

# RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI



*Rivista Quadrimestrale*  
**3/2020**

# *Rivista di diritti comparati*

*Rivista quadrimestrale*

*Anno IV – N. 3/2020*

## DIREZIONE

Andrea Buratti (Università di Roma “Tor Vergata”)  
Giuseppe Martinico (Scuola Universitaria Superiore Sant’Anna di Pisa)  
Oreste Pollicino (Università commerciale “L. Bocconi” di Milano)  
Giorgio Repetto (Università di Perugia)  
Raffaele Torino (Università Roma Tre)

## COMITATO SCIENTIFICO

Richard Albert (Texas University, Austin), Vittoria Barsotti (Univ. Firenze), Francesco Bilancia (Univ. Chieti-Pescara), Roberto Bin (Univ. Ferrara), Giuseppe Bronzini (Corte di cassazione), Ermanno Calzolaio (Univ. Macerata), Paolo Carrozza † (Scuola Sant’Anna, Pisa), Marta Cartabia (Univ. Bocconi, Pres. emerito Corte costituzionale), Ginevra Cerrina Feroni (Univ. Firenze, Garante della privacy), Francesco Cerrone (Univ. Perugia), Roberto Conti (Corte di cassazione), Diego Corapi (Univ. Sapienza, Roma), Barbara De Donno (Luiss “Guido Carli”), Pasquale De Sena (Univ. Cattolica del Sacro Cuore, Milano), Giuseppe De Vergottini (Univ. Bologna), Alessandra Di Martino (Univ. Sapienza, Roma), Giuseppe Franco Ferrari (Univ. Bocconi), Tommaso Edoardo Frosini (Univ. Suor Orsola Benincasa), Anna Gamper (Universität Innsbruck), Javier García Roca (Universidad Complutense de Madrid), Michele Graziadei (Univ. Torino), Peter Hay (Emory University), Nicola Lupo (Luiss “Guido Carli”), Elena Malfatti (Univ. Pisa), Miguel Poiaras Maduro (European University Institute), Giovanni Marini (Univ. Perugia), Francesco S. Marini (Univ. Roma Tor Vergata), Roberto Mastroianni (Univ. Napoli Federico II, Tribunale UE), Petros Mavroidis (Columbia University, NY; Université de Neuchâtel), Antonello Miranda (Univ. Palermo), Luigi Moccia (Univ. Roma Tre), Laura Montanari, (Univ. Udine), Massimo Papa (Univ. Roma Tor Vergata), Ernst Ulrich Petersmann (European University Institute), Valeria Piccone (Corte di cassazione), Cesare Pinelli (Univ. Sapienza, Roma), Giovanni Pitruzzella (Univ. Palermo, Corte di Giustizia UE), Marie-Claire Ponthoreau (Université de Bordeaux), Patricia Popelier (University of Antwerp), Paolo Ridola (Univ. Sapienza, Roma), Roberto Romboli (Univ. Pisa), Antonio Ruggeri (Univ. Messina), Alejandro Saiz Arnaiz (Universitat Pompeu Fabra), Roberto Scarciglia (Univ. Trieste), Robert Schütze (Durham University, Luiss “Guido Carli”), Francesco Viganò (Univ. Bocconi, Corte costituzionale)

## REDAZIONE

Marco Bassini (Università commerciale “L. Bocconi” di Milano) - Giacomo Delledonne (Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa) - Claudio Di Maio (Università della Calabria) - Silvia Filippi (Università di Perugia) - Francesco Saitto (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”)

## SOMMARIO

### Saggi

SILVIA NICCOLAI, *Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) (PARTE I)*

[pp. 1 - 80]

ANTONIO RUGGERI, *Ancora sul prot. 16: verrà dai giudici la sollecitazione al legislatore per il suo recepimento in ambito interno?*

[pp. 81 - 97]

LUCIANA DE GRAZIA, *Il ruolo del Consiglio costituzionale francese nella definizione del nuovo stato di emergenza sanitaria*

[pp. 98 - 118]

JOAN SOLANES MULLOR, *Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach and the Spanish Experience*

[pp. 119 - 151]

### Recensioni e letture critiche

OMAR MAKIMOV PALLOTTA, *La cittadinanza di Schrödinger. Recensione a D. Kochenov, Cittadinanza. La promessa di un alchimista, Il Mulino, Bologna, 2020*

[pp. 152 - 159]

Il regolamento relativo alla procedura di valutazione dei contributi pubblicati nella *Rivista* e le *Norme editoriali* sono disponibili on line all'indirizzo [www.diritticomparati.it/rivista](http://www.diritticomparati.it/rivista)

**Editore:** Andrea Buratti (Università di Roma “Tor Vergata”), Giuseppe Martinico (Scuola Universitaria Superiore Sant’Anna di Pisa), Oreste Pollicino (Università commerciale “L. Bocconi” di Milano), Giorgio Repetto (Università di Perugia), Raffaele Torino (Università Roma Tre)

**Coordinatore Editoriale:** Serenella Quari

**Sede:** Via Roentgen, 1 – 20136 Milano / Via O. Raimondo, 18 – 00173 Roma

**ISSN:** 2532-6619

**Principi come *Regulae*: il caso Cappato, le liti strumentali e  
le ragioni costituzionali della regola  
*Nemo audiatur allegans turpitudinem suam*  
(con una postilla sul caso Trentini)\*  
(PARTE I)**

*Silvia Niccolai\*\**

---

\* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

\*\* *Questo lavoro è dedicato alla memoria della mia mamma, Donatella Donati Niccolai, che due anni fa ha rinunciato alle cure, dopo averne a lungo parlato con i suoi figli.*

Il saggio ricollega gli esiti controversi della decisione della Corte costituzionale sul “caso Cappato” all'origine strategica del processo *a quo*; esso sviluppa un'argomentazione basata sulle antiche *regulae iuris* e in particolare sulla regola *Nemo audiatur allegans turpitudinem suam*. Nella parte I è discusso il ruolo delle *regulae iuris* nella conoscenza e nella pratica giuridica, e, facendo particolare riferimento agli studi di, e su, Alessandro Giuliani, sono introdotte alcune ragioni a favore di una riscoperta delle regole, in quanto «principi costitutivi del diritto», nell'interpretazione costituzionale; successivamente, *Nemo audiatur* viene chiamata in causa in relazione al divieto di *lis ficta* nel processo incidentale. Nella parte II, un'analisi del “caso Cappato”, dalle decisioni di merito alle pronunce della Corte costituzionale, si propone di evidenziare che la natura strumentale del processo *a quo* ha condizionato l'intera vicenda giudiziaria, riducendo le possibilità di un'adeguata esplorazione tanto della vicenda concretamente in causa quanto della portata del divieto di aiuto al suicidio, così come dei beni costituzionali coinvolti. Qui viene anche mostrato come la prospettiva delle *regulae iuris* possa offrire punti di vista significativi per discutere sia la teoria dell'autodeterminazione e le sue fallacie, sia alcuni usi attuali del concetto di dignità umana. Infine, dopo un rapido confronto con altre recenti decisioni della Corte costituzionale, sono svolte alcune considerazioni conclusive sul perché interpretare i principi come regole e con regole potrebbe fornire un grado di stabilità ed efficacia ai principi costituzionali, minati invece da ogni concezione strumentale del diritto.

*Ringrazio Francesco Cerrone, Alessandra Di Martino, Stefania Ferrando, Elisa Olivito, Salvatore Prisco e Giorgio Repetto per avere letto e discusso con me questo scritto prima della pubblicazione, e i revisori anonimi per i loro attenti commenti.*

Silvia Niccolai

*Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem sua*

SOMMARIO: PARTE I. Premesse. Il caso di studio e l'ipotesi di lavoro: principi costituzionali e *regulae*. – 1. Le regole – 1.1. Le *regulae iuris*. – 1.2. Azioni che si possono osservare e capire. – 1.3. Relazioni. – 1.4. Definizioni dialettiche. – 1.5. Centri di argomentazione. – 1.6. Le regole e le forme della ragione. – 1.7. Gli studi sulle regole e l'evidenziazione dei limiti dello strumentalismo giuridico. – 1.8. Norme e regole – 1.9. Ricercare la regola nella norma (e nella sentenza). – 2. Il caso Cappato: se diventa impossibile far diritto con regole. – 2.1. Breve riepilogo di un caso famoso e alcune ragioni per rileggerlo attraverso le *regulae*. – 2.2. La prevalenza delle componenti strumentali. – 2.3. Quando una sentenza può dare regola? – 2.4. Le liti strategiche. – 2.5. “Inerzia del legislatore” e logica dell'incidentalità – 3. *Nemo audiatur*: veracità e lealtà come condizioni della fisiologia del processo quale articolazione della sfera pubblica. – 3.1. Sul senso complessivo della regola. – 3.2. Le tradizionali critiche alla regola. – 3.3. Le sue buone ragioni. *Nemo audiatur* e la logica della controversia. – 3.4. *Nemo audiatur*, le liti strategiche e il processo costituzionale. Una questione di “buoni esempi”. PARTE II. 4. Un processo *a quo* non esemplare: la costruzione dell'astratta opposizione tra “libertà” e “autorità”. – 4.1. Dall'auto-denuncia alla Corte di Assise. – 4.2. La debole esemplarità del processo *a quo* e una *quaestio* insidiosa. – 5. Quale regola di giudizio, senza poter osservare la condotta degli uni nella relazione con gli altri? La cattura della Corte nella logica della lite strumentale. – 5.1. Il caso come “dato”. – 5.2. Mitologie dell'autodeterminazione: quale libertà è coinvolta dal divieto di aiuto al suicidio? – 5.3. La rinuncia a ricercare la regola attraverso la relazione. – 5.4. Libertà astratta e concreta: le fragili difese della Corte davanti a un luogo argomentativo “turpe”. – 5.5. Il processo come strumento (per arrivare a una norma). – 6. Conclusioni. Le regole, una risorsa presente-assente nel diritto costituzionale oggi. – 7. Postilla.

*Premesse. Il caso di studio e l'ipotesi di lavoro: principi costituzionali e regulae*

In queste pagine propongo un esercizio di interpretazione costituzionale fondato sull'adozione di una prospettiva invero non usuale, quella *delle regole*. Facendo riferimento a un complesso di idee sviluppate intorno alle *regulae iuris*, quale patrimonio di precetti e di criteri che ci perviene dal diritto antico e intermedio, vorrei provare ad avvalermi delle regole per analizzare un molto noto caso giurisprudenziale, il caso Cappato, che ha fatto discutere sia per la tecnica decisoria utilizzata, sia per le conclusioni raggiunte nel merito dalla Corte costituzionale.

Il riferimento alle regole, e in particolare alle *regulae iuris*, non è consueto nell'analisi costituzionalistica; dove del resto il termine regola, per effetto dell'ormai tralattata distinzione tra principi e regole, è sostanzialmente inteso come equivalente di norma<sup>1</sup> e sembra aver perduto ogni memoria dei significati che la parola ha rivestito nella nostra esperienza giuridica antica e premoderna<sup>2</sup>. Qui, seguendo in larga parte gli insegnamenti di Alessandro Giuliani, che, come tornerò tra breve a ricordare, ha guardato alle *regulae iuris* come «principi costitutivi del diritto», e raccogliendo suggestioni e stimoli di attenti studi condotti sul pensiero di questo Autore, utilizzerò il termine regola in una relazione di distinzione/connessione sia con quello di norma sia con quello di principio, tenendo conto del significato che la parola “regola”, sempre secondo gli studi cui mi ispiro, ha assunto storicamente, con riferimento, appunto, alle *regulae iuris*<sup>3</sup>.

Non sono spinta da interessi antiquari. La ricerca di Giuliani si snoda intorno alla preoccupazione che il diritto si risolveva in una tecnica, puramente strumentale, subalterna rispetto «alla politica, all'economia, alla religione, alla storia, alla realtà, alla vita della società»<sup>4</sup>, perciò

<sup>1</sup> Con l'avvento della dicotomia principi/regole il secondo termine è rimasto in effetti il meno esplorato (lo spunto in G. Pino, *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Dir. Quest. Pubbl.*, 2012, p. 75 ss., p. 94). In tema v. F. Cerrone, *Appunti intorno a interpretazione e principi*, in F. Cerrone, G. Repetto (cur.) *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica tra logica ed etica*, in *Quad. fiorentini*, n. 95, Milano, 2012, p. 617 ss., p. 633 ss.

<sup>2</sup> Non è quello delle regole il solo caso di componenti “premoderne” del diritto dalle quali il diritto costituzionale e il costituzionalismo in specie è sembrato volersi congedare; s. v. E. Olivito, *Le finzioni giuridiche nel diritto costituzionale*, Napoli, 2013, spec. la *Premessa*, p. XV ss.

<sup>3</sup> Il presente saggio costituisce una parziale anticipazione di uno studio monografico che chi scrive sta per rilasciare intorno *regulae iuris* in una prospettiva costituzionalistica e i cui primi approfondimenti sono stati S. Niccolai, *Femminismo e esperienza giuridica. A proposito del ritorno di un'antica regula juris*, in A. Simone, I. Boiano (cur.), *Femminismo e esperienza giuridica*, Roma, 2018, p. 27 ss., e *Governare i principi (con le Regulae)*, in *Crit. del dir.*, 1/2017, p. 211 ss. e, ora, *The Risky Temptation of Wanting to Be the Legislator of the Language*, in *Undecidabilities and the Law*, The Coimbra Journal for Legal Studies, 1/2020, numero monografico a cura di M.A. Linhares, in corso di pubblicazione.

<sup>4</sup> F. Cerrone, *Sull'esperienza giuridica: Capograssi, Orestano, Giuliani*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2016, p. 963 ss., p. 996. Lo studio riflette su come le concezioni strumentali del diritto si ripercuotano sull'attività del giurista e approfondisce le riflessioni intorno



intrinsecamente impermanente, instabile, dunque relativa, ma anche autoritaria. Le regole sono dunque un capitolo della critica che Giuliani rivolge agli abusi della ragione moderna, dei quali il portato nel mondo del diritto è lo strumentalismo, coincidente con la riduzione del diritto al momento eteronomo, prescrittivo. Vuoto di propri contenuti, di propri valori, finalizzato a indirizzare, dall'esterno, le azioni umane, il diritto si riduce alle forme che veicolano prescrizioni, forme che possono sia quelle della legge, sia quelle della sentenza. Di qui l'interesse nei confronti delle regole. Negli studi giulianei, esse compaiono sia lungo l'elaborazione della logica *more iuridico*, la logica della controversia, come luogo specifico della conoscenza giuridica; sia nell'elaborazione della "normativa", cioè della scienza giuridica, come scienza vertente sul «come nascono le norme della condotta umana», anziché sul «come si danno norme agli uomini»<sup>5</sup>. Le regole sono un elemento che consente di individuare tanto una dimensione di autonomia nel diritto quanto un suo carattere non solo prescrittivo; sotto ambedue i profili esse permettono di criticare la capacità delle concezioni strumentali di dire in modo adeguato ciò che il diritto è e ciò che dovrebbe essere.

Parlare di "svuotamento" del diritto da "propri" contenuti e valori, uno svuotamento che è premessa della sua riduzione a tecnica, presuppone evidentemente che contenuti propri il diritto abbia avuti e possa avere; ed è questa un'idea, lo si sa, dal sapore metafisico e giusnaturalistico – ma sono proprio i limiti della ragione moderna a istituire questa alternativa. In realtà, i contenuti e valori propri del diritto per Giuliani altro non sono (e questo le *regulae* stanno a testimoniare) che il depositato storico dell'esperienza umana cosciente e intelligente, il depositato cioè dell'interpretazione e quindi della valutazione che gli esseri umani fanno delle proprie azioni in quanto possono attribuire ad esse senso, e comunicarselo intersoggettivamente. Ed è proprio questo, e cioè che nel loro agire gli uomini non si incontrino solo sul piano del fatto ma nel mondo dei valori, e che quest'ultimo non sia però che il risultato del lavoro delle opinioni, è

---

al tema dell'autonomia dell'esperienza giuridica condotte dai tre studiosi menzionati nel titolo, riallacciandole ai temi dell'interpretazione costituzionale.

<sup>5</sup> A. Giuliani, *Contributi ad una nuova dottrina pura del diritto*, Pavia, 1953, p. 17, p. 171-172.



proprio questo, dicevo, l'aspetto negato dalla ragione moderna, che vede nell'esperienza un insieme di dati, e nega alle opinioni un rilievo conoscitivo, ciò che impedisce di vedere nell'esperienza un sapere. La riduzione del diritto a tecnica, lo strumentalismo, coincide con il distacco del diritto dal mondo dell'azione umana, che ne è invece la sorgente, e la misura; una forma della ragione troppo limitata, dal suo razionalismo, per riconoscere l'intessarsi delle verità soprastoriche, delle costanti, dei contenuti propri del diritto alla storicità dell'esperienza umana, finisce per trovarsi costretta a negare (a non comprendere più) che il diritto è «fatto umano», e ciò introduce la minaccia della torsione del diritto verso esiti antiumani.

Questo, stando a Giuliani, ma per certo il problema dello strumentalismo, della riduzione a "tecnica", ha certamente ormai da tempo toccato la Costituzione<sup>6</sup>; ed ecco è uno dei motivi, in chi si occupa di diritto costituzionale, per rivolgersi con interesse a studi come quelli di Giuliani, che il problema delle concezioni strumentali del diritto si pongono<sup>7</sup>, e vanno alla ricerca di antidoti, di elementi atti a controbilanciarle. La ragione per cui in questo studio la prospettiva delle *regulae* viene adottata nella lettura del caso Cappato sta nel fatto che quella vicenda è una che ha segnato in modo forte l'emersione di aspetti strumentali nel campo dei problemi costituzionali: il caso ha rappresentato un'acme all'interno di una tendenza, d'altronde marcata negli anni recenti, che vede la Corte propensa a fare un uso strumentale delle regole del suo processo; ha coinciso con una forte accentuazione di componenti normative nella decisione che la Corte ha assunto,

---

<sup>6</sup> Lo evidenziava qualche anno fa A. A. Cervati, *Riforme costituzionali e principi in tema di sfera pubblica e interessi privati*, in *Aperta Contrada*, 1.8.2012, p. 1 ss. Cervati riflette su come sembri radicata «presso i nostri politici, così come gli osservatori stranieri e le organizzazioni sovranazionali, per non parlare degli interessi privati che gestiscono il potere finanziario, l'idea che la stessa norma costituzionale possa essere concepita come un comando che si imporrebbe a tutti i soggetti»; su questa concezione si appoggia la visione strumentale della Costituzione, che la intende come oggetto riformabile in vista di fini di governo. Altri ha suggerito che nelle concezioni della Costituzione avrebbero iniziato a prevalere componenti strumentali quando si è rotto un iniziale tacito accordo presso gli interpreti a vedervi «un succedaneo dei contenuti costitutivi del diritto»: F. Viola, *Diritto naturale italiano*, in *Nova et Vetera*, IV/2002, p. 33 ss., p. 40.

<sup>7</sup> Come lo fanno quelli, per tanti versi affini, di Giuseppe Capograssi, su cui si v. lo studio poco sopra citato di Cerrone.

dunque della sentenza; e nasceva da una lite strategica, cioè da una tecnica di difesa dei diritti civili, a sua volta profondamente legata a concezioni strumentali del diritto, che tende a ottenere, attraverso il processo, una modifica del diritto vigente, ossia un effetto legislativo.

Il saggio è così articolato: inizialmente viene presentata la tematica delle *regulae iuris*; quindi è ricostruito il caso Cappato, dall'origine strategica del processo *a quo* alla sentenza della Corte costituzionale; infine, anche svolgendo un rapido raffronto con altre recenti decisioni della Corte, è svolta qualche considerazione conclusiva.

In sintesi, risalire alle *regulae iuris* permette di mettere in evidenza come l'elaborazione di una corretta regola di giudizio – al pari dell'elaborazione di una corretta regola di condotta – richiede un'adeguata esplorazione delle relazioni che, in una situazione data, assumono di volta in volta rilievo, perché in quelle relazioni è iscritto un elemento qualitativo: alcune possono risultare preferibili ad altre. La regola di giudizio, come la regola di condotta, quando elaborata tenendo conto delle relazioni che il caso porge all'osservazione, si riannoda all'esperienza umana comune, evitando, o quanto meno contenendo, l'esteriorizzazione del diritto, vale a dire il suo tendere a esaurirsi in un momento eteronomo, prescrittivo, convenzionale. Tuttavia, una lite strumentale, come cercherò di mostrare anche attraverso il richiamo a *Nemo audiatur*, tende a *non* rendere leggibili le relazioni che giocano nel caso da cui scaturiscono, il quale, nei processi che nascono mediante questo tipo di azioni, è visto non nella sua individualità, ma nella sua tipicità sociale. Il giudice, anche costituzionale, viene per tal via sollecitato ad assumere l'atteggiamento proprio del legislatore (dare norme) ma la norma che viene elaborata in queste condizioni – che fanno astrazione ad una dall'unicità del caso e dal suo presentare alcune costanti in cui ritroviamo, posti in pratica dai comportamenti delle persone coinvolte, valori rilevanti per la comunità, come l'eguaglianza, la libertà, la solidarietà – rischia di rimanere astratta, e dunque anche inoperativa, o pure altamente instabile, fallendo nella sua aspirazione razionalizzatrice.

Il lavoro nel suo complesso intende suggerire che ritrovare il punto di vista delle regole quando si usano i principi – intendere cioè i principi con regole, e come regole – può offrire una risorsa a favore della stabilità e dell'effettività della Costituzione.

## 1. Le regole

### 1.1. Le *regulae iuris*

La *Le regulae iuris* possono essere considerate un sostrato storico della civiltà giuridica e, spesso, sono rinvenibili nelle premesse logico-etiche<sup>8</sup> di molti istituti vigenti<sup>9</sup>, sui quali permettono di riflettere nella controluce della storia<sup>10</sup>. Come principi di civiltà giuridica<sup>11</sup> le regole

<sup>8</sup> Parlo di premesse logico-etiche perché, e basta del resto ricordare *Audiatur et altera pars*, o il *Favor rei*, le regole permettono di percepire che negli istituti giuridici la funzione logica, di permettere l'analisi e la discussione di un problema, si coniuga con un'istanza etica, nel senso che la regola si orienta a garantire che l'analisi di un problema avvenga *in condizioni di eguaglianza*, o anche *senza approfittare della debolezza o dello svantaggio di taluno*, o in condizioni di onestà, vale a dire senza il ricorso ad abusi del linguaggio, ecc.

<sup>9</sup> Le *regulae iuris*, il cui ceppo fondativo si rinviene nel libro V del Digesto *De regulis iuris antiqui*, sono state alla base del diritto comune europeo d'età intermedia (si v. sui loro percorsi P. Stein, *Regulae iuris, From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh, 1966) e si trovano, nella nostra tradizione, in uno stretto rapporto con il concetto di principio generale del diritto e coi suoi itinerari. Vi accenneremo più avanti nel testo, ma v. F. Modugno, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2012, p. 404, sull'esistenza di alcune "regole generalissime" del diritto, ossia «che valgono sempre», come «principi generali quali *Qui suo iure utitur neminem laedit; Vim vi repellere licet; Necessitas non habet legem, Volenti non fit iniuria*, ecc.»; o di «"generali principi giuridici" per così dire immanenti a ciò che intendiamo come giuridico» e di alcuni altri, i quali, «per quanto non costituzionalizzati, non di meno rappresentano "criteri di orientamento per l'interprete e per il legislatore"» come, con riferimento al principio del giusto procedimento, «il principio *et audiatur*: Corte cost. 57/1995», o *Ad impossibilia nemo tenetur* richiamato nei termini di "generale principio giuridico" da Corte cost. n. 5/2004 o anche come "basilare principio" dalla sent. n. 250/2013.

<sup>10</sup> Questo spiega l'interesse mai spento nei confronti delle *regulae iuris* e che torna peraltro a rifiorire, non solo presso gli storici e i romanisti (v. di recente *Regulae iuris. Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del diritto*, Jovene 2016) o i filosofi del diritto (cfr. J. Saldaña, *Regole e principi. L'ordine e il contenuto morale dei principi giuridici nelle regulae iuris*, in *Ars Interpretandi*, 10/2005, *Valori, Principi e regole*, p. 271 ss.), ma anche per chi si interroga intorno all'esperienza concreta del processo e dei suoi attori, tra i quali l'avvocato, rinverdendo il nesso tra teoria e pratica che è al cuore della stessa idea di scienza giuridica (v. P. Moro (cur.), *Il diritto come processo. Principi regole e brocardi per la formazione del giurista*, Milano, 2012).

<sup>11</sup> Vedi ad esempio, in relazione a *Nemo tenetur se detegere*, Corte cost. sent. n. 229/1998 rel. Vassalli (la regola è oggi al centro del rinvio pregiudiziale disposto dall'ord. b. 117/2019 e sul suo senso riflette Fares, *Diritto al silenzio*, in

sono talvolta richiamate anche dalla Corte costituzionale, e l'espressione "civiltà", che fa rinvio alle acquisizioni, e ai valori, della cultura giuridica, su cui si appoggia la stessa Costituzione, può racchiudere la possibilità di guardare alle *regulae*, genericamente, come a un insieme di criteri orientativi formatisi nella scienza giuridica, quale attività teorica e pratica, che porgono un nucleo di principi espressivi, Giuliani direbbe, del «punto di vista del diritto», e cioè non coniatu convenzionalmente da un legislatore, anche costituzionale, validi solo relativamente a un dato ordinamento o tempo storico, ma riflettenti esigenze costitutive e proprie dell'esperienza giuridica, perciò dotate anche di una certa stabilità e permanenza.

Più di preciso, Giuliani, come anticipavo poco sopra, ha visto nelle *regulae iuris* gli esempi di «principi costitutivi del diritto»<sup>12</sup> e in un duplice senso: nel senso che esse esprimono i contenuti, i fini, o i valori,

---

*Dirittifondamenti.it*, 2020/1, p. 1 ss.). Invero, la Corte sembra aderire a un punto di vista equivalente a quello che una parte della dottrina sviluppò all'epoca della codificazione, secondo il quale le regole vigevano in quanto recepite dal codice (cfr. Cervi, voce *Regole di diritto*, in *Enc. Giur.*, Torino, 1900, p. 692 ss.); essa tende in generale a collocare le regole tra i principi di livello legislativo, ordinario (che vincolano solo il legislatore, e valgono se recepiti da norme vigenti) e a riconoscere come principi costituzionali solo quelle *regulae* recepite dalla Costituzione o che la Corte ritiene tali (è il caso di *Nemo tenetur se detegere*, ritenuto parte del diritto di difesa). Questo l'ha condotta alla famosa e molto problematica negazione che il principio del contraddittorio (*Audiatur et altera pars*) fosse costituzionale in quanto non era costituzionalizzato (sent. n. 361/1998). In campi diversi dal diritto costituzionale, e segnatamente nel diritto civile, le regole, com'è noto, restano strumenti pratici, principi di cui tener conto e da ricostruire in vista dell'interpretazione di istituti vigenti o delle loro evoluzioni; anche per questo le regole sono ancora oggi abbastanza frequenti nel linguaggio dei giudici di merito che sollevano questioni di costituzionalità, sebbene la Corte raramente a sua volta le riprenda.

<sup>12</sup> A. Giuliani, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, 1957, p. 8. Per attenta esplorazione del punto v. F. Cerrone, *Appunti*, p. 630 ss., p. 645, che sottolinea le vaste implicazioni dell'idea di collegare i principi costituzionali alle *regulae* quali principi costitutivi del diritto, e anche Id., *L'esperienza*, p. 993 ss. La dottrina costituzionalistica prevalente sembra invece condividere l'idea, già sviluppata nel periodo statutario dalle tesi che si sforzavano di accordare la sopravvivenza delle *regulae* con assunti legalistici, che le *regulae iuris* siano principi generali solo nel senso di principi riassuntivi di regole particolari codificate, secondo la definizione che fu accolta da S. Bartole, *Principi generali del diritto*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1984, p. 494 ss., 495. Vi tornerò brevemente nelle conclusioni.

intorno ai quali il diritto si costituisce (l'evitamento dell'arbitrio e dell'abuso o l'equa riparazione del torto) e nel senso che esse mostrano il modo in cui il diritto si costituisce (il modo in cui il diritto *dovrebbe* costituirsi, *non dovrebbe cessare di* costituirsi), e cioè *in costante raccordo con l'esperienza umana*, sia nei suoi aspetti pratici sia nella sua dimensione intellettuale e spirituale<sup>13</sup>. Le regole sono descrivibili quali «osservazioni» ma anche «interpretazioni» di comportamenti<sup>14</sup>, e un possibile etimo della parola “regola” è offerto da *reor*: «penso, giudico,

---

<sup>13</sup> Il pensiero giuliano, come quello capogrossiano, insiste dunque sull'esistenza di un «aspetto costitutivo del diritto» che, «pur situato nel mondo dei valori, in quanto valore o complesso di valori, ... non si manifesta come valore di una parte, di un segmento, di una soggettività sociale». È costitutivo del diritto, di un «ordine giuridico», dunque, ogni aspetto che concorre a farne esperienza «che unisce, non divide, che cerca soluzioni comuni, che si sforza di contemperare interessi, che non esorcizza il conflitto, dal quale anzi è generato, ma cercando al contempo una collaborazione, anche – talora spesso – non consapevole, fra soggetti». I valori costitutivi del diritto, «secondo Giuliani, hanno risonanze politiche, sociali, morali, giuridiche in senso più stretto, si pensi a certezza, generalità, uguaglianza»; tra essi «quello più attinente alla dimensione del giuridico, più capace di qualificare il suo sforzo continuo nei confronti dell'azione umana è probabilmente l'idea del limite all'arbitrio, che specie nei nostri tempi non è da intendersi solo come limite al pubblico potere... ma come limite anche nei confronti di poteri privati, limite che si offre come usbergo nei confronti di ogni attività, pubblica o privata, che sia intesa come arbitraria o capace di provocare un danno ingiusto»: F. Cerrone, *Sull'esperienza*, p. 993-4.

<sup>14</sup> Per un esempio della definizione tradizionale delle regole come «risultato di una lunga serie di osservazioni» v. ad es. F.S. Gargiulo, voce *Cassazione*, in *Enc. Giur. It.*, III /2, Milano, 1905, p. 1 ss. La definizione delle *regulae iuris* come “osservazioni di comportamenti” è molto cara a Giuliani, che attraverso le regole intende mostrare come «il concetto di norma sia legato a quello di azione umana» (*Contributi*, p. 17): «Per i giuristi romani il diritto [era] una realtà naturale prodotta dalle azioni umane che si potevano osservare e capire. Ecco perché il concetto di norma fu completamente estraneo alla mentalità dei giuristi romani. (...) essi videro il diritto non come un complesso di norme o di imperativi, bensì come interpretazione degli aspetti giuridici della condotta e dell'azione umana: se infatti apriamo il titolo del Digesto '*Regulae iuris*' non vi troviamo molte definizioni o sistemazioni concettuali, ma piuttosto *interpretazioni di comportamenti*: "*Eius est nolle qui potest velle. Non vult heres esse qui ad alium transferre voluit hereditatem*"» (ivi, p. 119, corsivo aggiunto). Il giureconsulto romano, metafora dell'«osservatore imparziale» è modello, per Giuliani, sia del giudice sia del giurista, che dovrebbe partecipare dell'imparzialità del primo. In questo ordine di idee, anch'io di seguito spesso mi riferirò alternativamente al giurista e al giudice.



ragiono»<sup>15</sup>. Così intese, le regole esprimono la possibilità che – ragionando sulle azioni e relazioni che intercorrono tra gli individui, vale a dire interpretandole, conferendo loro senso mediante il ricorso a una logica, una forma della ragione, analoga a quella che gli esseri umani esercitano comunemente – siano identificabili alcune costanti, le quali segnalano ora esiti da evitare (*nemo locupletari debet ex aliena iactura*) ora criteri da prediligere (*audiatur et altera pars*), che forniscono, ad un tempo, ausilio nell’esplorazione delle domande di giustizia e principi orientativi della convivenza.

### 1.2. Azioni che si possono osservare e capire.

Intesa come osservazione/interpretazione la regola suppone che alcuni comportamenti risultino preferibili ad altri, per esempio in considerazione dalle conseguenze che tendono ad avere. Non è difficile riscontrare che è preferibile, per ridurre l’incidenza dell’errore in una decisione, sentire il punto di vista altrui. Una regola nasce da alcune “generalizzazioni”, che però non sono confinate nella mera fatticità (come vorrebbe il ragionamento secondo cui, poiché molti si comportano in un dato modo, quel modo deve diventare regola), perché non sono basate su un dato quantitativo, ma sono frutto di una preferenza, di un giudizio, dunque presuppongono che i fatti si muovano nell’area della qualità, del valore e del disvalore. Non è la quantità, non è la frequenza con cui un fatto si presenta, ma la sua qualità che giustifica la possibilità di trarne una regola. Se molti preferissero decidere unilateralmente, per esempio per ragioni di rapidità, ciò non impedirebbe di pensare che è meglio, è preferibile, decidere previo contraddittorio, dal momento che è possibile rilevare, anche alla luce dell’esperienza, che una decisione presa senza riscontro intersoggettivo può tradursi in un arbitrio, e che ciò può risultare molto

---

<sup>15</sup> A *reor* risale altresì *ratio*. Su *regula/reor* v. A. Giuliani, *Contributi*, p. 159, p. 197. Più frequentemente l’etimo di *regula* è ricondotto a «*regere* (guidare, dirigere)» e la parola appare connessa a «*rectus*, dritto (*straight*) corretto»; la regola è anche il regolo, lo strumento di misura, il canone, anche nel senso di «*standard measure*» (P. Stein, “*Regulae*”, p. 51 e 144, che peraltro dà conto a sua volta del legame tra *regula* e *ratio*, *ivi*, p. 94). La diffusione di questo secondo etimo deriva dalla generalizzazione e dall’utilizzo retrospettivo del concetto moderno di norma.

dannoso: chi subisce una decisione arbitraria può sviluppare sentimenti di risentimento e di vendetta, che possono avere costi, anche sociali, molto alti. Prendere per regola l'unilateralità, come metodo per assumere decisioni, immetterebbe nella convivenza elementi nocivi anche perché quella regola implicherebbe l'idea che taluni sono superiori agli altri, sicché possono prescindere dal sentirne il punto di vista.

Si spiega, per questa via, la caratteristica, da molti rilevata, per cui nella giurisprudenza romana vi era «scarsa considerazione per il profilo individuale della situazione e attenzione invece per gli aspetti ricorrenti e comuni, tipici»<sup>16</sup>, che delincono punti di riferimento, ancoraggi di una verifica sulla qualità di una data situazione in assenza dei quali il giudizio non sarebbe possibile, nel senso che sarebbe unilaterale, parziale o, come oggi si dice volentieri, “occasionalistico”. Se anche ogni tanto venisse al mondo un essere onnisciente non per questo smetterebbe di essere preferibile che si decida *Audita et altera pars*. Non è dunque un legislatore illuminato che ha sancito per tutti essere preferibile decidere nel contraddittorio, né vi era bisogno di esso per scoprirlo; è stata sufficiente, a questo fine, l'esperienza, vale a dire la storia umana, i fatti che si sono presentati, le loro conseguenze, in quanto riflettute, cioè interpretate, con un metro di misura che tiene conto della natura umana e dei suoi limiti caratteristici, vale a dire con l'uso di capacità comuni a tutti. Tra queste vi è quella di immaginare, mettendoci nei panni altrui, il senso di abuso provato da colui a cui è negata la parola su un tema che lo riguarda, e fare a noi presenti possibili implicazioni future o generali di determinate azioni; l'esercizio della “simpatia” che Adam Smith esplora nella sua *Teoria dei sentimenti morali*, e che ispira profondamente il pensiero giuliano. In questa chiave va compresa la cura, da parte di Giuliani, di descrivere il diritto come esperienza “soggettiva”. L'espressione intende sottolineare che, avendo per riferimento il mondo umano, il diritto non può mutuare i suoi metodi dalle scienze che aspirano a un'“oggettività” in senso naturalistico, ma deve assumere una prospettiva «adatta al mondo

---

<sup>16</sup> C. Beduschi, *Scritti scelti*, a cura di Nogler e Santucci, Trento, 2017, p. 195 nota 23. Il volume raccoglie contributi dello studioso di diritto romano che datano dalla seconda metà degli anni Sessanta al 2012. Cfr. però anche L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. 32: i tipi romani hanno «valore euristico e topico, non dogmatico e assiomatico».



dell'azione umana, al mondo reale dell'esperienza». Si tratta allora non di «inclinare all'irrazionalità, all'emotività – benché [nella consapevolezza] che, molto spesso, l'azione umana è guidata dal sentimento e non dalla ragione» – ma di orientarsi «a ricercare una sintonia con ragioni soggettive, relative alle opinioni, agli interessi, ai punti di vista degli esseri umani»<sup>17</sup>. In un intendimento soggettivo del diritto la *iuris prudentia* è intelletto pratico, «sapere che si esercita sull'azione umana», è il suo oggetto è l'azione «dal punto di vista dell'intenzione, dell'uso della libertà», «per le scelte che essa implica, per lo sfondo assiologico che la sostiene»<sup>18</sup>.

### 1.3. Relazioni

Un termine che esprime felicemente il senso della *regula iuris* è quello di “relazione”<sup>19</sup>. In primo luogo, la formazione delle regole, avvenendo per la via dell'osservazione e dell'interpretazione di comportamenti, rimanda all'idea che *nelle relazioni che intercorrono tra gli esseri umani siano rinvenibili assetti che danno indicazione nel senso di ciò che è da preferire e favorire e di ciò che è sconsigliabile e da evitare*: nel rapporto tra il proprietario di un terreno e chi lo lavora ha un senso che sia quest'ultimo a far propri i frutti, altrimenti non avrebbe interesse a lavorarlo; se qualcuno prende i vantaggi di una data situazione è giustificabile che ne porti anche gli oneri; che Tizio voglia arricchirsi sulla base di una frode che ha perpetrato ai danni di Caio può

---

<sup>17</sup> F. Cerrone, *Sull'esperienza*, p. 995. Nel diritto, ciascuno è chiamato non a (fingere di) dare «pure e indiscutibili descrizioni», ma «responsabilmente, ad assumere il proprio, soggettivo, punto di vista non *sulla*, ma *nella* realtà dell'esperienza giuridica di cui è parte» (ivi, p. 1000, corsivi aggiunti).

<sup>18</sup> A. Giuliani, *Il concetto classico di regola di condotta*, Padova, 1974, p. 551 ss., p. 558 ripreso da F. Cerrone, *Sull'esperienza*, cit., p. 1008-1009 con il commento riportato (corsivi aggiunti)

<sup>19</sup> Il termine ricorre nel linguaggio di Beduschi ma esprime un aspetto senza dubbio centrale, sicuramente in tutti coloro che, come Giuliani, hanno guardato alle *regulae iuris* nel cono dell'idea di esperienza giuridica in quanto connessa alla storia e al mondo umano. Le regole sprigionano dalla concezione del diritto “come rapporto”, soppiantata dalla concezione oggettivante che si impernia sul concetto di ordinamento: su questi percorsi v. G. Di Gaspare, *Metateoria del positivismo giuridico*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2017, p. 605 ss.

ben apparire sconveniente. La regola scaturisce da una considerazione, attenta, di relazioni individuate, che hanno in sé una certa logica, vale a dire un certo senso, ed è proprio la decifrazione di questa relazione che aiuta a comporre la regola. Così come Giuliani ha parlato delle regole come «azioni che si possono osservare e capire», il romanista Carlo Beduschi ha descritto le regole come «esperienze dirette di vita», in quanto le esperienze cui gli esseri umani danno vita hanno una dimensione logico-etica. Le relazioni, in cui le persone si trovano e si muovono in dati modi, «costituiscono il tessuto dell'esperienza, e sono lo strumento ordinario con cui si prende posizione sulla realtà»<sup>20</sup>, perciò rappresentano anche «strumenti logici a disposizione del giurista»<sup>21</sup>. È appena il caso di notare che la regola come “relazione” rimanda a una visione del diritto, meglio: dell'esperienza giuridica, come *comunicazione* «del soggetto con l'altro soggetto», come esperienza che è “concreta” perché è «inerente a concreto mondo di vita, di relazioni umane» di «rapporti umani»<sup>22</sup>.

La regola può allora risultare dall'individuazione di una relazione la cui esistenza «interessa» perché è considerata «benefica»; di qui, ancora, la possibilità di definire le regole «come relazioni, e cioè come enunciati che esprimono assetti di vita preferenziali, da prendere a riferimento sul piano operativo»<sup>23</sup>. Sotto questo profilo la regola porge un'idea del “normale”, necessaria a costruire la prospettiva attraverso cui guardare una data questione, ordinarla in funzione del giudizio. Posto infatti che «se tutto fosse ugualmente probabile non sarebbe

---

<sup>20</sup> C. Beduschi, *Scritti*, p. 290 nt. 14. Perciò *verum* è «una impostazione attendibile»; *veritas* «non esprime la corrispondenza, ma l'aderenza alla realtà». Analogamente ragiona Giuliani, che, come stiamo per vedere, definisce la regola «definizione dialettica» in quanto essa esprime «una presa di posizione nei confronti della realtà» (il punto è ripreso in Cerrone, *Sull'esperienza*, p. 999-1000: nel diritto «le parole sono prese di posizione, valutazioni»).

<sup>21</sup> C. Beduschi, *Scritti*, p. 295. Questo, che decifrare l'esperienza aiuti a trovare la regola, è vero, naturalmente, in un ordine di idee che non suppone la frattura tra fatto e diritto.

<sup>22</sup> In questi termini, riflettendo su come, in questo caso in Capograssi, «il problema dell'esperienza giuridica rinvia a quello della *conoscenza* dell'altro» F. Cerrone, *Sull'esperienza*, p. 991.

<sup>23</sup> C. Beduschi, *Scritti*, p. 17 (corsivi aggiunti) da cui le espressioni che precedono virgolettate, e anche: le parole della regola sono «punti di vista»; la regola fornisce «un'interpretazione preferenziale del dato di esperienza» (ivi, p. 199-200).

possibile alcun tipo di conoscenza»<sup>24</sup>, occorre assumere che «non tutte le probabilità hanno valore uguale», e allora «la probabilità migliore diventa nel mondo pratico norma d'azione, criterio di orientamento nella ricerca»<sup>25</sup>, vale a dire regola. Quest'ultima esprime la “logica del preferibile”, che orienta, secondo Giuliani, la conoscenza giuridica.

Si può riprendere al riguardo l'esempio giuliano della testimonianza *de visu*. Questa è preferibile alla testimonianza *de auditu*, perché i pericoli del condannare qualcuno sulla base del “sentito dire” sono avvertibili ed argomentabili assai plausibilmente. Di qui la preferenza per la testimonianza *de visu*, la quale, che ha anche il senso di testimonianza resa in presenza dell'accusato, dunque rispondente al principio del contraddittorio, vale perciò come regola<sup>26</sup>.

Il normale, dice su queste premesse Giuliani, «è ciò che va presunto, che non va provato»<sup>27</sup>: la sua funzione è logica, in quanto permette di istituire il lavoro della conoscenza; è di economia della ricerca, in quanto evita il *recessum ad infinitum*; è etica, dal momento che ciò che è “normale” è tale perché è risultato preferibile, è apparso giustificabile e cioè “*probabile*”<sup>28</sup>. In Giuliani il probabile e il preferibile sono strettamente connessi, ed entrambi implicano «il riferimento a una scala di valori, eticamente impegnata»<sup>29</sup>, che si costruisce con riferimento a un «mondo umano». In quanto espressione del probabile e del preferibile, il “normale” che la regola indica, è a sua volta ancorato al mondo «dell'opinione, della credibilità, della persuasione», che è

<sup>24</sup> A. Giuliani, *Il concetto di prova*, Milano, 1961, p. 149.

<sup>25</sup> Ivi, p. 134.

<sup>26</sup> Ivi, p. 96 ss. (La testimonianza *de relato* ha un peso nel processo sul caso Trentini, su cui la *Postilla*.)

<sup>27</sup> La relazione norma-normale si rinviene per esempio in V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, 5° ed., II, Padova, 1984, p. 21, e rappresenta un affioramento della componente di “regola” che sopravvive nella “norma” e che può contribuire a spiegare la caratteristica inclinazione di Crisafulli per l'irrinunciabilità di un concetto “sostanziale” di norma (su norma come giudizio v. anche Id, *Lezioni*, I, Padova, 1970, p. 11).

<sup>28</sup> *Probo* significa del resto: provo, esamino, collaudo, giudico, apprezzo, conosco per esperienza, approvo, riconosco, accetto, ritengo giusto; e anche: far approvare, rendere gradito, far risaltare, provare, dimostrare.

<sup>29</sup> All'opposto di quanto accade nella prospettiva prettamente quantitativa dell'*id quod plerumque accidit*: A. Giuliani, *Il concetto di prova*, p. 116. Un esempio del normale quale preferibile è, in A. Giuliani, *Si mater est diligit filium* (*ib*, p. 96).

quello della controversia. Infatti, è nel «fuoco della confutazione», anche nel corso del tempo, che una certa soluzione si individua, o meno, come preferibile, e «non è possibile alcuna conoscenza nel campo del probabile ignorando le opinioni altrui. La struttura del mondo umano è (...) il risultato del dialogo tra infinite persone le quali nel tempo hanno dato il loro contributo mediante prove, confutazioni, ragionamenti. Ignorare questi aspetti sociali del sapere significa minacciare le fondamenta della società umana»<sup>30</sup>.

#### 1.4. *Definizioni dialettiche*

Per riassumere quanto sin qui detto con un esempio, si può richiamare come l'osservazione, anche introspettiva, mostra – a noi esseri umani che osserviamo noi stessi e gli altri – che tendiamo ad abusare, a commettere arbitri, magari mistificandoli come esercizio di un nostro diritto; ma ci fa anche comprendere che se un giudice, o un governante, tollerasse, o addirittura premiasse, questi abusi, nelle altre persone potrebbe ingenerarsi un senso di vendetta e di risentimento, che è distruttivo. Perciò di regola: *malitiis non est indulgendum*.

Non va dunque provato, ma considerato “normale”, che *malitiis non est indulgendum*, anche se resta ogni volta da vedere se un dato atto, in un determinato contesto, è una malizia: la regola funge, in senso retorico, ed invero anche non solo retorico, da “luogo comune” che permette di istituire la controversia, di ordinare la lite<sup>31</sup>. Che si sia

---

<sup>30</sup> A. Giuliani, *La controversia*, Pavia, 1966, p. 148.

<sup>31</sup> L'aspetto specifico e «più delicato» del compito della giurisprudenza, la *prudentia*, che consiste nel «trovare e valorizzare nel contesto di vita in cui è sorto il contrasto tra le parti le *premesse che hanno in comune*, in nome delle quali diventa possibile valutare le pretese e decidere quali meritino di essere accolte e a quali condizioni, perché risultino più coerenti con le premesse adottate» (C. Beduschi, *Scritti*, p. 299). Questo ha implicazioni civiche, perciò dico che il “luogo comune”, postulando l'idea che gli esseri umani abbiano qualcosa in comune, non ha significato solo retorico. Il luogo comune (comune alle parti e al giudice) permette la controversia: perché la confutazione e il dissenso abbiano senso ed effetti, occorre che si iscrivano in un accordo (ciò può dare occasione di osservare, incidentalmente, che nel famoso “i principi sono ciò a cui si aderisce” di zagrebelskiana memoria forse risuona la premessa logico-etica rappresentata dal principio come luogo comune). Il

trattato in concreto di malizie, oppure non, dipenderà dagli argomenti, ovvero sia dalle prove che saranno portate e confrontate; mediante la controversia la regola, che permette l'istituzione del giudizio, andrà riscontrata alla luce delle concrete «relazioni retrostanti» e in tal modo sarà possibile pervenire a individuare la regola di quel certo giudizio. Nella prospettiva delle *regulae iuris* si può dire non che il giudizio tende all'*applicazione* di una certa regola, ma che esso avviene *grazie a, per il mezzo di*, una o più regole, «accordi topici»<sup>32</sup> che aiutano a mettere a fuoco gli elementi rilevanti ai fini del riconoscimento del diritto, e cioè del componimento della controversia<sup>33</sup>. Nella «situazione competitiva del contraddittorio, dove la giustificazione è, dal punto di vista della parte, confutazione, e cioè negazione, eccezione, rifiuto»<sup>34</sup>, la logica del preferibile da una parte impone che alcune probabilità vadano «senz'altro preferite» sicché «a chi nega la probabilità migliore spetta l'onere di provarlo»<sup>35</sup>; dall'altra obbliga «a una ricerca del precedente

---

centro di argomentazione è allora la pre-condizione logica di fattori etici, e non meramente procedurali, come sono l'imparzialità del giudizio e la lealtà tra le parti e l'eguaglianza, che se ogni controversia fosse costruita intorno a un suo "luogo" *ad hoc*, sarebbe evidentemente sacrificata; il vincolo a stare a un luogo argomentativo comune esprime un limite: impedirà a ciascuno dei partecipanti di introdurre argomenti irrilevanti, prove che non hanno a che vedere col tema in discussione, allusioni o inferenze improprie (salvo naturalmente sforzarsi ogni volta di riconoscere rilevanza e irrilevanza, correttezza e scorrettezza, nella luce della controversia, cioè del concreto problema di cui si dibatte e con l'apporto delle obiezioni e confutazioni altrui). *L'ordo iudiciarius*, istituito su queste premesse, è per Giuliani il riflesso di un ordine isonomico della comunità e tra le comunità.

<sup>32</sup> F. Cerrone, *Sull'esperienza*, p. 1015.

<sup>33</sup> I principi del diritto nel senso delle *regulae iuris* sono intesi come «luoghi specifici dell'argomentazione giuridica, come tali mobili, dinamici, sensibili alla considerazione delle circostanze e del tempo, concepiti essenzialmente come criteri di esclusione di soluzioni irragionevoli e ingiuste, fondati su un procedimento confutatorio e giustificativo. In questo ordine di idee non vi è fiducia in principi posti da un legislatore onnisciente ma impegno nella ricerca di soluzioni ragionevoli, fiducia nel metodo della divisione della conoscenza e quindi in una ragione non astratta, individuale, calcolante, ma pratica, diffusa, dialettica, persuasiva» (Cerrone, *Appunti*, p. 645).

<sup>34</sup> A. Giuliani, *Il concetto di prova*, p. 62-63.

<sup>35</sup> A. Giuliani, *Il concetto di prova*, p. 67.



giusto e opportuno: ogni regola viene trattata come un precedente giudiziario»<sup>36</sup>.

La formulazione della regola, le parole che la compongono (*malitiis non est indulgendum*) hanno allora «un valore puramente indicativo»<sup>37</sup>, nel senso che la regola designa bensì un principio da rispettare ma non contiene in se stessa, e cioè nella sua formulazione letterale, «tutti gli elementi occorrenti per individuare i casi a cui è applicabile, né i risultati a cui con la sua applicazione si deve pervenire». Occorre sia ricostruire l'esperienza entro cui la regola è stata formulata; sia le caratteristiche delle singole fattispecie che ad essa vengono di volta in volta riferite, e sempre valutando le conseguenze<sup>38</sup>. La regola offre dunque una «definizione dialettica»<sup>39</sup>, che assume senso in

<sup>36</sup> A. Giuliani, voce *Logica*, p. 31. La regola è parte della controversia: «essa è controversa nel momento dell'applicazione», in quanto «l'utilizzazione del modello giuridico di ragionamento implica che il processo di giustificazione avvenga in una situazione di *conflitto tra regole* [corsivo aggiunto] che pretendono di essere applicate al caso e il dubbio – determinato da conflitto delle *rationes decidendi* avanzate dalle parti – è il punto di partenza della ricerca, che avviene in una situazione di *lotta legale* [corsivo aggiunto] tra le parti. (...) Vi è insomma il rifiuto di una ragione individuale, che operi tecnicamente, automaticamente in relazione a una regola generale e preconstituita» (Giuliani, *Controversia*, p. 173-4).

