza di fatto, fondata, invece, su una *affectio* che può essere revocata in ogni momento»;
- 3) «l'esclusione della estensibilità fa leva sulla qualificazione della norma come causa di non punibilità che, in quanto norma eccezionale, non può essere applicata analogicamente».

Si noti che 1) è un argomento sistematico per combinato disposto, mentre 2) fa leva sulla diversa natura di matrimonio e convivenza e 3) corrisponde al primo argomento della Procura ricordato sopra.

Un punto interessante a favore di 2) è che, come la Corte osserva, l'equiparazione di coniugi e conviventi avrebbe una serie di conseguenze *in malam partem*, «conseguenze rinvenibili in tutti quei casi in cui il vincolo familiare rileva per la configurabilità di taluni reati». Pertanto, se da un lato si volesse giovare al convivente rendendogli applicabile la causa di non punibilità ex art. 384 c.p., dall'altro si aggraverebbe la sua posizione rispetto a una norma come l'art. 577 c.p. sull'omicidio del coniuge. Detto altrimenti, per evitare questi esiti si dovrebbe argomentare in favore di una parificazione *selettiva*, non generalizzata, in modo da distinguere i profili *in bonam* e *in malam partem*. Da ultimo, continua la Corte, la legge del 2016 ha ampliato la cerchia dei "prossimi congiunti" ex art. 307 comma 4 c.p. includendovi i soggetti uniti civilmente e non i conviventi di fatto.

L'orientamento più recente e minoritario argomenta invece a favore dell'estensione della causa di non punibilità. Vengono richiamate alcune decisioni in cui si prospetta ora una possibile applicazione analogica dell'art. 384 c.p. ora una sua interpretazione estensiva (§ 2.2 in diritto), dove quest'ultima fa leva su una nozione "moderna" e allargata di famiglia. È ovvio che un'interpretazione estensiva di "prossimo congiunto" potrebbe risolvere lo spinoso problema dell'analogia se giungesse a includere il convivente nel contenuto semantico di tale espressione. Solitamente ci si accapiglia sul confine fra interpretazione estensiva e analogia *in malam partem*, sapendo che la seconda è (o dovrebbe essere) preclusa in ambito penale; qui la cosa è meno drammatica in quanto si tratterebbe del confine fra interpretazione estensiva e analogia *in bonam partem*: dove la seconda risultasse impraticabile, si potrebbe cercare la strada della prima, ma non occorrerebbe preoccuparsi di questa se l'analogia *in bonam partem* risultasse praticabile. Per un'interpretazione estensiva dell'art. 384 c.p. rimane comunque il problema del combinato di-

sposto con l'art. 307 c.p., la cui elencazione dei “prossimi congiunti” – anche dopo l'allargamento del 2016 – non include il convivente e ha tutta l'aria di una disciplina tassativa.

Fra le decisioni del secondo orientamento viene richiamata la sentenza “Agostino” e il suo appello alla «nozione di famiglia accolta dall'art. 8 Cedu, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, che vi fa rientrare anche i legami di fatto particolarmente stretti, fondati su una stabile convivenza». In questa prospettiva, un'interpretazione conforme al diritto sovranazionale farebbe rientrare i legami di convivenza fra quelli famigliari e consentirebbe un'applicazione dell'art. 384 c.p. al caso di specie. Sotto il profilo dei principi, viene rilevata altresì la perplessità in merito alla differenza di trattamento fra unioni civili e convivenze di fatto, dato che le seconde godrebbero di meno tutele rispetto alle prime.

## 2.2. La decisione

Dopo aver discusso dell'applicabilità del secondo comma dell'art. 384 c.p. (cosa che qui omettiamo di analizzare) e aver affermato che esso non si applica al caso di specie (§ 3 in diritto), le Sezioni Unite si interrogano sulla «mancata equiparazione, nel nostro ordinamento, della convivenza *more uxorio* alla famiglia legittima» (§ 4 in diritto). La *differenza* principale sta nella “formalizzazione del rapporto”, cui si aggiunge un diverso peso della “soggettività individuale” nella convivenza, di contro alle “esigenze obiettive” della famiglia formale; mentre un *tratto comune* alle due relazioni consiste nella «scelta di una condivisione di un percorso di vita comune, basato sull'*affectio*, sulla stabilità, sulla convivenza e sulla responsabilità della cura ed educazione dei figli». Il lettore aduso ai modi di argomentare delle corti intuisce a questo punto la conclusione a cui mira la sentenza in oggetto. Ci sono differenze indubitabili fra convivenza e matrimonio, ma ci sono anche indubitabili somiglianze, e fra queste spicca la scelta di condividere un percorso di vita. Argomentare per analogia significa valutare somiglianze e differenze, e qui le Sezioni Unite fanno capire di pregiare maggiormente le prime. Se la *ratio* dell'art. 384 c.p. è quella di prestare una tutela a chi condivide tale percorso di vita, la tutela va estesa ai conviventi di fatto, anche in ragione del principio costituzionale di ragionevolezza e delle fonti sovranazionali che equiparano le due relazioni.