<sup>37</sup> Bacone, ricorda P. Stein, "*Regulae*", p. 170 s., definiva le regole come "indicatori" del diritto, così come le lancette della bussola indicano la direzione verso cui andare. L'immagine, con molte delle sue implicazioni, le quali mi pare si risolvono nell'aver il principio un valore non meramente, né precisamente, prescrittivo, ritorna in quella dei «principi come bussole» in B. Pastore, *Le fonti e la rete*, in *Scritti Carlassare*, I, Napoli, 1999, p. 257 ss., p. 278.

<sup>38</sup> C. Beduschi, *Scritti*, p. 200.

<sup>39</sup> Come esempio pratico di definizione dialettica Giuliani porge la definizione aristotelica della giustizia. Si parte da opinioni comuni veicolate dal linguaggio, si cerca di vedere quanto siano valide e convincenti, e cosa invece in quelle opinioni merita di essere abbandonato. Giuliani sostiene che così facendo Aristotele, da un lato, riesce ad andare oltre l'idea di un'idea di giustizia matematica, quantitativa, solo formale, che era quella dei pitagorici, ma, dall'altro, evita il rischio di cancellare la valida intuizione contenuta nell'opinione comune; l'intuizione, logica ed emotiva al tempo stesso, che riconosce il legame tra desiderio di giustizia e desiderio di vendetta.

Il punto di Giuliani è che Aristotele, ponendo la definizione in rapporto dialettico con l'opinione comune e il linguaggio ordinario, riesce a elaborare un'idea più comprensiva di giustizia; la "giustizia come reciprocità", che esprime forti valori isonomici («ciò che vale per l'uno vale per l'altro»). È evidente che, analogamente all'equità che modera il rigore del diritto, la definizione dialettica modera (corregge)

relazione al fatto cui viene riferita e alle opinioni con cui si confronta<sup>40</sup>. Per questo «il contributo delle parti è indispensabile nel processo di conoscenza»: mai «del tutto chiare, né del tutto oscure»<sup>41</sup>, le regole richiamano la funzione della «divisione della conoscenza» nel mondo del diritto e l'esigenza cruciale che la controversia, affinché possa pervenire all'individuazione della regola di giudizio, sia correttamente istituita e governata<sup>42</sup>.

---

quegli aspetti dell'opinione comune, di ciò che si dice comunemente, che risultano, all'esame, meno giustificabili, che non resistono a confutazione (in quanto portano ad abusi o eccessi, se portati alle loro conseguenze). Allo stesso tempo, però, la definizione dialettica non spazza via l'opinione comune, perché non dubita che, essendo opinione comune, abbia delle basi e possa essere utile per una migliore comprensione della cosa in gioco. C'è un grande profitto nel ragionare in questo modo: ad esempio, si mantiene la consapevolezza che non si rende mai giustizia tra gli angeli, ma solo e sempre tra gli esseri umani, che possono essere (umanamente) desiderosi di vendetta e che per quel motivo, oppure altri (l'estremo dolore che provano, ad esempio), possono incorrere nel vizio dell'«abuso della riparazione», cioè nel desiderio (abusivo) di «avere di più». Questo è il motivo per cui l'Aristotele di Giuliani ritiene che una misura di giustizia matematica, scientificamente esatta, dove spetta solo alla volontà dell'offeso stabilire il giusto risarcimento (come pensavano i pitagorici), non è affidabile. Il punto di vista degli altri - con il suo effetto moderatore, perché dialettico - è invece necessario nelle questioni di giustizia. Solo con l'aiuto degli altri (confrontandosi, dibattendo, riflettendo intersoggettivamente e raggiungendo così «il grado di oggettività che è possibile nel campo dell'opinione», che è il campo dell'azione e delle relazioni umane) possiamo sperabilmente trovare il «giusto mezzo», senza perdere, come potrebbe invece accadere a un razionalismo astratto e formalistico, il senso della realtà, che ci avverte che la giustizia è radicata nelle passioni umane (*La definizione aristotelica della giustizia*, Perugia, 1971).

<sup>40</sup> Perciò le regole sono espressive delle «funzioni sociali della ragione» (A. Giuliani, voce *Logica*, p. 32) e fanno avvertire i riflessi isonomici della «logica del controverso». La struttura della controversia, imperniata sulla divisione della conoscenza, fraziona la «Ragione» e la risolve «nelle ragioni degli individui, che partecipano a quel processo di divisione del lavoro che si attua nel diritto» (*Contributi*, p. 179; voce *Logica*, p. 31).

<sup>41</sup> A. Giuliani, *La controversia*, p. 212, con rinvio ad Aristotele: le regole di condotta sono indefinite perché l'oggetto è indefinito (E.N. 1137 b 29), nel senso che non possiamo prevedere né prestabilire il modo in cui le persone si comporteranno e le domande che sorgeranno di conseguenza. Perciò nel campo della condotta sono possibili solo definizioni *dialettiche*: A. Giuliani, *Il concetto classico*, cit., p. 570-571 (corsivo aggiunto).

<sup>42</sup> «La teoria della definizione dialettica ci appare nella sua essenza una metodologia della ricerca per una esatta applicazione delle parole alle cose» (A.



## 1.5. Centri di argomentazione

La regola può allora essere descritta anche come «centro di argomentazione», in analogia al concetto retorico di *status*, “posizione” e “situazione”, “tipo” di controversia che permette di distinguere e ordinare le singole questioni<sup>43</sup>, assumendo una funzione “selettiva”. La regola, fornendo il criterio della rilevanza, da una parte aiuta a escludere gli argomenti inconferenti; dall’altra richiama all’aderenza della ricerca a quel certo fatto, al quale si tratta di assegnare un valore, sul quale si tratta di pronunciarsi, e al profilo specifico che è di volta in volta in discussione. La controversia che permette alle opinioni di «mettersi in rapporto»<sup>44</sup>, è retta da «regole di *fair play* che evitino la contesa eristica»: per «arginare il potenziale distruttivo dei conflitti fra

---

Giuliani, voce *Logica*, p. 16). Come le definizioni dialettiche, le regole sono *negative* (valgono cioè «come regole di esclusione: non è possibile determinare ciò che è vero, ma è possibile escludere il falso»); *confutative* (ovvero presuppongono un contraddittorio, una controversia); *topiche* (ovvero sono il tramite di una logica della rilevanza, volta a determinare in concreto, in relazione al caso, se una definizione è troppo ampia o troppo stretta: «l’ignoranza degli elementi rilevanti ci porta a erronee conclusioni, e la individuazione degli elementi rilevanti può essere determinata in una situazione di controversia»); «*giustificative*» (presuppongono una teoria dell’argomentazione e non della dimostrazione scientifica). Qualificando la regola come definizione “dialettica”, Giuliani opera una precisa presa di posizione all’interno della plurisecolare questione, ruotante intorno alla definizione di Paolo (dove compare l’espressione per cui la *regula* è *causae brevis enarratio*) e a quella di Giavoleno (*Omnis definitio in iure periculosa est*) intorno al problema se le regole siano, o meno, da intendersi come definizioni, oppure come norme, problema la cui soluzione si è orientata, nel secondo Novecento, si è orientato in favore della valorizzazione della loro dimensione di “topoi” (v. la voce di S. Riccobono Sr, *Reguale iuris*, in NDI, XV, Torino, 1957, aggiornata da Riccobono Jr., 1967, p. 361 ss.) in seguito all’eclissi dell’approccio scolastico e formalista che si era invece indirizzato alle regole e in genere ai prodotti della tradizione romana, come agli strumenti di una sistematica concettualistica e dogmatica (e su cui v. R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 133 ss.). Date le peculiari premesse del suo pensiero, su cui qui non possiamo soffermarci oltre, per Giuliani il problema diventa quello di *che cosa si debba intendere come “definizione”* (e quindi come norma/regola).

<sup>43</sup>A. Giuliani, *Giustizia e ordine economico*, Milano, 1997, p. 7. «Il problema preliminare una volta proposta una controversia è vedere se ha luogo uno *status*, ossia *in an consistat*» (Id., *Concetto di prova*, p. 30).

<sup>44</sup>F. Cerrone, *Sull’esperienza*, p. 100, con espressione che ci richiama al riferirsi della regola e delle sue funzioni all’idea di relazione.

valori», che sono quelli tipici del mondo del diritto, «è necessario un impegno etico per la veracità», di qui l'importanza delle «regole della disputa»<sup>45</sup>.

Sia per le funzioni procedurali e logiche cui assolve (distinguere le questioni onde evitare l'abuso rappresentato da testimonianze inconferenti o da argomentazioni sofistiche) che contribuiscono all'evitamento di soluzioni ingiuste e decisioni arbitrarie, sia per le indicazioni che racchiude (*Malitiis non est indulgendum, In dubio pro reo*) la regola veicola in sé alcuni valori costanti, coi quali ogni fatto viene messo in relazione, attraverso i quali viene interpretato. Per questo si può dire che, pensato dal punto di vista della regola “come relazione”, l'intero concetto di diritto si esprime come «possibilità di esistenza della comunità»: la regola, frutto di esperienze consolidate e ragionate, nel venire riferita di volta in volta a una concreta contesa trasforma quest'ultima «in un confronto rigoroso e circoscritto intorno a un problema rilevante anche per la *civitas* e non di solo interesse personale»<sup>46</sup>. È stato fatto, come esempio, quello del problema del parto della schiava data in usufrutto, che si pose alla giurisprudenza romana: appartiene esso all'usufruttuario, tanto che la schiava, in quanto capace di procreare, potrebbe essere adibita stabilmente a questa prestazione e ogni nuovo nato potrebbe essere assimilato a una “cosa”? L'opinione contraria trovò in Ulpiano la sua «motivazione profonda (...) “Sarebbe temerario” dice Ulpiano, ossia sarebbe da temere, per le implicazioni che comporta, assumere, anche per ipotesi, che la schiava venga adibita alla procreazione più di quanto non sia nell'andamento naturale delle cose. La regola del *fructus* deve fermarsi perché non ci sono le condizioni per parlare di un “*frui*” e non c'è bisogno di fare spazio a regole diverse perché non c'è nulla in gioco che giustifichi una deroga al principio di base». Poiché «dietro ai nomi si celano giudizi, dietro ai giudizi relazioni, dietro alle relazioni punti di vista e interessi, e alla fine la vita nella sua concretezza» la parola

---

<sup>45</sup> F. Cerrone, *Sull'esperienza*, p. 1009 (corsivo aggiunto). Coincide con la vocazione relazionale delle regole che attraverso di esse la verità sia intesa come appartenente alla «dimensione dello *scambio*, scambio di verità nella verità» e «di verità soggettive, certo, ma di verità che presuppongono *fides*, fiducia, che siano evitati l'inganno, la frode, il comportamento sleale e mendace» (ivi, p. 1010, corsivo aggiunti).

<sup>46</sup> C. Beduschi, *Scritti*, p. 298.

“frutto”, che «rimanderebbe a una dimensione puramente economica, assume altro senso quando recuperata alla relazione primaria che la sorregge». Così, «nel rapporto tra parola e realtà la parola fornisce indicazioni che condizionano l’approccio con la realtà, ma che *non possono surrogarla sul piano conoscitivo*; al tempo stesso la realtà, per il fatto di venir ricondotta alle parole, si incorpora in essa e ne condiziona il contenuto significativo». Le regole, nel loro funzionamento pratico, richiamano a un uso del linguaggio tecnico che «lascia spazio per operare in modo consapevole e controllabile su valori condivisi, meritevoli di assurgere al rango di diritto». È questo spazio che conduce a concludere che «l’assimilazione del parto della schiava ai frutti delle cose non può essere accettata come *ius* e cioè né come assetto plausibile di vita né men che meno come criterio direttivo (*ius* come regola) perché non può essere elevato a diritto ciò che, per le sue possibili implicazioni, *mette in gioco le condizioni di sussistenza del contesto in cui si opera*»<sup>47</sup>.

### 1.6. *Le regole e le forme della ragione*

Giuliani rinviene nelle *regulae iuris* una prova di come la capacità del pensiero umano di servirsi di «costanti» faccia sì che il mondo delle relazioni e delle attività umane, da un lato, non rimanga confinato nell’«empiria pura»; dall’altra parte, possa essere oggetto di conoscenza, di una vera “scienza”, benché sia composto di infinite variabili e appartenga alla sfera dell’opinabile (cioè della qualità)<sup>48</sup>. Nel mondo dell’essere è possibile riconoscere elementi di doverosità, che ce lo mostrano, allora, mai del tutto separato dal mondo del dover essere,

---

<sup>47</sup> C. Beduschi, *Scritti*, p. 288 e 312 ss. (corsivi aggiunti) Secondo questo Autore il principale portato della giurisprudenza romana è stato quello di evitare che siano «elevati a diritto assunti troppo rischiosi, superficiali e futili».

<sup>48</sup> Il carattere opinabile delle cose umane è per Giuliani un valore, poiché ne esprime il carattere libero; perciò la conoscenza giuridica, né altra che si rivolga alle azioni umane, deve annullare il grado di opinabilità che è proprio di esse, ma deve svilupparsi in maniera adeguata alla loro natura, onde preservarla. Le «costanti» sono «elementi assiologici»: esse sono conseguenza dell’«eguale condizione dell’essere umano (le scimmie non scambiano merci)» nel «continuo mutamento in cui sono immerse le cose umane, relative all’azione umana, e quindi anche quelle giuridiche» (F. Cerrone, *Sull’esperienza*, p. 996-7).

dalla sfera dei valori, mai confisso in una inanimata “materialità”: alcune condotte appaiono preferibili ad altre. Al mondo delle relazioni e delle attività umane appartiene anche la capacità di ragionare sui fatti e sulle azioni, di percepire valori e disvalori. Le relazioni e le attività umane, la sfera della “pratica”, hanno dunque anche una dimensione spirituale; e in particolare, è proprio dell’uomo il saper individuare metodi per confrontarsi coi delicati problemi dell’interpretazione e della valutazione dei comportamenti. Sono i metodi imperniati sulla verifica intersoggettiva regolata dalla controversia, calibrati mediante il ricorso selettivo a determinate costanti, dei quali le regole sono l’espressione e lo strumento.

Pensato attraverso le *regulae iuris* il diritto non è solo, né essenzialmente, uno strumento per governare, indirizzare o “causare” i comportamenti degli uomini dall’esterno, o dall’alto, ma *un mezzo forgiato dagli uomini per realizzare propri fini, in primo luogo una convivenza pacifica, partendo dalle proprie esperienze, avvalendosi delle risorse dell’intelletto, in questo senso della ragione, capace anche di sviluppare tecniche pratiche* per muoversi nel campo del controverso, nella sfera dei valori, nel campo cioè delle difficili domande su ciò che è meritevole e preferibile, e ciò che non lo è, o lo è meno. Il motivo per cui le regole sono apparse preziose a uno studioso come Giuliani, molto preoccupato degli esiti al contrario disumanizzanti di una concezione del diritto interamente eteronoma, dunque artificiale, è senz’altro il carattere di fatto “umano” e non meramente “tecnico” che esse segnalano nel diritto: centrale è il lavoro, nella sua opera, del vichiano “pensare umanamente”, che garantisce al diritto la sua misura umana<sup>49</sup>. Nelle regole affiora in modo pregnante la storicità dell’esperienza giuridica, in modo pregnante e cioè indicando la co-estensione tra l’idea di storia e quella di umanità; storicità dell’esperienza giuridica dunque nel senso che essa «appartiene integralmente al mondo umano dell’esperienza, in tutte le sue concrete, molteplici implicazioni, un mondo in cui gli esseri umani, agendo e interagendo, al tempo stesso si rendono consapevoli di quel medesimo mondo, secondo la

---

<sup>49</sup> Come lo è del pari nella ricerca di Capograssi sulla scienza giuridica; sul “pensare umanamente” «impegno che investe non solo la scienza ma tutta l’esperienza giuridica, e dunque ogni essere umano», e che è «adesione all’umanità del mondo dell’esperienza» v. F. Cerrone, *Sull’esperienza*, p. 973-974; all’«umanità profonda dell’esperienza giuridica» si deve la sua «problematicità» (ivi, p. 1006).

fondamentale intuizione vichiana... per cui “l’ordine dell’umane idee procede secondo l’ordine delle umane cose”. Non ogni conoscenza deriva dalle evidenze razionali e all’opposto, per l’essere umano, si può conoscere in quanto si fa, si opera nel mondo, ed egli pensa la storia in quanto l’ha fatta»<sup>50</sup>.

Viceversa, sottolinea Giuliani, quando il diritto si risolve in un insieme di norme *date* agli uomini esso offre un’immagine dimidiata della persona umana e delle sue risorse, che in assenza di norme non saprebbe dare regola alle proprie azioni e relazioni. Quando il campo del diritto è associato in modo dominante o esclusivo a forme di razionalità e a soluzioni linguistiche distaccate da quelli ordinari, e cioè specialistici, altamente tecnicizzati – e non fa differenza che si presentino nelle forme logiciste del sillogismo e dell’*esprit de géométrie*, oppure in quelle di un ragionamento “problematico” che però attinge solo strategicamente a un repertorio di *topoi* argomentativi<sup>51</sup> – di nuovo l’esperienza comune risulta esclusa, e, in particolare, esclusa nella sua

---

<sup>50</sup> F. Cerrone, *Sull’esperienza*, p. 976. Le regole potrebbero essere dette l’espressione non di un «sapere per il potere» ma di un «sapere della realtà», per usare espressioni del filosofo G. Bontadini, *Studi di filosofia moderna*, Milano, 1996, p. 76.

<sup>51</sup> Faccio questo inciso perché è ormai divenuto addirittura di maniera sottolineare che nel diritto, in specie giurisprudenziale, massime nei confronti della giurisprudenza costituzionale, occorre abbandonare lo spirito di geometria e ogni “euclideismo”, così come occorre avvicinare il diritto alla “vita” e non ridurlo a “forma” (su questi argomenti convergono Autori le cui impostazioni, come vedremo più avanti nel dibattito sul caso Cappato, appaiono per altri aspetti molto diverse, come V. Manes, *Aiuto a morire, dignità del malato, limiti dell’intervento penale*, in *Pol. Dir.*, 2020/1, p. 41 ss., p. 44 e P. Carnevale, *Incappare ... in Cappato*, in *Consultaonline*, 2019/III, p. 370 ss., p. 378). Non si può non essere consapevoli che un ragionare “problematico” o che si richiama ai “fatti” può risolversi in un uso prettamente strategico di una logica che, nonostante l’apparenza discorsiva o concreta, funziona come mera “forma” utilizzabile per raggiungere qualsivoglia conclusione di opportunità, e dunque come nascondimento, di motivi e delle ragioni di una decisione, analogo al vecchio “sillogismo”. In tema v. M. La Torre, *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, ragionevolezza, razionalità*, Napoli, 2012. Giuliani, per il quale la logica giuridica è anche etica, ha messo molte volte sull’avviso nei confronti di un uso prettamente strategico, solo retorico, solo persuasivo, dell’argomentazione, come è stato attentamente sottolineato (v. F. Cerrone, *Appunti*, p. 670 ss.). Come ho già ricordato anche nel testo, le critiche al “formalismo” che lo fanno coincidere con un intendimento legalistico, fondato sulla legge, del diritto, e si risolvono in un elogio del diritto giurisprudenziale, del pari non tengono conto che anche la sentenza può ridursi a “forma” quando è il mero veicolo di un enunciato prescrittivo.



potenzialità di controllare, del diritto, i percorsi, i contenuti che via via assume, le conclusioni cui perviene<sup>52</sup>. In questi casi l'esperienza umana appare *oggetto* del diritto, qualcosa cui esso si applica, e in fine "cosa"; laddove le regole ricordano che il diritto *ha un debito* verso l'esperienza, intesa come deposito storico (perciò animato, intelligente) di esperienze comuni; il diritto ha un debito verso l'esperienza sia nel senso che ne scaturisce, sia nel senso che è grazie ad essa – grazie cioè ai concreti assetti delle relazioni interpersonali, ai valori cui queste si ispirano, e alla reciproca, intersoggettiva, capacità di interpretare e dare un senso e valore alle azioni – che possono trovare radicamento, esistenza pratica, e quindi effettività i valori cui si vorrebbe ispirare la vita sociale.

È del resto aspetto prominente della riflessione giuliana quello di aver utilizzato la *regula iuris*, osservazione e interpretazione di comportamenti, relazione, frutto e veicolo della logica del preferibile, come espressione di un'idea "classica" della ragione umana, che intende l'intelletto come *sensus recti ac iniusti* e ne valorizza le "funzioni sociali". L'intelletto che forgia le regole ci appare debitore dello scambio intersoggettivo e capace di sviluppare "tecniche pratiche" (un esempio ne è il contraddittorio) per misurarsi col controverso: l'intelletto è una risorsa individuale, espressiva di soggettività, radicata nei singoli, e nondimeno capace di costruire riferimenti interindividuali, condivisi, in questo senso "oggettivi".

### 1.7. *Gli studi sulle regole e l'evidenziazione dei limiti dello strumentalismo giuridico.*

Con i caratteri della ragione "in senso classico", che non scinde l'essere dal dover essere, la natura dallo spirito, il soggettivo

---

<sup>52</sup> La ragione e la lingua di cui fa uso il diritto dovrebbero rimanere prossimi a quelli ordinari, comuni, perché altrimenti si instaurano le condizioni in cui «i governati non possono giudicare coloro che li governano sulla base di una conoscenza scientifica che non possiedono»; A. Giuliani, *Contributi*, p. 20-21. E d'altronde il linguaggio ordinario è veicolo di una esperienza collettiva intorno al giusto e all'ingiusto, Id., *Giustizia e ordine economico*, p. 22.

dall'oggettivo<sup>53</sup> contrasta, come si sa, la concezione “moderna” della ragione, o meglio vi contrastano i suoi “abusi”, che tendono a negare la possibilità che nel mondo dell'opinabile e del controverso sia possibile sviluppare conoscenze attendibili, in grado di offrire riferimenti di giudizio comuni, validi cioè al di là della sfera del singolo. Ricordo brevemente la lezione di Horkheimer, ben presente a Giuliani: il moderno formalizzarsi della ragione, che consiste nel sottoporre a critica razionale idee e credenze, ha svuotato i concetti fondamentali, come verità, giustizia, libertà, perché di essi non è dimostrabile un contenuto certo, oggettivo. La ragione moderna diffida delle tecniche pratiche elaborate nell'esperienza per misurarsi col controverso, e che si muovono nel campo dell'opinione: un suo portato, nel diritto, è la sostituzione della prova come “argomento” con la prova come evidenza oggettiva<sup>54</sup>. La ragione moderna, così, di impronta “scientista”, anzi “positivista”, come Horkheimer sottolinea, e in cui «è assente il momento della comunicazione intersoggettiva»<sup>55</sup>, da una parte si formalizza (è una funzione che non varia adattandosi all'oggetto cui si applica<sup>56</sup>) dall'altra si “soggettivizza” nel senso che essa può esprimere, là dove non è possibile fornire prove oggettive circa determinati assunti, solo punti di vista personali, dunque relativi. Così, esacerbando il problema dell'errore nel campo dell'opinabile, la ragione moderna può pervenire all'eccesso di postulare che ognuno può ben avere una sua idea del giusto, ma ciascuna idea è però, come tale, irrilevante, vale come quella di un altro, che può essere del tutto opposta. Perciò i fini di giustizia perseguiti da una comunità non hanno a che vedere con il senso condiviso di questi valori – che per definizione, negli assunti

---

<sup>53</sup> Il motivo è ritornante in Giuliani e ne impregna l'intera opera, ma si v. i *Contributi*, p. 196 ss.

<sup>54</sup> È il tema della monografia giuliana sul concetto di prova.

<sup>55</sup> A. Giuliani, *Presentazione*, in C. Perelman, *Logica giuridica nuova retorica*, trad. it. Milano, 1979, p. I ss., p. XI. Cfr. M. Horkheimer, *Eclisse della ragione. Critica della ragione strumentale* (1947), trad. it. Torino, 1969, p. 140, su come un linguaggio formalizzato, «che elimina gli strati di esperienza che si sono sovrapposti a formarlo», accompagni gli abusi della ragione moderna.

<sup>56</sup> Di qui l'abuso consistente nel pretendere che nel campo dell'opinabile debbano esservi conoscenze oggettive, e, verificatane l'impossibilità, la negazione che in quel campo sia sviluppabile conoscenza; è l'abuso verso il quale mette in guardia la famosa ammonizione aristotelica, molto cara a Giuliani, per cui non si dovrebbero pretendere da un retore dimostrazioni matematiche.



moderni della ragione, non può esistere – ma risultano da definizioni convenzionali e mutevoli, che possono provenire, in particolare, dalle forze politiche, o sociali che a un dato momento si affermano. Possono prendere corpo, in queste premesse, logiche del dominio che ci invitano a credere che la libertà consiste nel «decidere di fare parte per se stesso»; e proprio allora l'individualità, apparentemente esaltata, è in realtà negata e annichilita, dal momento che «le più grandi e apprezzate qualità personali, come l'indipendenza, l'amore per la libertà, la capacità di simpatia e il senso della giustizia sono virtù sociali, oltre che individuali»<sup>57</sup>. Nel dominio della ragione strumentale invero, scrive Horkheimer, alla ragione individuale, cui è negato di poter concorrere alla definizione di comuni orizzonti di valore, rimane solo un ruolo adattativo e di autoconservazione, calcolante e strumentale.

A una ragione soggettivizzata, che non può contribuire a forgiare un mondo di valori condivisi corrisponde, inevitabilmente, una dimensione della libertà umana che si concentra in, o si riduce a, sprigionare tutta la sua forza critica della sua capacità di discernimento come schermo protettivo *contro* l'ingerenza impositiva delle altrui concezioni<sup>58</sup>. Tuttavia, quando la ragione rinuncia «a giudicare le azioni e i modi di vivere dell'uomo» e «il pensiero diventa uno strumento per

---

<sup>57</sup> M. Horkheimer, *Eclisse*, p. 119. Nel caso giurisprudenziale al quale questo studio si riferisce si è prospettata la contraddizione tra, da una parte, l'innalzamento «del valore della libertà personale e dell'autodeterminazione del singolo» e, dall'altra parte, la «graduazione oggettiva del valore della vita» (che sarebbe dimezzato, anche alla luce dell'ordinamento, e in questo senso del «corpo sociale», nel caso di persone in date condizioni di malattia in nome delle quali è accolto il loro desiderio di morire). Così F. Bertolini, *Valore della libertà, valore della vita, ecc.*, in *Riv. AIC*, 4/2019, p. 314 ss., p. 320 ss.

<sup>58</sup> Riprendo nel testo, adattandole liberamente, le parole di P. Chiarella, *Il diritto comprensivo e l'altruità del corpo*, in *Pol. Dir.*, 2020/1, p. 89 ss., p. 100, che mi sembrano ben espressive del punto di vista della ragione strumentale, un punto di vista che si associa spesso a posizioni di realismo giuridico e in particolare, oggi, al cd antipaternalismo giuridico, una dottrina alle cui formulazioni nel campo penale è come vedremo, e come è del resto ben noto, collegata anche la critica alle norme che incriminano l'aiuto al suicidio. L'A. scrive: «L'antipaternalismo degli ordinamenti liberali assicura la facoltà di realizzare il proprio bene nel modo ritenuto più opportuno, potendo vantare uno schermo protettivo contro l'ingerenza impositiva delle altrui concezioni morali. Si difende, dunque, il valore di una vita guidata dall'interno nell'affidamento alla forza critica della propria capacità di discernimento».

qualsiasi scopo, buono o cattivo, uno strumento per tutte le azioni della società, ma non deve cercare di stabilire le norme della vita sociale, che si suppone siano stabilite da altre forze», la stessa idea di «dignità dell'uomo» diventa «uno slogan preso a prestito che rivela la sua vacuità non appena qualcuno cerca di determinarne il preciso significato<sup>59</sup>; come avviene per tutte le parole – «libertà, personalità, eguaglianza, dignità» – che ci arrivano piene del «retaggio intellettuale trasmesso da tutta la storia del pensiero e dell'esperienza umani»<sup>60</sup>.

### 1.8. Norme e regole

È un fatto che con l'avvento della nozione moderna della ragione (e del modo di concepire le istituzioni e la convivenza, che essa ha edificato), la parola “norma” ha soppiantato quella più antica di regola, ovvero ne ha riconfigurato il senso e gli usi<sup>61</sup>.

Più si rinuncia a pensare che l'essere umano sia capace di autoregolarsi (che ci sia un certo *modus* nelle *rebus*) più prende corpo

---

<sup>59</sup> M. Horkheimer, *Eclisse*, p. 14-15, che precisa: «quanto si è detto a proposito della dignità dell'uomo vale anche per i concetti di giustizia e di eguaglianza», p. 37. Tra i giuristi italiani si annoverano grandi pensatori che hanno indirizzato ampie parti della loro riflessione a esplorare i rischi della ragione strumentale e della riduzione del diritto a “strumento”; ed è certamente questo un frutto dell'eredità di Vico sulla nostra cultura. I primi nomi dovrebbero essere quelli di Capograssi e di Betti.

<sup>60</sup> M. Horkheimer, *Eclisse*, p. 143. Il residuo della morale come «opzione del singolo, soggettivizzazione della percezione del contenuto di valore» in un contesto «iperindividualistico» ha un ruolo eminente tra le ragioni per cui «nella postmodernità – la dignità deve difendersi dalla sua radicale negazione», che è poi il suo risolversi totalmente nell'autodeterminazione e nel «sentimento di se stessi»: S. Prisco, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico*, in *BiolawJournal-Rivista di biodiritto*, 2/2019, p. 61 ss., p. 65-68, dove anche l'accurata registrazione di quella componente della riflessione contemporanea che auspica uno «sforzo per recuperare la necessaria dimensione oggettiva del soggetto», ossia «ciò che è giusto e costitutivamente inerente alla natura umana», che è stato «svilito nella lunga parte finale della modernità».

<sup>61</sup> Cfr., sull'origine moderna del termine norma e le sue implicazioni, R. Orestano, *Norma statuita e norma statuyente. Contributo alle semantiche di una metafora*, in *Id., Edificazione del giuridico*, Bologna, 1989, p. 69 ss. In questo tornante “regola” si stacca da “reor”, penso, giudico, e diventa per tutti originata da “rego”: guido, dirigo, amministro.

l'assunto che gli uomini, incapaci di darsi regola, debbano ricevere norma, legge, dall'esterno. I fatti umani mutano di segno. Da *quaestiones iuris*, cioè domande che concorrono alla ricerca della regola corretta, più adeguata alla loro lettura, alla loro natura, qualitativamente intesa, i fatti, e con essi le azioni e le relazioni, si riducono a mere *quaestiones facti*, fattispecie cui applicare una norma. Anche il diritto tende a *svuotarsi*; anziché l'ambito in cui si tramandano le tecniche pratiche della ragione, forgiate sui riscontri dell'esperienza per muoversi nel controverso e nell'opinabile, diventa il recipiente delle norme dettate dall'esterno, il loro veicolo; il diritto diviene strumento per il perseguimento di scopi di governo della società<sup>62</sup>.

Giuliani medita molto su come il successo, o l'eccesso, della ragione moderna nel campo del diritto abbia coinciso con la negazione alla *scientia iuris*, teorica e pratica, della natura di fonte del diritto: diventando strumento, il diritto ha visto declinare le componenti, che ne fanno anche una forma di conoscenza<sup>63</sup>. Esso è stato privato, in altri termini, di contenuti costitutivi, col risultato che è venuto meno lo spazio per «la critica del diritto interna al diritto»<sup>64</sup>: per il giurista, quando il diritto è visto come tecnica, rimangono solo due strade: o quella del neutro tecnicismo esegetico o quella attivistica del suggerire politiche<sup>65</sup>, anche del vagheggiare utopie. Anzi, è caratteristica conseguenza della riduzione del diritto a strumento l'insinuarsi di un accento *romantico* nell'approccio ai suoi temi. Ciò non è paradossale: una volta che venga considerato come strumento non per riflettere (sul)la realtà, ma per indirizzarla, il diritto è valorizzato nella chiave della riforma, come tecnica per realizzare (imporre) obiettivi, affermati come giusti, utili, buoni. L'atteggiamento "romantico", che si concentra non sulla comprensione della realtà ma sulla sua riforma, sulla sua

<sup>62</sup> A. Giuliani, *Contributi*, p. 25 ss.

<sup>63</sup> «Se la scienza giuridica è legata alle *forme* e alle tecniche di gestione di queste forme, non può ammettersi che elabori direttamente elementi materiali, contenutistici» osserva F. Cerrone, *Appunti*, p. 632, andando al nocciolo dei temi discussi da Giuliani nei *Contributi* e della sua peculiare critica al formalismo, che è in essenza critica allo strumentalismo giuridico.

<sup>64</sup> A. Giuliani, *Ricerche*, p. 25 ss., dove viene messo in evidenza che nella lotta dello storicismo e poi positivismo giuridico contro il diritto naturale fosse in realtà in gioco la liquidazione della scienza giuridica come fonte del diritto, ovvero la liquidazione del carattere di formazione storica, non tecnica, del diritto.

<sup>65</sup> A. Giuliani, *Ricerche*, p. 91-92.

riorganizzazione e direzione verso una gamma di scopi, è carico di «istanze normative»<sup>66</sup>: occorre sempre ricercare una legge migliore, più giusta, più efficiente che sappia rispondere a tutti i bisogni dell'uomo e della società.

Assorbito nel campo del prescrittivo l'intero fenomeno giuridico va a coincidere con i modi per "causare" certe azioni, in quanto più idonee a perseguire certi risultati<sup>67</sup>. Da un lato, è minacciata la stabilità del diritto, l'autonomia dei suoi contenuti e del suo punto di vista rispetto a quelli del governo politico della società: il diritto, subendo una continua pressione adattativa, rischia di diventare "creazione dello scopo", ovvero di non contenere alcun elemento stabile (alla cui luce vagliare le condotte e le scelte, anche dei governanti) ma solo i riflessi di incostanti ideologie<sup>68</sup>. Dall'altro lato, la sfiducia nelle capacità autoregolatrici dell'uomo e delle relazioni cui dà vita ne implica un declassamento: le relazioni, non avendo più rilievo dialettico per formare le regole della convivenza, diventano meri comportamenti da indirizzare, dirigere, determinare.

L'incentrarsi del diritto sulla dimensione normativa (nel senso del suo divenire ciò che causa, provoca, determina, anziché ciò che spiega, conosce, valuta determinate condotte) si riflette sul giudizio, modificandone le funzioni. Nella prospettiva delle regole il giudizio è «*relazione nel contesto al quale appartengono e rinviano (...) giudizio in questo caso «vero e proprio»* che come tale «ha necessità di svilupparsi nel labirinto delle relazioni retrostanti, delle esperienze disponibili e delle parole adottate ... che hanno tutte senso, non solo la statuizione». Quando pensato come applicazione di un complesso di prescrizioni, il giudizio si risolve, come la norma, in un «mero enunciato»<sup>69</sup>.

### 1.9. *Ricerca la regola nella norma (e nella sentenza).*

Riandare alle *regulae iuris* non significa certamente voler cancellare, e tanto meno ignorare, le trasformazioni storiche, culturali,

---

<sup>66</sup> A. Giuliani, *Contributi*, p. 23 e 55.

<sup>67</sup> A. Giuliani, *ivi*, p. 155.

<sup>68</sup> A. Giuliani, *Ricerche*, p. 48, che dedica importanti i rilievi all'influenza avuta in questa direzione dal positivismo sociale.

<sup>69</sup> C. Beduschi, *Scritti*, p. 283.

istituzionali che ci separano da un mondo premoderno, ma significa tenere viva l'attenzione alle ragioni profonde di aspetti costitutivi del diritto, aspetti del resto quasi quotidiani e scontati, in quanto legati alla pratica del diritto. La scrupolosa attenzione che sappiamo di dover rivolgere al "fatto" prima di pronunciarci su di esso, è, per esempio, eredità della "postura" che le regole insegnano al giurista: l'attenzione al "fatto" è attenzione alla struttura delle relazioni di cui un problema giuridico si compone. Le ricerche sulle *regulae iuris* che ho richiamato intendono controbilanciare i predominanti caratteri strumentali e tecnici del diritto moderno e contemporaneo, preservando le basi del diritto nell'esperienza umana. Esse fanno ciò anche semplicemente ricordando che nella pratica del diritto, nonostante il modificarsi delle teorie e delle dogmatiche, quelle basi si mantengono. Preservarle e preservarne la consapevolezza è importante per la tenuta di una visione della persona umana e della comunità ispirate a valori isonomici e di libertà. In questo senso vanno intese le osservazioni che sottolineano come la giurisprudenza antica, in quanto chiamata ad esprimere regole, ci porga il valore del «rispetto della realtà». Viene sottolineata, in tal modo, l'importanza dell'impegno ad un'attenta considerazione, ai fini dell'individuazione delle regole del vivere insieme, delle esperienze vissute. Il loro aspetto qualitativo, attinente ai valori, implicante scelte, può invece essere sacrificato dal predominare di uno sguardo governante, normativo, strumentale ai problemi del diritto, in nome dell'esigenza, verticale, asimmetrica, del «governo» della realtà<sup>70</sup>. Non bisogna dimenticare che al centro della realtà, dell'esperienza vissuta, c'è la soggettività umana che quella esperienza vive, interpreta, nomina, nel mentre la modifica, innervandola di senso.

Esplicitamente l'interesse di Giuliani verso le *regulae iuris* è mosso dall'esigenza di recuperare la dimensione, e i valori, della regola – riassumibili nel contatto tra il diritto, nella sua dimensione "oggettiva", con la sfera dell'esperienza umana, soggettiva – *nel concetto di norma*; è un obiettivo che accomuna i suoi studi a quelli di altri, e in particolare a quelli del romanista Carlo Beduschi, a cui ho fatto via via riferimento sin qui. Quest'ultimo, confrontandosi a sua volta col tema della *ratio*, tema intorno al quale, nella letteratura concernente le

---

<sup>70</sup> Ivi, p. 281



regole, di queste è stata impostata una lettura “normativa”<sup>71</sup>, sottolinea, richiamando a sua volta il legame con il verbo *reor*, che *ratio* è la «risoluzione argomentata di una controversia»<sup>72</sup>: e che «la pronuncia giurisprudenziale vale come regola in due sensi: sia perché, avuto riguardo agli elementi di cui si alimenta la controversia, porta in luce profili ricorrenti; ma soprattutto perché propone assetti di esperienze che meritano di essere rispettati: essi infatti, proprio perché fanno riferimento a fattori ricorrenti, esprimono condizioni non occasionalistiche di equilibrio nel rapporto preso a riferimento»<sup>73</sup>. Quando, però, perde un legame con la realtà sottostante, la regola, anche giurisprudenziale, rischia di equivalere a una prescrizione generale da “applicare” a fattispecie che risultano simili ma non vengono delucidate nelle loro implicazioni, e risultano così tacitate, rimosse<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> Insistendo sulla *ratio* come presupposto per l'estensione della regola a casi simili una parte della dottrina rinviene nella regola il prototipo della norma e nella giurisprudenza una *policy*: il classico studio di P. Stein, *Regulae iuris*, è molto significativo da questo punto di vista, in quanto tutta la ricostruzione dell'A. tende a proporre il metodo giuristico romano come fondamento della *common law*, nel senso di una politica del diritto condotta per via giudiziaria. Non può essere qui approfondito il tema del rapporto tra le *regulae* incluse nel V Libro del Digesto, la cui portata fu generalizzata con l'introduzione di espressioni come *Nemo*, *Numquam*, *Semper*, *Omnia*, ecc. e le regole enunciate nella prassi della giurisprudenza romana, che sfuggivano a consimili generalizzazioni per il loro stretto legame con il singolo assetto di relazioni considerato. Mentre per alcuni, come Stein (ivi, p. 118 ss.), ciò snaturò le regole, per altri, come Giuliani, valse invece a enfatizzarne la natura dialettica, quali accordi topici intorno a cui organizzare la conoscenza e la valutazione di una esperienza che richiedono l'apporto conoscitivo delle parti, ammettono il concorso di altre regole, ecc. Né possiamo soffermarci qui sulla *traditio regulae* medievale, su cui però v. però almeno S. Caprioli, *Tre capitoli intorno alla nozione di regula juris*, in *Ann. St. Dir.*, 5-61961/62, p. 231 ss.

<sup>72</sup> C. Beduschi, *Scritti*, p. 97. E ancora: «Non solo il diritto esiste senza la legge (il che io penso siano in molti a riconoscere) ma soprattutto dovrebbe essere chiaro che il diritto percorre una strada che non è quella del precetto, ma quella del ragionamento» (ivi, p. 98).

<sup>73</sup> C. Beduschi, *Scritti*, p. 307.

<sup>74</sup> La regola è legata al caso, non per questo occasionalistica: proprio il riscontro della sua capacità orientativa del giudizio nelle singole circostanze le conferisce la sua qualità di “regola di giudizio”, che sottende assetti preferibili della convivenza: «è nel susseguirsi di casi e nella progressiva riflessione sulle conseguenze che diventa

La riflessione sulla regola, così, da una parte, fa avvertire che in alcuni casi la contrapposizione tra legge e sentenza può essere fallace, e questo avviene quando, come la norma, la sentenza non si impegna a delucidare le situazioni, ovverosia le relazioni, cui si riferisce, e così attenua o perde il legame con la realtà sottostante; dall'altra parte sollecita una «riscoperta della norma giuridica nel suo valore essenziale che non è di esprimere un “precetto” ma piuttosto uno “schema”, una “regola”, cioè un ordine costruito razionalmente», mediante l'intelletto, un modo dunque di sfruttare le cognizioni acquisite, l'esperienza maturata, in cui altri, nel futuro, poi, potranno trovare le premesse per affrontare le incertezze, le incognite, il “nuovo” che la dimensione temporale dell'esperienza umana porta inevitabilmente, fisiologicamente, con sé. Jeremy Waldron ha espresso un ordine di idee in fondo non dissimile quando ha osservato che, se le norme non avessero queste caratteristiche, noi tutti saremmo trattati come un gregge di pecore, anziché come esseri intelligenti; e che il diritto parli all'intelligenza – all'intelletto – di ciascuno è il concetto intorno a cui ruota tutto il pensiero bettiano.

Saper funzionare come regola è allora la vera sfida per la “norma” posta da un legislatore all'altezza di un mondo «civile», per richiamare

---

possibile, attraverso l'esperienza accumulata, pervenire a formulazioni via via più precise, rigorose consapevoli, compito al quale soprattutto la dottrina dovrebbe dare il suo contributo» (C. Beduschi, *Scritti*, p. 101). Giuliani ha espresso un ordine di idee non dissimile quando, ragionando sul rapporto regola/eccezione ha evidenziato che alla regola inerisce una logica equitativa che esclude di concepire quel rapporto in termini di opposizione, come invece accade quando, in chiave moderna, le regole sono intese come “norme”, o *strictum ius* (cfr. *Controversia*, p. 176 ss.). Quando prevale un intendimento normativo delle regole, non si spiega più che «quanto ai risultati, la regola [a differenza della norma]. può imporre di volta in volta soluzioni diverse, talora apparentemente contraddittorie, in relazione al caso considerato». Infatti «il senso della contraddizione si esaspera e non è più dominabile [quando] la regola viene intesa in chiave analitica [ovvero come norma], e cioè quale enunciato verificabile in termini di identità formali e cioè di concetti astratti» (C. Beduschi, *Scritti*, p. 200). Interessante, ma non possibile in questa sede, indagare il versante in cui, nella sua polemica contro il formalismo pandettistico, la scuola del diritto libero si richiamò da una parte alle *regulae iuris* come immagine di un diritto cristallizzato, dall'altra all'immagine paolina (*Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*) per rivendicare un diritto “più aderente alla realtà”, ma v. almeno, su questo, L. Lombardi Vallauri, *Saggio*, in part. p. 318 ss.



immagini vichiane; ed è anche, in specie nel mondo odierno, costellato di giudici “legislatori” e di sentenze “normative”, la profonda sfida che interpella la sentenza.

## *2. Il caso Cappato: se diventa impossibile far diritto con regole*

### *2.1. Breve riepilogo di un caso famoso e alcune ragioni per rileggerlo attraverso le regulae.*

Col “caso Cappato” la Corte costituzionale fu chiamata a esprimersi sull’art. 580 c.p. in quanto punisce allo stesso modo l’istigazione e l’aiuto al suicidio, e quest’ultimo anche quando non abbia inciso sul formarsi della volontà suicidaria; nel giudizio da cui era sorto l’incidente di costituzionalità Marco Cappato era imputato di agevolazione al suicidio per avere accompagnato Fabiano Antoniani in Svizzera, dove questi era stato assistito a compiere il suicidio al quale si era autonomamente determinato. Come si ricorderà, con l’ord. n. 207/2018 la Corte da una parte accertò che l’art. 580 c.p., anche nel punire l’aiuto al suicidio, ha una perdurante *ratio* che lo giustifica dal punto di vista costituzionale, e che è quella di difendere «le persone più deboli e vulnerabili (...) specialmente malate, depresse, psicologicamente fragili o anziane e in solitudine» che, in mancanza del divieto, potrebbero essere «facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita». Dall’altra parte la Corte rilevò nell’ordinamento un *vulnus* di tutela nei confronti delle persone che, affette da una patologia irreversibile, tenute in vita anche a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma capaci di prendere decisioni libere e consapevoli, non possono accedere a trattamenti che le liberino dalle sofferenze, per loro intollerabili, «quando l’assistenza di terzi può presentarsi come l’unica via d’uscita da un mantenimento artificiale in vita non più voluto». La Corte imputò quel *vulnus* a un difetto della legge n. 219/2017, entrata in vigore successivamente ai fatti di causa, che ha autorizzato il solo rifiuto di cure *quoad vitam*. In tal modo, alle persone che si trovano nelle condizioni sopra descritte è stato imposto, per così dire, un solo modo di morire, quello consistente nel rifiuto delle cure accompagnato da sedazione profonda, che però può non coincidere col «concetto della propria dignità» che abbia la persona

interessata, come era accaduto nel caso di specie. Antoniani, infatti, aveva ritenuto contrarie al proprio concetto di dignità nel morire quelle modalità, che nel suo caso avrebbero significato una lunga, ancorché incosciente, agonia. L'ordinanza tratteggiò dettagliatamente la disciplina che a questo difetto di ragionevolezza avrebbe potuto rimediare, incentrandola, in analogia con la legge n. 219, sul consenso informato del paziente all'interno di un processo medicalizzato, e suggerendo che questa disciplina avrebbe dovuto trovar posto non nel codice penale ma nella legge del 2017. Quindi, preso atto che la tecnica dei moniti ha troppe volte fallito nel suo intento, ma anche appellandosi a esigenze di collaborazione e dialogo istituzionale che rendevano inopportuno un intervento manipolativo, la Corte adottò una nuova modalità decisionale, l'ordinanza «di incostituzionalità prospettata», come l'ha poi definita nella sua relazione annuale il Presidente Lattanzi, assegnando un termine al legislatore per intervenire, e cioè per offrire ai casi considerati una disciplina, di cui l'ordinanza individuava i contenuti; termine scaduto il quale il processo costituzionale, sospeso, sarebbe ripreso con una nuova udienza. Nell'occasione di quest'ultima, preso atto che il legislatore non aveva provveduto, la Corte dichiarò con sentenza n. 242/2019 l'incostituzionalità dell'art. 580 «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dalla legge n. 217 del 2019, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio autonomamente e liberamente formatosi, di una persona» che versi nelle condizioni indicate. La motivazione anche in questo caso si incentra sul carattere irragionevole e lesivo della dignità del malato dell'imposizione di «un'unica modalità di congedarsi dalla vita», che, come già argomentato nell'ordinanza, lede anche il diritto alla salute nel senso di libertà del paziente «nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalla sofferenza»<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> Che si sia trattato di decisioni singolari risulta già dal complesso intreccio tra la norma oggetto della censura e, alla fine, della dichiarazione di incostituzionalità – l'art. 580 c.p. – e la normativa che è ad un tempo oggetto per così dire parallelo di giudizio, quanto alla propria ragionevolezza, e mezzo della decisione, quale *tertium comparationis*, la legge n. 219. Quanto la Corte statuisce in addizione all'art. 580 c.p. è, infatti, la stessa integrazione del disposto della legge n. 219, in mancanza della quale quest'ultima appare alla Corte irragionevole. Il ruolo svolto dalla legge n. 219 richiama anche l'intendimento che della relazione tra legge ordinaria e Costituzione ha come è

Per più motivi il caso offre un'opportunità per tentare un esercizio di interpretazione costituzionale che incorpori la prospettiva delle regole. In primo luogo, lo preannunciavo all'inizio, il giudizio della Corte in materia ha tratto origine da un processo *a quo* che nasceva, è pacifico, da una lite strategica; e questa tecnica di tutela dei diritti civili, intanto, interferisce con la *regula iuris* secondo cui *Nemo audiatur allegans turpitudinem suam*. La *regula* rende avvertiti delle possibili patologie di un processo che, per riprendere un'espressione giuliana, nasce «indirizzato a un fine, a un risultato». Essa certamente non è estranea all'insieme di considerazioni che sono alla base del tacito accordo circa l'esistenza di un divieto di *lis ficta* nell'accesso al giudizio di costituzionalità<sup>76</sup>, e può aiutare a spiegare alcuni caratteri salienti, e problematici, che, se non esclusivi di questo caso, in esso si sono presentati, almeno a giudizio di molti, con particolare intensità: l'estroflessione della Corte nel campo della legislazione, certi aspetti non del tutto soddisfacenti delle motivazioni utilizzate, alcuni limiti della fattispecie che la Corte ha immaginato come “scriminante” nei casi di aiuto al suicidio e dunque della “regola di giudizio” enunciata.

Vi è anche una ragione più generale per cui le *regulae iuris* porgono nel loro complesso un punto di osservazione sul caso Cappato

---

noto il giudice relatore della sentenza, Prof. Modugno, per cui la legge ordinaria è anche sviluppo della Costituzione e quindi strumento della sua interpretazione, sin da Id., *L'invalidità della legge*, I, Milano, 1970, p. 160. Sulle funzioni assolute, di *tertium* e di parametro, dalla legge n. 219 nelle decisioni considerate, da molti sottolineate, v. da ultimo F. Politi, *La sent. n. 242/2019*, in *Dirittifondamentali.it.*, 2020/1 (6.3.2020), p. 661 ss., p. 673.