La Corte costituzionale ha in realtà escluso l'irragionevolezza della mancata equiparazione (§ 4.1 in diritto), riservando al legislatore la scelta a riguardo; similmente si è pronunciata la Corte EDU (§ 4.2), ricordando anche l'esigenza di tutelare gli interessi relativi all'amministrazione della giustizia penale, ma per altro verso riconoscendo una concezione di “famiglia” comprensiva dei conviventi.

In direzione diversa muove invece, per le Sezioni Unite, l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cd. Carta di Nizza), allorché «nel rinviare alle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano l'esercizio, riconosce e garantisce separatamente» i diritti di sposarsi e fondare una famiglia, «isolando il diritto di fondare una famiglia dal vincolo matrimoniale *stricto sensu* inteso e in tal modo creando le condizioni per estenderne la tutela anche in favore di altre forme di relazione familiare» (§ 5 in diritto).

Quanto al legislatore italiano, il silenzio del 2016 non va inteso come una forma di diniego, dice la Corte, dato che il proposito legislativo era distinto e consisteva nel disciplinare le unioni fra persone dello stesso sesso (§ 6 in diritto). Non varrebbe quindi il brocardo *Ubi lex noluit tacuit*. E nel nostro ordinamento si possono rinvenire forme di tutela relative alla convivenza di fatto, come ad esempio in tema di filiazione (§ 7.1) e per effetto di una diffusa giurisprudenza sia civile che penale (§ 7.2), alla cui luce complessiva il silenzio del 2016 «acquista un significato neutro» (§ 8).

Le Sezioni Unite prendono una posizione più netta in favore dell'estensione allorché passano a considerare la “natura” dell'art. 384 comma 1 c.p. «attraverso una lettura costituzionalmente orientata che valorizzi l'elemento della colpevolezza [...] nell'ambito delle disposizioni penali che regolamentano istituti analoghi» (§ 9 in diritto). Si noti che questo richiede non solo un apprezzamento costituzionale del tema ma anche una ricostruzione del sistema normativo perti-

nente e delle relative distinzioni dogmatiche o dottrinali (argomento sistematico), cogliendo il ruolo e il valore di istituti *analoghi*. Cosicché, richiamando la dottrina più avvertita e la giurisprudenza di legittimità più recente, la norma va qualificata non come una causa di non punibilità in senso stretto (dove la non punibilità sarebbe determinata da ragioni estrinseche come quelle di ordine politico), bensì come una causa di esclusione della colpevolezza, o meglio ancora come una “scusante” soggettiva che investe la colpevolezza (§ 10). Il fatto antiggiuridico posto in essere dall’agente non va punito se l’ordinamento reputa la condotta dovuta come inesigibile date le circostanze. Così l’ordinamento sceglie di non punire i reati commessi per salvare la libertà o l’onore del coniuge o di un prossimo congiunto. Si esclude quindi la colpevolezza, non l’antigiuridicità della condotta. Con ciò vengono valorizzati i vincoli di solidarietà familiare e i motivi di ordine affettivo<sup>11</sup>. Opera in maniera analoga, sotto il profilo processuale, l’art. 199 c.p.p. che consente ai prossimi congiunti dell’imputato di astenersi dal rendere testimonianza.

La valorizzazione della peculiarità del coinvolgimento psichico porta la Corte a menzionare persino il principio *Ad impossibilia nemo tenetur* (§ 11.1), che qui in realtà è fuori luogo poiché non si sta discutendo di una condotta “impossibile” ma di una condotta che – pur possibile – l’ordinamento ritiene inesigibile sotto il profilo normativo, o meglio sotto il profilo dei valori che il diritto è chiamato a tutelare. La difficile situazione psicologica è quella di dover *scegliere* fra il proprio reato e il “nocumento” alla persona cara. La «forte pressione sulla motivazione dell’agente» non è peraltro una condizione sufficiente di scusabilità di una condotta, se è vero che molti reati sono compiuti da agenti fortemente motivati a commetterli e che ciò non ne toglie la colpevolezza.

Giungendo infine al tema dell’estensione analogica, se il divieto di analogia in ambito penale viene spiegato e giustificato non tanto con la certezza del diritto quanto con l’esigenza di garantire le libertà del cittadino, allora tale divieto va inteso come riferito all’analogia *in malam partem* e non a quella *in bonam* (§ 11 in diritto). In questa direzione va letto l’art. 25 comma 2 Cost., e le norme di favore – come quella qui esaminata – possono essere estese per analogia dove ne ricorrano i presupposti. Non si vede quindi perché negare al caso di specie l’estensione del ragionamento che supporta l’applicazione dell’art. 384 c.p. come causa di esclusione della colpevolezza. Se la *ratio* è la protezione di quei motivi di ordine affettivo di cui sopra, la stessa esigenza ricorre anche nel caso del convivente *more uxorio*.

Il percorso logico del ragionamento si può tracciare in questo modo:

Il fatto commesso nelle circostanze indicate dall’art. 384 c.p. (*source*) non è punibile (Q).

Il fatto commesso a tutela di sé stessi o di un prossimo congiunto (*source*) e il fatto commesso a tutela del convivente (*target*) rispondono a motivi di ordine affettivo (P).

La protezione di tale sfera affettiva (R) rende rilevante la somiglianza fra tali fatti.

---

Il fatto commesso a tutela del convivente (*target*) non è punibile (Q).

Si badi però che non si tratta di “interpretazione analogica” (come dice la Corte al § 11.1 in diritto), bensì di estensione o ancor meglio di *integrazione* analogica. Se un’interpretazione vi fosse sarebbe semmai quella che cerca di estendere il contenuto semantico di “prossimi congiunti”, con i problemi menzionati sopra.

Da ultimo le Sezioni Unite si chiedono se l’analogia *in bonam partem* sia ostacolata in presenza di leggi eccezionali. Dopo avere caratterizzato queste ultime come quelle che derogano a un principio

<sup>11</sup> In un lucido commento alla decisione, PALAZZO 2021 insiste sulla dimensione psicologico-individuale della condotta e sostiene che l’art. 384 comma 1 c.p. non è a tutela della famiglia. Ci si può chiedere se questa contrapposizione non sia troppo accentuata, nella misura in cui la scelta dell’individuo è motivata da legami affettivo-famigliari e i prossimi congiunti sono appunto i soggetti richiamati dalla legge. Se valesse la sola dimensione psicologico-individuale, perché non scusare anche il reato a tutela di un caro amico?

generale dell'ordinamento, la Corte qualifica le cause di punibilità in senso stretto come norme eccezionali e al contrario nega che abbiano tale carattere le cause di giustificazione e quelle di esclusione della colpevolezza. Ne segue che può darsi qui lo spazio per un'applicazione analogica, e che l'estensione dell'art. 384 c.p. ai conviventi *more uxorio* «trova piena giustificazione» (§ 12).

Questo il principio di diritto enunciato in conclusione (§ 14): «l'art. 384, primo comma, cod. pen., in quanto causa di esclusione della colpevolezza, è applicabile analogicamente anche a chi ha commesso uno dei reati ivi indicati per esservi stato costretto dalla necessità di salvare il convivente *more uxorio* da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore».

Naturalmente vanno anche chiariti i criteri con cui si può provare una convivenza *more uxorio* e così distinguerla da una convivenza occasionale, e in questo possono soccorrere i criteri stabiliti a riguardo dalla legge n. 76/2016 così come può soccorrere qualsiasi mezzo di prova (§ 13 in diritto).