<sup>76</sup> Un divieto le cui ragioni sono state a lungo discusse e che è oggimai oltremodo scosso, quanto meno a partire dalla sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale; ciò che indubbiamente ha d'altronde, forse di conserva, anche scosso profondamente la collocazione della Corte nel sistema. Sul giudizio di costituzionalità sollevato per via di azione di accertamento, il divieto di *lis ficta* e la logica dell'incidentalità v. E. Olivito, *L'eccezione che conferma la regola, ecc.*, in *Dir. Soc.*, 2/2019, p. 221 ss., spec. p. 237 ss. L'A. sottolinea come, nel caso dei giudizi sorti da azioni di accertamento, all'apparente maggiore concretezza del processo incidentale corrisponda invece, quasi per paradosso, la sottolineatura delle componenti oggettive e astratte, se non addirittura preventive, del giudizio di costituzionalità; e a risultati analoghi, come verremo dicendo, conduce il processo *a quo* fondato su una lite strategica. L'elemento comune è infatti la “finzione processuale”; e al riguardo v. anche Ead., *Fictio litis e sindacato di costituzionalità delle leggi elettorali, ecc.*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2013, p. 5 ss.

che può avere qualche utilità conoscitiva. Le regole, come ho cercato di mostrare sin qui, rimandano a un ordine di idee che privilegia la connessione tra il diritto e l'esperienza umana, storica, e alle relazioni che la animano: attraverso le *regulae iuris* il diritto appare come un mezzo immaginato e praticato dagli esseri umani per configurare il vivere insieme, dunque come l'espressione di capacità autoregolative risalenti agli individui; si tratta di capacità che essi esprimono, mettono in pratica, nelle loro relazioni, in quanto sono su tali relazioni essi sono capaci di *riflettere*, distinguendone il senso e il valore, cosa che avviene nello scambio intersoggettivo di giudizi ed esperienze. Quando si considerano elementi salienti del "caso Cappato" avvertiamo di trovarci, all'opposto, di fronte a un intendimento del diritto, anche costituzionale, pressoché interamente risolto in "norma": cioè in un complesso eteronomo di prescrizioni ai fini del quale rimangono secondarie le relazioni tra gli esseri umani, le esperienze che essi condividono, attraverso le quali essi concorrono a formare le valutazioni, i criteri e i giudizi che costituiscono il tessuto del vivere insieme. Il confronto con l'orizzonte delle regole può allora aiutare, per differenza, a decifrare l'immagine della persona umana e l'idea di convivenza che risultano favorite quando prende prevalenza la dimensione normativa del diritto, eteronoma, prescrittiva, che fa del diritto uno strumento per *indirizzare* la convivenza assai più che un mezzo attraverso il quale, in dialettica con l'esperienza concreta delle relazioni umane, con i valori e disvalori che quelle fanno emergere, della convivenza prendono corpo i principi, che in ultima analisi servono a renderla possibile. L'idea della regola come "relazione", lo si vedrà nel prosieguo, soccorre come indicazione a tener conto, in campi dove si fa sempre più strada un intendimento individualistico al principio di autodeterminazione (ovvero anche alla "dignità in senso soggettivo"), del fatto che tutte le situazioni che nominiamo come "diritti" coinvolgono *rapporti* in cui sono in gioco beni e interessi molteplici. Ciò appare ovvio, ma è invero, quanto meno, spesso dimenticato. L'ordine di idee che mi spingerà a criticare la Corte per non aver osservato il "fine vita" attraverso la relazione tra chi aiuta al suicidio e chi domanda l'aiuto (o che, per meglio dire, mi spingerà a criticare un impianto del processo *a quo* che, per la sua origine strategica, ha reso difficile la messa a fuoco e la nomina stessa di quella relazione) non è dissimile da quello di chi, nella materia dei diritti riproduttivi, critica la

Corte per non aver saputo, o potuto, tener conto delle “relazioni retrostanti” ai processi riproduttivi e all’uso delle tecniche connesse<sup>77</sup>. La regola come “luogo comune” e “centro di argomentazione”, attraverso il quale le questioni dibattute nel processo appaiono in costante connessione con i valori della *civitas*, non fa infine che consigliarci di non perdere di vista, nella riflessione sui problemi costituzionali, la «dimensione non solo individuale ma anche collettiva e sociale dei diritti, i quali proteggono giuridicamente valori la cui importanza è condivisa dalla comunità»<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> Mi riferisco a A. Di Martino, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive*, Milano-Udine, 2020, p. 1209, che pone il profilo delle relazioni, interindividuali e sociali, al centro della sua analisi, ciò che la porta ad osservare, ad esempio e in particolare, che la Corte nella materia considerata «non attribuisce il dovuto rilievo al fatto che, nella fecondazione eterologa, l’autodeterminazione riproduttiva è pienamente soddisfatta è pienamente soddisfatta solo attraverso la nascita di un altro essere umano e ... ciò è possibile solo attraverso la disponibilità di terzi o terze a consegnare o far estrarre i propri gameti». La mancata o non sufficiente considerazione delle relazioni retrostanti i fenomeni della procreazione assistita può spiegare la «scarsa capacità di orientamento» della giurisprudenza costituzionale in materia (rilevata da Ead., p. 135).

<sup>78</sup> A. Di Martino, *Pensiero femminista*, p. 40. Può essere trasparente l’affinità tra un diritto fondato su “regole” e cioè che parte dalle relazioni e le considera rilevanti per il definirsi dialettico dei principi della convivenza, e le concezioni di pensiero che hanno elaborato, specie in ambiente femminista, l’idea di «autonomia relazionale», approfonditamente studiata ivi, spec. p. 37 ss., in quanto complesso di idee che si richiama a una visione che qui chiamo “classica” della ragione, e cioè a un individuo portatore di intelletto che traduce nella sua condotta pratica le proprie scelte assiologiche. Di Martino non manca di sottolineare che gli orientamenti che delineano l’idea di autonomia relazionale suppongono infatti in ciascuno «la capacità di distinguere il bene dal male» (p. 39). Con la presenza accentuata nella nostra cultura, non solo giuridica, di una tradizione in cui questa visione dell’individuo non è stata surclassata da visioni razionalistiche di marca liberale, e cioè con «la storia» (ivi, p. 137) si spiega anche la prevalenza nel nostro paese di un “femminismo della relazione” (ivi, p. 165), della cui valenza universale sono convinta (perciò ne riferisco qui l’approccio a un tema non spiccatamente “femminile” ) così come sono convinta, e l’ho altrove argomentato, dell’affinità tra quel tipo di femminismo e le concezioni del diritto che sono sottese alle *regulae iuris*, secondo almeno agli studi che prendo a riferimento e che mi preme valorizzare.



## 2.2. La prevalenza delle componenti strumentali

Che la dimensione strumentale, e pertanto “normativa”, prevalga nel caso Cappato si avverte a cominciare dalla nota che caratterizza tutta la vicenda, e cioè, come ho appena detto, l’uso strumentale del processo, anche costituzionale: il processo che sorge strategicamente è inteso come mezzo per arrivare a una “norma” ed esprime di per sé un ordine di idee che sottovaluta lo spazio del giudizio rispetto a quello della produzione di norme generali<sup>79</sup>: la lite strategica si risolve, per così dire strutturalmente, nel chiedere alla giurisdizione di assolvere funzioni sostitutive della legislazione, ciò in cui è implicita un’intensa sottovalutazione delle prestazioni sistemiche della giurisdizione, una sottovalutazione che, e forse non solo in questo caso, è sembrata contagiare la Corte stessa. Quest’ultima appare orientata a «gestire», come essa stessa si esprime, le regole del proprio processo in funzione del tema in causa; è un fenomeno quest’ultimo che contrassegna la giurisprudenza costituzionale ormai da diverso tempo e che ha trovato nelle decisioni in discorso un culmine<sup>80</sup>, e che non è certo privo di ambiguità. Esso da una parte fa pensare a un aumento, o se non altro a un’augmentata ricerca, di potere da parte della Corte<sup>81</sup>, ma può anche

---

<sup>79</sup> La lite strategica tende in effetti a “confondere” giurisdizione e legislazione in un’unica funzione di produzione del diritto in cui concorrono anche processi sociali: cfr. A. Pisanò, *Il re è nudo! La nuova forma di collaborazione, ecc.*, in *Pol. Dir.*, 2020/1, p. 63 ss., p. 67 che descrive la lite strategica come appartenente a un processo di «produzione del diritto bottom-up» avviato «da individui e avvocati», finalizzato a favorire una collaborazione tra i poteri giudiziario e legislativo in cui si esprime la «governance dei diritti» (Per l’A. «il paradigma biogiuridico (e il caso Cappato)» sono «nel segno della costruzione di un rapporto di collaborazione (non conflittuale) tra potere legislativo e potere giudiziario stimolato da un intervento dal basso di singoli cittadini, attivisti». L’A. considera un primo esempio di questa tecnica in Italia la strategia che condusse alla sentenza della Corte sul matrimonio omosessuale (n. 138/2010) e osserva che la tecnica è divenuta importabile in Europa grazie al «rafforzamento del ruolo delle Corti e alla creazione di un sistema multilivello dei diritti umani».

<sup>80</sup> L’itinerario è ricostruito da R. Pinardi, *La Corte e il ‘suo’ processo*, in *Giur. Cost.*, 2019, p. 1897 ss.

<sup>81</sup> Come di un «fatto istituzionale» che esprime «una manifestazione di intenti della Corte circa il proprio ruolo» sono state interpretate le due decisioni della Corte nel caso Cappato da G. Repetto, a conclusione del suo *La Corte, l’aiuto al suicidio* (in corso di pubblicazione su *Giur. Cost.*, 2020).

comunicare un qualche suo senso di debolezza e di sfiducia, sia nei confronti dei propri interlocutori, il legislatore e i giudici, sia nei confronti di se stessa come giudice. La Corte in effetti, nella prima delle due decisioni che ha emesso sul caso, rinunciò espressamente al fare ricorso alla tecnica del “monito” in nome delle tante volte in cui i moniti sono rimasti inascoltati; ha escluso in partenza un accoglimento secco, forse immaginando che né il legislatore né i giudici avrebbero saputo far fronte al “vuoto” che ne sarebbe derivato; il timore del “*far west*” che si sarebbe potuto istituire nell’ordinamento par stare alla base della rinuncia a emettere una decisione interpretativa. In questo timore, in particolare, è però implicita una sfiducia verso la capacità di una propria decisione di ispirare i convincimenti e gli itinerari interpretativi dei giudici, sia verso le capacità di questi ultimi di elaborare ulteriormente, in futuro, davanti a nuovi casi, le linee indicate dalla Corte tenendo ferma la barra, per dir così, di alcuni principi e interessi costituzionali che l’interpretativa avesse fatto risaltare. Il fatto che il processo costituzionale sia sfociato in una sentenza-norma<sup>82</sup> potrebbe avere un collegamento con l’anomala costituzione del processo *a quo*; come vedremo, la *quaestio* che perviene alla Corte per la via di una lite strategica tende a presentare un tasso significativo di artificialità, e questo può ostacolarne un corretto inquadramento, perché il caso “pilota”, con i suoi forti connotati, preclude un’esplorazione compiuta del problema sollevato dal processo, necessaria invece sia per comprendere adeguatamente il singolo caso, sia per riconoscere, attraverso di esso, ricorrenze e costanti a cui appoggiare il giudizio.

La prevalenza del diritto “come norma” traspare anche da un altro aspetto significativo nel caso Cappato, aspetto che, come vedremo, è rappresentato da una diffusa incapacità o non volontà, da parte di molta dottrina, dei giudici, e anche della Corte, di attribuire al divieto di aiuto al suicidio, contenuto nel codice penale, altro senso che non sia l’idea che la vita è proprietà dello Stato, laddove un simile divieto è anche altrimenti spiegabile, in particolare immaginando la portata che nelle relazioni interindividuali potrebbe avere la sua assenza o la sua rimozione. È apparso quasi impensabile che il divieto di aiuto al suicidio possa avere una radice non o non solo nelle esigenze dello

---

<sup>82</sup> «Additiva di un frammento *dispositivo*» la definisce S. Prisco, *La dignità*, p. 79 (corsivo aggiunto).

“Stato”, ma in quelle delle relazioni umane. In parallelo, va il fatto, piuttosto notevole, che, benché il caso di specie ponesse in primo piano la condotta di chi aiuta al suicidio – una condotta che, specialmente nei casi che coinvolgono persone gravemente malate e sofferenti, si radica spesso in una relazione qualificata, familiare o di amicizia, tra chi si dispone ad aiutare e chi domanda aiuto – il fuoco della questione si sia concentrato sulla sola posizione di chi intende morire, che è stata interamente collocata, dalla Corte, all’interno della “alleanza terapeutica” medico/paziente. In tal modo è rimasta elusa la domanda sul se le “regole del fine vita” possano essere elaborate anche a partire da, o tenendo conto de, i comportamenti reciproci che le persone tengono in simili frangenti, cercando di individuare le condotte che appaiono *preferibili* alla luce dei principi costituzionali.

La Corte ha invece utilizzato i principi costituzionali per farne l’impalcatura di un complesso prescrittivo, in questo senso di un complesso di norme; mediante i principi la Corte ha disegnato una certa fattispecie, quella della persona in condizioni di gravissima infermità, che sopravvive grazie all’aiuto di una macchina<sup>83</sup>, e che si autodetermina a morire. I principi costituzionali hanno generato una certa gamma di prescrizioni per disciplinare situazioni dal cui disegno la relazione tra l’aspirante suicida e colui che lo aiuta – il tema, come detto, che era in effetti in causa e da cui la Corte, e molti hanno notato, ha però “slittato”<sup>84</sup> – è in sostanza scomparsa. Anche il peso rivestito dalla *littera legis* in questo caso va nel senso di porgere un’immagine tutta prescrittiva del diritto, come insieme di enunciati rivolti a fornire agli individui indicazioni su come agire, e il più possibile puntuali: tra le

---

<sup>83</sup> Una nozione, quella di macchina, che è stata estesa per analogia alla persona che si prende cura di qualcuno nella sentenza della Corte d’Assise di Massa sul caso Trentini, su cui v. la *Postilla*.

<sup>84</sup> Anche con l’effetto, come molti hanno notato, di generare un doppio dispositivo, uno per i casi futuri e uno per i casi anteriori, e, questo, perché aspetti salienti della scriminante disegnata nella sentenza non ricorrevano nel caso oggetto del giudizio *a quo*, a partire dal fatto che «Cappato non è un medico»: C. Giunta, *Riflessioni, ecc.*, in *Dirittifondamentali*, 1/2019, p. 1 ss.; «la Corte rischia paradossalmente di dimenticare l’imputato del processo *a quo*», per G. Battaglia, *Forum sull’ordinanza Cappato*, in *Gruppo di Pisa*, 1/2019, p. 155 ss., p. 216. (Va da sé che la difficoltà di raccordarsi al processo *a quo* discende dall’allentamento della logica dell’incidentalità, che ricorre come diremo in questo caso ed è un effetto dell’origine strategica del processo in cui la questione di legittimità è sollevata.)

ragioni della rinuncia da parte della Corte all'interpretativa di rigetto viene indicato anche il «rigoroso rispetto della lettera»<sup>85</sup>, ma il giudice costituzionale ha emesso una sentenza manipolativa che si risolve in un enunciato estremamente dettagliato e in qualche modo rigido.

Sul terreno del “fine vita” il protagonista è rimasto per questa via – in modo ora più, ora meno marcato, e più o meno condivisibile, a seconda delle sensibilità e delle visuali adottate – un solitario individuo che si autodetermina a morire; e questa “immagine dell'uomo”, imperniata sull'autodeterminazione come processo solitario della volizione, è a sua volta un portato ovvio della visione del diritto come “norma” intorno alla quale si sviluppa tutta la vicenda, che sorge da un processo nato per sollecitare un intervento normativo, e in risposta al quale, in mancanza del tempestivo intervento del legislatore, a far le veci di quest'ultimo interviene la Corte. Una visione del diritto come “norma” per definizione sottostima gli aspetti intersoggettivi di cui l'esperienza, non solo giuridica, si alimenta. Lo ricordavo poco sopra: dare norme agli uomini è essenziale proprio quando, e perché, li si pensa incapaci di “autoregolarsi” nelle loro relazioni, nei loro reciproci rapporti. Rinunciare a questi ultimi come indicatori importanti nella ricerca della regola di giudizio può sacrificare e, mi pare, ha in questa vicenda sacrificato, nonostante la molto stretta aderenza al “caso” – un'aderenza da molti assai sottolineata, e peraltro, come dirò, più dichiarata che reale – la capacità della sentenza di utilizzare i principi costituzionali come strumenti per leggere alcune relazioni – nel nostro caso, quelle che intercorrono tra chi intende darsi la morte e chi si dispone ad aiutarlo – e per intrecciare i valori costituzionali (la vita, la dignità, la libertà) che si intendeva privilegiare a queste ultime, ai beni che quelle relazioni, per come si dispongono, possono veicolare, o viceversa minacciare, tenuto conto dei contesti.

Ne è derivato, come argomenterò nel prosieguo, un certo sacrificio della capacità dei principi costituzionali di funzionare come regole pratiche della convivenza, che è d'altronde la capacità alla quale, di quei principi, sono affidate in buona misura la tenuta, la stabilità e l'effettività.

---

<sup>85</sup> Lo rileva V. Manes, *Aiuto a morire*, p. 54 (il testo riproduce, con modifiche, l'intervento che l'A. ha pronunciato come avvocato della parte privata nel processo *a quo* nell'udienza davanti alla Corte nel caso Cappato).

### 2.3. Quando una sentenza può dare regola?

Il problema ora segnalato è certamente emerso da alcuni aspetti del dibattito; e al riguardo hanno in questa sede particolare interesse le considerazioni sviluppate da coloro che si sono domandati se la tecnica decisoria adottata dalla Corte costituzionale in questo caso potesse «diventare regola»<sup>86</sup>, o se il contenuto della decisione sia capace di farlo; sono i modi di ragionare, lo si può osservare incidentalmente, innati in chi coltiva la scienza giuridica, di chi si pone come “osservatore imparziale” che sottopone un’azione al «fuoco della confutazione», richiamando esperienze pregresse o prospettando implicazioni sfavorevoli, ovvero a seconda dei casi favorevoli, che spingono nel senso di sconsigliare, o di consigliare, la nuova “regola”.

Ebbene, sotto il primo profilo, quello della tecnica decisionale, l’attenzione è stata portata sull’importanza che il percorso che si apriva con la prima decisione della Corte garantisse condizioni che, in fondo, altro non sono quelle della formazione di una *regula*, e cioè una *reale disponibilità al confronto dialettico*, in primo luogo da parte della Corte, verso il legislatore, gli altri giudici, verso l’opinione pubblica e al proprio interno<sup>87</sup>. Sotto il secondo, quello inerente il merito, la natura

---

<sup>86</sup> Espressamente con l’uso di questa terminologia si svolge la riflessione di E. Grosso, *Il rinvio a data fissa*, in *Quad. Cost.*, 2019/3, p. 531 ss., che, in senso dubitativo circa la capacità della tecnica della doppia decisione di diventare “regola”, porta argomenti basati su esperienze pregresse (ad es.: in molti casi una dichiarazione di incostituzionalità ha sollecitato il legislatore a intervenire più di quanto non abbiano fatto decisioni di rinvio) o riferiti alle possibili implicazioni dannose o irragionevoli del suo ripresentarsi. La tecnica è recentemente ritornata con l’ordinanza di cui dà notizia il comunicato della Corte del 9.6.2020 in materia di pena prevista per i delitti di diffamazione a mezzo stampa.

<sup>87</sup> Elementi sottolineati da E. Grosso, *Il rinvio*, cit., p. 544 ss.: il quale osserva che, affinché la tecnica della doppia pronuncia possa diventare regola, è cruciale, primo, tener fermo che, nell’intervallo tra le due decisioni, altri giudici possono sollevare questione, e anzi considerare auspicabile che lo facciano, perché ciò può permettere l’introduzione di nuovi punti di vista; secondo, che alla dichiarata intenzione della Corte di aprire un dibattito pubblico corrisponda l’effettiva disponibilità a rivedere la propria posizione iniziale, in relazione al portato di tale dibattito. L’A. nota che, da questi punti di vista, è risultato poco convincente, nel caso dell’ord. n. 207, il termine assegnato al legislatore, non solo perché troppo breve per



del caso istante (che è stata definita: «specificata (ma quanto replicabile?)»<sup>88</sup>) è stata avvertita come problematicamente condizionante; sicché il caso, configurato dal comportamento e dagli argomenti introdotti dagli attori coinvolti, è parso porgere una base che, dal punto di vista della sua capacità di *rappresentare il fondamento di una regolarità*, appariva non del tutto attendibile, in quanto scarsamente idonea a far emergere ricorrenze e costanti tali da rendere decifrabili le relazioni coinvolte e permettere, direi, l'impegnativo e importante lavoro «dell'*oportet*» del dire come le cose dovrebbero stare, a partire da una scrupolosa ricerca intorno a come stanno, a come appaiono disposte nel loro modo di essere<sup>89</sup>.

I giuristi che si chiedono se alla base di una decisione ci sia un'adeguata conoscenza di una sufficiente regolarità adottano prospettive tutto sommato non distanti dai valori che le *regulae* veicolano: è importante conoscere come le cose sono disposte nel loro modo di essere perché il giudizio è in primo luogo un atto di conoscenza e il diritto, fatto umano, chiamato a una dimensione pratica, si sviluppa nella dialettica con i fatti umani e in questo senso con la realtà.

Ma la tecnica della lite strategica, e le ideologie giuridiche cui si raccorda, vanno in una direzione ben diversa, assumono presupposti opposti rispetto a quelli sottesi al pensiero e alla pratica del diritto come regola, e, questo, come riflesso dell'idea di ragione (e dunque di persona) di cui sono espressione.

Nell'occasione che ci occupa, lo ricordavo poco sopra, il caso giudiziario è stato il veicolo di un'istanza affermativa del "principio di autodeterminazione individuale". In questo principio riconosciamo senza difficoltà un'espressione della ragione moderna – nel senso horkheimeriano di una funzione che si risolve in volontà, ad un tempo sovrana ma anche irrimediabilmente relativa, impregnata di «soggettivismo» – almeno nei casi in cui il principio è inteso quale «incoercibile e illimitata volontà di definizione dei confini della propria sfera di essere», che intercorre tra «piani di vita» condannati però a

---

la complessità delle situazioni considerate, ma anche in quanto giustificato dall'esigenza di evitare che il collegio mutasse composizione (e dunque *mutasse opinione*).

<sup>88</sup> E. Grosso, *Il rinvio*, p. 541, corsivo aggiunto.

<sup>89</sup> Il lavoro in cui consiste la formazione delle regole secondo un'espressione di C. Beduschi, cfr. *supra*, par. 1.5.

rimanere «reciprocamente irrilevanti»<sup>90</sup>. I legami tra il principio di autodeterminazione individuale e la visione moderna della ragione sono molteplici, e a questo riguardo sono significative le notazioni che sottolineano come esso affondi in un «mito scienziata»<sup>91</sup>; veicoli l'idea che tra natura e spirito, corpo e volontà, intercorra una relazione di separazione, se non di opposizione; si allei, sul piano giuridico, ai motivi di un attivismo che oggi prende spesso il nome di «antipaternalismo giuridico».

Beninteso, il principio di autodeterminazione non si presentava certamente per la prima volta all'attenzione della giurisprudenza e della dottrina col caso Cappato, e proprio il dibattito che esso ha già suscitato permette di rilevare un certo disagio, in una parte consistente della nostra dottrina, verso un consimile principio, un disagio in cui sembra di poter avvertire, per converso, la sopravvivenza, alla base delle mentalità diffuse in molti giuristi, di un'affinità culturale nei confronti dei presupposti classici della ragione. Questi ultimi paiono in effetti affiorare in chi si appella, riconoscendola operante nei nostri principi costituzionali, a una concezione «relazionale della natura umana», fatta di «razionalità, affettività-empatia, solidarietà»<sup>92</sup> ovvero al «personalismo solidale» che ispira la Costituzione<sup>93</sup>; come pure in chi argomenta che «secondo la Costituzione non di «autodeterminazione» dell'individuo si dovrebbe parlare, ai fini della valutazione sulla meritevolezza della tutela costituzionale, ma *delle singole scelte e*

---

<sup>90</sup> Riprendo con le espressioni tra virgolette alcuni passaggi di C. P. Guarini, *Appunti su 'terzo sesso' e identità di genere*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2019, p. 1 ss., p. 20, ove rinvii ampi all'odierno dibattito intorno all'idea di autodeterminazione.

<sup>91</sup> A. Spadaro, *I due volti del costituzionalismo davanti al principio di autodeterminazione*, in *Pol. Dir.*, 3/2014, p. 403 ss. L'A. sottolinea che, per il suo fondamento «scienziata» il principio di autodeterminazione, finisce anche per avvertire la natura umana non come risorsa, ma come limite, minaccioso e ineluttabile, che rischia di paralizzare o comunque menomare l'autodeterminazione, in particolare con la malattia e il decadimento fisico. Lo studio suggerisce anche come il principio rechi in sé una nota de-soggettivizzante; l'A. ricorda come il principio nasca con riferimento ai «popoli» e solo in un secondo tempo venga trasferito agli individui, come se a questi ultimi si potessero riferire gli stessi valori e interessi propri di impersonali collettività.

<sup>92</sup> A. Spadaro, *I due volti*, cit., p. 427 (corsivi aggiunti).

<sup>93</sup> C. P. Guarini, *Appunti*, cit., p. 20.

*decisioni che questo assume»*<sup>94</sup>. Un fraseggio, quest'ultimo, dove si avvertano sia il legame tra il giudizio e l'azione sia l'idea che l'azione è espressione di un'individualità cosciente e pensante, perciò l'azione individuale è comprensibile, e quindi valutabile, interpretabile, grazie a riferimenti assiologici intersoggettivi. Sicché l'individuo non si trova solitario davanti, e opposto a, "lo Stato", la collettività, l'autorità, come lo postula un principio di autodeterminazione che evoca continuamente «la necessità di un'azione a difesa di una condizione minacciata o non ancora o non pienamente fruita»<sup>95</sup>, ma è soggetto partecipante del delinearsi di una «coscienza civica»<sup>96</sup> che offre il termine di raffronto per valutare azioni e scelte dei singoli e costituisce il tessuto, la base, o la fonte, di un diritto pensato non come il mero prodotto e strumento del potere ma come il frutto, anche, di esperienze comuni agli uomini e un mezzo di convivenza.

La vicenda Cappato è un nodo in cui si incrociano, nelle loro complesse e reciproche implicazioni, una visione strumentale della ragione umana e del diritto; l'antipaternalismo giuridico, cui ha fatto appello l'istanza contraria al delitto di aiuto al suicidio, che muoveva il caso, si radica profondamente nel realismo giuridico che intende il diritto come strumento di *social engineering* e al quale risale la tecnica della lite strategica<sup>97</sup>. Al riguardo ha un certo interesse, nella prospettiva

---

<sup>94</sup>S. Mangiameli, *Autodeterminazione, ecc.*, in *Forumcostituzionale*, 18.11.2009, 1 ss., 4. Corsivo aggiunto.

<sup>95</sup>La nota mobilitatrice, di rivendicazione, di lotta, che A. Spadaro, *I due volti*, p. 444, riconosce nel principio di autodeterminazione individuale conferisce ad esso anche quel carattere "romantico" proprio delle concezioni strumentali della ragione e del diritto cui farò cenno subito dopo nel testo.

<sup>96</sup>A. Spadaro, *op.loc.ult.cit.*

<sup>97</sup>La lite strategica sgorga dalla visione realista del diritto come tecnica di *ingegneria sociale*, che del resto esaspera le componenti strumentali proprie di ogni concezione che intende il diritto come una tecnica, vuota, priva di contenuti e di fini e che li riceve dall'esterno. La lite strategica e la concezione strumentale del diritto su cui affonda hanno dunque premesse schiettamente giuspositive: il diritto è una tecnica di governo della società che riceve i suoi contenuti dall'esterno, e cioè (secondo gli assunti bobbiani, essere il giuspositivismo la teoria giuridica della democrazia) dalla politica che sancisce le leggi oppure (nella chiave "critica") dalla società, che prende il sopravvento sull'inane politica. È appena il caso di dire che l'idea del diritto sempre arretrato rispetto alla realtà coincide con la sua riduzione a complesso di leggi e norme positive, privo di principi capaci di orientare anche casi non definiti in precise

qui adottata, come sia stato osservato, da una parte, che nel realismo giuridico vi è l'idea che il diritto non consista nell'“essere”, né nella contrapposizione tra “essere e dover essere”, ma «nel divenire», perché i realisti «non sono interessati alla realtà, che è costruito mobile, costruibile *at purpose*», e che, dall'altro lato, nell'uso realista della «giurisprudenza contro la legge», e in questo senso in un “antipaternalismo” votato all'uso strumentale del diritto, sarebbe riconoscibile la «mitizzazione della sfida, ma anche la tragica impossibilità di essere, sapere chi sei, avere mondo».

In questo scenario, dove «tutto è impermanente», se rimane «soltanto la “giurisprudenza”, pratica del divenire diritto dell'azione», è perché «non c'è più legge, *regola*, dei comportamenti e delle condotte»<sup>98</sup>. Le regole, che esprimono una mentalità che non separa l'essere dal dovere essere (e perciò non scinde mai del tutto il fatto dal diritto), perché dà credito al primo di avere connotati di realtà e senso, non possono che lasciare spazio alle norme, quando il piano dell'essere è invece guardato con scetticismo e sfiducia<sup>99</sup>.

---

fattispecie, cioè appunto il diritto come “vuoto”, come “forma”: del resto la stessa tematica delle lacune si impiantò in Italia (e tardivamente rispetto ad altri Paesi, come nel suo famoso scritto notava D. Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910) in coincidenza con il successo delle tesi che precludevano ai giudici di utilizzare in funzione integrativa principi generali della cultura giuridica, come le *regulae iuris*. Sul fenomeno delle liti strategiche v. A. Condello, *Between Ordinary and Extraordinary*, Boston, 2018, spec. 19 ss.; Ead., *Casi esemplari*, in *Mélanges de l'École française de Rome-Moyen Âge*, 127/1, 2015, p. § 1 ss. nonché Ead. E Ferraris, *La normatività esemplare, ecc.*, in *Pol. Dir.*, p. 621 ss. (con giudizio complessivo sul fenomeno diverso da quello qui proposto).

<sup>98</sup> T. Gazzolo, *Il realismo giuridico americano*, in *Mat. St. Cult. Giur.*, 2/2017, p. 449 ss., p. 456, 458 e 470, anche per i virgolettati che precedono (corsivo aggiunto).

<sup>99</sup> In tema, e anche a corollario delle osservazioni di Gazzolo ora citate, può essere pertinente ricordare come Horkheimer, che individuava uno dei motivi degli abusi cui perviene la ragione moderna nel fatto che i valori della civiltà, nella cultura occidentale, sono trasmessi in maniera autoritaria, si avvaleva nel suo discorso, anche biograficamente, del riferimento alla figura paterna, come figura dell'autoritarismo repressivo: siccome il padre impone ai figli certi valori, ciò genera sentimenti di ribellione, i quali si risolvono però, riscontrava Horkheimer, nell'impotenza dei figli a riconoscersi a propria volta come soggetti, capaci di elaborare valori o a trovare dentro di sé le ragioni per amarli, e non solo per subirli. Ciò suggerisce che l'antipaternalismo è, a sua volta, un frutto degli abusi della ragione strumentale: esso rimane chiuso nelle premesse di quest'ultima (i valori comuni sono solo sempre e solo

#### 2.4. La lite strategica

La lite strategica è una tecnica di difesa dei diritti civili consistente nel violare una legge che è considerata dall'agente ingiusta, e quindi autodenunciarsi, affinché, mostrata *coram populo* l'ingiustizia della legge, questa venga superata<sup>100</sup>: è lite "strumentale" perché vede il

frutto di imposizioni autoritarie), esacerbando (i valori esistono allora solo in una dimensione individualissima) e, questo, anche per la confusione tra autorità e autoritarismo, da cui deriva la rinuncia, operata in partenza, ad avvalersi di, ovvero a immaginare, sentieri per la costruzione del legame sociale che non siano quelli tracciati da rapporti di potere e di oppressione, e che pure l'esperienza ci fornisce. Uno di questi, per rimanere all'interno di metafore familiari, è l'amore materno, che in *Dialettica dell'Illuminismo*, scritta da Horkheimer con Adorno e apparsa anch'essa nel 1947 (trad. it. Einaudi, 1966), è descritto come «la base di ogni tenerezza e sentimento sociale» (p. 122). La polemica "antipaternalista", se si autoqualifica come discorso di libertà (l'antipaternalismo è sinonimo di posizione liberali/libertarie nel diritto), è anche radicata in una concezione della persona che non è libera, e non lo è per definizione, in quanto stretta all'interno di rapporti che non paiono poter uscire dalla cornice del dominio. Il femminismo giuridico italiano che ha contestato la "legge del padre" non casualmente ha spesso richiamato, per esprimere le manifestazioni dell'"autorità materna", il concetto di "regola" (v. in tema se vuoi S. Niccolai, *Femminismo della differenza e diritto, ecc.*, in *Mat. St. Cult. Giur.*, 2019, p. 359 ss. e Ead., *Gender as Paradigm of a De-formalized Neo-Legal Positivism*, in A. Condello (ed), *New Rhetorics in Contemporary Legal Discourse*, Edinburgh, 2010, p. 101 ss.). La «contrapposizione tra paternalismo e libertà nelle democrazie pluraliste» è la chiave dominante negli studi di biotetica e biodiritto, nota A. Di Martino, *Pensiero femminista*, p. 34, opportunamente annotando una serie di ragioni che consiglierebbero invece l'adozione di «uno sguardo più problematico».

<sup>100</sup> M. D'Amico, *Il fine vita davanti alla Corte*, in *Riv. AIC*, 1/2020, p. 286 ss., p. 289, sul caso Cappato: «Anche questo caso rientra in una di quelle "azioni strategiche" utilizzate sempre più spesso di fronte al silenzio e alla perdurante inerzia del Legislatore, e tale origine spiega alcune particolarità processuali. L'esito finale (...) costituisce un'ulteriore conferma, se mai ve ne fosse stato ancora bisogno, della necessità di *strategie giudiziarie che accompagnino o sostituiscano battaglie politiche vere e proprie*» (corsivo aggiunto). L'A. non si nasconde «i rischi per l'equilibrio fra i poteri e per la possibile strumentalizzazione del "ricorso al giudice" che queste azioni portano inevitabilmente con sé» ma ne ritiene responsabile il legislatore: «l'assenza della politica o la sua distanza rispetto alle esigenze dei cittadini e delle persone, alla lunga, crea una situazione pericolosa per lo stesso Stato costituzionale» (ivi, p. 287). Anche chi è decisamente favorevole all'instaurarsi di una diarchia tra giudiziario e legislativo nel campo del governo dei diritti e vede con favore la giurisprudenza come fonte del diritto, ritiene che «se esiste un rischio ... che lo Stato costituzionale di



processo come strumento per perseguire un dato obiettivo di riforma politico-giuridica. Nello schema rientra pianamente il caso in esame: come molti ricorderanno, dopo aver accompagnato Fabiano Antoniani nella clinica svizzera, Cappato, esponente del partito radicale e membro dell'Associazione Luca Coscioni si autodenunciò, nell'intento di giungere, anche grazie alla sensibilizzazione dell'opinione pubblica ottenuta mediante un caso giudiziario circondato da intensa attenzione mediatica, al compimento dell'obiettivo politico perseguito dall'associazione cui appartiene.

Non tutte le liti strategiche nascono mediante l'autodenuncia di un agente, che ha violato la legge che ritiene ingiusta – un modo d'agire che richiama molto da vicino la disobbedienza civile; ma esse sottendono sempre meccanismi analoghi. La lite strategica consiste infatti nel portare ad emersione, rendere visibile o anche “denunciare”, attraverso il processo una situazione additata come tipica; questo, specialmente nelle forme che si sono più diffuse in Italia, anche mostrando, grazie al *legal shopping* facilitato dalla crescente

---

diritto “degeneri” in uno Stato giurisdizionale non dipende dall'atteggiamento attivo delle Corti, ma da quello passivo del Parlamento» (A. Pisanò, *Il re*, p. 86. Ma cfr., molto più cautamente, le considerazioni comparatistiche di A. Di Martino, *Pensiero femminista*, p. 167). Nel senso che, al fondo, le colpe siano del legislatore, ovvero della politica, va anche l'affermazione di D'Amico per cui l'odierna «situazione è molto diversa da quella che ha condotto alle conquiste dei diritti civili avvenuta negli anni Settanta e Ottanta, dove certo erano state le persone e i cambiamenti sociali a premere e ad evidenziare i bisogni reali (pensiamo alla legge sul divorzio o a quella sull'aborto, oppure anche allo Statuto dei lavoratori), ma si trattava di gruppi di cittadini, di movimenti popolari, più che di battaglie giudiziarie isolate, che hanno trovato un diretto (e forse anche più corretto) destinatario nel Parlamento». Invero, per citare un caso le cui analogie con la vicenda Cappato sono state sottolineate (G. Brunelli, *Imparare dal passato*, in *Forum Quad. Cost.* 28.6.2019, p. 1 ss.) e che analogie con quella vicenda certo presenta (sia per essere sfociato in una sentenza para-legislativa e in un bilanciamento che coinvolge il diritto alla vita, sia per il ruolo centrale del diritto alla salute nella decisione della Corte), l'aborto giunse davanti alla Corte tramite le autodenunce dei medici abortisti radicali. Sarebbe peraltro certamente interessante ricostruire come la retorica dell'arretramento della politica rispetto alla società si intensificò in Italia in relazione a precisi itinerari di crisi dell'orizzonte tradizionale del sistema dei partiti. D'altro canto, l'arretratezza della legislazione, ovvero il suo rapido invecchiamento, non possono che essere esaltati quando, come avviene in particolare nei campi del “biodiritto”, alla legge si assegni il compito di recepire le indicazioni della “scienza”, cfr. F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della maternità surrogata*, Napoli, 2020, p. 25 ss.

integrazione internazionale<sup>101</sup>, che il modo in cui una certa ipotesi è regolamentata in Italia impedisce il consolidamento di pretese e di rapporti giuridici sorti all'estero, dove quelle pretese e quei rapporti sono riconosciuti. È un elemento quest'ultimo che nel nostro Paese almeno, anche facendo appello a storici sentimenti di inferiorità, val quasi da sé a mostrare che la legge italiana è indietro rispetto a paesi più avanzati e quindi ingiusta<sup>102</sup>. Un'altra caratteristica della lite strategica è l'operare, intorno ai soggetti direttamente coinvolti nel processo, di associazioni che perseguono lo stesso scopo che è oggetto del processo e che forniscono ausilio anche selezionando previamente i "casi pilota" che meglio possono concorrere al successo dell'iniziativa, sia mettendola in luce favorevole, sia garantendole una presa sull'opinione pubblica.

Accompagna tipicamente la lite strategica l'affermazione che vi è una lacuna (s'intende ideologica), ovvero sia un difetto della legge, che questa lacuna o difetto costringe l'uomo, il cittadino, specie in quanto appartenente a un certo gruppo, a una certa categoria, a subire ingiustizie, così come il giudice a misurarsi con problemi sociali o umani che esorbitano dalle sue competenze<sup>103</sup>. Per evitare l'uno e l'altro problema – la sofferenza dei singoli che patiscono ingiustizia, l'impropria posizione del giudice – occorre l'intervento del legislatore, considerato risolutivo, pur spesso contro ogni evidenza contraria<sup>104</sup>, e

---

<sup>101</sup> Per un riferimento, e con opportuni rinvii, S. Prisco, *La dignità*, p. 71. Deponendo sul caso Trentini, cui v. la *Postilla*, Cappato parlerà della Svizzera come «un paese civile che ha una normativa adeguata».

<sup>102</sup> Emblematici i processi nei quali, facendo valere una filiazione ottenuta per maternità surrogata all'estero, si chiede in Italia il consolidamento di pieni rapporti di filiazione anche nei confronti del genitore non biologico, nell'intento di pervenire alla legittimazione della pratica; da ultimo il tema è stato portato all'attenzione della Corte costituzionale da Cass., I Sez. Civ. ord. 8325/2020, su cui F. Angelini, *Profili*, p. 264 ss.

<sup>103</sup> La lite strategica fa appello al senso che il giudice può avere di sé, e dà spesso mostra di avere di sé, come momento avanzato del diritto, situato nella frontiera lungo la quale le previsioni dell'ordinamento si misurano con le trasformazioni della vita sociale.

<sup>104</sup> V. ad es., come, elencando i casi decisi dalla Corte Edu (che citeremo più avanti, v. *infra*, nota 218) per portarli come prove della necessità di riconoscere il diritto al suicidio, la Corte d'Assise di Milano, che sollevò la questione nel caso

che però ritarda, manca, onde l'iniziativa processuale volta a sollecitarlo<sup>105</sup>. In effetti le liti strategiche, che apparentemente valorizzano la giurisdizione, *puntano al legislatore*, perché aspirano alla modifica del diritto vigente inteso come complesso di norme "positive"; tendono, proprio perciò, a dare una visione piuttosto svilita, e svilente, delle risorse del giudice, che appare in una luce, per cui è costretto a confrontarsi con problemi che sono più grandi di lui, e lo sono perché "manca la norma". Il sottinteso è che nel diritto non esistono criteri in grado di condurre a una regola di giudizio soddisfacente per casi "nuovi" legati alle trasformazioni della società, ma occorre ogni volta una rigorosa e ben dettagliata legge che "risolva" il problema sociale individuato di cui quei casi sono il sintomo. Nell'ottica della lite strategica il processo per definizione *non* serve a ricercare assetti di compatibilità all'interno del diritto, grazie a un «punto di vista» di cui questo è portatore, ma solo a dare esecuzione a un voluto legislativo, e dunque a chiederlo quando manca. In altre parole, la lite strumentale si appoggia all'idea che il diritto è una tecnica, è in sé vuoto, non ha contenuti propri, e serve solo all'espressione, e all'esecuzione, di una volontà che governa la realtà e definisce modelli vincolanti di condotta validi per tutti: perciò essa enfatizza, come dicevo in precedenza, una concezione "strumentale" del diritto come tecnica di governo della società. Di qui anche la pretesa, che caratterizza le liti strategiche, di far nascere da un caso, asseritamente "singolo", ed invero "eccezionale"

---

Cappato, sembri non accorgersi di comprovare che la Svizzera, che riconosce a certe condizioni il suicidio assistito, sia stata due volte chiamata in giudizio da titolari di interessi che si ritenevano lesi in quanto la loro specifica motivazione al suicidio assistito non era riconosciuta dal diritto di quel Paese. In altri termini: è scritto nelle cose che riconoscere il diritto al suicidio non significa risolvere il problema in modo definitivo, tuttavia si aspira alla legge che "risolva" questo, come altri, problemi, "definitivamente".

<sup>105</sup> La lite strategica è il campo di elezione della retorica romantica che contrappone la vita vera – tipicamente chiamata in scena mediante i «casi concreti» e le «persone singole» alla morta lettera della legge. Cfr. ancora M. D'Amico, *Il fine vita*, p. 287: «Il "caso Cappato" è l'ultima tappa di una trama complessa, che caratterizza la situazione italiana, dove da tanti anni la politica e, in particolare, le istituzioni rappresentative sono indietro, facendo emergere, sulla spinta dei bisogni delle persone, un protagonismo dei giudici, comuni e costituzionali».

(come in molti hanno qualificato quello che era alla base del caso Cappato<sup>106</sup>) una norma generale.

### 2.5. “Inerzia del legislatore” e logica dell’incidentalità

Alla visuale, o “narrativa”, propria delle liti strategiche, per cui il diritto è legge e la legge, lo si sa, richiede di essere continuamente adattata alla realtà in perpetua evoluzione, rispetto alla quale è costantemente indietro, ha aderito nel caso che ci occupa molta parte della dottrina; anzi, l’argomento dell’inerzia del legislatore e della necessità di adattare la legislazione (e i modi del processo costituzionale) a un mondo in cambiamento – argomento, occorre dirlo, che costituisce uno dei *topoi* più cari della nostra tradizione<sup>107</sup> – ha raggiunto in questa occasione un vertice, essendo risultato controfattuale, posto che il legislatore “inerte” si era pur sempre appena espresso. La particolare modalità decisoria con cui la Corte è intervenuta è stata spiegata come «tentativo di sollecitare l’assunzione di responsabilità del Parlamento, chiamato ad appropriarsi del “suo” compito, alla luce dell’inerzia da questi manifestata»<sup>108</sup>. Oppure è stato sostenuto che «La Corte costituzionale ha ... deciso di rappresentare problemi per i quali è già maturata una “coscienza sociale”, anche se la politica (almeno una parte) tarda ancora» ad affrontarli<sup>109</sup>. Anche la Corte ha corroborato questa narrazione, rappresentandosi, nella seconda decisione, come costretta a intervenire a causa dell’inerzia del

---

<sup>106</sup> V. ad es. G. Repetto, *La Corte, l’aiuto al suicidio*, p. 5 del dattiloscritto, che parla di «assoluta eccezionalità del caso».

<sup>107</sup> Si è affacciato, insieme all’interpretazione storico-evolutiva, nei primi anni del ‘900, e in particolare nella celebre monografia di F. Degni, *L’interpretazione della legge*, Napoli, 1909, imperniata sul necessario “adattamento” del diritto alla realtà, “topos” che è a sua volta corollario del “progressismo” nel campo giuridico. Sulle ambiguità che fin dall’origine vi sono connesse v. R. Guastini, *Due studi sulla dottrina dell’interpretazione*, in *Mat. St. Cult. Giur.*, 1977, p. 115 ss. Oggi il *topos* affiora per esempio in chi evoca una «polarità», tra «l’immobilismo parlamentare» di un «legislatore sordo alle sollecitazioni delle Corti» e l’attivismo (stimolato dal basso) di queste ultime: A. Pisanò, *Il re*, p. 76.

<sup>108</sup> P. Carnevale, *Incappare*, p. 378.

<sup>109</sup> M. Picchi, *Leale e dialettica collaborazione*, online in *Oss. sulle fonti*, 3/2018, p. 1 ss., p. 2.

legislatore<sup>110</sup>. Mi sembrerebbero in minoranza coloro che hanno notato, e tanto meno lo ha fatto la Corte<sup>111</sup>, che «l'art. 580 del codice penale è una norma tutt'altro che obsoleta: è stato appena riconfermato dalla legge n. 219/2017», durante i cui lavori era stato oggetto di attento riesame<sup>112</sup>. Invero la legge n. 219/2017 sulle Dat (durante il cui *iter*, e quasi a suo contraltare, aveva avuto luogo la vicenda di Fabiano Antoniani), mostrava non tanto l'inerzia del legislatore rispetto al problema dell'eutanasia attiva o dell'aiuto al suicidio, ma una sua positiva – per quanto certo non di necessità legittima e tanto meno indiscutibile – scelta in senso opposto a quello poi patrocinato dalla Corte<sup>113</sup>, scelta espressa dopotutto dal rappresentante del popolo con un procedimento legislativo che (è presunzione che non possiamo non assumere in democrazia) attiva e coinvolge l'opinione pubblica, la quale invece, secondo le posizioni che ho appena richiamato, solo grazie all'intervento della Corte sarebbe stata, insieme al legislatore, invitata finalmente a riflettere e forse, messa effettivamente nelle condizioni di farlo grazie a un gesto di verità<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> Grazie al doppio oggetto delle sue decisioni (l'art. 580 c.p. e la legge n. 219), che le ha permesso di ragionare con sfasamento temporale, anche la Corte ha potuto attingere all'argomento dell'arretratezza del diritto rispetto alla realtà, che ha dimostrato il suo carattere svianante: la Corte ha potuto osservare che l'art. 580 è stato scritto in un tempo che non poteva prevedere le evoluzioni della tecnologia medica, da cui nascono situazioni cliniche come quella che forma oggetto del caso che dà origine al giudizio, benché in effetti stesse rilevando l'irragionevolezza della legge sulle Dat, appena emanata e in tutto e per tutto rivolta alle problematiche poste da avanzate tecnologie. In altro senso un riferimento al "tempo" dell'art. 580 c.p. sarebbe stato forse appropriato e vi ritorno *infra* nel testo.

<sup>111</sup> Lo sottolinea L. Eusebi, *Regole di fine vita e poteri dello Stato*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2019, p. 1 ss., p. 6.

<sup>112</sup> M. Massa, *Un'ordinanza interlocutoria*, in *Forum di Quad. Cost.*, 2019, p. 1 ss., p. 16.

<sup>113</sup> V. E. Grosso, *Il rinvio*, p. 548: «la maggioranza parlamentare trasversale formatasi a sostegno della legge introduttiva delle Dat aveva manifestato uno *specifico indirizzo politico* che (...) esplicitamente *escludeva* la volontà di disciplinare, nello stesso ambito, pratiche riconducibili a quelle oggi richiamate dall'art. 580 c.p.»

<sup>114</sup> Si è parlato di «lezione di educazione civica»: A. Pugiotto, *Variazioni processuali sul caso Cappato*, in *Il 'caso Cappato' davanti alla Corte costituzionale*, Seminario Preventivo, a cura di Morrone, reperibile anche in *Forumcostituzionale*, p. 40 ss., p. 45 [di seguito: *Seminario preventivo*].



Altri ha osservato che la Corte – allorché, nella prima ordinanza, ha rilevato l'irragionevolezza della legge n. 219 ma ha rinviato la dichiarazione di incostituzionalità per dare il tempo al legislatore di colmare il *vulnus* – avrebbe inteso «ancorare la soluzione invocata a una continuità ordinamentale rappresentata dalle scelte operate dal legislatore»<sup>115</sup>. Chi sostiene questo intende dire che la Corte avrebbe considerato la legge n. 219 irragionevole per non aver portato a logica conseguenza le implicazioni delle scelte fatte, finendo così per trattare in modo diseguale situazioni che, alla luce degli stessi criteri adottati dal legislatore, appaiono invece eguali, ossia analoghe. È irragionevole dunque, secondo la Corte, attribuire il diritto di scegliere l'interruzione dei trattamenti e non anche quello di ottenere trattamenti che pongono fine alle sofferenze, a malati che si trovano in condizioni simili. In questi termini si può dire, ritiene la dottrina in discorso, che la decisione si sia ancorata alla *ratio* della legge del 2017, e questo è ciò che, in effetti, la Corte ha inteso far apparire. Tuttavia, e tutto al contrario, si può ben dire che la Corte ha *travolto* la linea distintiva tra interruzione di trattamenti salvavita e somministrazione di trattamenti letali, su cui si basa non solo la legge del 2017 ma anche una complessa, ma coesa, elaborazione giurisprudenziale<sup>116</sup>, che si è sviluppata assumendo come

---

<sup>115</sup> G. Repetto, *Interventi additivi*, in *Giur. Cost.* 2017, p. 2487 ss., p. 2488, svolgendo un ragionamento che segue la spiegazione che la Corte stessa dà del suo operare. Il lavoro dà anche conto anche di come, le decisioni in discorso, abbia forma il canone dell'“adeguatezza”, che è ritenuto dover prendere il posto delle “rime obbligate”. L'espressione (“adeguatezza”) fa pensare che questo nuovo canone segni il dichiarato ingresso di una mentalità “adattativa”, quindi strumentale, nella giustizia costituzionale (il diritto deve essere adeguato alla realtà che cambia, la Costituzione pure, così i suoi metodi interpretativi) propria del resto delle tesi della *Living Constitution*.

<sup>116</sup> Cfr. F. Bertolini, *Valore*, p. 321. L'A. sottolinea che la Corte ha giudicato irragionevole la legge n. 219 non perché essa non estende la soluzione adottata per certe situazioni a situazioni simili, che è l'argomento che dalla sentenza appare, ma a causa del suo impianto, e cioè perché la legge *distingue* tra interruzione del trattamento salvavita e somministrazione del trattamento letale. È chiaro che in tal modo risulta logicamente sotteso alla sentenza un riconoscimento, in certi limiti, del diritto al suicidio (che la sentenza però apertamente non formula), e, quindi, un contrasto ben più radicale di quanto la sentenza mostri con la legge del 2017; ciò è particolarmente rilevante se si considera che la legge del 2017 appare sintonica con la giurisprudenza, che, in particolare nei casi Welby e Englaro, ha dimostrato «una

discriminante *non la condizione dei malati ma la natura dei trattamenti*, e nella cui prospettiva la somministrazione di trattamenti letali non può essere considerata attività equivalente all'interruzione delle cure, in quanto solo la seconda ipotesi può ritenersi espressione del diritto alla salute e quindi attinente alla scelta, anche negativa, delle terapie. Non avendo tenuto conto di tutto ciò, la Corte avrebbe dunque attribuito alla legge n. 219 una *ratio* che essa non aveva.

Con questa operazione, il giudice costituzionale ha allora forse inteso evitare, nella prima come nella seconda decisione, di mettersi nella posizione dello scontro frontale col legislatore attuale. Questo è ciò che sarebbe accaduto se la Corte avesse dato atto in modo esplicito dell'operazione che, nei fatti, ha compiuto e che è consistita nel trasferire la questione di legittimità costituzionale, inerente l'art. 580 c.p., sulla legge n. 219.

Certamente la Corte può dichiarare illegittima una legge "attuale", e per certi versi ogni legge, in quanto conservata in vigore, può essere considerata espressione di un indirizzo politico attuale. In questo senso risalta come una delle ragioni, forse la ragione, dell'incidentalità,

---

particolare cura nel distinguere l'interruzione dei trattamenti vitali da una condotta di assistenza al suicidio» (ivi, p. 318). A essere giudicato «irragionevole» dalla Corte è proprio questo percorso giurisprudenziale e legislativo, che risulta, anzi, addirittura negato: secondo Bertolini la Corte, rinvenendo nella legge n. 219 la fonte di un «obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza (non quella di rinunciare ai trattamenti)», mostra di assumere che il legislatore abbia già attestato «il carattere recessivo, in questi casi, delle esigenze di tutela della vita». Da ciò «deriva il carattere irragionevole di consentire tuttavia, quale unica strada per agevolare la morte dell'interessato, quella dell'interruzione del trattamento sanitario. Se non si oppone all'uno modo di procurare la morte, il valore della vita non può essere opposto neanche all'altro» (ivi, p. 321 e nota 26; l'A. ritiene integralmente ripresa dalla Corte la tesi di R. Dworkin, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Milano, 1994, p. 254, secondo cui sarebbe «palesamente irrazionale che un individuo possa scegliere di morire di una morte protratta e lenta, rifiutando il cibo o il trattamento che lo tiene in vita oppure lasciandosi staccare il respiratore e morendo per soffocamento, ma non possa scegliere la morte veloce ed indolore che i medici potrebbero facilmente procurargli»). Per Bertolini «la strada senz'altro imboccata dalla Corte costituzionale di qualificare come accoglimento della decisione di morire il distacco dei dispositivi salvavita conduce ... inevitabilmente, ad esprimere un giudizio di minorazione della vita di chi si trova nella corrispondente situazione» (p. 322). Il travolgimento della differenza tra interruzione di trattamenti e somministrazione di sostanze letali viene sancito nel caso Trentini, su cui in *Postilla*.

consista proprio nel dare alla Corte la possibilità di interloquire con l'indirizzo politico senza per questo entrare a sua volta in quel campo, ovvero senza muoversi anch'essa come un soggetto di indirizzo. L'incidentalità serve a garantire che quando la Corte, come le è proprio, confligge col legislatore, ciò si mostri come, e sia in effetti, *frutto di un percorso che si è svolto senza calcolo, senza proposito, senza perseguire un disegno* (senza un dato scopo) ma per effetto dell'essersi il vizio della legge manifestato per così dire spontaneamente, e perciò tanto più "oggettivamente", nella dimensione concreta delle relazioni giuridiche. La Corte non ha un suo indirizzo politico, e non può farsi portatrice gli indirizzi politici di alcuno: l'incidentalità, e più in generale la pregiudizialità, intende garantire e rendere evidente questo<sup>117</sup>. Si potrebbe dunque pensare che la Corte abbia utilizzato la strategia argomentativa di ancorarsi a una premessa esistente nell'ordinamento, e che in realtà non esisteva (una strategia volta a far apparire che la Corte stesse solo sviluppando una *ratio legis* che andava invece nel senso contrario a quello che la Corte le attribuisce), come pure la strategia di rappresentarsi in una *situazione di necessità* da essa invece creata<sup>118</sup>, per evitare di mostrarsi in piena luce nell'incomoda posizione di contro-legislatore. Ma il fatto che la Corte si trovi in quella posizione è la *diretta conseguenza* dalla natura del giudizio *a quo* quale lite strategica. Non solo, in questi casi, il problema di costituzionalità, che può presentarsi negli ampi termini di una denuncia dell'ingiustizia della legge, non sorge "incidentalmente" ma è *il motivo per cui il giudizio sorge*; soprattutto, *la lite strategica incorpora per definizione una contrapposizione con l'indirizzo politico attuale*, quale appena espresso, nel caso di specie, dal legislatore attivamente, con l'adozione di una legge, o quale espresso passivamente, mediante il mantenimento della

<sup>117</sup> Incidentalità, pregiudizialità e rilevanza sono concetti distinti, ma connessi, e oggetto come si sa di ampie analisi, per le quali rinvio in particolare e per tutti a G. Repetto, *Il canone dell'incidentalità costituzionale*, Napoli, 2017. La funzione «inpolitica» della Corte, «che sta nella realtà politica senza esercitare funzioni politiche» è quanto appare minacciato dalla recente giurisprudenza, in cui un ruolo eminente ha l'ord. n. 207, secondo A. Morrone, *Suprematismo giudiziario*, in *Quad. Cost.*, 2019/2, p. 251 ss., p. 269 ss., preoccupato non per il fatto che la Corte crei diritto, ma «che lo faccia simulando la strada di processi politici di decisione» (corsivo aggiunto).

<sup>118</sup> Cfr. C. Tripodina, *La 'circoscritta area', ecc.*, in *Giur.it., Corti supreme e salute*, 2019, 2, p. 1 ss., 2: «la Corte fa mostra di essere costretta dall'inerzia del legislatore».

legislazione alla cui contestazione mirano la lite e il movimento d'opinione, o il gruppo di interesse, in cui essa si radica<sup>119</sup>.

Per il giudice delle leggi il pericolo di lasciarsi sospingere sul terreno della lite strumentale è consistente. Per un verso, vi è il rischio che la dichiarazione di incostituzionalità appaia, anziché come una necessità derivante dal sorgere, imprevisto e non voluto, di un certo caso della vita, come il frutto di un disegno, di un'ideologia<sup>120</sup>. Per altro verso, obbedendo alla lite strategica, che non cerca un giudice, ma cerca un legislatore, la Corte non tanto "esorbita" dal proprio ruolo, ma ne accetta, a ben guardare, la svalutazione. E di certo la qualità dell'opera della Corte rischia di essere compromessa: il carattere proprio della lite strategica, che non riflette uno spontaneo caso della vita, ma uno selezionato, se non costruito, con una dose di artificialità<sup>121</sup>, può riverberarsi sul giudizio costituzionale determinando forzature, incertezze e opacità negli itinerari argomentativi.

---

<sup>119</sup> Nel quadro descritto assumono peso le osservazioni di coloro che rilevano come in questo caso la Corte non si sia «limitata a intervenire, come è solita fare, in relazione a un processo di decisione politica che si è già concluso o è *in itinere*, ma [abbia cercato] piuttosto di attivarne uno nuovo» (R. Pinardi, *La Corte*, cit., p. 1912).

<sup>120</sup> Sebbene con intenti ben più adesivi dei nostri verso lo spirito della Corte, è stato non di meno rilevato, con riferimento alla sent. n. 242 e alla sua struttura motivazionale, che «la scelta della Corte di limitare quanto più possibile le valenze e le implicazioni ideologiche di una dichiarazione di incostituzionalità che, senza dubbio, proietta (...) la Corte costituzionale in una dimensione ordinamentale e le attribuisce un margine d'azione fino ad oggi difficilmente immaginabili» (G. Repetto, *La Corte, l'aiuto al suicidio*, p. 4 del dattiloscritto).

<sup>121</sup> Cfr. M. Massa, *Un'ordinanza*, p. 17, che sottolinea, anche richiamandosi all'opinione di Sunstein (contrario all'intervento delle Corti nella materia del fine vita, veicolato anche negli Stati Uniti da liti strategiche), il rischio di avventurarsi in terreni insidiosi viene per la Corte dal fatto che «in concreto le situazioni umane sono le più varie e anche molto diverse da quelle che fungono da casi pilota nelle aule giudiziarie».

### 3. Nemo audiatur: *veracità e lealtà come condizioni della fisiologia del processo quale articolazione della sfera pubblica*

#### 3.1. *Sul senso complessivo della regola*

Di queste disfunzioni la regola *Nemo audiatur allegans turpitudinem suam* segnala alcune possibili origini.

Il senso complessivo della regola<sup>122</sup>, così come di *In pari causa turpitudinis melior est conditio possidentis* o di *Volenti non fit iniuria*, con cui presenta molte affinità, è reso bene dal corrispondente in *common law*, la massima di *equity* secondo la quale «*he who comes into equity must come with clean hands*»<sup>123</sup>, che conviene richiamare subito e mettere in primo piano per evitare che le parole “turpe” o “turpitudine” esercitino il loro effetto, un poco ipnotico, consistente nello spingere a cercare il senso della regola in un ambiente moralisticamente repressivo, specie nel campo delle condotte sessuali, e quindi a considerarla in partenza inservibile nei nostri tempi moderni e laici. Come *Clean Hands*, le tre regole che ho appena enunciato dicono, in buona sostanza, che chi coscientemente, da solo o nell'accordo con altri, ha commesso infrazioni al diritto, alla prudenza o alla diligenza non dovrebbe poi poter appellarsi alla giustizia per vedere riconosciute pretese nascenti dalla propria condotta, tanto meno se ha agito proprio in vista di adire il processo. Le regole dubitano dell'opportunità di dare corso all'azione per l'adempimento della promessa a commettere un delitto o per la restituzione di quanto dato in vista di questa promessa, poi non mantenuta, o alla domanda di risarcimento del danno subito, per esempio, per essersi intenzionalmente tirati addosso il carro altrui. Esse sorgono dalla considerazione di alcune intuibili conseguenze dannose legate allo svolgimento del processo su premesse consimili. Per citarne una: se una persona si è buttata sotto il carro proprio per poi chiedere il risarcimento, dar corso alla sua richiesta potrebbe compromettere ben

---

<sup>122</sup> Come molte *regulae iuris* si tratta di un “adagio” formatosi dalla congiunzione di diverse formulazioni del Digesto, tra cui *Nemo de improbitate suam consequitur actionem* (Ulpiano): cfr. R. De Ruggiero, voce *Nemo ex proprio dolo commodum consequitur*, in *Diz. Dir. Priv.*, Milano, 1913-1934, IV, p. 39 ss., p. 40.

<sup>123</sup> A. Giuliani, *Ricerche*, p. 199. Ricorre anche la formulazione: *he who comes to Courts, he who comes to justice*.



individuabili valori della convivenza, in quanto, sperando di ottenere risarcimenti, le persone potrebbero essere spinte a mettere a rischio la propria e l'altrui sicurezza, adottando comportamenti analoghi.

### 3.2. *Le tradizionali critiche alla regola.*

A un ulteriore approfondimento del senso di *Nemo audiatur*, certamente necessario, è opportuno però premettere qualche considerazione sulla contemporanea *crisi* di questa e consimili regole.

Per cominciare, occorre brevemente ricordare come *Nemo audiatur*, sulla quale va in particolare la nostra attenzione, abbia condiviso le sfortune di *In pari causa turpitudinis*. Le due regole sono sempre state associate tra loro<sup>124</sup>, ma questa seconda è rimasta

---

<sup>124</sup> Si è perso invece il legame tra le due regole e *Volenti non fit iniuria*, che però ne condivide la *ratio*. Bisogna considerare che nel corso del tempo le *regulae iuris* hanno subito, tra altri, gli effetti della dogmatica che, costruendo le sue categorie, per esempio gli ambiti della responsabilità civile e del diritto delle obbligazioni, o separando il diritto penale dal civile le ha via via utilizzate come sintesi di propri istituti (si pensi a *Neminem laedere*, già “regola delle regole”, in quanto compone, con *Suum cuique tribuere* e *Honeste vivere*, i *tria iuris praecepta*, e che è poi divenuta principio generale sì, ma “solo” della responsabilità aquiliana). Le affinità di senso, espressive della «logica del preferibile» che lega le *regulae* tra loro, e di cui abbiamo parlato in precedenza, sono così andate spesso disperse, specie in quanto le regole sono state intese in una logica normativa: così le *regulae* che, come abbiamo visto, danno indicazioni, criteri, “direttive logiche” (generalmente orientate al *favor* per la persona in posizione di svantaggio e tendenti a ripristinare l’eguaglianza e al contempo all’evitamento dell’abuso) possono essere riconvertite in “dogmi”, ovvero (nel linguaggio giuliano) in *leges legum*: principi che non hanno più «una funzione selettiva e giustificativa, ma direttiva» (A. Giuliani, *Presentazione*, p. XXIII). È appunto il caso di *Volenti non fit iniuria*, che consiglia di non riconoscere la domanda di riparazione di chi, con essa, intende scaricare su altri la responsabilità di azioni proprie, con questo alterando la funzione del processo; la regola è divenuta invece, odiernamente principio-base della visione della libertà come autodeterminazione, su cui si incentra anche il caso Cappato. Sui percorsi della regola v. F. Viangalli, *Le consentement à la violence et la règle ‘Volenti non fit iniuria’*, in *Droits*, 2009/1, p. 29 ss., in particolare per la sottolineatura che «*Le combat loyal et réglementé est précisément à l’origine de l’énoncé de la maxime*» (rinviando a J. Macqueron, *Histoire des obligations, Le droit romain*, Aix-en-Provence, 1975, p. 322): la “fisiologia” della controversia, minacciata da un’origine del processo che tende a usarlo per consolidare l’abuso, è il bene cui guardano a loro volta *Nemo audiatur* e *In pari causa turpitudinis*.

maggiormente presente all'attenzione degli studiosi anche perché, delle due, è la sola che il codice civile del 1942 ha ripreso e riformulato, sicché gli argomenti indirizzati verso, e spesso contro, *In pari causa* sono stati anche gli argomenti utilizzati nei confronti di *Nemo audiatur*. Il codice civile del 1865 non le aveva, per così dire, "recepito", ma, in considerazione del fatto che la giurisprudenza, e una parte molto cospicua della dottrina, avevano continuato ad applicarle e a riconoscerle, il legislatore del 1942 formulò espressamente una disposizione che intendeva codificare *In pari causa*, e che fu quella sull'irripetibilità delle obbligazioni a causa turpe.

È opportuno ricordare brevemente che, dopo l'unificazione, il veicolo di sopravvivenza delle *regulae iuris* fu il rinvio dell'art. 3 disp. prel. c.c. 1865 ai principi generali di diritto<sup>125</sup>. Si formarono allora due grandi catene ideative sul significato dei principi generali del diritto e sul modo di trovarli e di utilizzarli. Una, di stampo legalistico, li intendeva come reperibili solo mediante un'operazione di generalizzazione e astrazione da singole norme e quindi per via di successiva deduzione dal principio così individuato. L'altra, non escludendo questo tipo di principi, era fedele all'idea, che proveniva dal diritto comune, secondo la quale oltre a principi positivizzati facevano parte del diritto – in questo senso essendo a loro volta positivi, sebbene non scritti in atti-fonte – un complesso di criteri, di direttive, di massime, le *regulae iuris* per l'appunto<sup>126</sup>, delineanti nel loro insieme contenuti necessari da utilizzare nell'applicazione del diritto, e non solo in caso di lacune, in quanto connessi alla ricerca della soluzione adeguata, in questo senso giusta, con riferimento alla situazione di volta

---

<sup>125</sup> Si v. in tema ampiamente A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale*, in *Tr. Dir. Priv.*, diretto da P. Rescigno, I, Torino, 1999, 2° ed., p. 377 ss., che mette in primo piano le difficoltà di comunicazione tra una giurisprudenza ancora orientata a criteri e concezioni risalenti al diritto comune e una dottrina che si alleò con la legislazione. Si trattò di un tornante gravido di conseguenze nei rapporti che in Italia si sono costituiti tra giurisprudenza, scienza giuridica e legislatore.

<sup>126</sup> Cfr. ad es. E. Pacifici Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile*, I, 1867, 34. Della lotta tra le due concezioni in ordine alla nozione di principi generali e ai modi del loro rinvenimento ed operare fu emblematico un intervento di Scialoja contro l'applicazione in giurisprudenza della massima *Malitiis non est indulgendum*, laddove il codice non prevedeva il divieto di atti emulativi (Cass. Firenze, 13.12.1877, in *Foro it.*, 1878, III,1, c. 481 ss.; ivi la nota di Scialoja; sulla vicenda v. anche G. Cazzetta, *Coscienza nazionale ecc.*, in *Quad. Fiorentini*, 2011, p. 781 ss.).

in volta considerata. In questa prospettiva i principi generali del diritto, in quanto serventi alle operazioni di riconoscimento del diritto, erano i meccanismi – esprimenti i contenuti teorico-pratici della scienza giuridica – mediante i quali operava l'equità<sup>127</sup> e che, realizzando la divisione del lavoro tra legislazione e giurisdizione, consentivano quella dialettica tra giudice e legislatore che, secondo assunti diffusi, sarebbe invece tipica e esclusiva derivazione di una Costituzione rigida e superiore<sup>128</sup>. Col codice del 1942, che, come stiamo dicendo, recepì alcune regole a cui la giurisprudenza e la dottrina erano rimaste più affezionate, e modificò la formulazione del concetto di principio generale, la problematica della relazione tra le *regulae iuris* e i principi generali è andata declinando, anche in conseguenza dell'avvento della Costituzione e del ruolo che i principi costituzionali sono venuti assumendo<sup>129</sup>. Non è peraltro forse privo di interesse annotare che la caratteristica considerata propria di questi ultimi, quella di non intervenire solo in caso di lacune<sup>130</sup> ma come ausili interpretativi per così dire a tutto campo, e che distinguerebbe i principi costituzionali dai “vecchi” principi generali era invece propria delle *regulae iuris* nell'idea che ne avevano la dottrina e la giurisprudenza “tradizionaliste”, cioè che non accedevano alla tesi che i principi si dovessero estrarre dal solo diritto legislativo.

La codificazione di *In pari causa* come principio di irripetibilità della prestazione eseguita per causa turpe significò un notevolissimo

---

<sup>127</sup> Intendiamo qui l'equità come metodo, nell'ordine di idee proprio di Giuliani: «L'ideale dell'eguale trattamento di situazioni simili che è alla base della *aequitas* si accompagna alla profonda consapevolezza della difficoltà di determinare le circostanze rilevanti: non è un principio astratto, ma un metodo di ricerca» (*Controversia*, p. 179).

<sup>128</sup> Per una critica di questi assunti proprio sulla base della tradizione del diritto comune e della sua sopravvivenza in età statutaria si v. V. Colorni, *L'uguaglianza come limite alla legge nel diritto intermedio e moderno*, (1946), rist. Milano, 1976.

<sup>129</sup> Ma v. nei tardi anni Ottanta del Novecento, almeno l'ampia riflessione di E. Pattaro *Alle origini della nozione 'principi generali di diritto*, in Basciu (cur.), *Soggetto e principi generali del diritto*, Milano 1987, p. 25 ss.

<sup>130</sup> Tema particolarmente caro a G. Zagrebelsky, *Diritto per valori, principi o regole*, in *Quad. Fiorentini*, vol. 31/2, 2002 p. 865 ss.: «i principi principianti della democrazia costituzionale sono espliciti e non sono chiamati in causa solo in caso di lacune, quando il caso è dubbio, o in assenza di regole, operano sempre quali forze strutturali dell'ordinamento, attraverso l'orientamento espresso dal loro significato per mezzo dell'interpretazione adeguatrice».

condizionamento sullo spazio e sul senso della regola. Sino alla recezione nel codice del 1942 essa aveva operato nell'ambito più generale dei contratti illeciti, e il suo funzionamento andava nel senso che quando un contratto illecito fosse ritenuto anche "turpe" entrava in causa l'ulteriore aspetto, o "sanzione" della non ripetibilità o del diniego di azione in giudizio; la regola risale del resto a tempi e mentalità che non escludevano una componente sanzionatoria negli istituti privatistici<sup>131</sup>. Lo stretto collegamento, istituito dal codice, con la figura del contratto "turpe", che diventava nozione da definire in astratto, e in questo senso "concetto", anziché *qualità* potenzialmente rinvenibile *in qualunque accordo*, segnò l'inizio della fine per la regola, e con essa di *Nemo audiatur*, fine che fu sancita da un celebre saggio di Pietro Rescigno del 1966<sup>132</sup>.

Va da sé che la crisi delle *regulae iuris* nella cultura giuridica italiana d'età repubblicana coincide con l'avvento di concezioni giuspositive, che nelle regole, che provengono dalle elaborazioni della scienza giuridica teorico-pratica, tendono a vedere altrettante «formule vuote»<sup>133</sup>. In questa cornice generale vanno intese le interpretazioni molto diffidenti di cui regole come *In pari causa* e *Nemo audiatur* sono state oggetto, e che risalgono a tre ordini di ragioni, che ritroviamo tutte nel saggio di Rescigno e sono sintetizzabili nel fatto che le due regole appaiono da una parte "moralistiche" e dall'altra "di dubbia moralità".

Il legame con la "turpitudine", poi resa nel codice come contrarietà ai "buoni costumi", faceva apparire le regole *moralistiche* nel senso di cariche di pregiudizi, in specie di tipo classista, circa il come ci si dovrebbe comportare nella vita e a chi spetterebbe di stabilirlo, non solo né specialmente nel campo della sfera sessuale. Rescigno

---

<sup>131</sup> Che peraltro oggi si ripresenta nella figura, che appare di importazione, dei *punitive damages*. Anche a *Nemo audiatur* è stato attribuito un carattere sanzionatorio, in particolare, v. Díez-Picazo Ponce de León, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, p. 204.

<sup>132</sup> P. Rescigno, *'In pari causa turpitudinis'* (1966) poi in Id., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1988, p. 145 ss. Ci si trovava del resto nell'acme della crisi delle *regulae iuris* (cfr. la nota seguente).

<sup>133</sup> Nello stesso anno del saggio di Rescigno "contro" *In pari causa*, N. Bobbio (*Principi generali di diritto*, in NDI, XIII, Torino 1966, p. 887 ss., p. 894) aveva condannato le regole come sopravvivenze di concezioni giusnaturalistiche, «formule vuote» che si risolvono in inutili ovvietà.

stigmatizzò l'utilizzo di *In pari causa* e *Nemo audiatur* contro chi comprava al mercato nero; utilizzando quelle regole, dice il Chiaro Autore, un giudice altezzoso e ipocrita sanzionava la povera gente per comportamenti che, nel suo privato, teneva invece a sua volta<sup>134</sup>. In effetti il campo di elezione di *In pari causa* e *Nemo audiatur* durante il periodo statutario era stato appunto quello della “moralità del mercato”: esse venivano utilizzate specialmente nei confronti di condotte commerciali abusive e fraudolente che avessero una ricaduta sull'ordine pubblico dell'economia, il che condusse a una certa intensificazione del loro utilizzo a partire dagli anni '20, nel contesto della crisi economica successiva alla guerra e quindi delle politiche economiche del fascismo (ad es. le si utilizzò per le infrazioni del divieto di investire in divise estere)<sup>135</sup>.

Per questo motivo le regole giunsero al giurista repubblicano da una parte come odiosi bastioni del fascismo, del suo ipocrita autoritarismo, della sua ingiusta magistratura che quell'autoritarismo aveva introiettato, dall'altra parte come principi resi fortunatamente inutili nel campo economico grazie alla presenza, nel diritto della Repubblica, di profonde innovazioni inerenti il disegno della proprietà, dell'iniziativa privata e delle relazioni economiche; sicché ne venne consigliata un'interpretazione restrittiva e, oggi diremmo, costituzionalmente orientata, che leggesse “buon costume” come

---

<sup>134</sup> I giudici fingevano di rimanere fuori da una disputa che coinvolgeva tutti, si permettevano, «secondo le concezioni politiche dell'epoca» di valutare la moralità altrui: P. Rescigno, *“In pari causa”*, p. 174.

<sup>135</sup> Esempi in G. Terlizzi, *Dal buon costume alla dignità della persona*, Napoli, 2013, p. 124 ss. Dopo l'avvento del nuovo codice, e benché la *soluti retentio* fosse ormai contemplata dalla lettera del nuovo art. 2035 nel solo caso del contratto contrario ai buoni costumi, vi fu una tendenza a mantenerla operante nel campo dei contratti illeciti, allargando così il concetto di scopo contrario al buon costume, secondo quello che era stato l'*usus fori* sotto il codice previgente. Tra gli anni '40 e '60 la giurisprudenza vi fece ricorso in caso di incetta di beni al mercato nero, per casi di speculazione commerciale, per l'irripetibilità della prestazione fatta in cambio di una raccomandazione e anche ritornando sul carattere “quasi punitivo” dell'irripetibilità. A questi orientamenti reagì il saggio di Rescigno (v. in spec. p. 155 ss. per i riferimenti alla giurisprudenza). La più recente applicazione ricordata del contratto a causa turpe è un'isolata sentenza della Cassazione del 2018 su un trasferimento pecuniario finalizzato ad agevolare l'assegnazione di casa popolare (F.P. Patti, *“In pari causa turpitudinis” cinquant'anni dopo*, in *Liber Amicorum per Pietro Rescigno*, II, Napoli, 2018, 1537 ss., 1540).



limitato alla sfera del pudore sessuale, secondo quanto si riteneva imposto in relazione all'art. 21 Cost.<sup>136</sup>

D'altro canto, e in secondo luogo, su *In pari causa* gravava da secoli l'ipoteca della "dubbia moralità" di una regola che consente che in certi casi una promessa possa non essere adempiuta: l'ipoteca, posta da Grozio, ha gravemente indubbiato la regola, che appare collidente con il principio *pacta sunt servanda*, fondamentale per Grozio e per ogni mentalità razionalistica valorizzante il consensualismo volontarista come principio politico<sup>137</sup>. Ciò va ricordato perché la critica di Grozio a *In pari causa* racconta uno spaccato dell'intera vicenda culturale delle *regulae iuris*: che, sopravvissute nei secoli e anzi nei millenni, hanno fatto i conti col mutare delle forme della ragione<sup>138</sup>, e hanno risentito, in particolare, del fatto di sopravvivere isolate dal complesso di principi (la *fides*, la *bona fides*, l'*honestas*) e dal concetto dell'individualità, della socialità umana, della ragione che le impregnano, almeno se pensate come espressione delle funzioni assiologiche e sociali dell'intelletto, ovvero all'interno di una nozione "classica" della ragione. Le regole scaturiscono da un mondo spirituale che non annovera affatto *Pacta sunt servanda* tra i principi fondamentali del diritto – vi mette invece *Alterum non laedere*, *Suum cuique tribuere*, *Honeste vivere*<sup>139</sup>: esse non sono ben aderenti alla mentalità razionalistica e utilitarista che ha ispirato le dottrine del contratto sociale, e che le ha perciò spesso rimodellate, selezionate, per esempio assorbendo nel calcolante

---

<sup>136</sup> Ma sulle evoluzioni della nozione v. almeno M. Manetti, *Art. 21. Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, a cura di Pace e Manetti, in *Comm. Cost.*, Bologna-Roma, 2006, p. 204 ss.

<sup>137</sup> Su Grozio e *In pari causa* non si può non rinviare a Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, trad. it. Milano, 1984, che rilancia con insuperabile vigore l'accusa: il fondatore del razionalismo giuridico, l'anticipatore di Cartesio, è egli il vero moralista e «la moralizzazione del diritto: è questo l'esito – non saprei se qualificarlo o no come paradossale – del movimento razionalistico» (p. 527).

<sup>138</sup> A proposito della continua relazione tra *regulae iuris* e mentalità che cambiano si può ricordare come nella proposta di un codice civile comune europeo vi sia l'idea di recuperare *In pari causa*, ma considerando "turpe", si direbbe, il contratto che persegue fini contrari all'ordine pubblico economico europeo (cfr. F.P. Patti, '*In pari causa*', p. 1553).

<sup>139</sup> Nelle fonti classiche si legge semmai, e al contrario, che *Pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda* (Paolo).

“*nullum crimen*” le più generali ragioni del “*favor rei*”<sup>140</sup>. L’avvento della ragione moderna svalorizza *In pari causa*: letta isolatamente e al cospetto di nuovi valori politico-giuridici la regola – che si interroga sui motivi della condotta umana, e ritiene importante esaminare le azioni una per una, e ciascuna nel suo contesto, perché è conscia delle interazioni tra aspetti soggettivi, moventi interiori e riflessi oggettivi, vale a dire nel mondo sociale, dei comportamenti individuali – appare un’insensata e pericolosa minaccia alla tenuta del contratto e alla certezza dei traffici. Essa sembra risolversi in un moralistico intrudersi nei fatti privati che è però privo (questo tende a mostrare la critica distruttiva) di una giustificazione veramente morale, dal momento che non corrisponde (più) al senso del bene generale che si intende affermare come fondamento e scopo della comunità politica. La regola, in una parola, risultò troppo qualitativa, perciò apparve incerta e infida, per un mondo che si avviava a diventare quantitativo e esigeva sicurezze accertabili senza andare troppo per il sottile.

Rescigno condivide dichiaratamente il punto di vista di Grozio: perché, sottolinea, riprendendo la discussione antica di secoli che fece seguito alla condanna groziana di *In pari causa*, anche in chi adempie un contratto “turpe” c’è in fondo un aspetto di lealtà che potrebbe rendere meritevole di considerazione la sua condotta. Ma non è certo da credere che Pietro Rescigno sposasse, con questo, l’etica “capitalistica” di Grozio. Più credibile mi pare, ed è del resto trasparente nel pensiero del Maestro, il peso di un ulteriore aspetto, che è la terza ragione della crisi di *In pari causa* e di *Nemo audiatur*, e che ci porta nel cuore delle tendenze che hanno caratterizzato un’intera stagione della cultura giuridica italiana, e in fondo mi pare la

---

<sup>140</sup> Giuliani include in alcuni casi “*nullum crimen*” tra i principi costitutivi, riallacciandolo alla certezza del diritto, ma sottolinea anche come il principio affondi nelle premesse legalistiche del giusnaturalismo moderno. Questo non porta Giuliani a sottovalutare *nullum crimen*, in quanto esso, e il valore della certezza, possono essere «visti in difesa dell’individuo», nella chiave cioè del *favor rei*; laddove «il totalitarismo latente del giusnaturalismo abelardiano [vi] vede un criterio utilitaristico e di opportunità: la difesa della società» (*Controversia*, p. 210). La tensione interna al valore della certezza del diritto tra una sua giustificazione moderna, che lo spiega in nome di esigenze di difesa della società, e una giustificazione premoderna, che lo mette in relazione alla difesa dell’individuo, è riaffiorata nel celebre caso Taricco, su cui verrò brevemente nelle conclusioni.

caratterizzino ancora, fiduciosamente orientata al diritto in nome delle sue funzioni integrative, inclusive, emancipatorie e in un certo senso, se mi è consentita l'espressione, "pastorali". *In pari causa* e *Nemo audiatur* hanno alla fine la colpa di lasciare fuori dal mondo del diritto, che è ormai riconfigurato come il mondo del riconoscimento, comportamenti che possono essere espressivi di bisogni e di valori e che sono esclusi, è la tesi, molto probabilmente solo per effetto di pregiudizi stigmatizzanti, come quelli un tempo rivolti contro la povera gente che andava al mercato nero<sup>141</sup>. Resta invero inconfutabile che *In pari causa* e *Nemo audiatur* venissero utilizzate nei confronti di persone che andavano al mercato nero non per sfamarsi, ma per comprare merci che intendevano rivendere a loro volta a caro prezzo, e cioè per speculare ai danni della vera povera gente<sup>142</sup>. Ma come detto, e come si sa, all'epoca cui appartiene lo scritto di Rescigno si era convinti che alla moralità del mercato avrebbero pensato le leggi della Repubblica, sorrette da nuovi orientamenti collettivi; che un nuovo giudice, vicino ai bisogni delle persone, dovesse prendere il posto dell'odioso magistrato fascista e con esso un nuovo diritto, rivolto emancipatoriamente agli svantaggiati, dovesse sorgere: sicché non c'era più bisogno di un diritto fatto anche di precetti e massime che ricordassero che una società giusta comincia con un certo grado di

---

<sup>141</sup> L'"indifferenza" di *In pari causa* non può non ripugnare al giurista che fa propria l'estensione della nozione di ordinamento anche «alle realtà che si [muovono] nell'ambito del diritto statale col proposito di sovvertirlo o che nello stato, contro l'organizzazione statale, [creano] un proprio ordinamento»; e la fa propria nella misura in cui questa visuale spinge a considerare il «sostrato sociale dell'organizzazione», dunque ad esempio a comprendere come alcuni «restituiscono col delitto l'ingiustizia sociale ed economica» con cui sono stati trattati: P. Rescigno, *Persona e comunità*, Bologna, 1966, p. 39-41.

<sup>142</sup> Lo rilevava G. Auletta, *Risarcimento del danno a prezzi di imperio*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1949/I, 1 ss., p. 9 e 10 e note 37 e 38: era tenendo conto di precise circostanze che la giurisprudenza negava la ripetizione, come nelle ipotesi in cui il compratore avesse commesso un illecito acquistando «a prezzi illegali per trarne un vantaggio mediante un'ulteriore violazione delle norme sul blocco dei prezzi» e con l'intento, rilevato dal giudice, di «arricchire smodatamente». Quando vengono in gioco valori (e disvalori) civili di questo rilievo, Auletta concludeva che «la possibilità di qualificare il contratto immorale [dovrebbe] essere presa nella più attenta considerazione».

giustizia nei moventi e nelle azioni soggettive e vive grazie all'impegno di tutti ad interrogarsi sulla qualità delle nostre reciproche azioni<sup>143</sup>.

Espressive invece di questa mentalità, *In pari causa turpidunis* e *Nemo audiatur* consigliano di considerare che anche in una richiesta di giustizia può celarsi un abuso (che si può presentare anche come «abuso della riparazione»<sup>144</sup>); proprio per questo le due regole entrano in rotta di collisione con le liti strategiche, alle quali è sottesa la stessa convinzione, “pastorale”, e “progressista”, e per certi versi romantica, per cui tutto quello che esiste nella società, che viene per definizione “dal basso”, dovrebbe trovare accogliimento, riconoscimento, tutela<sup>145</sup>,

---

<sup>143</sup> Nel tramonto della fiducia sulle capacità delle previsioni costituzionali come tali di garantire giustizia nell'economia si registra in dottrina un certo ritorno di interesse per le funzioni che *In pari causa* e *Nemo audiatur* possono assolvere a quei fini, che potremmo chiamare di “moralità del mercato”; v., non recentissimamente, ma con molto interessante riflessione, U. Breccia, *Contrarietà al buon costume*, in *Tr. Dir. Priv.*, diretto da Bessone, vol. XVIII, t. 3, Torino, 1999, p. 206 ss. spec. p. 218 ss.). Come dirò nelle conclusioni, in un'epoca di torsione strumentale della Costituzione l'interesse del costituzionalista a ricercare le relazioni tra i principi costituzionali e le regole del diritto sottostanti (per esempio l'interesse ad approfondire il legame tra i principi dell'art. 41 e *Neminem laedere*, «principio costitutivo di un ordine giuridico» per Corte cost. n. 16/1992) potrebbe aprire una via per ragionare intorno al difficile, ma ineludibile, problema della coniugazione delle esigenze del mutamento e di quelle della stabilità nell'interpretazione costituzionale (su queste ultime: C. Pinelli, *Principi regole istituti*, in *Dir. Pubbl.*, 2015, p. 35 ss., p. 37).

<sup>144</sup> A. Giuliani, *La definizione*, p. 89.

<sup>145</sup> Sono gli assunti di una visione pangiuridica del mondo, della società e della vita a cui non a torto fa riferimento Ruggeri in una delle sue critiche alle decisioni Cappato (*Frattendimenti concettuali*, in *Consultaonline*, 2019/I, p. 91 ss. 98), richiamando S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012; secondo A. Morrone, *Introduzione*, p. 9, alla base della questione sollevata dalla Corte d'Assise di Milano vi è il «“costituzionalismo dei bisogni” di cui parlava Stefano Rodotà, quando, per finalità di politica del diritto, proponeva di trasformare ogni domanda individuale in un diritto esigibile e azionabile. Una cultura intrisa di semplificazioni teoriche, come quando si contrappongono, nel discorso intorno alle pretese individuali, paternalismo e laicità, statalismo e individualismo». Di certo Rodotà è stato uno dei liquidatori, per dir così, di *In pari causa* (cfr. Id., *Ordine pubblico o buon costume?*, in *Giur. Merito*, 1970, p. 104 ss., critico contro una sentenza che considerava contrario al buon costume il patto con cui il candidato al Parlamento si obbligava a pagare una certa somma affinché altri candidati della stessa lista lo sostengano e rinunzino al mandato sì da farlo risultare eletto. Si trattava di una applicazione assai classica della regola, i

acciocché il mondo del “potere” (il diritto, le leggi, le norme) cessi di essere tale e rifletta invece il pluralismo sociale, si “democratizzi”. Quest’ultima è peraltro una visuale che, per quanto nobile, è innegabilmente paternalista: essa mette al centro l’ideale della giustizia distributiva, dei beni e *degli onori*<sup>146</sup>, con le sue implicazioni premiali, ma anche governanti, politiche, legislative (utilitaristiche), finendo a sua volta per impernarsi su un criterio di meritevolezza, e per attribuire al diritto un ruolo di approvazione e quindi di selezione dei comportamenti ammessi e *dignitosi*, degni di riconoscimento<sup>147</sup>.

---

cui esempi tipici, oltre alle ipotesi di moralità dell’economia richiamate nel testo, sono il contratto di *claque* o l’accordo col critico letterario per ottenere una recensione favorevole di una propria opera, vale a dire tutti i casi di contratti tendenti all’alterazione della comunicazione pubblica e delle sue strutture, anche istituzionali). Educata a un rigido giuspositivismo – che rende il diritto sterile e noioso, lo lega a premesse statualiste, lo rappresenta come formalmente adiaforo sul piano dei valori mentre è concretamente servente un ingiusto *status quo* – forse un’ampia parte della nostra dottrina, negli anni ’60 e ’70 del Novecento, per reinnamorarsi del suo oggetto ha dovuto rivestirlo di valenze ideali, che anche emancipassero il lavoro del giurista dal mero tecnicismo. Questo ha spesso portato a accentuare nel diritto gli elementi di strumento, strumento della riforma sociale, dell’azione politica, della “cultura”, della società, qualche volta col risultato di tagliare i ponti con le componenti umanistiche, le premesse filosofiche e morali, gli elementi di impegno civico che il diritto ha in sé – lo narrano le *regulae* – sol che si allarghi la sua percezione alla storia, e quest’ultima non sia confinata nella dimensione del passato.

<sup>146</sup> A. Giuliani, *La definizione*, p. 98.

<sup>147</sup> Ad onta di ogni moderna separazione tra diritto e morale, sono questi i presupposti delle concezioni strumentali del diritto che, in quanto lo giustificano come strumento per perseguire il giusto il bene o l’utile, sono contaminate da eticità (strumentalismo etico). Secondo Giuliani le *regulae iuris* veicolano non il primato del *Suum cuique*, ovvero della giustizia distributiva, ma quello di *Alterum non laedere*; in esse cioè si incorpora una concezione *negativa* della giustizia che richiama il diritto e i suoi operatori a concentrarsi, anziché sullo scopo di “realizzare il giusto”, su quello di evitare il danno e l’abuso; impresa etica anche questa, perché si tratta di uno sforzo che richiede impegno, ma priva di assertività circa ciò che è da considerare giusto, meritevole o degno (e dunque anche da imporre, e promuovere, con tecniche condizionali: dalla norma come comando alla norma come *nudging*), e perciò più rispettosa della libertà morale dei singoli. Il diverso significato, non premiale, della parola “riconoscimento”, il senso cioè in cui “riconoscimento” significa «rilevazione di qualcosa sulla base di caratteristiche già note» (C. Beduschi, *Scritti*, p. 284-5), riconduce invece alle regole; la distinzione /connessione tra l’idea di norma e quella di regola, e le concezioni del diritto cui rinviano, potrebbe essere tracciata proprio attraverso le diverse idee di “riconoscimento” cui ciascuna espressione rimanda.



Le liti strategiche collidono con *Nemo audiatur* (così come con *In pari causa*) perché il presupposto di queste regole è che non tutto sia “giuridificabile”, che vi siano campi su cui è meglio non intervenire con la forza autorizzatoria e condizionante del diritto, mentre le liti strategiche assumono il presupposto contrario. Da questo punto di vista la rimozione di *Nemo audiatur* dal complesso dei profili che il giurista deve considerare quando affronta una questione coincide con quella del problema del corretto uso del diritto, un problema che del resto si può porre solo se si assuma che il diritto è un campo che ha dei limiti. Nel caso Cappato alcuni si sono però ricordati che «per la civile convivenza il diritto è importante, ma non è tutto, e non è l’orizzonte ultimo dei valori»<sup>148</sup>. Infatti, se dovessimo invece intenderlo come tale, ciò significherebbe pensare che i valori, di cui il diritto si fa portatore, anziché nascere da una dialettica con il mondo delle azioni, delle relazioni e dei pensieri delle persone, sono nel diritto tutti già contenuti: è questa una visione che privilegia l’eteronomia sull’autonomia e si risolve nel concepire il mondo delle relazioni umane, della convivenza, come incapace di sviluppare “civiltà”, come passivo recettore dei modelli di convivenza che chi *pone* il diritto (e vi riesce per una via o per un’altra) ritiene di favorire o di imporre.

---

<sup>148</sup> D. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 7/2018, p. 57 ss., p. 76. Importanti i rilievi di S. Prisco, *Il caso Cappato*, in *BioLaw Journal-Rivista di Biodiritto*, 3/2018, p. 153 ss., p. 169, il quale, scrivendo dopo l’ordinanza n. 207, pareva auspicare che «[La Corte] potrebbe del resto anche confermare la situazione normativa oggi esistente, ma in ragione di una motivazione ben diversa da quella che ispirò la soluzione codicistica dell’epoca, ossia concludendo che *su una decisione eccezionale personalissima non si norma, perché la situazione esistenziale di vita cui ci si riferisce non può in realtà venire normalizzata*, ossia e in sostanza perché ogni caso è diverso dall’altro. Questo, in definitiva, significherebbe lasciare l’aiuto al suicidio e l’eutanasia pietosa al non detto e al non dicibile, alla penombra della coscienza dilacerata e non alla luce dei tribunali.» L’A. suggerisce che questa, confrontata con l’esito di burocratizzazione della morte che accompagna la legalizzazione del suicidio assistito, è una soluzione davvero rispettosa della “irriducibile” “sovranità” del sofferente, restando intero «l’obbligo (etico, prima che giuridico) di alleviarne la *solitudine* anche in tale condizione». (Corsivo aggiunto.)

### 3.3. *Le sue buone ragioni. Nemo audiatur e la logica della controversia*

Il senso di *Nemo audiatur* è stato dunque molto sminuito nel corso del tempo, e specialmente in età repubblicana, dove, anche associandola a *In pari causa turpitudinis*, alla regola si è attribuita una farisaica *ratio* di difesa del decoro dei tribunali, i quali non dovrebbero sporcarsi le mani con le vicende della gente abietta: si è parlato di una regola di «igiene giudiziaria»<sup>149</sup>, argomento quest'ultimo che, per spiegare la *ratio* della regola, o meglio per negargliene una, ha preso il posto di quello, più diffuso nel periodo statutario, per cui la legge non dovrebbe offrire il suo braccio a chi scientemente la ha violata e dunque se ne fa beffa<sup>150</sup>. Provando a staccare la regola dalle sue cornici moderne e contemporanee, e ricorrendo alla metafora dell'«osservatore imparziale», non è difficile immaginare che colui il quale, per l'appunto osservando le cose umane e se stesso, la formulò, lo fece perché aveva visto qualche cosa di diverso e di molto più preciso. Si tratta del pericolo che il processo, fondato su pretese che originano da un'azione illegale o illecita, *non sia davvero tale*, perché privo di uno “*status*”, cioè di un centro di argomentazione capace ad un tempo tanto di assolvere efficacemente alle sue *funzioni selettive* delle questioni rilevanti e irrilevanti (di fungere cioè da governo degli argomenti, onde, attraverso lo scambio leale di questi ultimi, e col loro contributo, sia possibile pervenire alla costruzione del “corretto rapporto” tra le parole e le cose), quanto di *raccordare la controversia ai valori della civitas*.

Nel caso delle obbligazioni nascenti da acquisti al mercato nero, per esempio, il nostro osservatore imparziale si sarebbe probabilmente chiesto se, nel costruire un processo intorno alle contrapposte ragioni di due speculatori, non vi fosse il rischio di legittimare l'avidità (che è il

---

<sup>149</sup> P. Rescigno, *In pari causa*, p.148.

<sup>150</sup> Secondo i motivi diffusi tra Otto e Novecento. Si v. però anche Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, V., 6° ed., Firenze, 1904, p. 214 («i fatti illeciti o turpi non devono interessare la giustizia come fonte di diritti per chi li commise»), che riecheggia in Ferrara, «l'atto illecito non può servire da fondamento per sperimentare un diritto» (cit. in G. Terlizzi, *Dal buon costume*, p. 127): sono ammonizioni non troppo *ante litteram* contro lo sperimentalismo giuridico di marca realista imperniato sul “*bad man*” che scommette sul se il diritto gli darà ragione (cfr. *infra* la nota 165).

“luogo comune” ai due speculatori) come valore al cui servizio sta l’ordinamento, e per esso il giudice, facendo assurgere il «desiderio di avere di più» a principio di convivenza. È alla luce di una sorta di “diritto” ad avere di più che prende corpo la pretesa dello speculatore di consolidare il suo guadagno, la quale è comprensibile e giustificabile se l’avidità è considerata un “valore”. Ma il «desiderio di avere di più» è intimamente antiggiuridico e non può costituire un principio di convivenza: esso contrasta con la finalità del diritto di orientarsi verso l’equa riparazione, il giusto contraccambio, ovvero a evitare gli squilibri che generano disordine e inimicizia nella comunità<sup>151</sup>. In questo senso la domanda dello speculatore, alimentata dall’avidità, è “turpe”: lo è nel senso che riconoscerla metterebbe a repentaglio le ragioni stesse per cui il diritto si istituisce, e che fanno del diritto un bene o un interesse dell’intera comunità.

Come è proprio della logica delle regole, i contorni del “turpe”, allora, possono essere definiti solo *dialetticamente*, in rapporto, cioè, alla domanda di volta in volta proposta, alle *qualità* delle relazioni che attraverso di essa affiorano. In questo si risolve il problema dell’identificazione dei confini del “turpe”<sup>152</sup>. La turpitudine non è una “essenza”, non è dato “ontologico”, per cui vi sono cose turpi e altre che non lo sono per una loro immutabile natura – anche se l’esperienza può nel corso del tempo individuare alcune situazioni che in maniera più ricorrente tendono a proporsi come veicolo di domande turpi, e tra queste per l’appunto la domanda che sorge all’interno di attività economiche fraudolente o abusive, verso le quali non a caso, proprio per la loro “tipicità”, era desta l’attenzione della giurisprudenza pre-repubblicana, che considerava “turpe”, come abbiamo visto, l’accordo nascente dal «desiderio di arricchire smodatamente». La “turpitudine” di una domanda, che sconsiglia di dare ad essa corso, è una qualità che

<sup>151</sup> Sono i temi cui Giuliani dedica alcune tra le sue riflessioni più dense.

<sup>152</sup> Ben più che in piuttosto sterili contrapposizioni tra epoche “a morale semplice” e epoche “a morale complessa”, che trasferiscono nel campo morale, e giuridico, da una parte una sorta di cattivo storicismo che si risolve più che altro nel negare a noi stessi gli ausili di conoscenza che provengono dalla consapevolezza che i problemi dell’uomo, nella dimensione sociale, ritornano, molto simili, nel corso del tempo (secondo i motivi che Giuliani sviluppa specialmente nei *Contributi*); dall’altra un intento analitico (dare una “definizione” di ciò che è turpe, o di ciò che è degno, che ne sterilizza la dinamicità problematica e le potenzialità ermeneutiche).

emerge in concreto, che può ricorrere in situazioni molto diverse tra loro<sup>153</sup>, e che affiora ponendo la singola domanda di giustizia in relazione col motivo generale che sconsiglia di dare corso a una domanda “turpe”. Questo motivo è sempre lo stesso, e consiste nel tendere a evitare che, per usare parole di Beduschi che ho citato in precedenza, «sia elevato a diritto ciò che, per le sue possibili implicazioni, mette in gioco le condizioni di sussistenza del contesto in cui si opera».

È classico, in materia, l'esempio del giudice che, accogliendo la domanda del brigante che si duole di aver ricevuto una troppo piccola parte del bottino, si impegna a ricercare la giusta parte della refurtiva che spetta a ciascun ladro. L'esempio, come si sa, è stato messo “fuori uso”, per dir così, dalle tesi che assegnando al diritto il solo ruolo di imporre comportamenti grazie alla forza della sanzione hanno pacificamente ammesso che, in linea teorica, non vi è differenza tra l'ordinamento criminale e quello statuale: sono le aporie di una pretesa “a-moralità” del diritto collegata agli assunti giuspositivi e normativisti<sup>154</sup>. L'esempio però sottende in modo interessante una domanda che ha grande rilievo sotto il profilo della logica della controversia: come sarà possibile ricercare la giusta parte che spetta a ciascuno, il *suum cuique*, nella premessa di una condotta illecita? E

---

<sup>153</sup> Ogni luogo comune, e tale è la regola, «è una struttura generale che può applicarsi a situazioni diverse»: A. Giuliani, *Il concetto di prova*, p. 30, che fa in questo passo riferimento al “luogo del più e del meno”. Il tramonto della regola di cui discorriamo, ed in generale il tramonto delle regole, è dovuto allo sforzo di interpretarle come se fossero norme, portatrici di una precisa fattispecie accompagnata da sanzione.

<sup>154</sup> Il tema della giustizia tra i briganti agitò la cultura giuridica italiana dopo che Alessandro Levi per primo (secondo G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, III, Bologna, 2° ed. 1974, p. 278 s.) in particolare con *La société et l'ordre juridique*, del 1911 e con i *Contributi a una teoria filosofica dell'ordine giuridico* del 1914, introdusse l'idea che ogni gruppo sociale, compresi quelli illeciti, è giuridico (in quanto sociale). Secondo Fassò Levi «sentì fortemente l'influsso dell'idealismo, in particolare di quello di Croce, col quale il positivismo aveva in comune il rigoroso immanentismo, che del Levi era la preoccupazione maggiore» (ivi, p. 278). Alla medesima idea di Levi pervenne per vie proprie Santi Romano, il cui anti-statalismo non è affatto anti-normativismo; «il concetto stesso di organizzazione, su cui tanto insiste il Romano, postula necessariamente, come proprio *prius* logico, una volontà, ossia una norma che organizza» (A. Giuliani, *Contributi*, p. 106). *Ubi societas ibi ius* è vero, in effetti, sulla premessa che *Rerum inhonestarum nulla est societas* (Ulpiano).

soprattutto, come ripeto: quali «condizioni di esistenza della comunità» sarebbero per tal via proposte, e garantite?

Il problema che *Nemo Audiatur* consiglia al giurista di porsi ogni volta attentamente, *pregiudizialmente* è allora quale “ordine giuridico” e della convivenza si possa ri-costruire intorno ai presupposti di una singola, determinata *quaestio*. Precisamente, la regola suggerisce di valutare se la *quaestio* sia suscettibile di costruire un ordine, sia nel senso di «ordine della comunità e nella comunità»<sup>155</sup>, sia nel senso di *ordine della conoscenza*, non alterata, dei fatti sottostanti, ordine necessario a pervenire alla identificazione di una corretta regola di giudizio. Non è difficile infatti rendersi conto che una domanda “turpe” tende a *non* favorire la conoscenza che la controversia per sua natura dovrebbe invece realizzare, perché a quel fine è necessario un fondamentale atteggiamento di veracità sia negli atteggiamenti dei partecipanti alla controversia, sia nella costruzione logica di quest’ultima, cioè nell’identificazione del “luogo” che della controversia rappresenta il centro argomentativo. Ma i presupposti turpi di una controversia non favoriscono la veracità, poiché tendono ad essere occultati.