*Riferimenti bibliografici*

- CANALE D., CIUNI R., FRIGERIO A., TUZET G. (eds.) 2021. *Critical Thinking. Un'introduzione*, Egea.
- CANALE D., TUZET G. 2020. *La giustificazione della decisione giudiziale*, 2<sup>a</sup> ed., Giappichelli.
- CARLIZZI G. 2019. *La valutazione della prova scientifica*, Giuffrè Francis Lefebvre.
- CHIASSONI P. 2018. *Suicidio terapeutico e diritto penale. Un esercizio di analisi argomentativa*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 18/1, 2018, 403 ss.
- DICIOTTI E. 2019. *La responsabilità penale nell'esercizio della professione sanitaria. Un'analisi della sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, 22 febbraio 2018, n. 8770*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 19/1, 2019, 337 ss.
- GATTA G.L. 2017. *Unioni civili tra persone dello stesso sesso. Profili penalistici*, in «Diritto Penale Contemporaneo», disponibile in: [https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/upload/GATTA\\_2017a.pdf](https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/upload/GATTA_2017a.pdf) (consultato il 7 maggio 2021).
- GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Giuffrè.
- PALAZZO F. 2021. *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardita*, in «Sistema penale», 22 marzo 2021, disponibile in: <https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/palazzo-sezioni-unite-10381-2021-384-conviventi-more-uxorio> (consultato il 5 maggio 2021).
- PINO G. 2010. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino.
- SCHAUER F. 2016. *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Carocci.
- TUZET G. 2020a. *Analogia e ragionamento giuridico*, Carocci.
- TUZET G. 2020b. *Analogía e interpretación teleológica. Un caso aragonés: ¿palas eólicas como ramas?*, in «Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho», 53, 2020, 108 ss.
- TUZET G. 2021a. *Su lacune e analogia. Risposte a Ratti e Velluzzi*, in «Notizie di Politeia», 141, 2021, 126 ss.
- TUZET G. 2021b. *Prove esperte e oneri probatori*, in «Ragion pratica», 56, 2021, 227 ss.
- VELLUZZI V. 2019. *Linguaggio ordinario, tecniche interpretative e autoriciclaggio. Un'analisi della sentenza della Corte di Cassazione, Seconda sezione penale, 29 marzo 2019, n. 13795*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 19/2, 2019, 305 ss.



# indice

TECLA MAZZARESE Ricordo di Eugenio Bulygin (1931 – 2021) .....	7-13
MONOGRAFICA	
Quale formazione per il giurista di oggi? a cura di MASSIMO VOGLIOTTI e MARCO BRIGAGLIA	
<i>Presentazione</i> .....	17
ANTONIO BALSAMO Una nuova formazione giuridica per ridare fiducia alla giustizia .....	19-31
LUCA BISORI La formazione giuridica dell'avvocato .....	33-40
CECILIA BLENGINO Che cosa (ci) insegnano le cliniche legali? .....	41-53
FRANCESCA GALLI Teaching across Europe: how to engage students in an over-stimulated age .....	55-65
MICHELE GRAZIADEI Eppur si muove: la rivoluzione silenziosa in corso nell'educazione giuridica .....	67-75
ROBERTA LOMBARDI Spunti di riflessione (di una amministrativista) per una considerazione sulla scienza giuridica e il suo insegnamento .....	77-87
ORLANDO ROSELLI Il ruolo strategico della formazione giuridica negli ordinamenti postmoderni. La necessità di plurali sperimentazioni .....	89-103
ALDO SCHIAVELLO L'educazione del giurista contemporaneo .....	105-117
TILEN ŠTAJNPIHLER BOŽIČ Putting gender through law school. Reflections on legal education and gender equality in Slovenia .....	119-136
FERDINANDO TREGGIARI Il disgusto di Flaubert .....	137-146
STUDI	
LUCIA BELLUCCI La "democrazia illiberale" in Ungheria tra diritto, narrative politiche e COVID-19:	

elementi di riflessione sulla resilienza delle democrazie in tempi di pandemia .....	149-173
JORGE BAQUERIZO MINUCHE	
‘Poder Constituyente’ y ‘Revolución’: relación de dos conceptos en clave jurídica .....	175-195
NICOLÒ CUCINOTTA	
Kelsen e i diritti fondamentali: alcuni spunti di riflessione .....	197-215
VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE	
Antecedente de las normas y excepciones implícitas .....	217-238
FABRIZIO MASTROMARTINO	
Due concetti di dignità per due concetti di autonomia? .....	239-263
RATIO DECIDENDI	
a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO	
GIOVANNI TUZET	
<i>Analogia in bonam partem e convivenza more uxorio.</i>	
Un’analisi argomentativa della sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, n. 10381/2021 .....	267-279
[ALLEGATI]	
Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, sentenza n. 10381/2021	

Realizzato da rospeinfrantumi  
per conto di Diritto & Questioni pubbliche (PA)  
nel giugno 2021