Quasi per definizione, si potrebbe dire, la domanda “turpe”, che mette in gioco i presupposti di esistenza del contesto (l’ordine nella comunità), difficilmente può essere iscritta in un luogo argomentativo che la governi efficacemente (e realizzi ordine della conoscenza). I due momenti sono interrelati, perché, in effetti, i casi sono due. O il luogo “turpe” viene assunto dichiaratamente e fino in fondo come criterio che regge la controversia, e allora, sempre stando all’esempio della lite tra i briganti, il furto viene eretto a principio di convivenza, eliminando “*suum cuique*”; in questo modo però si esce dal contesto, da ciò che assumiamo sia il diritto, e insorge il rischio di dare alla convivenza i connotati di un *far west*. Oppure, se non altro per decenza, e come è più probabile, si cercherà di *non* iscrivere apertamente, veracemente, la lite sotto il suo luogo argomentativo “turpe” – rappresentato da, potremmo dire, un diritto a veder consolidati gli effetti del furto – e si cercherà, anche nel tentativo di arginare la portata distruttiva di un

---

<sup>155</sup> Richiamo un famoso luogo giuliano, v. A. Giuliani, *Il problema della comunità nella filosofia del diritto*, in Delle Fratte (cur.), *La comunità tra cultura e scienza*, Roma, 1993, p. 83 ss.



simile *topos*, di mantenere fermo che è *suum cuique* il criterio che stiamo utilizzando. In questo caso però il luogo comune “dichiarato” sotto cui la lite è iscritta, «a ciascuno il suo», non potrà assolvere la sua funzione ordinante e la controversia non potrà funzionare come operazione di conoscenza, perché dovrà continuamente affermare e negare, nel rapporto con le cose, le proprie premesse, anziché verificarle all’interno del rapporto considerato. Infatti, per raccordare la lite tra briganti al luogo offerto da *suum cuique*, si dovrà dire per esempio che il ladro è nel giusto, o sostenere che quello che apparirebbe a tutti un furto, in realtà non lo è. Nel campo del diritto, e non solo, gli abusi della logica sono spesso connessi con abusi del linguaggio, e «un sofisma è un atto ingiusto»<sup>156</sup>. Nella non trasparenza del luogo argomentativo, la quale è di per sé una forma di disonestà, si riflette la “turpitudine” che inerisce alla pretesa dell’agente di usare il processo (mezzo di giustizia) per consolidare un proprio illecito<sup>157</sup>.

Una domanda “turpe” è dunque quella che *non è capace* di istituire le condizioni di una controversia; e, alla fin fine, quel che *Nemo audiatur* semplicemente dice è che la giustizia è un bene, ma abusarne è un male: alla regola certo non è estranea la consapevolezza che è rischioso pervenire a premiare chi ha apertamente violato la legge, sia perché tutti gli altri si potrebbero sentire incoraggiati a fare altrettanto, sia perché il giudice, che si prestasse a esercitare la giustizia tra i briganti, perderebbe credibilità e legittimazione. In effetti, nelle condizioni di una lite retta da un luogo argomentativo fictionale, nel senso di fondato su premesse false o fallaci, come sarebbe quella che ricercasse la “giusta parte della refurtiva” il giudice per primo dovrebbe rinunciare al suo ruolo di garante di una procedura la cui ragion d’essere è la ricerca della corrispondenza tra parole e cose: tra persone che hanno tutte rubato, nessuna può vantare il diritto al “suo”. *Nemo audiatur* si rivolge allora in primo luogo al giudice, cui suggerisce di non dare ascolto a chi avanza pretese fondate sulla propria turpitudine: essa sottende che il giudice non dispone della giustizia, ma deve

---

<sup>156</sup> È anche questo un rilievo caratteristico del pensiero giuliano.

<sup>157</sup> Nella lite tra briganti, che non può iscriversi in un “luogo comune”, si cadrebbe nella pericolosa *argumentatio ad hominem* anziché svolgere un’*argumentatio ad omnes* (A. Giuliani, *Il concetto di prova*, p. 83).

preoccuparsi del mantenimento di essa<sup>158</sup>. Occorre fare attenzione a come la controversia è costruita, perché è solo all'interno delle sue premesse che il giudice può prendere appropriatamente parola ed esprimere giudizi.

Fermo restando che, da noi e nei nostri tempi, il giudice non può scegliere i processi con cui confrontarsi, è pur che è questo il bene che difendiamo, quando ci preoccupiamo della “legittimazione” del giudice, anche costituzionale: che il giudice, come l'uomo prudente, parli «come si deve e quando si deve»<sup>159</sup>.

Le *regulae iuris* infatti non esprimono affatto un'idea dell'ordine giuridico che presuma una sorta di “sovranità” della giurisprudenza<sup>160</sup>, ma richiamano semmai al nesso tra quest'ultima e la controversia: senza la controversia, che permetta di vedere l'assetto retrostante delle relazioni e di mettere all'opera la logica selettiva della rilevanza, controllata dal contraddittorio, ancorata a contesti, ovvero a relazioni determinate, («circoscritte»), senza l'ancoraggio a valori condivisi nella comunità, «l'opinione dei giuristi per quanto splendida resta una opinione personale<sup>161</sup>, poiché «ai fini del giudizio l'importanza del fatto non deriva dal fatto in sé, ma dalla rilevanza che esso può assumere nel contesto, e cioè dalle relazioni che è possibile porre in luce rispetto ad esso»<sup>162</sup>. Il problema su cui *Nemo audiatur* richiama l'attenzione è dunque, in sintesi, quello di una controversia costruita su basi non fisiologiche; il processo usato non per ricercare “l'equa riparazione di un torto” ma per il consolidamento di quest'ultimo denuncia una costituzione anomala della controversia che non può che alterarne la «complessità e dinamicità»<sup>163</sup>. La regola attiene alla problematica della *lis ficta* e ricorda che «dove c'è la *lis ficta* c'è un problema di squilibrio nell'esercizio della giurisdizione»<sup>164</sup>; vi è infatti il rischio che, se parla

<sup>158</sup> Di questo rimane una memoria nelle definizioni tratte (che sono state poi malintese, come dicevamo in precedenza), della regola come intesa a difendere l'igiene dei tribunali o a evitare che della legge sia fatto schermo.

<sup>159</sup> A. Giuliani, *Giustizia e ordine economico*, p. 155.

<sup>160</sup> Come certamente non lo è quello di Giuliani, lontanissimo «dal giudizio intuitivo affidato al giudice ed altrettanto distant[e] dalla prospettiva politico-costituzionale di un “governo dei giudici”» (F. Cerrone, *Appunti*, cit., p. 655).

<sup>161</sup> C. Beduschi, *Scritti*, p. 313.

<sup>162</sup> Ivi, p. 295. 18-19 (Corsivo aggiunto).

<sup>163</sup> Cfr. A. Giuliani, *Voce Logica*, p. 29.

<sup>164</sup> C. Beduschi, *Scritti*, p. 296.

fuori dalle condizioni della controversia, il giudice parli a sproposito<sup>165</sup>: la causa può tendere verso la discussione sofistica o la sentenza risolversi in un enunciato che viene applicato, *riferito* alla situazione controversa, ma in modo esteriore, e che, poiché della controversia non schiarisce le condizioni, non assolve a una funzione razionalizzatrice<sup>166</sup>.

### 3.4. *Nemo audiatur, le liti strategiche e il processo costituzionale. Una questione di "buoni esempi"*

Tenendo conto che la controversia correttamente istituita e sviluppata è in sé un centro di argomentazione<sup>167</sup>, diviene riconoscibile, mi pare, la reciproca l'interferenza tra *Nemo audiatur*, le liti strumentali

---

<sup>165</sup> È appena il caso di ricordare che il terreno realista in cui affonda la cultura delle liti strategiche non presuppone l'uomo onesto e che sta al suo, che, come scrive Giuliani, «parla come si deve e quando si deve» (idea che, come *Nemo audiatur* indica, ricomprende ovviamente anche il giudice), ma il *bad man* che scommette su un esito fortunato della propria giocata, «sul divenire diritto della sua azione, rendendo la giurisprudenza un processo di validazione» (cfr. Gazzolo, *Realismo*, p. 469-470). Questo per dire che occorre dare per scontato che quando ci si muove in un'ottica strumentale, permeata degli assunti formalistici della ragione moderna, saltano per definizione il tipo di presupposti intorno al diritto che le *regulae iuris* portano con sé, e che risalgono all'idea di fondo per cui «in assenza di un codice, l'uomo onesto è il modello della condotta» (A. Giuliani, *Giustizia e ordine economico*, p. 161). Proprio per questo le regole, col loro peculiare punto di osservazione, così lontano dagli assunti odiernamente diffusi, ci aiutano d'altro canto a verificare con quanta credibilità parleremmo, ad esempio, di giusto processo, se assumessimo *in toto* premesse strumentali.

<sup>166</sup> *Nemo audiatur* scaturisce da un profondo rispetto dell'eguaglianza tra gli esseri umani. È la consapevolezza che gli "altri", coloro che assistono al perverso del processo, vedono ciò, se ne rendono conto, in quanto sono portatori a loro volta di intelligenza, di giudizio, a far capire che l'abuso del processo, da parte del giudice e delle parti, può generare nella società risentimento e sfiducia, che distruggono la coesione; a far capire cioè che in certe condizioni la giustizia, che dovrebbe tendere alla pace, può fomentare la discordia. Riflettendo sul caso Cappato come lite strategica, ci si è chiesti, dato anche che sono «universalmente note le disastrose condizioni della giustizia penale nel nostro Paese (...) se non sia opportuno scoraggiare queste pratiche di lotta politica in sede giudiziaria, che rischiano di alimentare il senso di disaffezione dei cittadini»: così Canale, in *Forum sull'ordinanza Cappato*, p. 219.

<sup>167</sup> In questi termini A. Giuliani, *Voce Logica*, p. 29.

e il divieto di *fictio litis* in materia di giudizio incidentale, che corre lungo il nesso di pregiudizialità tra il processo *a quo* e il processo costituzionale. Dato questo nesso, le disfunzioni di cui soffre il processo *a quo* non possono non riverberarsi sul processo costituzionale.

*Nemo audiatur* è un criterio focalizzato sul rischio di un utilizzo abusivo del processo in quanto volto a fondare pretese, ovvero diritti, su condotte antiggiuridiche, o, se vogliamo, in quanto orientato a *mutare la legalità mediante l'illegalità*; situazione che, nei termini che preciserò in prosieguo, ricorreva certamente nel caso Cappato, dove, come spesso accade nelle liti strategiche, il processo era volto a ottenere la legalizzazione del suicidio assistito tramite l'evidenziazione dell'"ingiustizia" della legge che lo vieta, evidenziazione alla quale era funzionale l'autodenuncia da cui il processo sorse. *Nemo audiatur* consiglia *prudenza* in queste situazioni perché avverte che in tali casi il processo può svolgersi senza che del processo si istituiscano le condizioni, ad esempio un reale, verace, contraddittorio tra accusa e difesa: nella controversia che fa "giustizia tra i briganti" (e, per l'uso di questo tradizionale paragone *absit iniuria verbis*) il vero motore del processo, il furto, l'illecito, dovrà rimanere sempre *opaco*. Il rischio è allora che ciò di cui si discute, la "cosa" – il problema in causa, ovvero il complesso delle «relazioni retrostanti» – non emerga in modo corretto, e che il processo non sia un percorso pieno e libero di attribuzione di senso, e valore, a un fatto. Ciò è dovuto a che in consimili casi è forte la probabilità che il processo si organizzi intorno a questioni senza *status*, cioè a questioni che non possono essere ordinate, per lo meno non lo possono apertamente (e di nuovo: veracemente), intorno a "un luogo comune", un centro di argomentazione apertamente condiviso tra le parti e tra queste e la comunità, le cui condizioni di esistenza la controversia sempre mette in gioco, chiama a verifica, interroga, favorendone il mutamento nella continuità.

Come si sa e come anche qui vedremo, sotteso alla lite strategica, nel caso Cappato, vi era un presupposto, potentemente enfatizzato nella questione sollevata dalla Corte d'Assise di Milano, e cioè l'intendere il diritto di scegliere «come e quando morire» come una condizione potestativa, in cui si trova il titolare del "diritto", e davanti alla quale l'altro si risolve in mero esecutore, o strumento (e per questo non è responsabile). Accogliere questa pretesa, farne il centro di argomentazione di una controversia, è effettivamente qualcosa che può

rischiare di mettere in gioco le condizioni di sussistenza del «contesto in cui si opera», quanto meno se si vuol continuare a intendere il diritto come costituito da relazioni reciproche tra soggetti *tutti ugualmente coscienti e responsabili* (irriducibili a “strumenti”)<sup>168</sup>.

La Corte costituzionale, infatti, non ha potuto farlo: essa ha ridotto, riformulato, la prospettazione della Corte d'Assise: tutti gli Autori notano l'impegno che la Corte ha profuso a circoscriverla, correggerla. E tuttavia, come dirò, la Corte sembra averla per molti versi accolta, in diverse delle sue implicazioni; di certo vi è rimasta in qualche misura invischiata. Sotto questo profilo i caratteri ondivaghi e contraddittori da molti riscontrati nelle motivazioni della Corte, e l'eccezionale strutturazione del processo (le due decisioni), così come la spesso rilevata estroflessione nella sfera del legislatore possono essere riguardati come gli esiti di una controversia senza *status* che ha trasferito sulla Corte una *quaestio* dalla limitata, o assente, capacità ordinatrice rendendo più difficile per la Corte l'individuazione della regola di giudizio.

Va inoltre considerato che, se *Nemo audiatur* mette in primo piano i problemi connessi a un processo a struttura e funzione alterate, problemi che possono considerarsi ricorrenti nelle liti strumentali, il divieto di *lis ficta* nel processo costituzionale, dal canto suo, pone come pregiudiziale l'esigenza che il giudizio di costituzionalità provenga da un processo “non finto”, ossia “vero”; e, questo, perché occorre che il giudice costituzionale riceva dal processo *a quo* una veridica immagine di come una data norma funziona e dei difetti che ha. In un processo che presenta le alterazioni su cui *Nemo audiatur* richiama l'attenzione vi è un'alta probabilità che il giudizio *a quo non riesca a ricostruire un'immagine veridica* della reazione dell'ordinamento a una data condotta, identificare la quale con una sufficiente determinazione può del resto risultare difficile. In effetti, destinato a esprimere una tipicità sociale e non a scavare nelle responsabilità individuali, il processo fondato su una lite strategica, pur proponendo una situazione apparentemente assai specifica, ha forti componenti di indeterminatezza, che rendono lo rendono opaco sin

---

<sup>168</sup> Altri ha osservato che il tema del diritto al suicidio non può essere argomentato, in quanto tenderebbe all'«eliminazione della stessa realtà umana» dalla quale nasce il diritto stesso: L. Eusebi, *Regole di fine vita*, p. 8.



dall'individuazione dell'interesse ad agire; come, riguardo al caso Cappato, rileveremo di qui a poco.

Si comprende così che mentre l'esemplarità come è intesa nella logica del giudizio incidentale<sup>169</sup> significa che il processo *a quo* deve fornire alla Corte un caso esemplare nel senso di un *buon esempio* di come una norma effettivamente vive nell'ordinamento, l'esemplarità nel senso della lite strategica significa offrire una immagine di un bisogno sociale a cui deve essere offerta una risposta normativa e che è già diagnosticata; sicché la norma della cui costituzionalità si dubita parte, per così dire, in svantaggio e non vi è interesse a, né la possibilità di, verificarla fino in fondo<sup>170</sup>. Quando la Corte giudica su questi presupposti, accettandoli, il suo punto di vista, e dunque la funzione che il suo giudizio assolve, ruotano inevitabilmente: non sono concentrati sulla prospettiva *negativa* che ricerca i vizi della normativa da un punto di vista dell'eventuale incostituzionalità, ma sono orientati

---

<sup>169</sup> Si torna alle ragioni dell'incidentalità, che «non risultano del tutto riassorbite nella tutela quasi oggettiva del “principio di legittimità costituzionale” (...) il giudizio di costituzionalità è autonomo ma non certo astratto, esso nasce da un “caso della vita” la cui consistenza giuridica e anche umana è irriducibile, pur se finisce con l'essere assunto in un'ottica quasi “esemplare”, “emblematica”, che può trascendere la precaria singolarità del rapporto considerato». All'esame della Corte deve venire «un momento applicativo di reale consistenza, con tutti i suoi significati giuridici e anche umani (...) perché le vicende del momento applicativo del diritto disvelano, nella vigile e aguzza dialettica del foro, significati, contraddizioni, incoerenze e anche giustificazioni non tutte pensabili al momento dell'approvazione della legge. E risulta anche diverso il canale di comunicazione con la realtà sociale della Corte e del legislatore: altro essendo il collegamento con le forze sociali organizzate ed altra l'esperienza quotidiana di particolari vicende umane legate a concreti rapporti»: A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 1994, p. 111-112. Sull'esemplarità nel processo costituzionale si deve rinviare a Id., *Il profilo tra argomento e termine ecc.*, in *Giur. Cost.*, 1978, I, p. 256 ss.; il tema fu anche esplorato da Volpe, *Relazione*, in AIC, *Annuario 2002, Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova, 2002, p. 151 ss.; sulla *lis ficta* e l'alterazione dell'esemplarità del processo *a quo* v. E. Olivito, *L'eccezione*, p. 238 ss.

<sup>170</sup> Per A. Pugiotto, «il carattere esemplare del “caso Cappato”» consiste nel fatto che la questione incidentale viene adoperata quale strumento per veicolare battaglie di scopo miranti al superamento di una legge ingiusta e per il ripristino della legalità costituzionale»; l'A. parla di «ammirevole tradizione di iniziativa *politica* riformatrice» (*Variazioni processuali*, p. 45-6, corsivo aggiunto).

*in positivo*<sup>171</sup> all'affermazione di una legge che sia conforme a Costituzione, vista a sua volta quale inappellabile *fons iustitiae*; il *dictum* della Corte assume per forza di cose un'accentazione normativa<sup>172</sup>. Può essere interessante riscontrare un parallelo linguistico e concettuale. Trasformare una contesa in una vera controversia, e cioè in una «questione di rilevante interesse per la *civitas*» è, come abbiamo ricordato in precedenza, la funzione assolta dalle regole, a partire dalla loro funzione di centri di argomentazione che consentono un inquadramento della *quaestio* di volta in volta in discussione sotto un luogo comune, condiviso; in termini del tutto simili viene espressa la funzione del caso esemplare nella giustizia costituzionale, quando dal caso si fa dipendere sia la «possibilità per la Corte di far passare attraverso di esso la sua lettura del reale», sia la capacità del processo costituzionale di mettere a fuoco, in relazione al caso particolare, «il problema di interesse generale»<sup>173</sup>.

\*\*\*

**ABSTRACT:** The essay argues that some of the much discussed outcomes of the Constitutional Court's decision on the “Cappato case” can be explained by taking into account the strategic nature of the judicial proceeding from which it had originated; the point is developed

<sup>171</sup> Nel caso Cappato «la Corte ha fatto quello che non dovrebbe fare, individuare una propria soluzione *positiva*»: A. Morrone, *Suprematismo*, cit., p. 267, corsivo aggiunto.

<sup>172</sup> Il divieto di *lis ficta* non è dunque solo un autoritario anacronistico baluardo (come rischia di apparire) contro l'accesso diretto e popolare alla Corte; è proprio in quanto (per esempio nella sent. n. 1/2014) la Corte va verso l'accesso popolare e diretto che essa «pare disconoscere il carattere di pregiudizialità che mira a preservare il giudizio dal pericolo di *lites fictae*», nota con giusta preoccupazione R. Pinardi, *La Corte*, p. 1091. In questo contesto il divieto di *lis ficta* rischia di recedere a mera e insensata tecnicità, superabile per ragioni “sostanziali”. Quando si afferma che le regole del processo costituzionale possono venire bilanciate con interessi di natura sostanziale il pericolo è quello di sottovalutare, come Pinardi nota, che il processo è in sé un interesse di natura sostanziale, una garanzia di isonomia e in una parola un valore.

<sup>173</sup> Così E. Olivito, *L'eccezione*, p. 238, che richiama M. Luciani, *Considerazioni sul tema, in Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Atti del Seminario, Milano, 1996, p. 292 e O. Chessa, *I giudici del diritto*, Milano 2014, p. 252.

Silvia Niccolai

*Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem sua*

by making special reference to the ancient *regulae iuris* and particularly to the *regula Nemo audiatur allegans turpitudinem suam*. The text is structured as follows: in Part I it is discussed the role of ancient maxims in legal knowledge and practice, and, referring mainly to the studies of, and on, Alessandro Giuliani, the reasons are argued in favour of a rediscovering of the maxims, as «constitutive principles of Law», in the constitutional interpretation; next, *Nemo audiatur* is called into play in order to explore the issue of *lis ficta*. In Part II the “Cappato case” is analysed in detail, from the trial judgments to the Constitutional Court's ruling. Here it is shown how the *regulae iuris* offer insightful views for discussing both the theory of self-determination (and its fallacies) and some current uses of the human dignity concept. Conclusively, after a quick comparison with other recent decisions of the Constitutional Court, some additional considerations are made on why interpreting principles as *regulae*, and with *regulae*, could provide a degree of stability and effectiveness to constitutional principles, undermined instead by any instrumental conception of Law.

**KEYWORDS:** Italian Constitutional Court, Cappato case, *Regulae iuris*, *lis ficta*, self-determination.

**Silvia Niccolai** – Professoressa ordinaria di diritto costituzionale nell'Università di Cagliari, Dipartimento di Scienze politiche e sociali, Facoltà di Scienze giuridiche, politiche ed economiche ([niccolai@unica.it](mailto:niccolai@unica.it))

## Ancora sul prot. 16: verrà dai giudici la sollecitazione al legislatore per il suo recepimento in ambito interno? \*

*Antonio Ruggeri*

SOMMARIO: 1. Il mutuo sostegno che l'attività consultiva e quella giurisdizionale della Corte europea possono darsi, tanto nel verso della reciproca stabilizzazione quanto del rinnovamento, i rilievi critici mossi dai detrattori del prot. 16 e la loro confutazione. – 2. Ciò che i giudici possono fare per sollecitare il legislatore a dare ingresso in ambito interno al protocollo (in ispecie, le iniziative che si attendono dall'Associazione Nazionale dei Magistrati e dalla Consulta, e l'ipotesi, dubitativamente affacciata, della presentazione di un ricorso per conflitto da menomazione avverso la omessa ricezione del protocollo).

*1. Il mutuo sostegno che l'attività consultiva e quella giurisdizionale della Corte europea possono darsi, tanto nel verso della reciproca stabilizzazione quanto del rinnovamento, i rilievi critici mossi dai detrattori del prot. 16 e la loro confutazione*

Torno a riflettere sul prot. 16, dopo averne ancora di recente trattato in un breve scritto di recente apparso su *Giustizia insieme*<sup>1</sup>, per rappresentare, a mo' di *post scriptum* allo stesso, in ordine sparso alcune succinte notazioni stimolatemi da alcuni interventi venuti alla luce all'indomani della sostanziale bocciatura del protocollo avvenuta alla Camera nel settembre scorso, per effetto della espunzione dei disposti che lo riguardano contenuti nel disegno di legge presentato al fine della sua ricezione in ambito interno unitamente al prot. 15.

Trovo singolare e – ad esser franco – sconcertante la circostanza per cui la decisione di non portare avanti l'esame dell'articolato per questa parte è stata adottata dopo una manciata di minuti (inferiori a dieci), con lo sbrigativo ed approssimativo assunto che alcuni

---

\* Lo scritto trae spunto da un intervento conclusivo dell'incontro di studio su *Chi ha paura del protocollo 16 CEDU?*, organizzato dalle Università di Messina e Roma "La Sapienza" e svoltosi via *web* il 5 novembre 2020. Il contributo non è stato sottoposto a referaggio in quanto proveniente da un membro del Comitato Scientifico.

<sup>1</sup> ... il 22 ottobre scorso, dal titolo *Protocollo 16: funere mersit acerbo?*

Antonio Ruggeri

*Ancora sul prot. 16: verrà dai giudici la sollecitazione al legislatore per il suo recepimento in ambito interno?*

accreditati studiosi non avevano celato critiche e manifestato perplessità circa l'opportunità di darvi seguito<sup>2</sup>. La qual cosa, ovviamente, risponde a verità e non può di certo essere fatta passare sotto silenzio; è pur vero, però, che non sono mancate le voci di segno opposto<sup>3</sup>, delle quali evidentemente non si è tenuto alcun conto, senza che ne risulti chiara la ragione. Mi chiedo allora se si diano le condizioni per un eventuale, ancorché per vero improbabile, ripensamento delle Camere, una volta acquisite le necessarie informazioni prima di mettere una pietra tombale su una questione gravida di implicazioni istituzionali di considerevole rilievo e – ciò che più importa – di effetti a carico dei diritti (si badi: non solo dei diritti “convenzionali”, quali

<sup>2</sup> In tal senso si sono, tra gli altri, dichiarati G. Cerrina Feroni, *Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Federalismi* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 5/2019, 6 marzo 2019; M. Luciani, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU*, in *Sist. pen.* ([www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)), 27 novembre 2019; F. Vari, *Sulla (eventuale) ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU*, in *Dir. fond.* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 13 novembre 2019; pure *ivi*, M. Esposito, *I d.d.l. di ratifica del Protocollo 16 della CEDU: un altro caso di revisione costituzionale per legge ordinaria?*, 2/2019, 30 dicembre 2019; G. Zampetti, *Ordinamento costituzionale e Protocollo n. 16 alla CEDU: un quadro problematico*, in *Federalismi* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), *Focus Human Rights*, 3/2020, 5 febbraio 2020, 157 ss.; M.C. Carta, *Le incognite della nuova competenza consultiva della Corte EDU ispirata al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE*, in *Ord. internaz. e dir. um.* ([www.rivistaoidu.net](http://www.rivistaoidu.net)), 3/2020, 8 luglio 2020, 559 ss.

<sup>3</sup> ... sia tra gli studiosi [tra i quali, molti degli intervistati da R. Conti sul tema *CEDU e cultura giuridica italiana*, in *Giustizia insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)); in particolare, v. l'intervista a M. Castellaneta, A. Di Stasi e A. Tancredi, su *La CEDU e l'Accademia europeista-internazionalista*, 23 gennaio 2020, e quella a P. Biavati, G. Costantino ed E. D'Alessandro su *La CEDU e i processualciviltisti*, 6 febbraio 2020; altri riferimenti in I. Anrò, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU in vigore dal 1° agosto 2018: un nuovo strumento per il dialogo tra Corti?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 189 ss.; infine, l'Editoriale di L. Panella, dal titolo *La mancata ratifica italiana del Protocollo n. 16 annesso alla CEDU*, in *Ord. internaz. e dir. um.* ([www.rivistaoidu.net](http://www.rivistaoidu.net)), 4/2020, 15 ottobre 2020, 747 s., e C. Pinelli, *Il rinvio dell'autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16 CEDU e le conseguenze inattese del sovranismo simbolico sull'interesse nazionale*, in *Giustizia insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)), 3 novembre 2020, nonché, se si vuole, il mio *Protocollo 16: funere mersit acerbo?*, cit.] e sia (e soprattutto) tra gli operatori [per tutti, lo stesso R. Conti, *Chi ha paura del protocollo 16 – e perché?*, in *Sist. pen.* ([www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)), 27 dicembre 2019 e, più di recente, l'Editoriale a *Giustizia insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)) del 12 ottobre 2020, dall'amaro titolo *L'estremo saluto al Protocollo n. 16 annesso alla CEDU*].



Antonio Ruggeri

*Ancora sul prot. 16: verrà dai giudici la sollecitazione al legislatore per il suo recepimento in ambito interno?*

cioè riconosciuti dalla CEDU, ma – come si è tentato di argomentare nel mio scritto sopra richiamato e si preciserà meglio più avanti – per gli stessi diritti riconosciuti dalla nostra Costituzione e che ne danno l'identità e l'essenza).

Ora, a me pare che molto possano (e debbano) fare gli stessi giudici a sostegno della causa del prot. 16, sollecitando il Parlamento e rivedere l'orientamento ad esso avverso manifestato in sede di Commissione alla Camera. Ciò che può aversi in più luoghi e forme.

Innanzitutto, molto può spendersi in tal senso la stessa Corte di Strasburgo smentendo *factis* il timore paventato da alcuni che lo strumento in parola possa essere piegato allo scopo di menomare o restringere la sfera di competenza dei giudici nazionali (di quelli comuni come pure del giudice costituzionale).

La questione – si badi – non va posta tanto al piano formale- astratto, rilevando che nessun vincolo di dare seguito ai pareri resi dalla Corte europea discende dal protocollo a carico delle autorità giurisdizionali (argomento controbattuto col rilievo che un qualche vincolo sostanzialmente pur sempre si ha, non foss'altro che per il fatto che la stessa Corte europea potrebbe trovarsi successivamente investita in sede giurisdizionale della medesima questione già definita in via consultiva<sup>4</sup>). Piuttosto, a me pare che la Corte europea possa conquistarsi sul campo il consenso di cui ha necessariamente bisogno al fine di rendere viepiù salda la propria legittimazione, per un verso, facendo utilizzo della Convenzione in scrupolosa osservanza del

---

<sup>4</sup> L'argomento è già stato da me affacciato in *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del prot. 16)*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 1/2014, 7 febbraio 2014, spec. al § 3, ed è quindi stato ripreso da R. Romboli, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, nella stessa *Rivista*, 3/2014, 12 settembre 2014, e, più di recente, da G. Cerrina Feroni, *Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 7, e F. Vari, *Sulla (eventuale) ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU*, cit., 6 s.

Non si trascuri, tuttavia, la circostanza per cui le autorità nazionali interpellanti hanno saputo dimostrare sul campo, laddove ritenuto opportuno (come nella vicenda *Mennesson*), autonomia di giudizio, discostandosi in non secondaria misura dalle indicazioni ricevute da Strasburgo.

Antonio Ruggeri

*Ancora sul prot. 16: verrà dai giudici la sollecitazione al legislatore per il suo recepimento in ambito interno?*

principio di sussidiarietà<sup>5</sup> e, per un altro verso, dotando le sue pronunzie di elasticità strutturale, conformandole a maglie larghe, essenzialmente *per principia*, sì da aprirsi quindi a ventaglio a plurime forme di specificazione-attuazione da parte dei giudici nazionali, sollecitati a produrre regole congrue in relazione ai peculiari connotati dei casi.

Questo “modello” – se così vogliamo chiamarlo – va sempre di più diffondendosi nelle pratiche di giustizia materialmente costituzionale, come a mia opinione meritano di essere qualificate quelle che prendono forma sia presso i tribunali costituzionali nazionali e sia pure presso le stesse Corti europee nella loro veste di garanti di documenti materialmente (o – come preferisce dire la Consulta<sup>6</sup> – “tipicamente”) costituzionali, le Carte dei diritti<sup>7</sup>. E non è di certo per

<sup>5</sup> Non a caso, d'altronde, il disegno di legge sopra richiamato è stato predisposto al fine di dare congiunta e simultanea ricezione dei protocolli 15 e 16, il primo dei quali relativo – come si sa – al principio in parola ed al margine di apprezzamento (il punto è stato rimarcato, con opportuni rilievi, da L. Panella, nel corso del suo intervento introduttivo all'incontro di studio su *Chi ha paura del protocollo 16 CEDU?*, cit.; nella stessa sede vi si è soffermata anche G. Sorrenti).

<sup>6</sup> Così, nella notissima sent. n. 269 del 2017, con specifico riguardo alla Carta dell'Unione ma con considerazione a mio modo di vedere valevole per ogni Carta dei diritti.

<sup>7</sup> È chiaro che si danno strutturali differenze tra le Corti europee e le Corti costituzionali, la cui illustrazione va oltre l'*hortus conclusus* di questa succinta riflessione. Qualificare le prime come giudici costituzionali *pleno* (o *optimo*) *iure* sarebbe di tutta evidenza forzato; e tuttavia non può negarsi – così come non è negato dalla più avvertita dottrina – la emersione con tratti vistosamente marcati della tendenza alla loro crescente “costituzionalizzazione”, in conformità con le esigenze di tutela avanzate dalle Carte di cui esse sono istituzionalmente garanti. Non a caso, d'altronde, alcune tecniche decisorie dai connotati largamente comuni vanno sempre di più diffondendosi presso tutte le Corti in parola, a conferma della funzione da esse svolta al servizio dei diritti [riferimenti possono aversi, per ciò che attiene alla tutela apprestata dalla Corte di giustizia alla Carta dell'Unione, da AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, e con riferimento alla Corte EDU, posta a raffronto con la Corte interamericana dei diritti umani, da AA.VV., *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, a cura di R. Romboli e A. Ruggeri, Giappichelli, Torino 2019; utili indicazioni possono, inoltre, aversi dai Commentari alle Carte in parola, tra i quali *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F.

Antonio Ruggeri

*Ancora sul prot. 16: verrà dai giudici la sollecitazione al legislatore per il suo recepimento in ambito interno?*

mero accidente che esso reclami di farsi valere in relazione alle pratiche giurisdizionali di tutela dei nuovi diritti, in ispecie di quelli che si radicano sul terreno su cui prendono forma le esperienze di biodiritto. Ed è un modello che può apprezzarsi tanto con riguardo alle pronunzie emesse dalla Corte di Strasburgo in sede giurisdizionale quanto per quelle adottate *ex prot. 16*<sup>8</sup>.

---

Pappalardo - O. Razzolini, Giuffrè, Milano 2017; *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*<sup>2</sup>, a cura di A. Di Stasi, Wolters Kluwer - CEDAM, Milano 2020, e *Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*, a cura di J.O. de Noronha e P. Pinto de Albuquerque, Tirant lo Blanch, Valencia 2020].

<sup>8</sup> Da una prospettiva di più ampio respiro, il modello in parola è patrocinato dalla più avvertita dottrina anche (e in primo luogo) al piano dei rapporti tra discipline legislative che danno il riconoscimento dei nuovi diritti fondamentali ed attività giurisdizionale in genere, in ispecie appunto di quelle che si hanno presso le sedi in cui si amministra la giustizia comune [*ex plurimis*, A. D'Aloia, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, in *Biolaw Journal* ([www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org)), 1/2016, 105 ss.; P. Veronesi, *Rights on the move: come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)*, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org), 2/2018, 77 ss.; nella stessa *Rivista*, M. Piccinni, *Biodiritto tra regole Giuffrè, e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, 1/2018, spec. 12 ss.; R.G. Conti, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 1/2018, 4 aprile 2018, spec. 235 ss. e, dello stesso, *Bioetica e biodiritto. Nuove frontiere*, in [www.giustiziansieme.it](http://www.giustiziansieme.it), 28 gennaio 2019, e *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017*, Aracne, Roma 2019; A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 170 s.; G. Laneve, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss., spec. 431; L. Chieffi, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, 90 ss.; infine, volendo, anche il mio *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* ([www.fsjeurostudies.eu](http://www.fsjeurostudies.eu)), 2/2019, 15 luglio 2019, 35 ss., spec. 49 ss.]. Non a caso, d'altronde, laddove il legislatore si spinga a far luogo a regolazioni eccessivamente minute e dettagliate, come tali connotate da rigidità strutturale, non di rado le stesse sono quindi a forza state rese duttili e flessibili ad opera dei giudici costituzionali, in ispecie a mezzo di additive di principio, sì da potersi quindi adattare alla varietà dei casi, in relazione ai quali si ha quindi una intensa e feconda produzione di regole "attuative" dei principi stessi da parte dei giudici comuni: a conferma del fatto che la giurisdizione non è sempre (e solo) "applicazione" della legge, così come invece

Antonio Ruggeri

*Ancora sul prot. 16: verrà dai giudici la sollecitazione al legislatore per il suo recepimento in ambito interno?*

Mettiamo dunque assieme tre dati: il carattere comunque non vincolante del parere emesso in base al protocollo in parola, la elasticità strutturale che ne dovrebbe connotare le espressioni e, infine, la circostanza per cui – a stare al punto di diritto fissato dalla discussa (e discutibile) sent. n. 49 del 2015<sup>9</sup> – le letture della Convenzione somministrate a Strasburgo costituiscono un punto obbligato di riferimento per i giudici nazionali unicamente in quanto espressive di indirizzi “consolidati”. Ebbene, risulta evidente come nessuna menomazione della sfera di competenze possano patirne i giudici nazionali; tutt’all’inverso, parimenti evidenti risultano i benefici suscettibili di aversi dalla messa in atto dello strumento di cooperazione previsto dal prot. 16 per l’ottimale esercizio della giurisdizione, sia comune che costituzionale, al servizio dei diritti; ed è francamente sorprendente che pur accreditati studiosi lamentino la menomazione in parola laddove nel frattempo gli stessi giudici nazionali abbiano avviato ed intrattengano fecondi rapporti di cooperazione con la Corte europea poggianti su protocolli d’intesa siglati con la stessa<sup>10</sup>: a conferma della utilità e della stessa necessità di animare un fitto e reciprocamente appagante “dialogo” tra gli operatori di giustizia<sup>11</sup>.

---

ritenuto da un’accreditata dottrina [part., M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 4/2014, 10 ottobre 2014, nonché *Ermeneutica costituzionale e “massima attuazione della Costituzione”*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, ESI, Napoli 2018, 37 ss., spec. 43 ss.]. Ha, ancora da ultimo, fatto richiamo alla ricostruzione teorica qui nuovamente patrocinata A. Amato, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell’UE: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Giur. cost.*, 1/2020, spec. 464 ss.

<sup>9</sup> ... sia pure col temperamento di cui alla sent. n. 43 del 2018, la cui incidenza sulla futura giurisprudenza rimane nondimeno ad oggi incerta.

<sup>10</sup> Ne riferisce R.G. Conti, *Il Protocollo di dialogo fra Alte corti italiane, Csm e Corte Edu a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu. Due prospettive forse inscindibili*, in *Quest. giust.* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)), 30 gennaio 2019, con le ulteriori precisazioni che sono nel suo *Chi ha paura del protocollo 16 – e perché?*, cit.

<sup>11</sup> Sul cruciale rilievo del dialogo tra gli operatori istituzionali in genere (e, segnatamente, tra quelli preposti all’amministrazione della giustizia) è venuta a formarsi una produzione letteraria ormai imponente, alluvionale; ne ha, da ultimo,

Antonio Ruggeri

*Ancora sul prot. 16: verrà dai giudici la sollecitazione al legislatore per il suo recepimento in ambito interno?*

La illustrazione dei benefici in parola non appare essere qui necessaria, dopo che in plurime sedi vi si è fatto richiamo<sup>12</sup>; ed ancora da ultimo una sensibile dottrina ha addotto ulteriori argomenti a sostegno della utilità che possono aversi da un congruo utilizzo dello strumento di cui oggi siamo stati nuovamente a discorrere<sup>13</sup>. Mi limito solo a rammentare che lo strumento stesso può costituire veicolo di trasmissione di elementi di conoscenza preziosi in verso sia ascendente che discendente. E così, può essere di non poco giovamento per la Corte europea il mutuo sostegno che l'attività consultiva e quella giurisdizionale possono darsi, la prima ponendosi in funzione ora di stabilizzazione ed ora di rinnovamento della seconda, e naturalmente viceversa.

È infatti da mettere in conto che i giudici comuni si avvalgano dello strumento apprestato dal protocollo in parola per sollecitare eventuali correzioni di rotta a precedenti orientamenti tracciati dalla Corte europea in sede giurisdizionale, analogamente a ciò che si è talora avuto sul versante dei rapporti con la Corte dell'Unione in occasione dell'esercizio del rinvio pregiudiziale (*Taricco docet*)<sup>14</sup>, o all'opposto per pervenire all'effetto del "consolidamento", sia pure per via traversa, di interpretazioni della Convenzione già somministrate per via giurisdizionale. Insomma, ogni evenienza è da mettere in conto; ciò che, nondimeno, importa è che si ha pur sempre il modo di mettere ancora meglio a fuoco taluni punti della trama convenzionale dapprima incertamente fissati ovvero non ancora fatti oggetto di osservazione.

Di contro, alcuni inconvenienti addotti a sostegno della mancata esecuzione interna del protocollo non hanno resistito ad uno attento vaglio critico che ne ha messo a nudo la inconsistenza.

---

rimarcato il significato, trattando del tema che oggi ci occupa, V. Giabardo, *Il Protocollo 16 e l'ambizioso (ma accidentato) progetto di una global community of courts*, in *Giustizia insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)).

<sup>12</sup> Riferimenti, volendo, possono aversi dal mio *Protocollo 16: funere mersit acerbo?*, cit.

<sup>13</sup> E. Lamarque, *La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa*, in *Giustizia insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)), 18 novembre 2020.

<sup>14</sup> Senza sovraccaricare di significati e valenze l'accostamento tra i due strumenti di cooperazione in parola, comunque diversi per natura ed effetti, sta di fatto che entrambi possono prestarsi allo scopo ora indicato nel testo.



Antonio Ruggeri

*Ancora sul prot. 16: verrà dai giudici la sollecitazione al legislatore per il suo recepimento in ambito interno?*

Così, per quello secondo cui la messa in atto dello strumento suddetto comporterebbe un sicuro aggravamento dei tempi processuali, laddove in avverso può obiettarsi, da un canto, che è pur sempre preferibile un ritardo nello svolgimento di una data vicenda processuale al pregiudizio che potrebbe derivare da una scorretta lettura ed applicazione della Convenzione e, da un altro canto, che potrebbe anzi assistersi ad una contrazione dei tempi stessi.

S'immagini, ad es., il caso che un operatore di giustizia faccia luogo *motu proprio* alla interpretazione del dettato convenzionale e, assumendo che un testo di legge si dimostri con esso incompatibile, sollevi una questione di costituzionalità davanti alla Consulta, col rischio poi che anche il giudice costituzionale si dichiari convinto della sussistenza della violazione e, di conseguenza, annulli la norma interna. Ebbene, nella medesima circostanza, disponendo dello strumento in parola, potrebbe invece darsi il caso che, interpellata la Corte europea, venga da questa rappresentata una diversa lettura della Convenzione che porti ad escludere l'antinomia con la disciplina interna, avendosi pertanto la riprova del carattere ozioso dell'appello alla Consulta<sup>15</sup>. Oltre tutto, il giudizio di costituzionalità, pur conclusosi in tempi ragionevoli, potrebbe comunque avere una durata più lunga rispetto alla emissione del parere, a conferma dell'appunto critico ora indirizzato ai detrattori della utilità dello strumento previsto dal protocollo sotto lo specifico aspetto dell'allungamento dei tempi processuali comportato dalla sua messa in atto.

Non si sottovaluti, poi, un dato al quale non si è, per vero, ad oggi prestata la dovuta attenzione<sup>16</sup>; ed è che, privo del sussidio che, specie in relazione a talune vicende processuali particolarmente spinose ed impegnative, potrebbe essergli offerto dal parere della Corte di

---

<sup>15</sup> L'idea che possano darsi letture non fondate della Convenzione è assai meno peregrina di quanto possa pensarsi. D'altronde, lo stesso può aversi per ciò che attiene alla ricognizione dei significati della Carta di Nizza-Strasburgo, come ha testimoniato la vicenda della questione di doppia pregiudizialità poco tempo addietro simultaneamente posta dalla Corte di Appello di Napoli, in relazione alla quale la Corte lussemburghese prontamente pronunziatasi ha acclarato la inammissibilità della denuncia della violazione della Carta stessa, il cui richiamo era nella circostanza inappropriato (riferimenti alla vicenda possono vedersi nel mio *Protocollo 16: funere mersit acerbo?*, cit.).

<sup>16</sup> Lo ha invece toccato, con opportuni rilievi, O. Pollicino, nel suo intervento all'incontro di studio su *Chi ha paura del protocollo 16 CEDU?*, cit.

Antonio Ruggeri

*Ancora sul prot. 16: verrà dai giudici la sollecitazione al legislatore per il suo recepimento in ambito interno?*

Strasburgo, il giudice nazionale potrebbe vedere dilatata, alle volte in considerevole e persino abnorme misura, l'area entro la quale dar modo al proprio apprezzamento discrezionale di esprimersi in modo largamente creativo, col rischio che poi venga superata la soglia ideale, seppur incertamente fissata, oltre la quale lo stesso non può portarsi. Specie in una stagione, quale quella in corso, in cui è tornata diffusamente a manifestarsi, talora per vero in modi scomposti, la critica della sovraesposizione dei giudici, del carattere accentuatamente "politico" del ruolo dagli stessi esercitato e, insomma, di tutto quanto porterebbe lo Stato a conformarsi sempre di più come "giurisdizionale", piuttosto che "legislativo" (e, in genere, informato al principio della rappresentanza politica)<sup>17</sup>, a me pare che tutto ciò che, come lo strumento di cui oggi nuovamente si discorre, può giovare a

---

<sup>17</sup> Con specifico riguardo ad alcune delle più salienti tendenze di recente delineatesi nella giurisprudenza costituzionale, una nutrita schiera di studiosi ha rilevato, con varietà di toni e dovizia di argomenti, lo squilibrio crescente tra l'"anima" politica e quella giurisdizionale della Corte costituzionale, a tutto detrimento della seconda [*ex plurimis*, C. Drigo, *Giustizia costituzionale e political question doctrine. Paradigma statunitense e spunti comparatistici*, Bononia University Press, Bologna 2012; R. Basile, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017; AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2017; G. Bisogni, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giuristico contemporaneo*, Giappichelli, Torino 2017; M. Raveraira, *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, in *Lo Stato*, 11/2018, 123 ss.; A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 251 ss. (nei riguardi del cui pensiero, criticamente, v. R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 757 ss., e, pure *ivi*, E. Cheli, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, 777 ss.); R. Di Maria, *Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti (fondamentali) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli "animali fantastici"*. The final cut, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 1/2020, 7 gennaio 2020, 1 ss.; F. Abruscia, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss. In prospettiva comparata, utili indicazioni possono aversi da AA.VV., *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, a cura di L. Mezzetti - E. Ferioli, Bonomo, Bologna 2018, nonché dai contributi al *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. Homenaje al Prof. Roberto Romboli*, organizzato dal Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIIJUS), 8-10 ottobre 2020].

Antonio Ruggeri

*Ancora sul prot. 16: verrà dai giudici la sollecitazione al legislatore per il suo recepimento in ambito interno?*

contenere, se non pure a fuggire del tutto, il rischio suddetto meriti di essere comunque salutato con favore, senza peraltro con ciò negare talune occasionali deviazioni nell'esercizio della giurisdizione in genere (in ogni sua forma, comune e costituzionale) dal solco entro il quale è tenuta per Costituzione a svolgersi<sup>18</sup>.

Ad ogni buon conto, l'utilità che viene dal "dialogo" tra le Corti, quali che ne siano le forme espressive, risulta ormai provata e non occorre di certo spendere qui alcuna parola a sua riprova, specie in relazione a questioni particolarmente complesse ed impegnative, quali ad es. quelle emergenti in ambito di biodiritto.

---

<sup>18</sup> Non si trascuri, ad ogni buon conto, che la creatività o, diciamo pure, la politicità dei giudizi è, in larga parte, da riportare a quell'innaturale ruolo di "supplenza" al quale gli operatori di giustizia si sono innumeri volte trovati (e si trovano) a dover far luogo per far fronte ad acclamate ed ormai endemiche carenze della rappresentanza politica. Non si dimentichi che la domanda di nuove e buone leggi in vista dell'appagamento di bisogni elementari dell'uomo largamente ed intensamente avvertiti in seno al corpo sociale assai spesso rimane senza risposta, senza che alle omissioni assolute del legislatore vi sia chi possa porre rimedio. Di contro, le domande di giustizia indirizzate ai giudici devono comunque avere risposta, buona o cattiva che sia, avverso la quale possono darsi plurimi rimedi, idonei persino a portare – sia pure in casi eccezionali – al superamento del giudicato. I soli verdetti dei quali è categoricamente vietata l'impugnazione in ogni sede sono – come si sa – quelli del giudice costituzionale (art. 137, ult. c., Cost.): una norma di "chiusura", questa, che tuttavia – come si è tentato di mostrare altrove – parrebbe non escludere del tutto la eventualità di un successivo ripensamento da parte della stessa Corte di un suo precedente verdetto di annullamento (ad es., qualora, il legislatore riproduca – ciò che è, in via di principio, da considerare illecito – una norma dapprima caducata, che esca quindi indenne da un eventuale successivo giudizio; e non è inopportuno qui rammentare che la riproduzione in parola potrebbe essere incoraggiata a venire alla luce proprio da una pronuncia della Corte europea nel frattempo venuta alla luce).

Antonio Ruggeri

*Ancora sul prot. 16: verrà dai giudici la sollecitazione al legislatore per il suo recepimento in ambito interno?*

*2. Ciò che i giudici possono fare per sollecitare il legislatore a dare ingresso in ambito interno al protocollo (in ispecie, le iniziative che si attendono dall'Associazione Nazionale dei Magistrati e dalla Consulta, e l'ipotesi, dubitativamente affacciata, della presentazione di un ricorso per conflitto da menomazione avverso la omessa ricezione del protocollo)*

Mi chiedo, dunque, cosa possano fare i giudici, convinti sostenitori della bontà dello strumento in discorso, al fine di sollecitarne la ricezione in ambito interno.

Plurime sono invero le vie che possono essere allo scopo battute.

In primo luogo, potrebbe tornare utile un'iniziativa dell'Associazione Nazionale dei Magistrati che rappresenti alle presidenze delle Camere i vantaggi che potrebbero aversi da un vigilato ed accorto utilizzo dello strumento. Consiglierei di tenere in particolare conto questa proposta che darebbe testimonianza del servizio che i giudici intendono offrire, a un tempo, alle Camere in sede di legislazione e, soprattutto, a se stessi ed alla collettività in vista dell'ottimale appagamento dei diritti riconosciuti dalla Convenzione e del loro compiuto radicamento nel tessuto sociale<sup>19</sup>.

In secondo luogo, mi permetto di caldeggiare una iniziativa della Consulta che, per l'autorevolezza universalmente riconosciuta all'organo, avrebbe – com'è chiaro – una speciale valenza, volta ad esplicitare alle Camere il convincimento favorevole alla ricezione del protocollo, tanto più poi se “rafforzata” in sede di conferenza stampa del Presidente<sup>20</sup>.

Davanti, poi, al perdurante silenzio delle Camere che restino sorde alle sollecitazioni dei giudici, mi chiedo se possa immaginarsi la prospettazione di un ricorso alla Consulta in sede di conflitto di

---

<sup>19</sup> Credo, dunque, che debba attribuirsi un particolare significato, più (e prima ancora) che a ciò che le stesse autorità giudiziarie di ultima istanza hanno potuto (e possono) fare manifestando il loro pensiero in sede di audizione parlamentare a riguardo della opportunità e della stessa necessità di portare ad effetto in ambito interno il protocollo, proprio alla iniziativa dell'intera categoria cui i magistrati appartengono: a conferma – come si viene dicendo – dei non pochi né poco rilevanti servizi che possono attendersi per tutti gli operatori di giustizia da un congruo utilizzo dello strumento.

<sup>20</sup> Oltre tutto, com'è chiaro, l'iniziativa stessa acquisterebbe un valore aggiunto per il caso che, perdurando l'inerzia del legislatore, la Consulta stessa dovesse quindi essere investita di un ricorso, secondo quanto si passa subito a dire.

Antonio Ruggeri

*Ancora sul prot. 16: verrà dai giudici la sollecitazione al legislatore per il suo recepimento in ambito interno?*

attribuzione (*sub specie* di conflitto da menomazione), nell'assunto che privare dello strumento di cooperazione previsto dal protocollo le massime autorità giudiziarie rechi un pregiudizio al *munus* del quale l'intero apparato preposto all'amministrazione della giustizia è investito<sup>21</sup> e – ciò che maggiormente importa – ai diritti ed a coloro che ne sono titolari. È chiaro che la finalità del ricorso non è già quella di portare subito ad effetto, a seguito dell'eventuale suo accoglimento, il protocollo nel nostro ordinamento, ciò che nondimeno richiederebbe pur sempre un atto legislativo di ricezione<sup>22</sup>. È però parimenti chiaro che il riconoscimento del carattere illecito della omissione legislativa potrebbe verosimilmente dare – la speranza è questa – una spinta vigorosa per la ricezione del protocollo; quanto meno sfaterebbe gli argomenti addotti dai suoi detrattori, dimostrandone, con l'autorevolezza che è propria dei verdetti della Consulta, la infondatezza: in specie dimostrerebbe *factis* che la Consulta stessa non si sente affatto incisa o, come che sia, menomata nella propria sfera di competenze e nel proprio ruolo dall'ingresso del protocollo nel nostro ordinamento.

Per vero, la soluzione qui dubitativamente affacciata parrebbe andare incontro ad alcune obiezioni d'immediata evidenza, a partire da quella che fa riferimento al carattere non vincolato bensì discrezionale (o, diciamo pure, espressivo di politico apprezzamento) della decisione circa la opportunità di far luogo all'ingresso stesso.

Quest'argomento, tuttavia, non mi parrebbe insuperabile, per più d'una ragione.

---

<sup>21</sup> È evidente, infatti, che lo strumento in parola, pur essendo nella disponibilità unicamente di alcuni organi che amministrano giustizia, è sempre fatto valere a beneficio (o – potrebbe altrimenti dirsi – in “rappresentanza”) dell'intero corpo giudiziario. Se, poi, si considera l'attitudine posseduta dalle pronunzie della Corte europea a distendersi ed a diffondersi per l'intera area geografica in cui si situano gli Stati aderenti alla Convenzione, se ne ha che ogni volta che un organo giudiziario interpella la Corte europea *quodammodo* si fa “rappresentante” ed interprete di aspettative che potrebbero essere nutrite ben oltre i confini nazionali entro i quali esso opera.

<sup>22</sup> Gli obblighi di *facere* gravanti sullo stesso legislatore, infatti, non vengono meno sol perché non v'è modo per costringere materialmente lo stesso a far luogo al loro adempimento. Nelle esperienze giuridiche, peraltro, non poche sono le prescrizioni non sorrette da sanzioni, senza che per ciò il carattere loro proprio venga meno e risulti innaturalmente degradato in uno ottativo.



Antonio Ruggeri

*Ancora sul prot. 16: verrà dai giudici la sollecitazione al legislatore per il suo recepimento in ambito interno?*

Per avvedersene occorre far luogo ad alcune precisazioni di ordine teorico, qui nel modo più sintetico possibile esposte, per un verso, in merito al modo complessivo di porsi del nostro ordinamento nei riguardi della Comunità internazionale e degli obblighi da essa discendenti e, per un altro verso, al modo con cui le disposizioni di organizzazione richiedono di essere viste sotto la giusta luce al fine di potersene apprezzare compiutamente e rettamente il senso<sup>23</sup>.

Va al riguardo, in primo luogo, chiarito che non si dà – perlomeno secondo dottrina e giurisprudenza correnti – alcun obbligo di recepire in ambito interno accordi presi in seno alla Comunità internazionale. La separazione degli ordinamenti, che secondo la comune opinione connota le relazioni poggianti sui patti in genere (nella loro più larga accezione)<sup>24</sup>, trova qui una delle sue più probanti ed efficaci testimonianze<sup>25</sup>. Non può tuttavia tacersi che la condizione della CEDU non è in tutto e per tutto accostabile a quella propria di altre convenzioni che si chiudono in se stesse, esprimendo ciascuna una propria identità e risultando dotate di autonomia concettuale ed operativa e tipicità di effetti. La CEDU è una Carta dei diritti *in progress*, tant'è che col tempo ad essa si sono aggiunti e vanno aggiungendosi ulteriori protocolli aventi la funzione e lo scopo di darvi l'opportuno perfezionamento, in vista dell'ottimale appagamento dei diritti fondamentali della persona.

---

<sup>23</sup> È essenziale non perdere di vista la necessità di intendere i disposti della parte organizzativa e della stessa parte sostantiva della Carta alla luce dei valori fondamentali dell'ordinamento: la prima e più qualificante delle interpretazioni "conformi" – come vado dicendo da tempo – è, dunque, quella che prende corpo in seno alla stessa Costituzione, risolvendosi a conti fatti nella interpretazione sistematica, nella sua più genuina ed assiologicamente pregnante espressione.

<sup>24</sup> ... diversamente dalla integrazione di cui si ha riscontro in relazione alle norme generalmente riconosciute della Comunità internazionale, a motivo della loro attitudine ad immettersi automaticamente in ambito interno (altra questione, qui tuttavia non interessante, è stabilire in quale momento si produce l'adattamento dell'ordine interno alle norme internazionali non scritte, che è poi quello stesso relativo al riconoscimento della venuta alla luce di una consuetudine, di cui non è affatto agevole – come si sa – percepire il momento della compiuta formazione).

<sup>25</sup> Si tenga, nondimeno, presente il disposto dell'art. 18 della Convenzione di Vienna sui trattati, a riguardo dell'obbligo gravante sugli Stati di astenersi dal compiere atti idonei a privare un trattato del suo oggetto o del suo scopo (ha opportunamente invitato a fermare l'attenzione sul punto L. Panella, nel corso del suo intervento all'incontro di studio su *Chi ha paura del protocollo 16 CEDU?*, cit.).

Antonio Ruggeri

*Ancora sul prot. 16: verrà dai giudici la sollecitazione al legislatore per il suo recepimento in ambito interno?*

Il rispetto degli obblighi internazionali, di cui è parola nell'art. 117, I c., Cost., con riguardo alla CEDU – per ciò che è qui di specifico interesse –, non si esprime, dunque, unicamente nel divieto per il legislatore di porre norme incompatibili con la Convenzione bensì pure nel vincolo a porre norme idonee all'ottimale conseguimento del fine insito in quest'ultima di assicurare protezione ai diritti in essa trascritti. Sarebbe, pertanto, palesemente irragionevole non portare al suo naturale compimento l'opera iniziata al momento della ricezione della Convenzione, fermarsi cioè all'astratto riconoscimento dei diritti senza dar modo al meccanismo in un momento successivo predisposto con protocollo aggiuntivo di poter essere alla bisogna azionato<sup>26</sup> a beneficio dei diritti stessi<sup>27</sup>.

La CEDU – qui è il punto –, prima (e più ancora) che essere dotata della “copertura” dell'art. 117, I c., in quanto servente i valori fondamentali di libertà ed eguaglianza (nei quali si inverte e risolve quella che a me piace chiamare la *coppia assiologica fondamentale dell'ordinamento*<sup>28</sup>), è provvista della “copertura” degli artt. 2 e 3 della Carta: come tale assolve, unitamente alle altre Carte dei diritti, alla peculiare, indisponibile (e, per ciò stesso, indefettibile) funzione di dare costante alimento agli stessi diritti riconosciuti dalla Costituzione e, dunque, alla incessante rigenerazione semantica di questa, concorrendo

---

<sup>26</sup> Il fatto stesso, poi, che ciò si abbia a discrezione delle massime autorità giudiziarie di diritto interno è la riprova *per tabulas* della utilità (e, anzi, della stessa necessità) della sua messa in atto, laddove giudicato opportuno, senza che ne consegua alcuna menomazione della funzione di cui le autorità stesse sono titolari.

<sup>27</sup> Resta, dunque, confermato che il vincolo della osservanza degli obblighi internazionali non si produce – come pure patrocinato da un'accreditata dottrina – già al momento del loro perfezionamento in seno alla Comunità internazionale, con le procedure al riguardo apprestate, bensì dopo che i patti che li stabiliscono siano stati recepiti in ambito interno. E, tuttavia, una volta che ciò si è avuto per la Convenzione, a carico del legislatore – come si è venuti dicendo – discendono tanto obblighi negativi (di non porre norme incompatibili con la stessa) quanto obblighi positivi (di proseguire l'opera legislativa iniziale dotandola dei necessari supporti idonei a darne il perfezionamento). Tanto più, poi, laddove dal loro adempimento dipenda l'ottimale salvaguardia di valori fondamentali, secondo quanto si passa subito a dire nel testo.

<sup>28</sup> ... valori, dunque, autenticamente transepolari e tendenzialmente universali, a riguardo dei quali, per tutti, la densa riflessione teorica di G. Silvestri, *Dal potere ai principi: libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009.

Antonio Ruggeri

*Ancora sul prot. 16: verrà dai giudici la sollecitazione al legislatore per il suo recepimento in ambito interno?*

a farne ed a salvaguardarne la identità<sup>29</sup>. Un sussidio, questo apprestato dalla Convenzione, del quale la Costituzione non può fare a meno, risultandone essa per prima altrimenti menomata<sup>30</sup>.

Qui è punto cruciale della questione ora nuovamente trattata; ed è proprio qui che si coglie il senso profondo dell'assetto delle relazioni istituzionali, al piano dei rapporti tra giudici e legislatore come pure a quello dei giudici *inter se*, che – come si avvertiva poc'anzi – richiede di essere riconsiderato – per come oggi è e per come potrebbe ulteriormente evolversi – alla luce degli enunciati di valore, e segnatamente – per ciò che è ora di specifico interesse – di quelli di cui agli artt. 10 e 11 nel loro fare “sistema” con quelli di cui agli artt. 2 e 3.

Se si conviene infatti – come la stessa giurisprudenza dichiara di convenire sin dalla pronunzia del '99 sopra richiamata – a riguardo della indeclinabile vocazione di ciascuna Carta a concorrere alla incessante rigenerazione semantica delle altre e, per ciò stesso, a comporre e ad esprimere, per la sua parte, l'identità delle Carte restanti, non può residuare più alcun dubbio circa i benefici che possono attendersi dallo strumento in discorso per l'ottimale esercizio della giurisdizione al servizio dei diritti. La menomazione della sfera di competenze dei giudici conseguente al mancato ingresso del protocollo in ambito interno appare essere allora palese, così come lo è l'incisione che per effetto della stessa viene a determinarsi a carico dei diritti.

---

<sup>29</sup> Mi piace qui richiamare, ancora una volta, una felice ed efficace affermazione contenuta in Corte cost. n. 388 del 1999, alla quale ho più volte fatto appello nelle mie riflessioni in tema di rapporti tra le Carte, secondo cui le stesse “si integrano reciprocamente nella interpretazione”. Di qui, la lineare e conseguente conclusione che ogni Carta entra per la propria parte a fare ed a rinnovare l'identità delle altre, all'insegna di quell'autentico “metaprincipio” (siccome preposto alla mutua combinazione ed al bilanciamento dei principi restanti) che è dato dalla ricerca della massimizzazione della tutela dei diritti [maggiori ragguagli a riguardo del rapporto tra il protocollo e l'identità costituzionale possono, volendo, aversi dal mio *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in *Dir. comp.* ([www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)), 1/2020, 5 gennaio 2020, 213 ss.].

<sup>30</sup> Come si viene dicendo e si dirà ancora meglio a momenti, la questione ora nuovamente trattata ha il suo giusto, ottimale inquadramento al piano della teoria della Costituzione (e, segnatamente, a quello dei modi con cui la Costituzione stessa può essere intesa e fatta valere al meglio di sé alle condizioni oggettive di contesto e in relazione ai peculiari connotati dei casi).

Antonio Ruggeri

*Ancora sul prot. 16: verrà dai giudici la sollecitazione al legislatore per il suo recepimento in ambito interno?*

E infine. Quand'anche la Consulta dovesse poi rigettare il ricorso in nome del rispetto della discrezionalità del legislatore – limite, peraltro, come si sa, in non poche occasioni inteso e fatto valere con molta elasticità<sup>31</sup> e talvolta, come in *Cappato*, sacrificato del tutto<sup>32</sup> –, ugualmente l'iniziativa qui dubitativamente affacciata potrebbe comunque tornare utile: vuoi per il fatto che l'atto di ricorso metterebbe nero su bianco i non pochi argomenti che depongono a favore della ricezione del protocollo, rendendone edotto non soltanto il legislatore ma l'intera platea di quanti seguono passo passo le vicende della giustizia costituzionale<sup>33</sup>, e vuoi ancora perché lo stesso giudice costituzionale potrebbe far luogo ad una pronuncia di rigetto di tipo monitorio, accompagnata cioè da un fermo richiamo al legislatore circa la opportunità della ricezione stessa.

---

<sup>31</sup> Riferimenti in A. Spadaro, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 4/2019, 26 novembre 2019, 154 ss., e, ora, in R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, cap. II degli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 2020, § 14. Infine, D. Martire, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Oss. AIC* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 6/2020, 3 novembre 2020.

<sup>32</sup> Afflitta da una intrinseca, insanabile contraddizione – come si è tentato in altri luoghi di mostrare – è la inusuale tecnica decisoria inaugurata in *Cappato*, avendo la Corte dapprima riconosciuto di non poter provvedere, appunto in nome del rispetto della discrezionalità del legislatore, al rifacimento della disciplina normativa giudicata carente e bisognosa perciò di essere integrata in vista dell'appagamento di un diritto costituzionale altrimenti destinato a restare sguarnito di tutela e di poi, a fronte del perdurante difetto della disciplina legislativa, provveduto a far luogo alla produzione della stessa, sollecitandosi al contempo un congruo intervento riparatore da parte del legislatore [sul sostanziale abbandono del limite delle "rime obbligate" riscontratosi nella circostanza, tra gli altri, di recente, v. D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, 101 ss.; F. Modugno, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 14/2020, 101 ss., spec. 115, e, da ultimo, G. Silvestri, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Quest. giust.* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)), 13 novembre 2020].

<sup>33</sup> Non si trascuri, infatti, la formidabile *vis* diffusiva di cui è dotata la parte motiva delle decisioni della Corte costituzionale, in forza dell'attitudine propria di queste di dirigersi ad un uditorio vastissimo ed internamente articolato e composito (su di che, per tutti, AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, e A. Saitta, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996).

Antonio Ruggeri

*Ancora sul prot. 16: verrà dai giudici la sollecitazione  
al legislatore per il suo recepimento in ambito interno?*

\*\*\*

**ABSTRACT:** The paper aims at highlighting the advantages which might derive from Protocol no. 16 to the European Convention of Human Rights, focusing in particular on the mutual benefits that both the consultive and the jurisdictional activities of the Court can derive from it. The paper then questions the role that courts may play in order to urge lawmakers to implement Protocol no. 16.

**KEYWORDS:** Protocol no. 16 – mutual benefit of the consultive and jurisdictional activity – role of courts for the implementation of Protocol no. 16

**Antonio Ruggeri** – Professore emerito di Diritto costituzionale,  
Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Messina  
([antonio.ruggeri@unime.it](mailto:antonio.ruggeri@unime.it))



## **Il ruolo del Consiglio costituzionale francese nella definizione del nuovo stato di emergenza sanitaria \***

*Luciana De Grazia*

SOMMARIO: 1. L'introduzione dello stato di emergenza sanitaria. – 2. La mancata dichiarazione di incostituzionalità per violazione delle regole procedurali. – 3. La sospensione dei termini per la questione di priorità costituzionale. – 4. La *saisine* del Capo dello Stato e la legge sulla proroga dello stato di emergenza. – 5. Il problema elettorale e i rapporti tra le giurisdizioni superiori e il Consiglio costituzionale. – 6. I rapporti tra il Consiglio costituzionale e l'Esecutivo.

### *1. L'introduzione dello stato di emergenza sanitaria*

L'emergenza sanitaria causata dal Sars-CoV-19 è giunta inaspettata e ha messo a dura prova gli ordinamenti chiamati a fronteggiarla<sup>1</sup>. Spesso ci si è trovati a utilizzare misure previste originariamente per gestire altre tipologie di emergenze, collegate per lo più alla tutela dell'ordine pubblico, alla gestione di eventi bellici o di calamità naturali.

Se le più recenti Costituzioni hanno assolto all'esigenza di razionalizzare le misure di emergenza, prevedendo nel testo costituzionale diversi meccanismi gradatamente idonei a gestire la diversità delle situazioni emergenziali, molte altre si sono trovate di fronte all'inadeguatezza degli strumenti costituzionalmente previsti. Nell'affrontare tale situazione si è, così, spesso intervenuti creando nuove misure che potessero essere più adeguate, affidate alle scelte dei governi. La capacità di tali misure di limitare i diritti e le libertà ha acceso i riflettori sugli organi giurisdizionali, chiamati a svolgere, insieme al Parlamento, una funzione di contrappeso rispetto

---

\* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

<sup>1</sup> Sulle epidemie nella storia, fino ad arrivare ai nostri giorni, cfr. J.P. Sardon, *De la longue histoire des épidémies au Covid-19*, in *Les analyses de Population & Avenir*, 2020, n. 2, pp. 1-19.

all'Esecutivo, organo normalmente deputato a concentrare su di sé maggiori poteri nella gestione delle situazioni di emergenza.

In questa prospettiva, il presente lavoro si pone l'obiettivo di sollecitare alcune riflessioni sul ruolo del Consiglio costituzionale francese nella difficile fase della pandemia sanitaria causata dal Sars-CoV-19.

In Francia, in particolare, con la legge n. 290 del 23 marzo del 2020, non sottoposta a sindacato preventivo dinanzi al Consiglio costituzionale, si è provveduto a creare il nuovo stato di emergenza sanitaria. L'approvazione di tale legge ha consentito di convalidare le decisioni prese dal Governo dopo il 12 marzo 2020, di dare il fondamento giuridico ai successivi interventi governativi, in modo da consentire una gestione più efficiente della situazione emergenziale<sup>2</sup>. In particolare, si è introdotto, accanto allo stato di emergenza di diritto comune previsto dalla legge del 3 aprile 1955<sup>3</sup>, un nuovo stato di emergenza sanitaria, che può essere esteso su tutto o su parte del territorio «*en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population*»<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. D. Rousseau, *L'urgence des libertés*, in *Nomos*, 2020, n. 1.

<sup>3</sup> Cfr. F. Savonitto, *État d'urgence et risque d'inconstitutionnalité*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2016, n. 15, pp. 1-15; sullo stato di emergenza cfr. P. Esplugas-Labatut, *Pour la constitutionnalisation de l'état d'urgence*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2018, n. 3, pp. 485-496; A. Heymann-Doat, *L'état d'urgence, un régime juridique d'exception pour lutter contre le terrorisme?*, in *Archives de politique criminelle*, 2016, vol. 38, pp. 59-74; P. Dupont, *L'état d'urgence face au terrorisme*, in *Revue Défense Nationale*, 2016, vol. 786, pp. 17-21; J. Morand-Deville, *Réflexions sur l'état d'urgence*, in *Revista de Investigações Constitucionais* [online], 2016, vol. 3, pp. 51-64; C. Cerda-Guzman, *La Constitution: une arme efficace dans le cadre de la lutte contre le terrorisme?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2008, vol. 73, pp. 41-63; O. Beaud, C. Guérin-Bargues, *L'état d'urgence: Une étude constitutionnelle, historique et critique*, Paris, 2018; F. Lamy, *État d'urgence*, Paris, 2018; *Législation d'exception. Des règles d'exception dans le droit commun*, in *Cahier législatif* n. 276, 2017, <http://www.tendancedroit.fr/codeslois-legislation-dexception/>.

<sup>4</sup> Lo stato di emergenza sanitaria è stato introdotto nel codice della sanità pubblica; è una disposizione transitoria, valida per un anno, fino al 1 aprile 2021. Deve essere dichiarato con decreto del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della Solidarietà e della Sanità, rendendo noti i motivi idonei a giustificare la proposta. L'episodio emergenziale causato dal Sars-CoV-19 non è stato considerato idoneo ad essere ricondotto all'interno della categoria delle calamità pubbliche che giustificano

Lo stato di emergenza sanitaria conferisce al Primo ministro il potere di adottare le misure consentite dalla legge<sup>5</sup>, disponendo un obbligo di motivazione e il rispetto del requisito della proporzionalità. Al Ministro della Solidarietà e della Salute e al Prefetto, rispettivamente, sono attribuiti i poteri di fissare misure generali e di attuazione a livello locale. La legge prescrive anche la costituzione di un *comité scientifique*, con il compito di fornire pareri pubblici sulle conoscenze scientifiche e sulle misure necessarie per gestire la crisi sanitaria<sup>6</sup>, tra cui quella in merito all'opportunità del prolungamento dello stato di emergenza<sup>7</sup>. Tale stato, infatti, dichiarato originariamente per due mesi, è stato prorogato, con la legge del 9 maggio del 2020 n. 546, fino al 10 luglio 2020. Questa legge è stata sottoposta, preventivamente alla sua entrata in vigore, al sindacato del Consiglio che ne ha dichiarata la parziale conformità, con la decisione n. 800 del 2020.

---

la misura dello stato di emergenza previsto dalla legge del 3 aprile 1955; cfr. A. Gelblat, L. Marguet, *État d'urgence sanitaire: la doctrine dans tous ses états ?*, in *Revue des droits de l'homme*, 2020, <https://doi.org/10.4000/revdh.9066>; v. anche S. Renard, *Covid-19 et libertés: du collectif vers l'intime*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2020, n. 10 ([www.revuedlf.com](http://www.revuedlf.com)); cfr. X. Dupré, *Éloge d'un état d'urgence sanitaire en «co-construction»*, in *leclubdejuristes.com*, 26 maggio 2020; cfr. Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), *Avis «État d'urgence sanitaire et État de droit»*, 28 aprile 2020, in [www.cndh.fr](http://www.cndh.fr).

<sup>5</sup> Con la dichiarazione di emergenza sanitaria il Primo ministro può assumere per decreto: «*des mesures limitant la liberté d'aller et venir, la liberté d'entreprendre et la liberté de réunion (y compris des mesures d'interdiction de déplacement hors du domicile); des mesures de réquisition de tous biens et services nécessaires pour mettre fin à la catastrophe sanitaire; des mesures temporaires de contrôle des prix*». Il Governo è autorizzato ad assumere le misure necessarie per gestire l'emergenza in molteplici ambiti che, esemplificando, riguardano l'aiuto e il sostegno alle imprese; interventi in materia di lavoro; indennità per i disoccupati; adattamento delle procedure amministrative e giurisdizionali; facilitazioni per la cura dei bambini e dei disabili; facilitazione all'accesso alle cure; modificazione delle regole di funzionamento delle collettività locali. Cfr. *Comprendre le texte, Loi 23 mars 2020*, in <https://www.vie-publique.fr/loi/273942-loi-durgence-pour-faire-face-lepidemie-de-covid-19>.

<sup>6</sup> Cfr. L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid - 19: una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, 2020, p. 9; cfr. anche G. Mingardo, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza Covid-19*, in *Rivista BioDiritto*, 2020, p. 17. Il comitato è composto da esperti qualificati, nominati in parte dall'Esecutivo e in parte dai Presidenti delle Camere. È stato anche nominato un *conseil scientifique* presso il Ministero della Solidarietà e della Salute.

<sup>7</sup> I pareri del comitato sono consultabili su <https://www.vie-publique.fr/>.

Luciana De Grazia

*Il ruolo del Consiglio costituzionale francese  
nella definizione del nuovo stato di emergenza sanitaria*

Nel frattempo, il 30 marzo del 2020, con una legge organica<sup>8</sup> si è disposta la sospensione sia del termine previsto per il Consiglio di Stato e per la Corte di Cassazione per trasmettere la questione prioritaria di costituzionalità (QPC) al Consiglio costituzionale, sia del termine previsto per quest'ultimo per decidere su tali questioni<sup>9</sup>. Ai sensi degli artt. 46, co. 5 e 61, co. 1 Cost., il Primo ministro ha sottoposto la legge, prima della sua entrata in vigore, al controllo obbligatorio dinanzi al Consiglio costituzionale, che ne ha dichiarato la conformità con la sentenza n. 799 del 2020<sup>10</sup>. Poiché questa legge è antecedente alla proroga dello stato di emergenza sanitaria, si procederà dapprima all'analisi della decisione del Consiglio sulla legge organica, la n. 799 del 2020, per procedere, poi, all'esame della decisione n. 800 del 2020 avente ad oggetto la legge ordinaria del 9 maggio 2020<sup>11</sup>.

## *2. La mancata dichiarazione di incostituzionalità per violazione delle regole procedurali*

La legge organica 30 marzo 2020, nel suo unico articolo, ha disposto la sospensione fino al 30 giugno 2020 del termine massimo di tre mesi previsto rispettivamente per il Consiglio di Stato e per la Corte di Cassazione per trasmettere la questione prioritaria di costituzionalità

---

<sup>8</sup> *Loi organique n° 2020-365 du 30 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.*

<sup>9</sup> Secondo quanto disposto dall'art. 61-1 Cost.: «qualora, in occasione di un procedimento in corso dinanzi ad una giurisdizione, si sostenga che una disposizione di legge pregiudichi i diritti e le libertà garantiti dalla Costituzione, il Consiglio costituzionale può essere adito su tale questione su rinvio del Consiglio di Stato o della Corte di cassazione che si pronuncia entro un termine stabilito». Ai sensi degli artt. 23-3 e 23-5 dell'ordinanza del 7 novembre 1958, così come modificata con la legge organica del 10 dicembre 2009, il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione devono rispettare il termine di tre mesi per inviare la questione prioritaria di costituzionalità al Consiglio costituzionale, così come quest'ultimo deve rispettare il medesimo termine per decidere, (art. 23-10 dell'ordinanza del 7 novembre 1958).

<sup>10</sup> Consiglio costituzionale, DC 799 del 26 marzo 2020.

<sup>11</sup> Consiglio costituzionale, DC 800 dell'11 maggio 2020.

al Consiglio costituzionale e del termine assegnato a quest'ultimo per decidere<sup>12</sup>.

La decisione della Corte, nonostante la sua laconicità, è interessante per molteplici profili inerenti, innanzitutto, alla scelta di dichiarare la conformità della legge alla Costituzione, nonostante la palese violazione della procedura costituzionalmente stabilita per l'approvazione delle leggi organiche. Inoltre, è meritevole di attenzione la giustificazione di tale scelta ed, infine, il chiarimento che, seppure in un *obiter dictum*, il Consiglio esprime sulla possibilità di decidere comunque nel rispetto dei termini.

La Corte, infatti, pur riconoscendo l'irregolarità della procedura legislativa di approvazione della legge sottoposta al suo sindacato, non si è pronunciata in merito all'incostituzionalità<sup>13</sup>, stabilendo che «*compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution*».

Va rilevato a proposito che il «*n'y a pas lieu de juger*» non è stato inteso come un diniego di rendere giustizia, ma come una delimitazione dell'ambito di indagine del giudizio<sup>14</sup>. Il Consiglio non ha esaminato né il vizio, né la procedura: si è limitato a non pronunciarsi esplicitamente sul punto. La dottrina sottolinea, peraltro, come il rifiuto di esprimersi

---

<sup>12</sup> Legge organica 30 marzo 2020, n. 365, art. 1: «*Afin de faire face aux conséquences de l'épidémie du virus covid-19, les délais mentionnés aux articles 23-4, 23-5 [délai de trois mois dans lequel la Cour de cassation et le Conseil d'État doivent transmettre la QPC] et 23-10 [délai de trois mois dans lequel le Conseil constitutionnel doit se prononcer sur une QPC] de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel sont suspendus jusqu'au 30 juin 2020*». (Le parentesi non sono nel testo della legge, ma aggiunte per esplicitare il contenuto delle norme richiamate, ndr).

<sup>13</sup> Cfr. V. Champeil-Desplats, *Le Conseil constitutionnel face à lui-même. À propos de la décision n. 2020-799 DC du 26 mars 2020*, in *La Revue des droits de l'homme*, 2020, p. 2.

<sup>14</sup> Il diniego di rendere giustizia, ai sensi dell'art. 4 del codice civile, si realizza quando il giudice si rifiuta «*de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi*». Il Consiglio costituzionale, nel caso richiamato, non ha fatto riferimento a nessuno di questi motivi, né si è rifiutato di giudicare il caso, semplicemente non si è pronunciato sulle violazioni delle regole procedurali inerenti alle leggi organiche. Cfr. V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, p. 4.



Luciana De Grazia

*Il ruolo del Consiglio costituzionale francese  
nella definizione del nuovo stato di emergenza sanitaria*

non debba necessariamente significare che la procedura di approvazione della legge sia stata viziata<sup>15</sup>.

In particolare, infatti, l'inosservanza delle regole procedurali riguarda il rispetto dei quindici giorni che, ai sensi dell'art. 46 co. 2 Cost., devono intercorrere tra il deposito del progetto di legge e la sua presa in considerazione da parte del primo ramo del Parlamento. Questo termine, in seguito alla revisione del 2008, va rispettato solo nel caso in cui si opti, come avvenuto nel caso specifico, per la procedura legislativa accelerata. Il progetto di legge organica, dopo l'approvazione da parte del Consiglio dei Ministri, è stato, infatti, discusso in Senato dopo sole 24 ore dall'avvenuto deposito<sup>16</sup>.

La *ratio* della prescrizione dei quindici giorni intercorrenti tra il deposito del progetto e l'apertura del dibattito in Parlamento è riconducibile al rispetto di esigenze di garanzia, al fine di consentire un'adeguata riflessione sul contenuto della legge organica che, per sua natura, è attuativa delle norme costituzionali<sup>17</sup>. In questo arco di tempo si permetterebbe, inoltre, all'opinione pubblica di manifestare i propri orientamenti. A proposito, la dottrina si è espressa sottolineando il carattere vincolante del termine e la necessità del suo rispetto<sup>18</sup>. Il Parlamento ha, invece, scelto non solo la procedura accelerata, ma ha anche concluso l'*iter legis* con rapidità, senza alcuna ampia discussione<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Cfr. V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, p. 4.

<sup>16</sup> Per una più approfondita analisi, cfr. P. Costanzo, *Brevi note sulle soluzioni apprestate in Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità*, in *consultaonline*, 17 aprile 2020.

<sup>17</sup> *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. III, la Documentation française, 1991, p. 142, in *Revue française de science politique*, 1992, v. 42, pp. 135-138.

<sup>18</sup> Cfr. P. Cassia, *Le Conseil constitutionnel déchire la Constitution*, in *blog Mediapart*, 27 marzo 2020, p. 1 ss.; R. Letteron, *Covid-19: le Conseil constitutionnel marche sur la Constitution*, in *Libertés, Libertés chéries*, 28 marzo 2020, p. 1 ss. (<http://libertescheries.blogspot.com/2020/03/covid-19-le-conseil-constitutionnel.html>).

<sup>19</sup> Si è sottolineato come questa non sia la prima volta in cui il Consiglio sceglie di non pronunciarsi su irregolarità procedurali, cfr. Consiglio costituzionale DC n. 2005-528 del 25 dicembre 2005 (cons. da 20 a 24), DC n. 2016-745 del 26 gennaio 2017, in P. Cassia, *op. cit.*

Luciana De Grazia

*Il ruolo del Consiglio costituzionale francese  
nella definizione del nuovo stato di emergenza sanitaria*

A giustificazione del mancato accertamento della violazione procedurale il Consiglio ha richiamato le *circonstances particulières de l'espèce*, senza fornire alcuna spiegazione in merito al loro contenuto. L'attenzione va riposta proprio sulla terminologia usata dai giudici costituzionali che è sembrata volere accentuare la specialità della situazione, distinguendo tali circostanze da altre condizioni legate a situazioni emergenziali o eccezionali, non ascrivibili però al caso dell'emergenza sanitaria.

Le *circonstanze speciali del caso* non sono, infatti, quelle che giustificano il ricorso all'art. 36 Cost. che istituisce lo stato di assedio, dichiarabile in «*cas de péril imminent pour la sécurité intérieure ou extérieure*»<sup>20</sup>. Non sono ascrivibili neanche tra i presupposti previsti dall'art. 16 Cost., perché anche se si ravvisasse la presenza di uno dei due presupposti che giustificano il ricorso ai poteri eccezionali - l'interruzione dei pubblici servizi - è assente il secondo, ovvero una seria minaccia all'integrità del territorio, all'indipendenza della Nazione o all'esecuzione di trattati internazionali.

Il riferimento alle «*circonstances particulières de l'espèce*» è da distinguere anche dalle condizioni necessarie per la dichiarazione dello stato di emergenza previste dalla legge del 3 aprile 1955, quali il «*cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public*» o gli «*événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique*»<sup>21</sup>.

Il riferimento dei giudici costituzionali potrebbe essere ricollegato alla teoria delle circostanze particolari elaborata all'interno del contenzioso sulle elezioni, per giustificare l'inosservanza di obblighi risultanti dal codice elettorale. Tale orientamento giurisprudenziale è stato poi richiamato per giustificare l'inosservanza di obblighi costituzionali relativi alla procedura legislativa: la teoria delle

---

<sup>20</sup> Condizioni inizialmente previste dalla legge del 9 agosto 1849, cfr. N. Grangé, *L'urgence et l'effroi: L'état d'exception, la guerre et les temps politiques*, Lyon, 2018, p. 97.

<sup>21</sup> Art. 1 legge n. 55 del 3 aprile 1955; cfr. V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, pp. 6-7.

circostanze particolari è divenuta la teoria dei vizi non sostanziali elaborata all'interno della giurisprudenza costituzionale<sup>22</sup>.

In queste ipotesi i giudici sono soliti valutare attentamente che il vizio relativo allo svolgimento delle elezioni o alla procedura legislativa, rispettivamente, non abbia influenzato il risultato finale, né abbia leso gli interessi delle parti<sup>23</sup>. Se le circostanze di cui si fa riferimento nella sentenza n. 799 fossero state queste, sarebbe stata la loro prima applicazione nel sindacato di una legge organica<sup>24</sup>. Ma la vera differenza che porta la dottrina a distinguere l'ipotesi di cui si tratta dalla pregressa giurisprudenza è che il Consiglio, in quest'ultima decisione, nulla dice rispetto alle circostanze, non opera alcun accertamento, che è invece solito fare ogni qualvolta richiama le circostanze particolari nel contenzioso elettorale<sup>25</sup>.

Il riferimento alle circostanze particolari è distinto anche dalle circostanze eccezionali elaborate dalla giurisprudenza amministrativa<sup>26</sup>. A partire dalla decisione del caso *Heyries*<sup>27</sup> del 28 giugno 1918, la teoria delle circostanze eccezionali ha consentito che non venisse dichiarata l'illegittimità di un atto amministrativo, la cui procedura di approvazione fosse stata viziata da irregolarità<sup>28</sup>. Secondo tale

---

<sup>22</sup> Cfr. M. Charité, *La théorie des «circonstances particulières» dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2020, n. 41, pp. 2 ss.

<sup>23</sup> Cons. Stato, Ass., 23 dicembre 2011, *Danthony et autres*, n. 335033.

<sup>24</sup> Consiglio costituzionale DC 88-248 del 17 gennaio 1989; DC 99-425 del 29 dicembre 1999; DC 99-423 del 13 gennaio 2000, DC 2017-756 del 21 dicembre 2017 in M. Charité, *op. cit.*, p. 3.

<sup>25</sup> Cfr. M. Charité, *op. cit.*, p. 5.

<sup>26</sup> *A contrario*, parte della dottrina assimila le «circostanze peculiari del caso» alle circostanze eccezionali elaborate dalla giurisprudenza amministrativa, cfr. K. Roudier, *Un nouveau recul du Conseil constitutionnel dans son rôle de contrepoids*, in *Dalloz Actualité*, 6 aprile 2020; M. Torrente, *Loi d'urgence contre le Covid-19: une nécessaire inconstitutionnalité*, in *Les Cuisines de l'Assemblée*, 27 marzo 2020, in A. Gelblat, L. Marguet, *op. cit.*, pp. 14 ss.

<sup>27</sup> Cons. Stato, 28 giugno 1918, *Heyries* n. 63412.

<sup>28</sup> Cfr. L. Nizaud, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1963, pp. 618-619; J. Massot, *Le Conseil d'État face aux circonstances exceptionnelles*, in *Les Cahiers de la Justice*, 2013, 2, pp. 27-39; M.L. Basilien-Gainche, *Circonstances exceptionnelles*, in N. Kada (a cura di), *Dictionnaire d'administration publique*, Grenoble, 2014, pp. 60-61.

orientamento l'amministrazione può, infatti, in presenza di particolari circostanze, affrancarsi dal rispetto di norme procedurali<sup>29</sup>.

I giudici amministrativi, nel richiamare le circostanze eccezionali, devono svolgere un attento esame, entrando nel merito dei vizi dell'atto. Ciò è prodromico al sindacato sull'irregolarità e all'eventuale giudizio di illegittimità<sup>30</sup>. La giurisprudenza del Consiglio di Stato, così come teorizzata nella decisione *Sieur Laugier*<sup>31</sup>, prevede, infatti, un controllo approfondito sul carattere eccezionale nel tempo e nello spazio delle circostanze<sup>32</sup>, sul legame esistente tra le circostanze e l'irregolarità commessa, su quale motivo abbia reso impossibile agire in conformità della procedura, oltre alla verifica del rispetto del criterio della proporzionalità. Lo stretto controllo giurisprudenziale garantisce, pertanto, un'adeguata tutela degli interessi delle parti, nonostante l'inosservanza procedurale<sup>33</sup>. La teoria delle circostanze eccezionali appare essere stata, pertanto, oggetto di un processo di razionalizzazione, che ha contribuito a legittimarne l'uso<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> Cfr. A. Gelblat, L. Marguet, *op. cit.*, p. 14 sulla possibile assimilazione alla decisione *M. Danthony* del Consiglio di Stato (23 dicembre 2011, in *AJDA*, 2012 p. 195), secondo cui una irregolarità procedurale apparente non giustificherebbe la sanzionabilità.

<sup>30</sup> Cfr. M. Carpentier, *L'arrêt Heyriès du Conseil constitutionnel?*, in *Blog Jus Politicum*, 4 aprile 2020. Secondo l'Autore la teoria delle circostanze eccezionali è molto più rigorosa ed esigente rispetto alla logica sottesa alla decisione del Consiglio costituzionale. Il giudice deve, infatti, esercitare un controllo sul «a) caractère exorbitant de la situation; b) absence de moyen légal d'agir alors qu'il y a nécessité publique à agir; c) existence d'un but d'intérêt général et proportionnalité de la mesure», concl. Cons. Stato, Ass, 16 aprile 1948, *Sieur Laugier*, Cfr. P. Cossalter, *Légalité de crise et état d'urgence*, in *Revue générale du droit on line*, 2015, n. 22919, pp. 1-10 ([www.revuegeneraledudroit.eu/?p=22919](http://www.revuegeneraledudroit.eu/?p=22919)).

<sup>31</sup> Cons. Stato, 16 aprile 1948, *Sieur Laugier*, cit.

<sup>32</sup> *La théorie des circonstances exceptionnelles* (Cons. St. 28 febbraio 1919, *Dames Dol et Laurent*), in [https://www.fallaitpasfairedudroit.fr/images/files/Droit%20administratif/Bloc%20%C3%A9galit%C3%A9/LRI/La thorie des circonstances exceptionnelles.pdf](https://www.fallaitpasfairedudroit.fr/images/files/Droit%20administratif/Bloc%20%C3%A9galit%C3%A9/LRI/La%20thorie%20des%20circonstances%20exceptionnelles.pdf).

<sup>33</sup> Cfr. A. Mathiot, *La théorie des circonstances exceptionnelles dans l'évolution du droit public*, in *L'Évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, 1956, pp. 413-428.

<sup>34</sup> Cfr. J. Jeanneney, *La non-théorie des « circonstances particulières*, in *Actualité juridique droit administratif*, vol. 76, n. 15, 2020, pp. 843-848. La teoria delle circostanze eccezionali è stata anche richiamata dal Consiglio di Stato per legittimare

Luciana De Grazia

*Il ruolo del Consiglio costituzionale francese  
nella definizione del nuovo stato di emergenza sanitaria*

Come già accennato, nella decisione n. 799 del 2020 il Consiglio costituzionale non ha esaminato né il vizio né la procedura, non ha precisato quali siano state le circostanze tali da giustificare l'irregolarità, né ha svolto alcun controllo nel rispetto dei principi della necessità e della proporzionalità inerenti all'irregolarità. Si è evidenziato che, in tal modo, i giudici costituzionali abbiano voluto appositamente distinguersi dall'orientamento della giurisprudenza amministrativa sulle circostanze eccezionali, sottolineando l'autonomia del proprio giudizio e la specificità della situazione attuale<sup>35</sup>.

Ancora di più, allora, sarebbe stato opportuno che il Consiglio si soffermasse sulle peculiarità delle circostanze idonee a giustificare l'irregolarità, in modo da evitare il ripetersi incondizionato dell'inosservanza procedurale.

La decisione si presta, in sostanza, ad avallare la politica governativa, approvata dalla maggioranza parlamentare, a scapito di un controllo critico, realmente garante della tutela dei diritti su cui la legge, nel merito, è capace di incidere in maniera consistente.

### *3. La sospensione dei termini per la questione di priorità costituzionale*

In merito al contenuto della legge organica, va rilevato come la giustificazione della sospensione dei termini si ritrova nella difficoltà per le corti di riunirsi collegialmente a causa dell'emergenza sanitaria. Questo con riguardo sia alle giurisdizioni superiori, impegnate a svolgere la fase filtro preliminare alla trasmissione della QPC al Consiglio costituzionale, sia con riferimento ai giudici costituzionali, chiamati a svolgere il sindacato<sup>36</sup>.

---

il decreto del 17 marzo che ha posticipato il secondo turno elettorale. Cons. Stato, ord. 22 marzo 2020, *Syndicat des jeunes médecins*, par. 2; cfr. M. Carpentier, *op. cit.*

<sup>35</sup> A supporto di tale orientamento la dottrina sottolinea la scelta semantica operata dai giudici costituzionali di riferirsi alle «*circonstances particulières de l'espèce*» invece che alle circostanze eccezionali; cfr. V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, p. 6.

<sup>36</sup> Il progetto di legge dichiara che «*L'épidémie de Covid-19 fait obstacle à ce que ces juridictions se réunissent en formation collégiale et, par conséquent, à ce que ces*



Luciana De Grazia

*Il ruolo del Consiglio costituzionale francese  
nella definizione del nuovo stato di emergenza sanitaria*

L'art. 61-1 Cost. impone, infatti, alla Corte di Cassazione e al Consiglio di Stato di pronunciarsi «*dans un délai déterminé*»<sup>37</sup>; la legge organica del 10 dicembre 2009 ha poi precisato che i giudici di merito devono decidere senza ritardo<sup>38</sup>, entro tre mesi dalla trasmissione della questione da parte del giudice *a quo*<sup>39</sup>. Medesimo termine, a decorrere dalla trasmissione delle supreme magistrature, è tenuto a rispettare il Consiglio costituzionale, in modo da assicurare che la QPC sia esaminata rapidamente<sup>40</sup>.

Da un punto di vista formale, va osservato come ogni modifica sui termini sarebbe dovuta avvenire integrando la legge organica del 10 dicembre 2009, che li ha introdotti<sup>41</sup>. Il legislatore organico del 2020 non avrebbe, infatti, potuto sospendere i termini delle giurisdizioni superiori, perché l'art. 61-1, co. 1 Cost. impone alle corti di pronunciarsi

---

*délais puissent être respecté* ». Lo studio sull'impatto legislativo aggiunge che «*Du fait de ces circonstances, l'application des délais organiques pourrait conduire à des transmissions d'office (...), ce qui nuirait à la bonne administration de la justice recherchée par le législateur organique* ». Cfr. A. Levade, *QPC en suspens sanitaire*, in *blog Les club des juristes*, 15 aprile 2020, p. 1 ss. Lo studio sull'impatto legislativo lasciava aperte due opzioni: introdurre una disposizione permanente nell'ordinanza del 1958 che prevedesse la possibilità di sospendere i termini in occasione di situazioni di emergenza o approvare una legge organica *ad hoc*; la scelta è stata per questa seconda opzione.

<sup>37</sup> L'art. 61-1 Cost., novità della revisione costituzionale del 2008, ha introdotto nell'ordinamento francese un sindacato di legittimità costituzionale successivo all'entrata in vigore delle leggi, caratterizzato da un accesso in via incidentale e da un doppio filtro di valutazione prima dell'eventuale giudizio del Consiglio costituzionale. Il primo filtro è attribuito al giudice *a quo* presso cui è pendente la controversia; il secondo è svolto dal Consiglio di Stato o dalla Corte di Cassazione. Cfr. M. Cavino, *L'eccezione di incostituzionalità delle leggi*, in M. Cavino, A. Di Giovine, E. Grosso (a cura di), *La Quinta Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008*, Torino, 2010, pp. 123 ss.; P. Costanzo, *La "nuova" Costituzione della Francia*, Torino, 2009, pp. 440 ss., M. Calamo Specchia, *Il Conseil constitutionnel e l'exception d'incostitucionalité*, in [www.astrid.eu](http://www.astrid.eu), 2009.

<sup>38</sup> Art. 23-2 dell'ordinanza del 7 novembre 1958.

<sup>39</sup> Cfr. artt. 23-4 e 23-5 dell'ordinanza 7 novembre 1958.

<sup>40</sup> Cfr. art. 23-10 dell'ordinanza 7 novembre 1958, vd. sul punto P. Cassia, *op. cit.*, p. 1 ss.

<sup>41</sup> Consiglio costituzionale DC 799-2020, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 - Liste des contributions extérieures*, p. 3.

in un tempo determinato; avrebbe ben potuto prorogarlo o si sarebbero potute decidere diverse modalità di esame della QPC<sup>42</sup>.

La scelta di sospendere i termini non è sembrata così indispensabile come sostenuto dal Governo. Il mancato rispetto da parte delle giurisdizioni superiori ha come sola conseguenza la trasmissione automatica della questione al Consiglio, in modo che gli interessi delle parti siano comunque garantiti<sup>43</sup>. Il Consiglio verrebbe, così, investito della questione, senza la fase filtro presso le giurisdizioni superiori, con la possibile conseguenza che si possa determinare un ingorgo nell'attività della corte<sup>44</sup>. Lungi dal risolvere un problema, se ne creerebbe, di fatto, un altro.

Inoltre, il termine di tre mesi entro cui il Consiglio deve decidere è puramente indicativo: si escludono sanzioni in caso di ritardo o effetti di alcun tipo sulla validità delle decisioni<sup>45</sup>. Il Consiglio, peraltro, sembra sia solito rispettare i termini<sup>46</sup>. A supporto di tale orientamento si è anche evidenziato come il numero delle QPC non sia così elevato né davanti il Consiglio, né davanti le giurisdizioni superiori.

La scelta della sospensione ha delle dirette ripercussioni per la tutela dei diritti. Il rischio, infatti, è che la richiesta della verifica della conformità costituzionale delle misure restrittive delle libertà e dei diritti fondamentali possa non ricevere risposta in tempo utile. In pratica, a causa dell'emergenza sanitaria, da una parte si è prescritta la dilazione del termine per le giurisdizioni superiori e per il Consiglio costituzionale per svolgere le proprie attività ma, dall'altra, si è inciso sul sindacato di legittimità costituzionale delle leggi capaci di imporre limiti alle libertà individuali, che proprio in occasione di situazioni emergenziali dovrebbero essere garantiti<sup>47</sup>. La previsione della legge

---

<sup>42</sup> Cfr. J. Jeanneney, *op. cit.*, pp. 844 ss.

<sup>43</sup> Art. 23-7 dell'ordinanza del 7 novembre 1958.

<sup>44</sup> Cfr. S. Benzina, *La curieuse suspension des délais d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité*, in *Ius Politicum*, 2020.

<sup>45</sup> Rapport de la commission des lois du Sénat, 19 mars 2020, p. 39 (repris par celui de l'Assemblée nationale): <http://www.senat.fr/rap/119-381/119-381.html>, in S. Benzina, *op. cit.*

<sup>46</sup> L'unico caso di mancato rispetto dei termini si è verificato in occasione della presentazione di un rinvio pregiudiziale davanti la Corte di giustizia europea, cfr. S. Benzina, *op. cit.*

<sup>47</sup> Cfr. V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, p. 9.

Luciana De Grazia

*Il ruolo del Consiglio costituzionale francese  
nella definizione del nuovo stato di emergenza sanitaria*

organica rischia, infatti, di togliere ogni effetto utile ai ricorsi presentati contro le disposizioni adottate in relazione all'emergenza sanitaria<sup>48</sup>.

Va, inoltre, sottolineato come la QPC sia l'unica modalità con cui è possibile adire i giudici costituzionali, visto che la legge 23 marzo 2020 istitutiva dello stato di emergenza sanitaria non è stata sottoposta a giudizio preventivo da parte del Consiglio costituzionale; la sospensione dei termini potrebbe avere, pertanto, l'effetto di ritardare il sindacato di legittimità costituzionale introdotto con una QPC, a scapito della tutela dei diritti e delle libertà<sup>49</sup>.

Il Consiglio, evidenziando la specialità del momento di «*faire face aux conséquences de l'épidémie du virus covid-19 sur le fonctionnement des juridictions*»<sup>50</sup> ha sottolineato che la dilazione del termine non mette, però, in dubbio il diritto effettivo al ricorso né crea un impedimento a giudicare su una QPC durante il periodo stabilito<sup>51</sup>.

Si tratta di una dichiarazione che sembra chiarire come la Corte non stia rinunciando alla giurisdizione sul merito. La legge non impedisce ai giudici costituzionali di pronunciarsi su una QPC: la sospensione non vieta che sia sollevata la questione, né pone un divieto di giudicare, rende solo incerto il tempo della risposta<sup>52</sup>. Tale dichiarazione, pertanto, può essere letta come un'affermazione di autonomia rispetto alle determinazioni espresse dall'Esecutivo con la sospensione dei termini.

---

<sup>48</sup> Cfr. M. Charité, *op. cit.*, p. 7.

<sup>49</sup> Cfr. O. Dord, *Covid 19 et Constitution: La loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire devant le Conseil constitutionnel*, in *leclubdesjuristes.com*, 27 maggio 2020.

<sup>50</sup> Consiglio costituzionale DC n. 799 del 2020, §5. Cfr. V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, p. 9.

<sup>51</sup> Consiglio costituzionale DC n. 799 del 2020, §5: «*Il ne remet pas en cause l'exercice de ce recours ni n'interdit qu'il soit statué sur une question prioritaire de constitutionnalité durant cette période*».

<sup>52</sup> Cfr. V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, p. 10; cfr. A. Levade, *op. cit.*, l'Autrice sottolinea come il legislatore organico abbia coperto con una sospensione la proroga dei termini.

Luciana De Grazia

*Il ruolo del Consiglio costituzionale francese  
nella definizione del nuovo stato di emergenza sanitaria*

#### 4. *La saisine del Capo dello Stato e la legge sulla proroga dello stato di emergenza*

La legge che ha disposto la proroga dello stato di emergenza sanitaria è stata sottoposta al sindacato preventivo del Consiglio costituzionale, su ricorso del Presidente della Repubblica, del Presidente del Senato e delle minoranze parlamentari.

Il ricorso da parte del Presidente della Repubblica costituisce un'eccezione nella storia costituzionale francese; si tratta, infatti, della terza volta. È noto come solo rendendo possibile l'accesso al Consiglio anche alle minoranze parlamentari si sia determinata un'evoluzione del ruolo del Consiglio, atteso che gli altri organi che potevano adirla – il Presidente della Repubblica, il Primo ministro e i Presidenti delle Camere – difficilmente avrebbero avuto un reale interesse a richiedere un sindacato su una legge di cui o erano stati i promotori o che avevano appena provveduto ad approvare.

La dottrina ha osservato criticamente che l'obiettivo del ricorso non sia stato tanto quello di richiedere la verifica della conformità alla Costituzione della legge, approvata da una maggioranza legata al Presidente, quanto quella di ottenere il crisma di conformità dal Consiglio, in modo da limitare future contestazioni. Il ricorso presidenziale è sembrato avere assunto, pertanto, la valenza di un artificio politico, volto a legittimare la decisione della maggioranza. Sembrerebbe da ciò conseguirne una certa ambivalenza nel rapporto tra l'Esecutivo e il Consiglio<sup>53</sup>.

Con la decisione n. 800 del 2020 i giudici costituzionali hanno dichiarato la parziale conformità della legge, utilizzando ampiamente la riserva di interpretazione.

Nel merito, il Consiglio costituzionale ha, infatti, ammesso che le misure volte ad imporre l'isolamento dei malati, così come quelle inerenti alla raccolta e al trattamento dei dati sanitari abbiano limitato rispettivamente la libertà individuale<sup>54</sup> e il diritto al rispetto della vita

---

<sup>53</sup> Cfr. D. Fallon, *Prolongation de l'État d'urgence sanitaire: le Conseil constitutionnel reste confiné dans sa zone de confort*, in *blog Jus Politicum*, 20 maggio 2020, p. 1 ss. (<http://blog.juspoliticum.com/2020/05/20/prolongation-de-letat-durgence-sanitaire-le-conseil-constitutionnel-reste-confine-dans-sa-zone-de-confort-par-damien-fallon/>).

<sup>54</sup> Consiglio costituzionale DC n. 800-2020, §33.

Luciana De Grazia

*Il ruolo del Consiglio costituzionale francese  
nella definizione del nuovo stato di emergenza sanitaria*

privata<sup>55</sup>. Tali limiti sono stati però giustificati da un motivo di interesse generale, collegato al valore costituzionale della protezione della salute<sup>56</sup>.

Con riferimento ai limiti in materia di libertà di movimento, la riserva di interpretazione ha disposto il necessario intervento del giudice nel caso di proroghe della misura di isolamento oltre un certo periodo<sup>57</sup>. In merito al trattamento dei dati sanitari, con la riserva di interpretazione si è ingiunto al potere regolamentare di intervenire per precisare le modalità di conservazione, di trattamento, di condivisione delle informazioni, in modo da assicurare la riservatezza dei dati, specificando che il ricorso a eventuali subappaltatori debba essere effettuato nel rispetto delle esigenze di necessità e di riservatezza menzionate nei paragrafi 71 a 73<sup>58</sup>.

La tecnica della riserva di interpretazione ha, pertanto, consentito al Consiglio di precisare il contenuto della legge, correggendola laddove poteva essere rilevato un contrasto con la Costituzione, istituendo anche nuovi obblighi, quale quello rivolto al potere regolamentare di precisare il regime per la raccolta e il trattamento dei dati di carattere personale. In tal modo, la decisione di parziale conformità ha consentito l'entrata in vigore della legge, che potrà essere sottoposta ad un futuro sindacato attraverso una QPC, se muteranno le circostanze del giudizio, essendo stata la legge già sottoposta al preventivo giudizio del Consiglio.

#### *5. Il problema elettorale e i rapporti tra le giurisdizioni superiori e il Consiglio costituzionale*

Il riferimento alle circostanze eccezionali potrebbe essere utilizzato in occasione di un eventuale sindacato sulla legge 23 marzo 2020 in materia elettorale. Infatti, con questa legge si è anche provveduto a disciplinare il rinvio del secondo turno delle elezioni dei consiglieri municipali e comunitari, dei consiglieri di Parigi e dei consiglieri metropolitani di Lione. La prima tornata elettorale si è svolta

---

<sup>55</sup> Consiglio costituzionale DC n. 800-2020, §62.

<sup>56</sup> Consiglio costituzionale DC n. 800-2020, §34 e §63.

<sup>57</sup> Consiglio costituzionale DC n. 800-2020, §43.

<sup>58</sup> Consiglio costituzionale DC n. 800-2020, §73 e §74.



Luciana De Grazia

*Il ruolo del Consiglio costituzionale francese  
nella definizione del nuovo stato di emergenza sanitaria*

il 15 marzo e, a causa dell'emergenza sanitaria, con decreto 2020-267 del 17 marzo 2020 si è disposto il rinvio del secondo turno<sup>59</sup>.

La legge, pertanto, ha riconosciuto il fondamento delle scelte prese dal Governo e ha disposto lo svolgimento del secondo turno entro il mese di giugno, «*en raison des circonstances exceptionnelles liées à l'impérative protection de la population face à l'épidémie de covid-19*». In particolare, si era stabilito che la data del secondo turno dovesse essere fissata entro il 27 maggio con decreto del Consiglio dei Ministri, previo parere del comitato scientifico che, pronunciatosi in data 18 maggio 2020, ha rimesso ogni valutazione sull'opportunità dello svolgimento delle elezioni alle autorità pubbliche<sup>60</sup>. Si è, quindi, disposto che il secondo turno si svolgesse il 28 giugno 2020<sup>61</sup>.

Con l'ordinanza del 20 aprile 2020 il tribunale amministrativo di Nizza ha sollevato dinanzi al Consiglio di Stato una questione prioritaria

---

<sup>59</sup>La data del secondo turno era stata fissata con il decreto del 4 settembre 2019. L'art. 227 del codice elettorale prevede che «*Les conseillers municipaux sont élus pour six ans*» e che «*ils sont renouvelés intégralement au mois de mars à une date fixée au moins trois mois auparavant par décret pris en Conseil des ministres*». L. 56 prevede che «*en cas de deuxième tour de scrutin, il y est procédé le dimanche suivant le premier tour*». Cfr. B. Daugeron, *Le report du second tour des élections municipales: analyse juridique contre simplifications médiatiques?*, in *blog Jus Politicum*, 31 marzo 2020, p. 1 ss. (<http://blog.juspoliticum.com/2020/03/30/le-report-du-second-tour-des-elections-municipales-analyse-juridique-contre-simplifications-mediatiques-par-bruno-daugeron/>).

<sup>60</sup>*Avis du Conseil scientifique COVID-19*, 18 maggio 2020 (<https://solidarites-sante.gouv.fr/actualites/presse/dossiers-de-presse/article/covid-19-conseil-scientifique-covid-19>).

<sup>61</sup>La legge aveva anche specificato che se il secondo turno non si fosse svolto entro il mese di giugno, il mandato dei consigli municipali e comunitari sarebbe stato prolungato per una durata fissata dalla legge. Gli elettori sarebbero stati convocati successivamente per due turni di scrutini, poiché i risultati del primo turno, svolto il 15 marzo, sarebbero stati annullati. I consiglieri eletti nel primo turno sarebbero restati eletti e avrebbero assunto le loro funzioni entro la conclusione del mese di giugno. Il mandato dei consiglieri in funzione prima del 15 marzo sarebbe stato prolungato alla data della prima riunione del consiglio comunale che si sarebbe dovuto svolgere entro 10 giorni dall'entrata in funzione dell'organo; cfr. art. 19 L. 23 marzo 2020 n. 290.

di costituzionalità avente per oggetto l'art. 19 della legge 23 marzo 2020<sup>62</sup>.

In base alla sospensione dei termini disposta dalla legge organica del 30 marzo 2020 il Consiglio di Stato non era obbligato a decidere entro i tre mesi, ma nulla gli vietava di deliberare rapidamente. Questo era stato precisato nel rapporto n. 381 del 19 marzo 2020 sul progetto di legge organica, presentato alla *commission des lois* del Senato che dispone che «*ces dispositions laissent intacte la possibilité pour les juridictions de statuer en moins de temps que la prolongation ainsi accordée*»<sup>63</sup>. Il Consiglio di Stato<sup>64</sup>, infatti, il 26 maggio ha rinviato la questione ai giudici costituzionali<sup>65</sup>, valutando sussistenti i presupposti necessari affinché si potesse proseguire con il sindacato sulla legge. In particolare, si è verificata l'applicabilità dell'art. 19 della legge 23 marzo 2020 alla controversia, la mancanza di una precedente dichiarazione di conformità costituzionale della legge, la violazione dei diritti e delle libertà garantiti in Costituzione, con specifico riferimento al principio della *sincérité du scrutin*.

Il Consiglio costituzionale, investito della questione, si è, quindi, pronunciato in merito al rispetto del requisito della sincerità del voto, ai sensi dell'art. 3 Cost., valutando la conformità anche con riferimento

---

<sup>62</sup> Tribunale amministrativo di Nizza, ordinanza n. 2001382 del 20 aprile 2020. L'11 maggio 2020 anche il Tribunale amministrativo di Lione ha sollevato la medesima questione avente ad oggetto l'art. 19 l. n. 290 del 2020, con riferimento agli artt. 3 Cost. e 1 e 4 della Dichiarazione dei diritti del cittadino del 1789. Cfr. R. Rambaud, *1er tour des élections municipales: le tribunal administratif de Lyon transmet une QPC au Conseil d'Etat !*, in *Le Blog du droit électoral*, 13 maggio 2020 (<https://blogdroitelectoral.fr/2020/05/1er-tour-des-elections-municipales-le-tribunal-administratif-de-lyon-transmet-une-qpc-au-conseil-detat-r-rambaud/>).

<sup>63</sup> Il rapporto è consultabile su [www.senat.fr/rap/119-381/119-381.html](http://www.senat.fr/rap/119-381/119-381.html), cfr. P. Cassia, *op. cit.*

<sup>64</sup> Cons. Stato, decisione 25 maggio 2020, n. 440217. Il Consiglio di Stato, con la decisione n. 440335 del 25 maggio 2020, ha trasmesso al Consiglio costituzionale anche la QPC concernente la legittimità dell'art. 262 del codice elettorale, relativo alle modalità elettorali dei consiglieri dei comuni di almeno 1000 abitanti. Il Consiglio costituzionale, con la decisione n. 850 del 2020, ha precisato di essersi già pronunciato sulla conformità dell'oggetto della questione con la decisione del 18 novembre 1982 ed ha dichiarato, conclusivamente, il “*non lieu à statuer*”.

<sup>65</sup> Cfr. R. Rambaud, *Elections municipales: le Conseil d'Etat saisit le Conseil constitutionnel de la loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19!*, in *Le Blog du droit électoral*, 26 maggio 2020.

agli artt. 6 e 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. Con la decisione n. 849 del 2020 del 17 giugno 2020 ha dichiarato la conformità costituzionale dell'art. 19, 1, 3 e 4 co. della legge del 23 marzo 2020, specificando la legittimità della sospensione della procedura elettorale e la previsione di un secondo turno elettorale da svolgersi entro fine giugno. Si è, quindi, considerato che la situazione emergenziale causata dalla pandemia abbia concretizzato i motivi di interesse generale sufficienti a giustificare la modificazione dello svolgimento delle operazioni elettorali. Si è preservato, in tal modo, l'espressione del suffragio universale manifestato durante il primo turno elettorale, valutando acquisiti i risultati ottenuti a marzo, senza necessità di alcuna legge di validazione sui risultati elettorali<sup>66</sup>. In conformità con la pregressa giurisprudenza costituzionale, l'astensione non è stata considerata causa di annullamento delle elezioni, anche se il Consiglio non ha escluso la possibilità che possano sollevarsi doglianze presso i giudici amministrativi, affinché sia valutata l'incidenza della scarsa affluenza alle urne sulle elezioni.

Vi è da rilevare che nella giurisprudenza costituzionale l'astensione non è normalmente una causa di invalidità delle elezioni<sup>67</sup> e il loro annullamento è sempre stato valutato caso per caso in presenza di circostanze eccezionali, come in caso di pressioni sugli elettori<sup>68</sup> o di ineguaglianza tra i candidati<sup>69</sup>.

### *6. I rapporti tra il Consiglio costituzionale e l'Esecutivo*

T. Ginsburg e M. Versteeg hanno sottolineato come le corti, durante l'emergenza sanitaria, abbiano assunto diversi ruoli: «1) *they have insisted on the procedural integrity of invocations of emergency*; (2)

---

<sup>66</sup> Si consenta il rinvio a L. De Grazia, *La retroattività possibile. Le lois de validation in Francia e le leggi di interpretazione autentica in Italia*, Santarcangelo di Romagna, 2016, pp. 43 ss.

<sup>67</sup> Consiglio costituzionale n. 98-2571 AN, 9 marzo 1999, Cons. Stato, 17 dicembre 2014, *El Mund. De Saint. Rémy-sur – Avre*, Cons. Stato 22 luglio 2015 n. 385989, *El. Mund de Montmagny*.

<sup>68</sup> Consiglio costituzionale AN nn. 3742 – 3947 del 20 dicembre 2007.

<sup>69</sup> Consiglio costituzionale AN n. 80-892/893/894 AN del 19 gennaio 1981; AN n. 93-1279 1 luglio 1993.

Luciana De Grazia

*Il ruolo del Consiglio costituzionale francese  
nella definizione del nuovo stato di emergenza sanitaria*

*they have engaged in substantive review of rights restrictions, balancing public health concerns, often using proportionality-based frameworks; (3) they have, in some cases, demanded that government take affirmative steps to combat the virus and its effects; and (4) they have supervised decisions about postponing elections»<sup>70</sup>. Il ruolo assunto dal Consiglio costituzionale potrebbe essere ricondotto solo all'ultima delle funzioni richiamate, confermando l'idea che i giudici costituzionali avrebbero potuto assumere un peso più incisivo nella funzione di controllo che gli è attribuita dalla Costituzione. Il Consiglio è sembrato esercitare, infatti, un forte autocontrollo, senza assumersi il rischio di contraddire le scelte dall'Esecutivo<sup>71</sup>, di fatto non svolgendo un'adeguata funzione di contrappeso<sup>72</sup>.*

Sarebbe stato opportuno che la decisione n. 799, che non smentisce la normale laconicità delle sentenze del Consiglio, si fosse espressa sulle *circostanze particolari del caso*, spiegando le ragioni a supporto della decisione in merito all'inosservanza delle regole procedurali, così come avrebbe potuto fare riferimento al principio di proporzionalità. Il mancato rispetto delle regole procedurali non ha, infatti, solo effetti sul piano della forma, perché la legge, nel merito, dispone limiti alla tutela dei diritti e delle libertà<sup>73</sup>. Il rispetto dei tempi è funzionale ad un condiviso dibattito sul contenuto delle norme.

Nel merito della decisione, la dottrina si è espressa nei termini della violazione del principio della separazione dei poteri e del diritto ad un ricorso effettivo, entrambi garantiti dall'art 16 della Dichiarazione del 1789<sup>74</sup>. Dalla mancata dichiarazione di incostituzionalità è stato dedotto un'implicita superiorità delle decisioni del Consiglio sulla stessa Costituzione, tanto da mettere in crisi lo stesso ruolo del Consiglio come guardiano della Costituzione<sup>75</sup>.

L'ambivalenza del rapporto tra il Consiglio e l'Esecutivo è anche evidenziata dalla *saisine* presidenziale: il ricorso ha assunto la veste di

---

<sup>70</sup> Cfr. T. Ginsburg, M. Versteeg, *COVID-19 and the Bound Executive*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, 26 maggio 2020, <http://www.iconnectblog.com/2020/05/covid-19-and-the-bound-executive/2>.

<sup>71</sup> Cfr. V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, p. 12.

<sup>72</sup> Cfr. P. Cassia, *op. cit.*

<sup>73</sup> Cfr. J. Jeanneney, *op. cit.*, p. 844.

<sup>74</sup> Cfr. M. Carpentier, *op. cit.*

<sup>75</sup> Cfr. J. Jeanneney, *op. cit.*, p. 847.

un mezzo attraverso cui la maggioranza ha potuto ottenere un beneficio politico<sup>76</sup>, con ciò adombrando una strumentalizzazione della Corte da parte dell'Esecutivo<sup>77</sup>.

L'atteggiamento di deferenza del Consiglio è ravvisabile anche nel brevissimo tempo in cui ha reso la decisione sulla legge che ha prorogato lo stato di emergenza. I giudici costituzionali hanno un mese di tempo per compiere il loro sindacato; avrebbero, pertanto, potuto impiegare tutto il tempo necessario per un'approfondita valutazione. La decisione, invece, è stata resa in tempi strettissimi: la legge è stata approvata il 9 maggio, il Consiglio ha reso la sua decisione l'11 maggio<sup>78</sup>.

Sono da evidenziare, inoltre, le difficoltà concrete che sono sorte durante l'emergenza sanitaria sotto il profilo della tutela dei diritti<sup>79</sup>. Infatti, la legge 23 marzo 2020 non è stata sottoposta al sindacato preventivo e la sospensione dei termini per la presentazione delle QPC ha spostato nel tempo la possibilità di un giudizio di legittimità costituzionale *a posteriori*. Va ricordato, che la legge del 20 novembre 2015, che prolungava lo stato di emergenza dopo gli attacchi terroristici, non era stata sottoposta a giudizio preventivo e le QPC che furono presentate successivamente all'entrata in vigore della legge furono molto numerose.

Il Consiglio, peraltro, scegliendo di usare la tecnica della riserva di interpretazione si è attribuito il ruolo di specificare la legge approvata dal Parlamento, pur di non dichiararne l'incostituzionalità e rimandarla al Parlamento per una ulteriore analisi<sup>80</sup>.

Il Parlamento, dal canto suo, ha scelto sempre di legiferare con la procedura accelerata ed ha approvato in tempi brevissimi, anche la legge organica. È vero che la situazione emergenziale necessita di una rapida risposta, ma non va dimenticato che è proprio nei tempi di

---

<sup>76</sup> Cfr. D. Fallon, *op. cit.*

<sup>77</sup> Cfr. D. Fallon, *op. cit.*

<sup>78</sup> Sull'importanza del rispetto dei termini da parte del Consiglio costituzionale e sul diverso modo di considerare l'emergenza cfr. J.R. de Montgolfier, *L'urgence et le Conseil constitutionnel*, in *Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel* n. 54 (Dossier: *La Constitution et le temps*) – gennaio 2017, pp. 2 ss.

<sup>79</sup> Sul ruolo dei giudici amministrativi per la tutela dei diritti cfr. B. Fauvarque-Cosson, *How did French Administrative Judges Handle Covid-19*, in [www.intersentiaonline.com](http://www.intersentiaonline.com).

<sup>80</sup> Cfr. D. Fallon, *op. cit.*



Luciana De Grazia

*Il ruolo del Consiglio costituzionale francese  
nella definizione del nuovo stato di emergenza sanitaria*

emergenza che i contrappesi delle forme di governo devono restare saldi nella loro attività di reciproco controllo, affinché in alcun modo possa essere intaccato il regime democratico entro cui sono chiamati ad operare.

\*\*\*

**ABSTRACT:** The aim of this paper is to share some observations on the role of the French Constitutional Court in the management of the health emergency caused by Sars-CoV-19. Particularly, to examine the Decision n. 799-2020, in which the Court ruled on the constitutional conformity of the organic law 30 March 2020, which declared the suspension of deadlines to transmit and decide on the priority issue of constitutionality (QPC). With the subsequent Decision n. 800-2020 the Constitutional Court ruled on the legitimacy of the law which extended the state of emergency until the 10th of July. Both Decisions offer insights into the relationship between the Constitutional Court as well as the protection of rights.

**KEYWORDS:** France – Covid-19 health crisis – state of emergency – Constitutional Council

**Luciana De Grazia** – Professoressa associata di Diritto pubblico comparato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Palermo ([luciana.degrazia@unipa.it](mailto:luciana.degrazia@unipa.it))

## Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach and the Spanish Experience\*

*Joan Solanes Mullor*

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. The EU regulatory framework for risk management. – 3. The varying degrees of the regulatory state in the EU. – 3.1. A “hard” regulatory state: the purer economic areas. – 3.2. A “soft” regulatory state: risk to human health. – 4. Spain in the context of the EU health risk management framework. – 4.1. The Spanish institutional architecture for facing the Covid-19 crisis. – 4.2 The management of the Covid-19 crisis. – 5. Conclusions.

### *1. Introduction*

The coronavirus (Covid-19) crisis has put a spotlight on the relationship between and the respective roles of politicians and experts. Governments around the world have been forced to make complex decisions regarding health care, the movement of citizens at both international and subnational levels, access to education, the use of public space, the closure of businesses and exceptional limitations on professional activities.<sup>1</sup> The derivative effects of the need to make consequential decisions in unrelated fields entail social and economic impacts in addition to the outcome for public health. These factors have sparked many public discussions, but especially two questions that are closely related. The first involves the decision-making process or, in

---

\* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*. This article was finalized on 26 September 2020.

<sup>1</sup> The measures taken around the world vary widely, with intensity depending on the country. Examples of Covid-19 measures include: lockdowns (whether domicile, municipal, regional, national, or international), the closure of public spaces (parks for children or areas for community use), school and university shutdowns, restrictions on commercial activity (bars, shopping centers, cinemas, etc.) as well as professional and business activities in other sectors (limiting economic activity to industries deemed essential). For a general account about the world response to the Covid-19 from multiple angles, see the special section of the *Verfassungsblog on Matters Constitutional*: “Covid 19 and States of Emergency” (<https://verfassungsblog.de/states-of-emergency>).

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

other words, who makes the decisions and what process is followed. Debate over the respective roles of politicians and experts in policymaking, however familiar, has been central during the debates over the responses to the Covid-19 crisis.<sup>2</sup> The second question concerns accountability for the results of the decision-making process. Clarification is needed to allocate responsibility for the response (or lack thereof) to the Covid-19 among the politicians and experts.<sup>3</sup>

This article explores these two interconnected interrogations from an institutional approach. It discusses institutional structures that favour productive relationships between politicians and experts and that, in turn, increase accountability for policy decisions that entail both political and scientific judgments. In this regard, the Covid-19 crisis exemplifies the challenging allocation of risk—in direct terms of human health—and the responsibility of those who allocate it. However, the allocation involves multiple factors which require different types of expertise, among which are sophisticated knowledge of economic and social sciences. Designing an institutional architecture for integrating and managing this multiple-risk scenario is anything but straightforward.

Still, in the end, the Covid-19 crisis relates to the classical debate over the democratic and technocratic state.<sup>4</sup> At issue is ultimately who makes the decisions to address the threat and who is accountable for them. Elected representatives have the democratic legitimacy to make the decisions but they rely, to greater or lesser extent, on unelected experts. It is possible that the unprecedented complexity, at least in the current phase of a globalized world, of the Covid-19 crisis explains the resurgence of this debate, because there are so many factors to consider, from different fields of expertise and wide-ranging implications. The

---

<sup>2</sup> M. Flinders and G. Dimova, *Bringing in the experts: blame deflection and the Covid-19 crisis*, in *British and Irish Politics and Policy, Covid-19*, 2020, <https://blogs.lse.ac.uk/politicsandpolicy/bringing-in-the-experts-blame-deflection-and-the-covid-19-crisis/>. For a deep approach, beyond the Covid-19 crisis, about the interrelationship between the administrative state, agencies, politics, and experts, see A. Vermeule, *The Constitution of Risk*, New York, 2014, pp. 163-186.

<sup>3</sup> M. Flinders, *Coronavirus blame games – who really benefits?*, in *The Conversation*, 2020, <https://theconversation.com/coronavirus-blame-games-who-really-benefits-135470>.

<sup>4</sup> M. Shapiro, *Who Guards the Guardians. Judicial Control of Administration*, Athens GA, 1988, pp. 58-62.

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

social welfare state and the European institutional architecture that was erected between the 1950s 1970s emphasised the role of politicians and politics, whereas the regulatory state, which led to increasing reliance on administrative agencies starting in the 1980s, delegated authority to unelected experts.<sup>5</sup> The Covid-19 crisis offers an opportunity to compare these two different institutional approaches and analyse their effectiveness.

The article focuses on the debate within the European Union institutional architecture. The European Union itself as a supranational organization and its Member States represents since the Second World War an interesting laboratory for the study of both the social and regulatory state models.<sup>6</sup> The first part of the article presents the regulatory EU framework for risk management constructed over decades. This framework has been the product of common agreement within the EU institutions and its Member States, and, at the end, this consensual approach has been determinative of the design of the institutions in charge of managing risk.

The second part of the article then examines the EU institutional architecture that developed within the EU common risk regulatory framework. I will describe the evolution of the regulatory state model in this context, that is, the decisions by the EU to opt for a “hard” or “soft” regulatory state depending on the area of risk. The EU combines the social and regulatory models in the sense that one or the other or both are adopted depending on the complexity and kind of choices to be made. The EU institutional architecture thus represents a rich mixture between the two models. I will argue that, in the area of risk to human health, the EU institutional architecture afforded a suitable response to the Covid-19 crisis.

The third and final part of the article analyses the Spanish response to the Covid-19 crisis. Spain is taken as a case study for

---

<sup>5</sup> G. Majone, *The Rise of statutory regulation in Europe*, in G. Majone (ed.), *Regulating Europe*, London, 1996, pp. 49-59.

<sup>6</sup> P. Magnette, *The Politics of Regulation in the European Union*, in D. Geradin, R. Muñoz, N. Petit (eds.), *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham and Northampton, 2005, pp. 3-23; T. Christensen, P. Laegrid, *Agencification and regulatory reforms*, in T. Christensen, P. Laegrid (eds.), *Autonomy and Regulation. Coping with Agencies in the Modern State*, Cheltenham and Northampton, 2006, pp. 11-12.

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

multiple reasons. First, as an EU Member State it is embedded in the larger framework and is responsive to the same trends, including the EU common risk regulatory framework. Secondly, pushed by the EU, Spain has been implementing the regulatory state model, not without difficulties or internal resistance.<sup>7</sup> A third important factor reason for focusing on Spain is the high toll of the Covid-19 crisis in Spain, both in terms of fatalities and infections, which forced the public authorities to take quick action along with Italy. I seek to show whether Spain’s response followed the EU common risk regulatory framework—through its derivative institutions—or, to the contrary, whether it chose a different path.

## 2. *The EU regulatory framework for risk management*

The paper adopts the terms of the current international agreement on risk analysis which divides the analysis into three stages: risk assessment, risk management and risk communication.<sup>8</sup> This approach, which emerged in the 1980s, differentiated the role of experts from that of decision-makers (politicians) and especially sought to clarify what each brought to the policymaking process. This approach begins by recognizing the need for both expertise and political legitimacy in policymaking and seeks to distinguish their roles. The distinction is that experts are to be in charge of risk assessment—identifying and weighting the risk—while the decisionmakers are to define and implement the risk management measures necessary, taking into account the expertise with discretion to work in considerations for other factors or values.<sup>9</sup> The model does not ignore the difficulty of

---

<sup>7</sup> J. Solanes Mullor, *Administraciones independientes y Estado regulador. El impacto de la Unión europea en el Derecho Público español*, Madrid, 2016, pp. 179-305.

<sup>8</sup> The distinction was elaborated for the first time in 1983 by the US National Research Council (NRC): National Research Council, *Risk Assessment in the Federal Government: Managing the Process*, Washington, DC, 1983. This study and other publications of the NRC has influenced the way that risk is managed by many US agencies.

<sup>9</sup> A. Alemanno, *Science & EU Risk Regulation: The Role of Experts in Decision-Making and Judicial Review*, 2007, available at SSRN:



Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

making a clear separation, admitting that the line between assessment and management is often blurry,<sup>10</sup> but it attempts to maintain the separation for the sake of establishing clear roles that, subsequently, make individualized accountability easier to assign.

The advantages of this model are therefore clear. Firstly, it combines expertise and politics in risk analysis, considering that both perspectives are necessary. Expertise is key in the first stage of identifying risk and gauging its magnitude. The political process is determinant in the second phase for it allows the integration of the initial scientific assessment with factors that are also relevant to the final decision (the management of risk). Economic and social implications of the risk can be integrated in the risk analysis stage by politicians who possess democratic legitimacy. Secondly, once a decision is taken and it is time to evaluate its results and consequences, the separation of assessment and management facilitates the allocation of responsibility for success and failure.

Both the social and the regulatory state models are receptive to this framework for risk analysis and management. However, because of their different foundations and institutional structures, they approach risk in fundamentally different ways. The social (or welfare) state developed in Europe during the 1950s and 70s puts emphasis on the political process for the sake of democratic accountability, which reinforces the role of public intervention.<sup>11</sup> The characteristics of the social state are a strong regulatory presence in the economy and markets through state-owned enterprises along with the typical European continental bureaucracy—a professionalized hierarchical administration led by ministers appointed by elected governments and parliaments.<sup>12</sup> The regulatory state model, in contrast, relies much more on experts. The foundations of the regulatory state date back to the New Deal policies of the 1920s and 1930s in the United States and the 1980s in continental Europe. The emphasis on expertise puts the

---

<https://ssrn.com/abstract=1007401> or <http://dx.doi.org/102139/ssrn.1007401>), at p. 7.

<sup>10</sup> National Research Council, *Understanding Risk: Informing Decisions in a Democratic Society*, Washington, DC, 1996.

<sup>11</sup> G. Majone, *The Rise of statutory regulation in Europe*, cit., pp. 54-55.

<sup>12</sup> G. Majone, *Regulation and its modes*, in G. Majone (ed.), *Regulating Europe*, London, 1996, p. 11.

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

private market in the centre and pushes democratic accountability and the political process to the periphery.<sup>13</sup> The regulatory state favours largely independent agencies as the institutions for managing and regulating the private sector.<sup>14</sup> The agency is thus relatively insulated from political institutions, affording greater independence for managers whose staff is selected on the basis of expertise on the field.<sup>15</sup> The regulatory state thus represents a significant departure from the model of hierarchical public administration headed by an elected representatives. Instead it prefers agencies that perform less intrusive, more expertise based professional intervention in the private sphere.<sup>16</sup>

The risk analysis framework is interiorized differently depending on the state model. The characteristics of the social state limit the direct influence of experts on the decision-making process: experts play a secondary role because what ultimately matters is democratic accountability. When they are taken into account, they advise in consultative roles or within democratic institutions (as advisers to parliaments, governments or the public bureaucracy). This is not to say that experts are not integrated into the social state, but it remains true that the social state does not incorporate institutions like agencies that protect and isolate expertise. In contrast, the regulatory state does and, therefore, the separation between risk assessment and risk management is easier. The clearer separation between these two stages, made possible by agencies, makes the risk analysis framework easier to adopt in the regulatory state.

Ultimately, the relationship between politics and expertise is a question of equilibrium and degree. The social state tends to favour the political process and democratic accountability while the regulatory state shifts the emphasis to expertise and other notions of

---

<sup>13</sup> G. Majone, *Theories of regulation*, in G. Majone (ed.), *Regulating Europe*, London, 1996, p. 28.

<sup>14</sup> J. Solanes Mullor, *Administraciones independientes y Estado regulador*, cit., pp. 88-95.

<sup>15</sup> M. Groenleer, *The Autonomy of European Union Agencies. A Comparative Study of Institutional Development*, Delft, 2009, pp. 125-128.

<sup>16</sup> C. Pollit, K. Bathgate, J. Caulfield, A. Smullen, C. Talbot, *Agency Fever? Analysis of an International Policy Fashion*, in *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, n° 3(3), 2001, pp. 276-279.

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

accountability, particularly procedural and transparency norms.<sup>17</sup> Yet the regulatory state also has several manifestations, which leave more or less room to politics or experts. Some agencies may be powerful, able to make decisions that integrate assessment and management risk under expert control, while others may only consultative in nature, in which case political institutions are the primary actors and agencies and experts play more of a consultant role. Agencies vary in terms of the power they wield but always, whether decision-makers or consultants, isolate expertise from politics. This difference is key to understanding how each state model allocates the responsibility for risk analysis. The social model will tend to give power in both the assessment and management stages to politicians—maybe with experts in the hallways—while the regulatory model tends to put faith in experts at both the assessment and management stages, to greater or lesser degree depending on the powers granted to specific agency. In other words, the modulation of separation between the stages of risk analysis and the role of politics and expertise depends on the state model and its institutional architecture.

The EU risk regulatory framework has been assimilating the international risk analysis model for years.<sup>18</sup> Its path, however, has been influenced by evolution in popularity of state models. At the very beginning, prior the explosion of the regulatory model in the 1980s, the EU institutional structure reflected that of its Member States where agencies were scarce. Its political institutions—the European Parliament and Commission—were the determinant in risk regulation. As the social state was predominant in Europe, the EU also based it on the political process and democratic accountability. The integration of expertise in decision-making was slow. The initial manifestations of the shift occurred towards the end of the 1980s and the beginning of the 1990s in judgments handed down by the Court of Justice of the European Union in the field of the internal market and free movement of goods.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> G. Majone, *Regulatory legitimacy*, in G. Majone (ed.), *Regulating Europe*, London, 1996, pp. 291-296.

<sup>18</sup> A. Alemanno, *Science & EU Risk Regulation*, cit., pp. 2-5.

<sup>19</sup> See the following seminal cases: Judgment of 12 March 1987, *Beer Purity case (Commission v. Germany)*, C-178/84, EU:C:1987:126; Judgment of 13 December 1990, *Bellon*, C-42/90, EU:C:1990:475; Judgment of 4 June 1992, *Debus*, C-13/91 and 113/91, Case C-13/91 and C-113/91, EU:C:1992:247.

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

Throughout the 1990s, expert risk analysis gained normative strength in EU treaties.<sup>20</sup> The integration of expertise at the EU level was accompanied by a rapid creation of agencies both at the EU and national levels. Indeed, during the 1990s and 2000s, agencies burst continental Europe, making the regulatory state reality.<sup>21</sup> Giandomenico Majone is one scholar who has demonstrated how their adoption was influenced by the experience of the New Deal in the United States.<sup>22</sup>

In this context, the risk regulatory framework has shifted in Europe from a political model to one more oriented towards expertise. This shift involves two important factors. First, it parallels a paradigm change in European countries, notwithstanding significant variations in intensity and degree, from social state to regulatory state models.<sup>23</sup> Second, this change has occurred at both the EU and national levels. In the 1990s and 2000s, the EU's turn to agencies as a new form of governance means EU agencies are now a fixed part of the EU institutional landscape.<sup>24</sup> EU member States, at the same time, also created national agencies which are now common in several sectors.<sup>25</sup> The interconnected spread of agencies at the EU and national levels together with the regulatory state model over the past three decades is an important phenomenon since the EU has not only has created EU agencies for internal operations, but has also encouraged legislation to

---

<sup>20</sup> See A. Alemanno, *Science & EU Risk Regulation*, cit., pp. 2-5.

<sup>21</sup> D. Geradin, N. Petit, *The Development of Agencies at EU and National Levels: Conceptual Analysis and Proposals of Reform*, *Jean Monnet Working Paper 01/04*, New York University School of Law (2004), pp. 37-38.

<sup>22</sup> G. Majone, *The Rise of Statutory Regulation in Europe*, cit., pp. 49-54.

<sup>23</sup> F. Gilardi, *Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis*, in *Journal of European Public Policy*, n° 9(6), 2002, p. 873; D. Coen, M. Thatcher, *The New Governance of Markets and Non-Majoritarian Regulators*, in *Governance: An International Journal of Policy Administration and Institutions*, n° 18(3), 2005, p. 330; D. Coen, M. Thatcher, *Network Governance and Multi-level Delegation: European Networks of Regulatory Agencies*, in *International Public Policy*, n° 28(1), 2008, p. 49.

<sup>24</sup> For a map of the current EU agencies, see the official website of the EU: [https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies\\_en](https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies_en).

<sup>25</sup> D. Geradin, N. Petit, *op. cit.*, pp. 8-10; M. Thatcher, *The creation of European regulatory agencies and its limits: a comparative analysis of European delegation*, in *Journal of European Public Policy*, n° 18(6), 2011, p. 798.

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

create national agencies for risk management and regulation.<sup>26</sup> As a result, the EU and its Member States currently possess a common EU risk regulatory framework.

### *3. The varying degrees of the regulatory state in the EU*

#### *3.1. A “hard” regulatory state: the purer economic areas*

The institutional architecture of the regulatory state, as mentioned above, is not uniform across all jurisdictions and subject areas. The common EU risk regulatory framework is articulated through different institutional approaches in which the balance struck between experts and politicians varies. I call “hard” the regulatory state model with strong agencies (that possess decision-making power) and “soft” the regulatory state model with powerless agencies (that are only consultative in nature). The common EU risk regulatory framework is maintained in both variations but the equilibrium between expertise and politics shifts.

In the “hard” regulatory state, agencies are the central locus of the public action. In certain sectors, agencies are in charge of policymaking and, therefore, risk analysis as well. In these areas, political institutions are secondary. Examples of these sectors are monetary policy and financial regulation—central banks, securities and exchange agencies—and the energy, telecommunication, and transportation sectors. In these sectors the theory of the regulatory state reaches its greatest expression because of the combination of several factors. The first determinant is the high trust in our societies in the private initiative and private market. As the economic activity in these areas is greatly privatized, the functions of the state are reduced to managing externalities and the guarding against market malfunction (ensuring minimal conditions for open competition in markets and protecting consumer rights).<sup>27</sup> Second, this “corrective” function is

---

<sup>26</sup> M. Thatcher, *Regulation after delegation: independent regulatory agencies in Europe*, in *Journal of European Public Policy*, n° 9(6), 2002, pp. 955-956; J. Solanes Mullor, *Institutional Balance, EU and National Agencification Processes: The Need for Dialogue*, in *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 68, 2018, pp. 86-88.

<sup>27</sup> G. Majone, *Theories of regulation*, cit., pp. 28-29.



Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

conceived as highly technical, requiring above all expert knowledge of economic science. The regulation of markets conceived as avoiding malfunction is seen as politically neutral, the idea being that everybody gains from healthy markets (Pareto efficiency) so there is no redistribution of wealth that would require democratic legitimation.<sup>28</sup> Third, despite the determinacy of the economic sciences, other kinds of expertise are needed depending on the field—for instance, engineering in the energy and telecommunications sectors—so expertise is generally prized over political legitimacy.<sup>29</sup>

The regulatory model’s attraction to empowered agencies as key institutions responds to these characteristics. Agencies are able to plan and implement long-term projects—without jeopardizing credibility—because of their immunity to electoral cycles.<sup>30</sup> The leadership of political institutions revolves with elections while the private actors operating in these sectors demand stability, or at least steadiness, in order to take better-informed decisions.<sup>31</sup> Moreover, the institutional configuration of an agency protects expertise and ensures professional administration.<sup>32</sup> The managers of the agencies may be nominated by

---

<sup>28</sup> The private market is the optimal organizer of the resources and public authorities only oversee its optimal functioning. The regulatory state, “correcting” the market, does not make redistribution of wealth policies, typical of the social (or welfare) state, such as the progressive tax measures. Thus, democratic legitimacy is less needed in the regulatory state because the “correcting” function does not imply redistribution and, therefore, there are no losers in the game. See G. Majone, *Regulatory legitimacy*, cit., pp. 294-296.

<sup>29</sup> In any case, the defenders of the regulatory state will call for the “depoliticization” of economic decisions and with this expression they understand that in these areas economic science is crucial. See G. Majone, *Europe’s ‘Democratic Deficit’: the Question of Standards*, in *European Law Journal*, n° 4(1), 1998, p. 28.

<sup>30</sup> G. Majone, *Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance*. A Political Transaction-Cost Approach, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, n° 157(1), 2001, pp. 61-63.

<sup>31</sup> M. Thatcher, *Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation*, in *West European Politics*, n° 25(1), 2002, pp. 130-131; A. Wonka, B. Rittberger, *Credibility, Complexity and Uncertainty: Explaining the Institutional Independence of 29 EU Agencies*, in *West European Politics*, n° 33(4), 2010, pp. 734-736.

<sup>32</sup> D. Levi-Faur, *Regulatory networks and regulatory agencification: towards a Single European Regulatory Space*, in *Journal of European Public Policy*, n° 18(6), 2011, pp. 811-812.

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

political institutions, but legislation often requires that the nominees possess technical qualifications and previous experience in the field of action of the agency, and sometimes secures them long-term tenure.<sup>33</sup> The agency staff is also hired based on their expertise in the field.<sup>34</sup> In the “hard” regulatory state context, experts are protected by the configuration of the agency that insulates it from political influence. Finally, agencies in this context enjoy strong powers, sometimes all three powers typical of states themselves.<sup>35</sup> They have normative power, as expressed by the rules, regulations, and standards they determine; display adjudicative power when imposing sanctions or other administrative acts enforcing the norms; and perform a quasi-judicial role of arbitration when mediating controversies between private market agents.

This focus on agencies is visible at both the EU and the national level. In the field of monetary policy and financial regulation, the European Central Bank (ECB) could be considered the strongest EU agency of all, as its independence and powers are directly established by treaty.<sup>36</sup> However, other EU agencies have been recently created in the field of financial regulation.<sup>37</sup> At the national level, national central banks have also been pivotal, even in Member States in the Eurozone.<sup>38</sup> The role of national securities and exchange agencies is also

---

<sup>33</sup> M. Groenleer, *op. cit.*, pp. 122-124.

<sup>34</sup> M. Groenleer, *op. cit.*, pp. 125-128.

<sup>35</sup> R. Dehousse, *Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance*, *Jean Monnet Working Paper 2/02*, New York University School of Law (2002), pp. 2-3; D.R. Kelemen, *The Politics of ‘Eurocratic’ Structure and the New European Agencies*, in *West European Politics*, n° 25(4), 2002, p. 94.

<sup>36</sup> The ECB regulation is found in a triad of EU treaties: Art. 13 of the Treaty on European Union (TEU), Art. 282-284 of the Treaty of Functioning of the European Union (TFEU) and Protocol n° 4 on the Statute of the European Central System of Central Banks and the European Central Bank.

<sup>37</sup> See the European Bank Authority (EBA) and the European Securities and Markets Authority (ESMA).

<sup>38</sup> National Central Banks of countries which belong to the Eurozone are now integrated in the so-called European System of Central Banks (ESCB) and perform important supervisory duties under the leadership of the ECB. See J. Solanes Mullor, *What Goes UP Must Go UP: Raising Judicial Scrutiny over the European Central Bank Through Judicial Dialogue*, in M. Below (ed.), *Judicial Dialogue*, The Hague and Chicago, 2019, pp. 155-162.

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

significant.<sup>39</sup> In the energy and telecommunications sectors, meanwhile, the EU imposed on Member States the obligation to create and articulate powerful national agencies for these markets, particularly to ensure competition and safety.<sup>40</sup> Currently, the EU continues to require national agencies in energy and telecommunications fields but has also begun opening a path for the creation of EU agencies for them.<sup>41</sup> In sum, as stated above, the interconnected spread of the regulatory state with its emphasis on agencies at the EU and national levels has been constant over the last three decades.

The spotlight on agencies in the “hard” regulatory state tips the scales of the balance between political process and technical expertise in favour of the latter. In these sectors, the policymaking role of political institutions is diminished. The political institutions often only appoint the managers of agencies and determine their general mandate through legislation. While political institutions are also ultimately responsible for the proper functioning and accountability of agencies, the day-to-day regulation of the sectors in question is independently carried out by the agency. This has significant implications for the common EU regulatory risk framework. The risk analysis in all these sectors is divided into the different stages of risk assessment, management and communication, but all are carried out within the agency and thus by experts.<sup>42</sup> In this regard, most regulatory agencies have different teams

---

<sup>39</sup> At the national level, only financial regulators were common until the 90's. See M. Thatcher, *Regulation after delegation*, cit., p. 954.

<sup>40</sup> The obligation of articulating a national regulatory agency in the energy sector was first formulated in 2009 (Recital 34 and Article 35(4)(b)(ii) Directive 2009/72 and Recital 30 and Article 39(4)(b)(ii) Directive 2009/73). That obligation in the telecommunications sector was also imposed in 2009 (Articles 3 bis and Articles 6-12 Directive 2002/21, introduced by Directive 2009/140). Prior 2009, EU legislation left institutional freedom to Member States for organizing the energy and telecommunications regulators. Some States had powerless agencies or directly a hierarchical public administration managing the sectors. See J. Solanes Mullor, *Institutional Balance, EU and National Agencification Processes*, cit., pp. 97-98.

<sup>41</sup> See the Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER), created by Regulation (EC) No 713/2009) and the Agency for Support for BEREC (BEREC Office), created by Regulation (EU) No 2018/1971.

<sup>42</sup> See supra note 8.

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

or sections for the different stages of risk analysis.<sup>43</sup> Political institutions, in areas where the “hard” regulatory state model has been adopted, delegate risk analysis to experts (agencies). For that reason, the agency may be held accountable for mistakes in any of the stages of risk analysis.

Undoubtedly, the “hard” regulatory state has been subject to criticism. On the one hand, defenders of the regulatory state themselves worry about the “capture” of agencies by private agents in the market,<sup>44</sup> the cost and inefficiency of regulation<sup>45</sup> and the dispersion or lack of inter-agency coordination.<sup>46</sup> Particularly in countries where independent agencies have not traditionally been part of the political and legal culture, they face complicated obstacles.<sup>47</sup> Notwithstanding, the most damning criticism comes from outside the camp of defenders of the regulatory state who denounce the democratic deficit that results from the diminished role of political institutions. The critique especially centres on one of the key arguments for creating agencies: the alleged neutrality of agency activity (and the corollary, exclusive reliance on expertise for decision-making) that is based on the predominant assertion that there are no trade-offs in the economic management of the areas of the “hard” regulatory state. In other words, risk analysis should not be considered neutral for value judgments, especially in the management stage, will always be made.<sup>48</sup> For this reason, the “hard”

---

<sup>43</sup> *Ibid.* See, for a typical division inside of an agency, the “analysis and research” group of central banks, in charge of the risk assessment and the “managing board” of the central bank in charge of taking decisions (risk management).

<sup>44</sup> G.J. Stigler, *The Theory of economic regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, n° 1(2), 1971, pp. 3-21.

<sup>45</sup> C.R. Sunstein, *Free Markets and Social Justice*, New York, 1997, pp. 322-326.

<sup>46</sup> C.R. Sunstein, *After the Rights Revolution*, Cambridge, London, 1990, pp. 93-94.

<sup>47</sup> J. Solanes Mullor, *Administraciones independientes y Estado regulador*, cit., pp. 317-320.

<sup>48</sup> A. Follesdal, S. Hix, *Why There is a Democratic Deficit in the EU: a Response to Majone and Moravcsik*, in *Journal of Common Market Studies*, n° 44(3), 2006, pp. 542-544; M. Everson, E. Vos, *European Risk Governance in a Global Context*, in E. Vos (ed.), *European Risk Governance. Its Science, its Inclusiveness and its Effectiveness. Connex Report Series*, n° 6, 2008, pp. 10-16; S. De Somer, *International and European Impulse with regard the Creation of Autonomous Public Bodies: an Emerging Trend*, in *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, n° 3(1), 2014, pp. 85-86.

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

regulatory state is confined to fields where there is sufficient consensus that the impact and scope of value judgments are minimal.

### 3.2. A “soft” regulatory state: risk to human health

There exist, however, several other fields of risk in which the EU risk regulatory framework has adopted a different institutional architecture in which agencies are not the protagonists. In several policy areas, the need for expertise and science is recognized in EU legislation but experts are not called upon to be the key players. The long list of policy fields in which the EU regulatory risk frameworks applies, that is, risk assessment and management are to be separated and political process and expert knowledge integrated, includes food safety, vehicle emission limits, water quality, consumer protection, worker safety and health, and the use of chemicals, biocides, genetically modified organisms (GMOs), pesticides and food additives.<sup>49</sup> In these fields, EU legislation is prolific and the EU and Members States share the competence for risk analysis.

The balance between politics and experts, however, shifts in comparison with the “hard” regulatory state. The “hard” regulatory model is adopted where confidence in economic science and the private market are highest. The belief in neutral public intervention in these areas is also strong; that is, it is thought that the agency interventions do not entail significant trade-offs. These beliefs are bolstered by confidence in the scientific expertise.<sup>50</sup> Other policy areas, however, are not as constrained to “private” markets and, therefore, the public interest and other value judgments are more visible across the policymaking process. Moreover, uncertainty over scientific expertise in these other fields also represents an important motive for cautious scepticism.<sup>51</sup> For instance, in the area of food safety, EU legislation clearly separates risk assessment, which is assigned to experts (the European Food Safety Authority, or EFSA), from risk management (delegated to the Commission). Specifically the Commission managers

---

<sup>49</sup> A. Alemanno, *Science & EU Risk Regulation*, cit., p. 2.

<sup>50</sup> See supra note 28.

<sup>51</sup> See Communication from the Commission on the precautionary principle, COM (2000) 1 final, 2 February 2000, p. 2.



Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

have the authority to incorporate into risk management measures “other factors legitimate to the matter under consideration”.<sup>52</sup> In this and similar areas, the EU approach has been described as a system in which “scientific knowledge is authoritative, but not exclusively so”.<sup>53</sup>

This approach has been determinant in the design of the institutional architecture for risk analysis. Before the 1980s, the social state model was predominant, and the EU and Member States political institutions were the key actors in the risk analysis framework in those areas. Particularly at the EU level, the decision-making procedures established by the EU treaties left the decision-making power in those fields in hands of EU political institutions, that is, the Council, the Parliament and the Commission. Experts were to advise the political institutions. This advisory role adopted different manifestations, which included external advisors in the form of reports provided by external consultants and institutionalized expertise in the form of in-house experts at the Commission or expert groups such as the Joint Research Centre (JRC) and the Scientific and Technical Options Assessment group in the Parliament (STOA).<sup>54</sup>

The path towards the regulatory State in the 1990s led to improved integration of the expertise in those areas and several attempts to reinforce and harmonise the role of experts within the EU institutional framework.<sup>55</sup> Agencies, as the institutional choice most suited for the regulatory model, provided a new form of governance to explore at the EU level.<sup>56</sup> Instituting strong decision-making bodies headed by experts was not an option, however, because these sectors were less private-oriented, non-economic value judgments sometimes needed to be made and the reliability of the scientific research was still uncertain. In all those areas, then, EU agencies were created, but they

---

<sup>52</sup> Article 7 and Article 19 of Regulation (EC) No 1829/2003 of the European Parliament and the Council of 22 September 2003 on genetically modified food and feed.

<sup>53</sup> G. Skogstad, *The WTO and Food Safety Regulatory Policy Innovation in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, n° 39(3), 2001, p. 490.

<sup>54</sup> A. Alemanno, *Science & EU Risk Regulation*, cit., pp. 5-6.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> See Communication from the Commission, *European Governance: a White Paper*, COM(2001) 428 final, 25 July 2001.

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

were mostly given consultative roles without decision-making powers.<sup>57</sup> The regulatory state adopted a “soft” version in these areas because of the need to keep political processes at the centre of the risk analysis. Notwithstanding, the introduction of “soft” EU agencies changed the EU regulatory risk framework. Despite their consultative nature, they helped to uncouple expertise—provided by agencies—from politics—which was managed by political institutions, the Commission, the Parliament and Member States—and in so doing increased the visibility and transparency of the risk management process, especially in terms of the role of expertise and its accountability.

The “soft” regulatory state involves a compromise between democracy and technocracy. The EU political institutions were aware of this tension and only decided to implement the “hard” regulatory model with strong decision-making agencies and experts at the top in selected areas. In the other fields where value judgments and scientific uncertainty were more prevalent, even defenders of the regulatory model during the 1990s and 2000s, such as the EU Commission itself, favoured consultative rather than decision-making agencies.<sup>58</sup> The EU institutions chose to keep decision-making in the hands of political bodies in those areas but they nevertheless bolstered the role of expertise by cabining it off from the political organs. Although they were generally limited to advisory role, the creation of many new EU agencies in the 1990s and 2000s afforded these expert bodies greater

---

<sup>57</sup> Most of the agencies are only consultative in nature, such as the European Environment Agency (EEA) and the European Agency for Safety and Health Work (EU-OSHA). Some have limited adjudicative powers (capacity for granting authorizations in the field) such as the European Food Safety Authority (EFSA) or the European Medicines Agency (EMA). In short, the EU agencies in those public health fields have either no powers or limited adjudicative powers. See J. Solanes Mullor, *Administraciones independientes y Estado regulador*, cit., pp. 152-160.

<sup>58</sup> Communication from the Commission, *European Governance: a White Paper*, COM(2001) 428 final, 25 July 2001, pp. 27-28; Communication from the Commission on the European Governance: Better lawmaking, COM (2002) 275 final, 5 June 2002, p. 5; Communication from the Commission on the operating framework for the European Regulatory Agencies, COM (2002) 718 final, 11 December 2002, pp. 12-13; Communication from the Commission on the European agencies: the way forward, COM (2008) 135 final, 11 March 2008, p. 5.

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

independence.<sup>59</sup> In this context, the balance between expertise and political legitimacy in the policymaking process was tipped in favour of political institutions, which drive the process and take the decisions, while consultative agencies provide needed expertise and, importantly, protect the integrity of experts by institutionally isolating them from undue political pressure.

The EU public health risk regulatory framework is a clear example of a “soft” regulatory state institutional design. Food safety, chemical regulation, environmental and water protection are all areas set up under the public health regulatory framework. Although all these areas take a similar institutional approach, I will limit myself to the risk analysis associated to public health regarding the prevention and control of cross-border human diseases before turning attention to the Spain case study. The prevention and control of cross-border human diseases is the most relevant and specific area of risk regulation for examining the response to the Covid-19 crisis. Indeed, European countries are primarily facing a cross-border epidemiologic crisis because of which the cross-border human diseases regulatory framework is being tested across the continent. Of course, the public health crisis encompasses multiple dimensions, such as the economic decline, but ultimately the driving factor remains the cross-border health threat.

Against this backdrop, it is important to remember that the EU adopted a “soft” regulatory state approach for interiorizing the risk analysis of cross-border human diseases. The institutional design is complex and its balance between politics and expertise in the field of human health risk analysis, has been shifting toward a more politically-oriented system.<sup>60</sup> Indeed, the institutional architecture comprises three key players: the European Centre for Disease Prevention (ECDC), the EU Commission and the Member States. This triad oversees or

---

<sup>59</sup> J. Trondal, L. Jeppesen, *Images of Agency Governance in the European Union*, in *West European Politics*, 31(3), 2008, p. 419.

<sup>60</sup> Currently, the institutional framework is established by Decision No 1082/2013/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on serious cross-border threats to health and repealing Decision No 2119/98/EC (Decision No 1082/2013/EU)

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

carries out the risk analysis of cross-border human diseases yet only the ECDC is an expertise-based agency.<sup>61</sup>

The ECDC is in charge of the risk assessment, but no more: the Commission and Member States are in charge of the ensuing risk management phase.<sup>62</sup> The ECDC has collected data on the Covid-19 crisis and assessed the risk through several reports.<sup>63</sup> The ECDC also coordinates a network for epidemiological surveillance, which complements the “national competent authorities”.<sup>64</sup> This network is to share information and comparable data. The conjecture is that having an EU agency coordinate the national surveillance apparatuses will have the effect of giving experts a leading role. However, no EU-level institutional requirements from the EU level determine the characteristics of those “national competent authorities” and, therefore, Member States are able to tap a political institution or a national agency to participate in the network.<sup>65</sup> In that regard, the ECDC is asked to coordinate a very diverse galaxy of national bodies, most of which are not agencies.

Setting aside the role of the ECDC, Member States are called to take the decisions and, at the end, they manage the cross-border human diseases risk.<sup>66</sup> The Commission has a coordination role, but the Covid-19 crisis has shown that its centrality has not translated into power.<sup>67</sup> In

---

<sup>61</sup> The ECDC was created by Regulation (EC) No 851/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 establishing a European Centre for Disease Prevention and Control. The Management Board shall be composed of one member designated by each Member State, two members by the European Parliament and three members appointed by the Commission (Article 14.1). The members of the Board “shall be appointed in such a way as to secure the highest standards of competence and a broad range of relevant expertise” (Article 14.2).

<sup>62</sup> The ECDC duties on risk assessment are laid down in Article 10 Decision No 1082/2013/EU. The Member States and the Commission roles in the managing stage are mainly regulated in Article 11 Decision No 1082/2013/EU.

<sup>63</sup> See the ECDC’s reports on risk assessment in: <https://www.ecdc.europa.eu/en/current-risk-assessment-novel-coronavirus-situation>.

<sup>64</sup> Article 6 Decision No 1082/2013/EU.

<sup>65</sup> *Ibid.* at Article 15.

<sup>66</sup> *Ibid.* at Article 11.

<sup>67</sup> See the role of the Commission explained by the own institution in: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda\\_20\\_307](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_307). It should be

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

fact, most of the major decisions to manage the crisis have been purely national while the Commission action has been timid.<sup>68</sup> Along with the Commission, the so-called Health Security Committee seeks to ensure a coordinated response from all Member States to a cross-border human disease threat.<sup>69</sup> In short, even if coordinated, the management of the risk is left to Member States without any requirement at the EU level that the national authorities consist of independent agencies. The ECDC, charged with the assessment risk stage, is the only actor that is imperatively an agency. The institutional design for the cross-border human disease risk regulatory framework in the European Union thus reflects a form of the “soft” regulatory state combining expertise at the assessment stage—through the ECDC and its network—and political decision-making at the management stage—where Member States and the Commission comprise the decision-makers.

Beyond the debate over the effectiveness, soundness and timeliness of this triad system’s response to the Covid-19 crisis, the institutional framework has functioned as expected with regards the role of each actor.<sup>70</sup> The ECDC has issued several technical reports for assessing the risk of the Covid-19, the Commission has made efforts to coordinate and assist Member States and the latter have effectively taken the decisions on the ground. There is room to discuss the proper

---

highlighted that the Commission shall be assisted by a committee on serious cross-border threats to health. This is a scientific committee in line of Article 3(2) Regulation (EU) No 182/2011. See Article 18 Decision No 1082/2013/EU.

<sup>68</sup> I. Toygür, *The EU, coronavirus and crisis management: is ‘solidarity’ real or just a prop?*, Expert Comment 8/2020, Royal Institute Elcano: [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano\\_en/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_in/zonas\\_in/commentary-toygur-eu-coronavirus-and-crisis-management-is-solidarity-real-or-just-a-prop](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_en/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_in/zonas_in/commentary-toygur-eu-coronavirus-and-crisis-management-is-solidarity-real-or-just-a-prop).

<sup>69</sup> The Health Security Committee (HSC) is composed of representatives of all Member States and chaired by a representative of the Commission. See Article 17 Decision No 1082/2013/EU.

<sup>70</sup> See, about the EU regulatory framework and its response to the Covid-19 crisis, A. Renda and R. Castro, *Towards Stronger EU Governance of Health Threats after the Covid-19 Pandemic*, in *European Journal of Risk Regulation*, n° 11(2), 2020, pp. 273-282; A. Paces and M. Weimer, *From Diversity to Coordination: A European Approach to Covid-19*, in *European Journal of Risk Regulation*, n° 11(2), 2020, pp. 283-296; A. Alemanno, *The European Response to Covid-19: From Regulatory Emulation to Regulatory Coordination?*, in *European Journal of Risk Regulation*, n° 11(2), 2020, pp. 307-316.



Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

role for each actor—whether, for example, the Commission should be more active in the area of coordination. It is also worth asking if Member States should be act less unilaterally in the face of a cross-border threat, yet it remains the fact that expertise and politics in the EU institutional framework have been acting separately. Another necessary debate involves the visibility of the ECDC, which remains mostly unknown to the European public although it has been providing expertise to EU institutions and Member States through the European institutional framework for requesting action from this agency.

#### *4. Spain in the context of the EU health risk management framework*

##### *4.1. The Spanish institutional architecture for facing the Covid-19 crisis*

The Spanish health human risk institutional architecture is not aligned with the EU risk regulatory framework. Its approach does not separate the three risk analysis stages and, especially, it does not properly integrate expertise in risk analysis. Considering the EU approach to public human health, one may have expected Spain to adopt a “soft” regulatory state in Spain;<sup>71</sup> that is, a politically-tilted model that brings in expertise through consultative agencies. In other words, the EU stand in human diseases risk analysis encourages a system that leaves management to political authorities and risk assessment to experts through agencies. In the case of Spain, however, the management and assessment stages are blurred, and the role of experts is ambiguous.

Indeed, Spain has largely maintained a classical social state model approach to public human health risk analysis, where the only agency are exceptional minor cases at the autonomous community level that

---

<sup>71</sup> Only in relation to food safety has Spain adopted a sort of “soft” regulatory state with the creation of the Spanish Agency for Food Safety and Nutrition (created by Law 11/2011, of 5 July). This is a consultative agency without decision-making powers.

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

have small quasi-agencies.<sup>72</sup> There are two parallel institutional frameworks in the Spanish public health system. On the one hand is a set of institutions established for the “ordinary” management of the public health system.<sup>73</sup> On the other exists a specific institutional framework and procedures established for human disease crises, that is, for the assessment and management of public human health threats.<sup>74</sup> Both institutional systems respond to the logic assigning decision-making to political authorities and relegating experts to a consultative role—yet without the protection from political influence that agencies provide.

The first institutional framework—the “ordinary” management of public health—mostly relies on the autonomous communities for the operation of their respective public health systems.<sup>75</sup> Most of these sub-state entities have opted for a typical bureaucratic public administration, with political health departments in charge of the territorial public health systems. Only Catalonia and Castile and León have set up quasi-agencies in the public health area.<sup>76</sup> When taking coordinated decisions in public health at the national level is needed, the Ministry of Health takes the lead.<sup>77</sup> Here again, a political department, this time one responding to the Spanish executive, is the key actor. The Ministry of Health, in taking these coordinated decisions, is assisted by the so-called Interterritorial Council of Health,

---

<sup>72</sup> Specifically, only two autonomous communities have set up a quasi-agency: Catalonia (Agency of Public Health of Catalonia) and Castile and León (Agency for the Protection of Health and Food Safety). These bodies have their own legal personality, but lack all the characteristics of an agency, especially as the board is composed by members of the public administration and the directors can be removed at will by the political authorities.

<sup>73</sup> See Law 16/2003, of 28 May, on cohesion and quality of the National Health System (Law 16/2003). The law articulates the basic system for the entire territory and, accordingly, the autonomous communities organize their own public health systems.

<sup>74</sup> See Law 33/2011, of 4 October, on Public Health.

<sup>75</sup> The State has the competence for establishing the “basis and general coordination of health” (Article 149.1.16 of the Spanish Constitution). Thus, the State approves the minimum legislative corpus and then the autonomous communities, in their respective Statutes of Autonomy and their own legislation, develop this minimum and organize and operate their own public health systems.

<sup>76</sup> See *supra* note 72.

<sup>77</sup> Article 65 and 65 bis. Law 16/2003.

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

which integrates the Minister of Health as a President and all the heads of the health departments of the autonomous community governments.<sup>78</sup> The “ordinary” management, therefore, rests in hands of political institutions, both at the central and autonomous community levels. That does not imply that experts have no role inside these political structures. Indeed, these political departments include technical staff.<sup>79</sup> Moreover, the Interterritorial Council of Health has the power to create commissions and groups to provide expertise for the decision-making process.<sup>80</sup> However, the separation between the risk management phases is difficult to make out clearly and the experts are left in the shadows.

For our analysis of the response to the Covid-19 crisis, the institutional arrangement for addressing human public health threats was identified as the most relevant framework. In this area we encounter in Spain a timid approximation to the “soft” regulatory state in line with the EU’s stance, but despite those gestures, the country is still following a different path. This institutional design sets up an administrative body, the Health Alert and Emergency Co-ordination Centre (CCAES), which is charged with assessing the public health threat.<sup>81</sup> Once a threat has been identified, the CCAES carries out the risk assessment with the needed experts and assistance from the autonomous communities.<sup>82</sup> In that regard, the risk assessment is performed by a network coordinated by the CCAES that integrates more experts and the autonomous communities. The CCAES also represents the “national competent authority” integrated in the network for the epidemiological surveillance headed by the ECDC.<sup>83</sup> Afterwards, the CCAES communicates the risk assessment report and proposed measures to the Ministry of Health and the Commission of

---

<sup>78</sup> Articles 69 – 75 Law 16/2003.

<sup>79</sup> The expertise is provided through the articulation of public examinations - which incorporate the need to prove technical knowledge in the health area- for the selection of the staff of the health departments.

<sup>80</sup> Article 74 Law 16/2003.

<sup>81</sup> See Article 4 Order SCO/564/2004, of 27 February, which creates the coordination system of alerts and emergencies in the areas of health and consumption.

<sup>82</sup> Sistema de Alerta Precoz y Respuesta Rápida (SIAPR), approved by the Commission of Public Health (6 February 2013) and the Interterritorial Council of Health (21 March 2013), p. 7 and 10.

<sup>83</sup> See Order SCO/3870/2006, of 15 December.

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

Public Health of the Interterritorial Council of Health, which will be in charge of managing the risk and, therefore, take the decisions.<sup>84</sup> The institutional framework thus involves co-governance between the central government, which is predominant, and the autonomous communities.

The CCAES, however, is not an agency. Its status is precarious. Its founding regulation does not have the rank of legislation; that is, it was created and regulated by an “order” from the Ministry of Health. This is significant, for normally agencies are articulated by legislation; that is, their legitimacy is secured by a decision of the parliament. Moreover, within the structure of the Ministry of Health, the CCAES represents a “unit” located within the Cabinet of the Minister.<sup>85</sup> Presently, the CCAES is ascribed and therefore responds to the General Directorate of Public Health.<sup>86</sup> Lastly, the CCAES has one director, four sectorial chiefs and only four technical experts.<sup>87</sup> The size of the team is thus reduced with only four technicians supporting five managerial staff.

The shortfalls of the CCAES are clear. First, it lacks independence or autonomy. The CCAES is not institutionally shielded as agencies are; that is, it directly depends on the political appointments at the Ministry of Health. The position of the director and the staff are unprotected by any measure typical of agencies. The lack of secure tenure of the director and the prohibition of removing the director from the office without good cause are particularly concerning. The director position of the CCAES is conceived as a political appointment which can be assigned at political will. Secondly, even its existence as a body is in jeopardy because it can be eliminated by a mere “order” of the Minister. Indeed, the CCAES lacks the protection of law enacted by the parliament, so the executive has the authority to eliminate it or alter its

---

<sup>84</sup> Sistema de Alerta Precoz y Respuesta Rápida (SIAPR), approved by the Commission of Public Health (6 February 2013) and the Interterritorial Council of Health (21 March 2013), p. 8 and 10.

<sup>85</sup> See Article 4.2 Order SCO/564/2004, of 27 February, which creates the coordination system of alerts and emergencies in the areas of health and consumption.

<sup>86</sup> Article 7.7 Royal Decree 1047/2018, of 24 August, on the structure of the Ministry of Health, Consumption and Social Welfare.

<sup>87</sup> In accordance with the data provided by the document which describes the staff of the Ministry of Health of 4 June 2020, p. 21 ([https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia\\_Home/index/PublicidadActiva/OrganizacionYEmpleo/Relaciones-Puestos-Trabajo/RPT-MSND.html](https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/PublicidadActiva/OrganizacionYEmpleo/Relaciones-Puestos-Trabajo/RPT-MSND.html)).

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

status. Third and finally, while the CCAES has some technical staff, it seems clearly underfunded. Of course, the CCAES can call on other expert entities and bodies which are designed to support its task, for instance the National Centre of Epidemiology of the Institute of Health Carlos III, but it clearly lacks a robust staff of its own.<sup>88</sup>

In short, the Spanish institutional architecture described above represents a dated approach to public health risk analysis. In “ordinary” scenarios, risk management is completely delegated to political authorities who consult in-house or contracted experts in their discretion, whereas in case of public health threats, the institutional crisis framework introduces the CCAES. The CCAES represents a key actor for expertise in the assessment risk stage, but it lacks the institutional parameter of an agency. In theory, the CCAES assumes leadership of risk assessment in the system and the political bodies—the central and autonomous community authorities—represent the decision-makers. However, because the CCAES and its expertise is not protected, it is difficult to consider it an autonomous and independent body within the Ministry of Health. From an institutional point of view, the CCAES is an expert body, yet one that is an appendage of a political body and completely reliant on its will.

#### *4.2. The management of the Covid-19 crisis*

The Covid-19 crisis severely tested this politically-oriented institutional architecture. Spain has faced a severe health threat resulting in thousands of deaths and severe illness.<sup>89</sup> Beyond the sanitary emergency, Spain has also suffered an economic shock through the loss of jobs and business due to restrictions imposed by public

---

<sup>88</sup> For more information about the role and functions of the National Centre of Epidemiology of the Institute of Health Carlos III, see Articles 48-52 Law 16/2003.

<sup>89</sup> For all the official data of the Covid-19 pandemic in Spain, see the official website of the Ministry of Health: <https://www.mscbs.gob.es/en/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCoV-China/home.htm>.



Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

authorities to contain the virus.<sup>90</sup> The sanitary and economic crisis has also encompassed related challenges, such as education with the closing of schools and universities, or maintaining social relationships, with the prohibition of in-person meetings with family and friends. Spain has been forced, as have many countries, to apply drastic measures to manage the Covid-19 crisis. The Spanish human diseases risk framework has been under stress and its politically-oriented institutional architecture has hindered management of the Covid-19 crisis.

Indeed, the political orientation has actually received a boost during the crisis. The pivotal decision justifying all the measures taken—the constitutional umbrella that covers all the exceptional measures—was the ‘state of alarm’, as it is termed.<sup>91</sup> This constitutional measure is decreed by the government for a period of fifteen days following which the parliament may authorize its extension.<sup>92</sup> Thus, the political institutions are in charge of activating and extending this constitutional measure which has been used actively during the Covid-

---

<sup>90</sup> In the first trimester of 2020, the GDP shrank 5.2%. The loss of jobs was accused and in total approximately for and half millions of people lost their job or were affected in some way (with temporary layoffs or forced inactivity). See the Annual Report of the Spanish Central Bank of 2019, p. 23: [https://www.bde.es/bde/en/secciones/informes/Publicaciones\\_an/Informe\\_anual/](https://www.bde.es/bde/en/secciones/informes/Publicaciones_an/Informe_anual/). In the second trimester of 2020, the GDP shrank 18,5%, the worst quarter-on-quarter contraction to date. See the reports of the National Institute of Statistics: [https://www.ine.es/dyngs/INEbase/en/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736164439&menu=ultiDatos&idp=1254735576581](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/en/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736164439&menu=ultiDatos&idp=1254735576581).

<sup>91</sup> Article 116 of the Spanish Constitution. For a general approach about the multiple constitutional challenges that the state of alarm has generated in Spain, see G. Ruiz-Rico Ruiz, *Las dimensiones constitucionales de la crisis sanitaria en España. Dudas e incertidumbres presentes y futuras*, in *DPCE Online*, n° 43(2), 2020, pp. 1512-1519; V. Piergigli, *L'emergenza Covid-19 in Spagna e la dichiarazione dell'estado de alarma. Ripercussioni sul sistema istituzionale e sul regime dei diritti*, in *DPCE Online*, n° 43(2), 2020, pp. 1533-1563; D. Baldoni and S. Gherardi, *Due modelli costituzionali per governare l'emergenza. Italia e Spagna alla prova del Coronavirus*, in *DPCE Online*, n° 43(2), 2020, pp. 1591-1612.

<sup>92</sup> The state of alarm is declared by the government by means of a decree for a maximum period of fifteen days. The Congress of Deputies shall be informed and must meet immediately for this purpose. Without their authorization the said period may not be extended.

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

19 crisis.<sup>93</sup> There is no doubt that the activation of this clause should rest with political institutions. However, the state of alarm has exceptionally altered the human disease risk institutional framework. Indeed, under this constitutional measure, all the powers of the management of the crisis were assigned to the central government.<sup>94</sup> The co-governance of the risk analysis framework between the central government and the autonomous communities—with the Ministry of Health and the CCAES as key players on one side and the Interterritorial Council of Health on the other—shifted in favour of the centre. This balance was restored after the state of alarm was ended and management moved into a post-lockdown scenario.<sup>95</sup>

In this context, the central government emerged as the key actor in managing the Covid-19 crisis. The CCAES, located in the Ministry of Health, has provided the expertise for the central government which has taken the decisions. However, confusion between the CCAES and the government—especially the Ministry of Health—has been constant. For one thing, the CCAES has actively communicated with the government regarding the Covid-19 situation and the measures taken. The CCAES and its director, however, have not been given their own communicational space. All the press conferences and official communications have been issued together with the central government authorities, especially the Minister of Health, and in the offices of the Ministry.<sup>96</sup> At the same time, the CCAES has been communicating all its information online through the Ministry of Health website, representing another area where it again lacks its own

---

<sup>93</sup> The Spanish government declared the state of alarm the 14 March 2020 for a period of fifteen days (Royal Decree 463/2020, of 14 March). Subsequently, the parliament has extended the state of alarm six times, finalizing the state of alarm the 21 of June 2020.

<sup>94</sup> Article 4 Royal Decree 463/2020, of 14 March.

<sup>95</sup> The finalization of the state of alarm implied the return to the institutional normality and, therefore, to the normal distribution of competences between the central and regional governments.

<sup>96</sup> All the official statement and press conferences are in the official website of the Ministry of Health: <https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/videosPrensa.htm>.

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

communication space.<sup>97</sup> At the same time, the proper function of the CCAES, risk assessment, has been blurred because it does not issue conventional risk assessment reports such as the ECDC.<sup>98</sup> Instead, the CCAES has relied on official statements, press releases and video conferences, always issued together with the central government, to communicate the risk assessment.

These factors have led to the confusion of the CCAES with the central government. The CCAES has not been able to assert its own profile or identity. Thus, the risk assessment and management phases of the crisis response have been confused. It was difficult to distinguish between the CCAES expertise on risk assessment and the central government’s management of the crisis. In the end, the CCAES and the central government shared all the same communicative spaces, whether videoconferences, press releases, official communications, and website. Expertise and politics were blurred, as was the line separating the assessment and the management stages of crisis response. The central government’s emphasis on expertise, however, has been constant. In that regard, as a way of legitimation, the central government has always stressed that its measures are based on the available expertise.<sup>99</sup> In that line, the presence of the CCAES or its director in most of the official communications has signalled the government’s reliance on expertise.

The confusion between the CCAES and the government, and ultimately between experts with politicians, has started a fight for expertise. And worse yet, experts have lost credibility during the Covid-19 crisis. The opposition parties criticized the government’s measures, including the way the CCAES was created, and called for basing

---

<sup>97</sup> See the website dedicated to the Covid-19 crisis, located at the Ministry of Health master website: <https://www.msbs.gob.es/en/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCoV-China/home.htm>.

<sup>98</sup> The CCAES has issued risk assessment report in various cases until 2019 (see: <https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/analisisituacion/infoSituacion.htm>). However, for the Covid-19, the CCAES has opted for official statement, press releases and videoconferences, but not for writing down a proper risk assessment report.

<sup>99</sup> See the official statement issued by the President of the Government Pedro Sánchez: [https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Paginas/2020/09052020\\_fase1.aspx](https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Paginas/2020/09052020_fase1.aspx).

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

decisions based on more expertise.<sup>100</sup> The opposition even requested the removal of the director of the CCAES, whom they associated it with having a role in the government’s management of the crisis.<sup>101</sup> During the confusion, the government realized that limiting the CCAES to a role as an expertise provider was insufficient and announced the creation of a committee of experts.<sup>102</sup> The role of this committee has not been made clear and whether it has ever been consulted in the management of the crisis or any governmental measure is unknown.<sup>103</sup> One member of the committee even publicly complained that he was not consulted before the crucial decision of terminating the lockdown.<sup>104</sup>

Criticism of the government for taking decisions not based on expertise also came from the autonomous community governments. The sub-state entities were relegated in the management of the Covid-19 crisis leading some of them adopted a critical position against the central government.<sup>105</sup> What is more interesting is that the calls from the regional level for expertise centred on the lack of experts assisting the central government.<sup>106</sup> The CCAES seemed unable to legitimize the

---

<sup>100</sup> See [https://www.antena3.com/noticias/espana/la-oposicion-critica-la-falta-de-claridad-del-plan-del-gobierno-para-la-desescalada-por-el-coronavirus\\_202004285ea89081ae15870001574536.html](https://www.antena3.com/noticias/espana/la-oposicion-critica-la-falta-de-claridad-del-plan-del-gobierno-para-la-desescalada-por-el-coronavirus_202004285ea89081ae15870001574536.html).

<sup>101</sup> See <https://www.esdiario.com/447540172/Vox-rompe-un-tabu-y-pide-la-dimision-de-Fernando-Simon-por-no-dar-una.html>.

<sup>102</sup> See the official statement of the Spanish Government: <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Paginas/2020/210320comite.aspx>.

<sup>103</sup> Recently, the Spanish Government has recognized that this committee never existed outside the structure of the CCAES. See: <https://www.rtve.es/noticias/20200730/sanidad-reconoce-no-hubo-comite-expertos-para-desescalada-margen-del-equipo-fernando-simon/2034841.shtml>.

<sup>104</sup> See <https://www.publico.es/politica/miembro-del-comite-expertos-dice-gobierno-no-consulta-vuelta.html>.

<sup>105</sup> See, especially, the critiques from the Catalan regional Government: <https://www.ultimahora.es/noticias/nacional/2020/03/21/1150437/torra-internacionaliza-criticas-gobierno-por-covid-19.html>.

<sup>106</sup> See, from Catalonia, the critiques: <https://www.lavanguardia.com/politica/20200414/48501010791/budo-escriba-gobierno-govern-confinamiento-total-expertos.html>. In relation to the Autonomous Community of Madrid, the regional government contested the measures taken by the central government not allowing to advance to another phase of the deescalated lockdown based on the lack of technical expertise of those measures. See:

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

government’s decisions, precisely because the CCAES was also conceptualized as part of the central government from the autonomous communities’ perspective. Some autonomous communities ended up contracting their own experts which bolstered the polarization of the debate among experts.<sup>107</sup> In the end, the spectacle of experts debating in the press was constant, creating a clear impression that expertise authority lacked at both central and regional levels. The impression that credible expertise leadership is lacking has led to demands from some Spanish experts for an independent investigation and hearings about the Spanish government’s management of the Covid-19 crisis.<sup>108</sup>

The politically-oriented institutional architecture hinders the clarification between the analysis of the risk and the role of experts. The advantage of having politicians take the lead of risk management is clear, especially in the Covid-19 crisis, which entailed multiple risks and value judgments. There has been little criticism of the need to make political choices and value judgments. However, requests have clearly been made to integrate expertise into the overall management of the crisis or, to put it better, questions over the role of experts in the different phases of the crisis have become salient. The politically-oriented institutional architecture has not been useful in that regard. The CCAES does not constitute an agency and its experts are generally considered part of the government. The confusion between the CCAES and the government has affected the credibility of experts in the decision-making process. At the end, the weakness of the CCAES, the creation of dubious expert committees and the nomination of informal experts as advisors have all contributed to the confusion over the experts’ role in the Covid-19 crisis.

The “soft” regulatory state model, adopted at the EU level in the human health disease threat framework, may help in rethinking the Spanish model. The creation of a public health agency, one that possesses autonomy and independence and isolates expertise from

---

<https://www.lainformacion.com/espana/madrid/ayuso-madrid-desescalada-fase-politica-requisitos-informes-psoe-pp-coronavirus/6567780/>.

<sup>107</sup> For instance, the Catalan regional government nominated informal non-remunerated experts. See: [https://cronicaglobal.lespanol.com/politica/oriol-mitja-asesor-cataluna\\_335469\\_102.html](https://cronicaglobal.lespanol.com/politica/oriol-mitja-asesor-cataluna_335469_102.html).

<sup>108</sup> See: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)31713-X/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)31713-X/fulltext).



Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

politics, seems a clear path to clarify the role of experts in crises such as the one posed by Covid-19. Indeed, voices in Spain have called for such an agency.<sup>109</sup> However, the immediate response of the central government has been creating a State Secretary, a political structure that is housed inside the Ministry of Health is only separated by one rank from the Minister.<sup>110</sup> Meanwhile, the CCAES, despite the soundness of its expertise, has been superseded and its institutional features do not afford separation of its expertise from the government. The Covid-19 crisis in Spain has revealed deficiencies in the country’s risk analysis framework, especially in the separation between risk assessment and management, and the primary cause is deficient institutional design—the lack of an agency—that separates experts from the political bodies.

### 5. Conclusions

The Covid-19 crisis has been a challenge for all risk analysis institutional frameworks. The multiple risk scenario characteristic of pandemics constitutes a severe resistance test for any decision-making processes around the world. Governments are facing a health crisis with multiple derivative effects—economic, social, and cultural—for citizens. Clearly, a more consolidated institutional system could improve crisis response. More than ever, institutional studies are needed to analyze the performance of institutions and decision-makers during the Covid-19 crisis. The improvement of systems for governance with managing polyvalent crises such as Covid-19 is also an urgent need. This article provides an initial approximation to compare the EU and the Spanish perspectives.

---

<sup>109</sup> See: <https://elpais.com/sociedad/2020-05-16/los-17-sistemas-sanitarios-necesitan-un-mecanismo-que-los-unifique.html>. In that regard, there have been voices at the political level to create this agency. See: <http://isanidad.com/167073/psoe-y-ciudadanos-acuerdan-crear-una-agencia-nacional-de-salud-publica-una-peticion-inicial-del-pp/>.

<sup>110</sup> See Royal Decree 722/2020, of 31 July. Before the Covid-19 crisis, the Ministry of Health lacked a Secretary of State, only had several general directorates without the superior rank of secretaries of state, such as the General Directorate of Public Health.

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

Indeed, one of the key debates over the management of the pandemic has been the relationship between politics and expertise and, consequently, accountability for the decisions made. The EU approach represents an interesting proposal in this debate. On the one hand, the EU has adopted a consensual international model for risk analysis that separates risk assessment, risk management and risk communication. Experts are determinant and are to be integrated in all the framework, especially at the risk assessment stage. On the other hand, the EU has opted for two different versions of the regulatory state—the “hard” and “soft” models— depending on the area in question. First, the “hard” regulatory state has been chosen for areas, such as financial regulation, energy, or telecommunications, where powerful agencies are in charge of risk analysis. The “soft” regulatory state was chosen for areas, including most of the public health risk areas such as human diseases, in which consultative agencies provide expertise but political organs remain the decision-makers. The EU combines these two versions of the regulatory state depending on the nature of the activity in question, whether it concerns predominantly private-market or public interest values. The level of scientific certainty in the field is also a crucial factor in choosing between a more “hard” or “soft” regulatory state model.

In any case, the “soft” regulatory state model presents enormous advantages. It leaves the decision-making in the hands of politically legitimate authorities. When the scientific knowledge is ambiguous, multiple public interests are at issue and, ultimate, value judgments are necessary, democratic legitimacy is needed. However, expertise is integrated into each phase of the policymaking process through agencies. The institutional design of agencies protects experts and shields them from political institutions. In the case of human health threats, the EU institutional approach responds to the “soft” regulatory state model. Thus, it first separates the risks analysis stages by assigning the risk assessment to the ECDC and the management and communication to the Commission and Member States. Secondly, an agency—the ECDC—isolates and protects expertise. Throughout the Covid-19 crisis, all the actors have acted in accordance with their role.

The Spanish institutional architecture, however, presents clear shortfalls. The public health risk institutional architecture is politically-oriented and is out of alignment with the “soft” regulatory state model. In the case of human health threats, the system relies on political

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

institutions—the central and autonomous community governments—and expertise is provided by an administrative body—the CCAES—which is not an agency. The system does separate risk assessment and risk management, but the experts lack autonomy and independence. The CCAES does not have any of the advantages of an agency, such as secure tenure for its director or the board, and this makes distinguishing the CCAES from the governmental action difficult. The Covid-19 crisis has vividly revealed these institutional shortfalls and put the role of expertise into an uncomfortable spotlight. The CCAES has been confused with the government, opening it to political crossfire that diminished its reputation and, in turn, the authority of its expertise in the decision-making process. In the end, the Covid-19 crisis exploded in a major conflict between experts in Spain—between the CCAES, *ad hoc* committees, informal experts nominated by governments and experts quarreling in the media—which has damaged the credibility of experts and, in the end, hindered measures taken to fight the pandemic.

The Spanish experience in managing the Covid-19 crisis reveals the shortfalls of its old-fashioned institutional design, which remains largely reflective of the social state model. The Spanish institutional system was not sufficiently prepared to integrate experts in the decision-making process which impeded the proper response to the Covid-19 crisis. The “soft” regulatory state seems an adequate intermediate option lying between the “hard” regulatory state model and a purer social state model. It offers protection of expertise through a consultative agency and integrates experts in the decision-making process without taking away from political organs the primary responsibility for, and, therefore, the democratic legitimacy of the decisions taken. In other words, and using an old expression, the experts are on tap, but not on top.

\*\*\*

**ABSTRACT:** The Covid-19 crisis has rekindled the long-standing debate over the role of experts in policymaking. The pandemic is testing institutional frameworks throughout the world. This article explores the debate from an institutional perspective focusing on the EU and Spain. It analyses the EU’s common risk regulatory framework

Joan Solanes Mullor  
*Covid-19, a “Soft” Regulatory state approach  
and the Spanish Experience*

and then the institutional choices made to accommodate it. More specifically, the article explores the institutional proposal of the EU to address threats to human health, that is, its “soft” regulatory stance combining politics and expertise through consultative agencies. Then, the article analyses the Spanish management of the Covid-19 crisis and highlighting shortfalls of institutional design. In particular, the absence of an agency with reliable expertise, especially at the risk assessment stage, proved to be a disadvantage for crisis management in Spain because it opened space for intense crossfire and delegitimization. The contrast between the EU’s proposal and the Spanish experience managing the Covid-19 crisis shows that the “soft” regulatory model may be a suitable option for the design of institutional frameworks to address health threats.

**KEYWORDS:** Covid-19 crisis – risk analysis – regulatory state – agencies – expertise

**Joan Solanes Mullor** – Lecturer of Constitutional Law at the Department of Law of Pompeu Fabra University, Barcelona ([joan.solanes@upf.edu](mailto:joan.solanes@upf.edu))

**La cittadinanza di Schrödinger.**  
**Recensione a D. Kochenov, *Cittadinanza. La promessa di***  
***un alchimista*, Il Mulino, Bologna, 2020 \***

*Omar Makimov Pallotta*

1. Che lo Stato possa fare tranquillamente a meno della cittadinanza, in quanto elemento non essenziale del medesimo, fu sostenuto da Hans Kelsen, il quale, nella sua *General Theory of Law and State*, inserisce nella sezione dedicata al popolo un sottoparagrafo finale intitolato “la cittadinanza è un istituto necessario?”. La risposta è negativa, in quanto – ritiene il giurista praghese – «l’esistenza di uno Stato dipende dall’esistenza di individui i quali sono soggetti al suo ordinamento giuridico, ma non dall’esistenza di “cittadini”». Perché, allora, plasmare un simile concetto? Perché concedere o negare uno status che sancisca l’appartenenza ad una comunità se ciò non è essenziale ai fini della permanenza dell’ente sovrano? A queste domande tenta di dare risposta Dimitry Kochenov nella sua ultima fatica dal titolo *Cittadinanza. La promessa di un alchimista* (Il Mulino, 2020), traduzione italiana dell’opera originale in lingua inglese già negli scaffali delle librerie da fine 2019. Il lavoro si distingue dai recenti contributi sul tema per il metodo utilizzato dall’autore; nel volume, infatti, «la cittadinanza è valutata criticamente, analizzata attraverso una lente globale e con metodo empirico, e non attraverso un approccio monostatale e puramente normativo, che è cieco di fronte ai danni che il concetto è stato progettato per infliggere» (p. 202). Proprio la non convenzionalità metodologica dona al lavoro del docente di Groningen il non comune carattere dell’imprescindibilità: le tesi esposte nell’agile volume, seppur non sempre condivisibili, forniscono un apporto cardinale ai citizenship studies; questi ultimi, d’altronde, si caratterizzano oggi per l’incessante ricerca – peraltro non sempre fruttuosa – di affidabili strumenti interpretativi della cittadinanza e dei fenomeni che la mettono in crisi (o che, al contrario, la rafforzano):

---

\* L’articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.



Omar Makimov Pallotta

*La cittadinanza di Schrödinger. Recensione a D. Kochenov, Cittadinanza. La promessa di un alchimista, Il Mulino, Bologna, 2020*

dalle migrazioni ai populismi, passando per i processi di integrazione sovranazionale<sup>1</sup>. Le provocatorie riflessioni di Kochenov sono tutte orientate a fornire chiavi di lettura alternative del concetto preso in esame e, proprio per questo, si prestano per loro natura ad alimentare il già vivace dibattito sul tema. Se la definizione di cittadinanza quale «status di piena appartenenza ad una comunità» (p. 13) trova la condivisione di pressoché tutta la comunità scientifica, non accade la stessa cosa in relazione alla funzione che è propria della cittadinanza: l'autore, infatti, intravede un vero e proprio progetto dietro all'elaborazione dello status: la cittadinanza nasce al preciso scopo di infliggere danni; un «istituto giuridico privo di importanza» ai fini dell'esistenza dell'ente-Stato, per tornare a Kelsen, che tuttavia è stato forgiato e sopravvive semplicemente in quanto utile. Una posizione audace, quella di Kochenov, che ha il preciso obiettivo di sconfessare «il racconto classico della cittadinanza», che si risolve in «un'ode alla mitezza e alla sottomissione» (p. 173). Non si può, d'altronde, che convenire con l'autore, laddove mette il lettore in guardia dalla stantia retorica per la quale «tutte le cittadinanze conferirebbero allo stesso tempo dignità e sarebbero ugualmente dignitose» (p. 48); solitamente – ammonisce Kochenov – questo punto di vista è proprio dei titolari delle c.d. supercittadinanze, ossia gli status riconosciuti dai Paesi più sviluppati; «la cittadinanza», al contrario, «appare radicalmente diversa a seconda che la si guardi dall'interno delle roccaforti dei Paesi più ricchi o dalla prospettiva delle altre parti del mondo» (p. 45).

2. L'ingannevole concezione “neutrale” della cittadinanza si fonda su quello che l'autore definisce «il mantra dell'uguaglianza sovrana degli Stati» (p. 20). Per Kochenov, il riconoscimento (così

---

<sup>1</sup> Tra i più recenti contributi pubblicati in tema di migrazioni e cittadinanza, vedasi S. Salomon, *Citizenship and unauthorised migration: a dialectical relationship*, in *Modern Law Review*, 3/2020, p. 1ss. A proposito del rapporto tra cittadinanza e populismo (ma con ampio spazio dedicato altresì alle questioni migratorie), si veda J. Shaw, *The people in question: Citizens and constitutions in uncertain times*, Bristol, 2020. Sullo status di cittadinanza alla prova delle integrazioni sovranazionali (e, dunque, sui relativi concetti di cittadinanza multilivello, sovranazionale e financo cosmopolita) si rinvia, per una visione d'insieme, ai numerosi contributi contenuti in A. Shachar, R. Bauböck, I. Bloemraad, M. Vink (eds.), *The Oxford Handbook of Citizenship*, Oxford, 2017.

Omar Makimov Pallotta

*La cittadinanza di Schrödinger. Recensione a D. Kochenov, Cittadinanza. La promessa di un alchimista, Il Mulino, Bologna, 2020*

come la negazione) della cittadinanza è un atto di sovranità interna, esercizio di potere pubblico, espressione della supremazia dello Stato sulla collettività che insiste sul suo territorio. Il fatto che vi siano talune realtà che escludono determinati gruppi sociali dall'accesso allo status e talaltre che invece li includono è prova dell'esistenza di una "diseguaglianza sovrana" fra Stati. Se è «una scelta normativa a rendere possibile la cittadinanza», la definizione dei suoi confini «non è mai neutrale» (pp. 25-26). Entra in gioco, a questo punto, un elemento chiave dal quale ogni studio sul tema non può prescindere: la discrezionalità politica del legislatore. Quest'ultimo – a patto che si muova entro i confini della ragionevolezza, ovvero che non compia scelte arbitrarie – è libero di decidere chi porre al di là e al di qua del recinto che delimita l'area degli "appartenenti"<sup>2</sup>; si tratta di un'opzione che trova spesso il suo fondamento nell'ideologia o, più prosaicamente, nella contingenza politica. L'esperienza insegna che gli Stati, a seconda della loro "forma" più o meno autoritaria (e, dunque, del grado di tolleranza nei riguardi delle minoranze), tendono ad allargare o a restringere le maglie della cittadinanza<sup>3</sup>. Quest'ultima è, dunque, null'altro se non uno «splendido strumento di governance» (p. 201) nelle mani delle autorità costituite, le quali – comprensibilmente – giammai se ne priverebbero. Per suo tramite, infatti, le maggioranze che governano i Paesi del mondo riescono a perpetrare quella che Kochenov definisce la «casualità dell'esclusione» (p. 35). Se, tuttavia, la decisione rispetto a chi "appartiene" o meno si risolve nell'esercizio di un potere discrezionale, ne consegue che il riconoscimento della cittadinanza non può mai essere frutto del caso. Ciononostante, l'autore insiste più volte su quella che chiama «casualità della distribuzione

---

<sup>2</sup> Si noti che linea di confine che separa cittadini da non-cittadini è anche quella che separa l'ambito di operatività del principio di uguaglianza dall'area entro la quale il principio non opera, che è quella ove rimangono coloro che non hanno accesso allo status. Vedasi p. 26: «La cittadinanza rafforza in maniera retorica l'egualitarismo, adottandolo come punto di partenza e, allo stesso tempo, lo rende inaccessibile, in pratica, relegandolo entro i confini della cittadinanza stessa».

<sup>3</sup> Nonché a riconoscere in maniera più o meno generosa una serie di situazioni giuridiche soggettive che tipicamente discendono dalla cittadinanza, come, ad esempio, il diritto di lasciare il proprio Paese. Vedasi p. 127: «Il diritto di lasciare un Paese non è ancora riconosciuto da un pugno di nazioni che conservano l'atteggiamento sovietico verso i diritti e le libertà, come il Turkmenistan, la Corea del Nord, Cuba e qualche altra dittatura».

Omar Makimov Pallotta

*La cittadinanza di Schrödinger. Recensione a D. Kochenov, Cittadinanza. La promessa di un alchimista, Il Mulino, Bologna, 2020*

dello status» (p. 175). Certamente, se ci si pone dalla prospettiva dell'individuo che "subisce" l'attribuzione della cittadinanza al momento della nascita, l'azione di rivendica da parte dello Stato potrebbe apparire casuale, ma solo in quanto totalmente «indipendente dai (...) pensieri, talenti, sentimenti e azioni [del beneficiario dello status]» (pp. 94, 96): il fatto che una persona sia "sulla carta" di cittadinanza pakistana – pur sentendosi intimamente italiana<sup>4</sup> – può essere considerato frutto del caso solo nei limiti in cui si consideri casuale qualsiasi atto autoritativo i cui effetti non dipendano da una volizione che promani dai destinatari dell'atto stesso. A ben guardare, tuttavia, l'esclusione e l'inclusione dal "recinto degli appartenenti" sono tutto fuorché casuali<sup>5</sup>. Se ci si pone, infatti, dalla prospettiva dell'autorità costituita, la decisione con la quale si traccia la linea che separa cittadini e non-cittadini è, come si è accennato, discrezionale, ovvero libera purché conforme, nella forma e nella sostanza, ai precetti costituzionali. Non si tratta – questo è certo – di una decisione casuale. D'altra parte, non possono escludersi a priori decisioni arbitrarie in materia di cittadinanza; un conto, tuttavia, è l'arbitrio, altro conto è il caso: la normativa arbitraria rimarrà efficace fintantoché essa non verrà espunta dall'ordinamento giuridico per mano di una Corte costituzionale che ne rileverà l'irragionevolezza. Ciò, tuttavia, non toglie che una decisione in materia di cittadinanza di natura legislativa non può in alcun caso essere considerata casuale solo perché essa non tiene conto di elementi soggettivi (sentimenti, pensieri, talenti etc.) relativi ai potenziali destinatari o perché questi ultimi non possono esercitare una «libera scelta» (p. 54) circa la propria appartenenza ad una comunità. Diverso è dire, invece, come fa l'autore, che l'esercizio di un simile potere rende la cittadinanza «totalitaria» (p. 40), in quanto traducendosi in uno status "calato dall'alto" e che non ammette, nella maggioranza dei casi, discussione o contestazione di sorta.

---

<sup>4</sup> Secondo l'A., «appare (...) fuori luogo cercare di definire la cittadinanza attraverso l'affinità di tipo linguistico-culturale con una nazione: qualunque sia la tua identità, la cittadinanza può [essere] – e spesso sarà – negata dalla legge. Il contrario è ugualmente vero: chiunque abbia uno status di cittadino senza vantare l'identità prevista rimane un cittadino». Vedasi p. 32.

<sup>5</sup> Il che, si badi, è diverso dal dire che «l'assegnazione delle cittadinanze nel mondo avviene secondo una logica chiara». Vedasi p. 62.

Omar Makimov Pallotta

*La cittadinanza di Schrödinger. Recensione a D. Kochenov, Cittadinanza. La promessa di un alchimista, Il Mulino, Bologna, 2020*

3. Dopo aver dedicato ampio spazio ai caratteri essenziali che contraddistinguono la cittadinanza, che per Kochenov, oltre ad essere totalitaria e distribuita in maniera del tutto casuale, è anche razzista<sup>6</sup>, sessista e maschilista<sup>7</sup>, l'autore sposta la sua attenzione verso le situazioni giuridiche soggettive – diritti e doveri – che notoriamente discendono dal riconoscimento della medesima. Quanto ai primi, vengono evidenziate due tendenze riscontrabili «in tutto il mondo»: da un lato, quella a «proteggere i non-cittadini ricorrendo ai diritti umani e producendo così cittadini de facto» e, dall'altro lato, quella ad «estende[re] il territorio dei diritti oltre lo spazio dello Stato che ha conferito la cittadinanza» (p. 117). Tendenze, queste, che testimoniano l'obsolescenza del tradizionale concetto di cittadinanza e che sono capaci di imprimere a quest'ultimo una torsione potenzialmente letale. Se, però, il trionfo dell'ideologia dei diritti umani ha permesso la graduale estensione dei diritti civili<sup>8</sup> e sociali<sup>9</sup> anche ai non-cittadini, non è accaduto lo stesso in relazione ai diritti politici, i quali, almeno in termini generali, rimangono tuttora appannaggio dei soli titolari dello status formale. Anche in relazione alla partecipazione politica, Kochenov individua due tendenze generali: da un lato, la graduale apertura alle naturalizzazioni di minoranze di residenti e, dunque, il riconoscimento in favore di costoro dei diritti politici per lungo tempo

---

<sup>6</sup> Il razzismo della cittadinanza è dimostrato ricorrendo al caso degli status «di seconda classe» riservati agli ex coloni dalle rispettive madrepatrie: cittadinanze che, secondo Kochenov, «sono un peso, più che veri e propri pacchetti di diritti». La ragione dell'inferiore qualità di questi status è da rinvenire nel «colore della pelle di coloro che non sono benvenuti». Vedasi pp. 80-81.

<sup>7</sup> Vedasi p. 75: «L'approccio classico della legislazione e delle politiche di cittadinanza nel mondo era sempre quello secondo cui le donne non erano in grado di produrre un nuovo cittadino (...). Inoltre, una volta sposato uno straniero, la donna perdeva la propria cittadinanza originaria e doveva prendere quella del marito». Per Kochenov, tuttora «è rimasta l'idea che una donna non è una vera cittadina» (p. 76).

<sup>8</sup> In verità, lo stesso A. evidenzia come «l'esercizio dei diritti civili è indipendente dalla qualità di cittadino» (p. 128), giungendo ad affermare che «il possesso dello status non è più (e per Ferrajoli non lo è mai stato) indispensabile per il godimento della maggior parte dei diritti fondamentali» (p. 132). Cfr. L. Ferrajoli, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. Zolo (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, 1994, p. 264ss.

<sup>9</sup> L'accesso ai diritti sociali è solitamente riservato «senza discriminazione, ai cittadini e agli stranieri stabili, quelli di solito che godono di una residenza permanente» (p. 128).

Omar Makimov Pallotta

*La cittadinanza di Schrödinger. Recensione a D. Kochenov, Cittadinanza. La promessa di un alchimista, Il Mulino, Bologna, 2020*

negati; dall'altro lato, un tangibile impegno affinché «un numero sempre maggiore di coloro che possiedono lo status formale di cittadinanza [possa] effettivamente avvalersi dei diritti politici» (p. 177). Quest'ultimo trend si accompagna al fenomeno in base al quale «i beneficiari dei diritti politici sono sempre più spesso quei cittadini che hanno scelto di lasciare la comunità territoriale dove si esercita l'autogoverno e di risiedere altrove» (p. 171): ciò determina, secondo l'autore, un graduale distacco del corpo politico dalla territorialità; e se la territorialità (assieme alla residenza) non è più essenziale ai fini del godimento dei diritti politici, vien da sé che è tuttora la cittadinanza ad essere cruciale allorché viene in rilievo la partecipazione alla vita politica della comunità. Da ultimo, Kochenov si sofferma sulla problematica dei doveri di cittadinanza, i quali, si legge nel testo, a differenza dei diritti «hanno bisogno di avere un chiaro fondamento giuridico» (p. 139)<sup>10</sup>; essi, sostiene l'autore, consistono nella maggior parte dei casi in «proclami non vincolanti» o «semplici desiderata» (p. 140); statuizioni meramente dichiarative che «servono a rafforzare ulteriormente il mito della dignità della cittadinanza» (p. 146). Resta fermo, in ogni caso, che «un'autorità [possa] rivendicare doveri da coloro che hanno uno status sotto il suo controllo» e che, specularmente, «i cittadini abbiano doveri nei confronti di quegli Stati che scelgono di rivendicar[li]» (p. 143). Sono due, secondo Kochenov, le funzioni principali dei doveri di cittadinanza: da una parte, essi servono a «conformare i cittadini», a «riprodurre l'obbedienza e il necessario sradicamento dell'individualità e del dissenso» (pp. 149-150); dall'altra parte, essi valgono a «giustificare la discriminazione e la mancata estensione dei diritti di cittadinanza a tutti» (pp. 156-157). Insomma, situazioni giuridiche soggettive che rimangono quasi sempre sulla carta (costituzionale), ma che, per il sol fatto di essere ivi cristallizzate, contribuiscono a rendere la cittadinanza lo «strumento di governabilità» (p. 158) per eccellenza nelle mani degli Stati. Tuttavia, avverte l'autore, anche i doveri di cittadinanza sembrano da ultimo ritrarsi di fronte all'avanzata dell'ideologia dei diritti umani e della pratica del cumulo delle nazionalità: viviamo nel pieno della «terza

---

<sup>10</sup> Secondo l'A., «I diritti non necessariamente devono essere espressamente menzionati nella legge». Non si tratta, dunque, di una questione di «fondamento giuridico», come pure si legge nel testo, quanto piuttosto di «positivizzazione».



Omar Makimov Pallotta

*La cittadinanza di Schrödinger. Recensione a D. Kochenov, Cittadinanza. La promessa di un alchimista, Il Mulino, Bologna, 2020*

rivoluzione dei doveri», che «riguarda proprio la progressione di un atteggiamento tollerante degli Stati nei confronti dei propri cittadini grazie all'ascesa della cultura liberale» (p. 161); insomma, gli Stati sembrerebbero "piegarsi" alla forza persuasiva dei valori del pluralismo e della tolleranza<sup>11</sup>, abbracciando l'idea di una «cittadinanza multiculturale» (p. 162)<sup>12</sup> e rinunciando una volta per tutte al paternalistico perseguimento della «buona cittadinanza», che per Kochenov altro non è se non l'attiva accondiscendenza del cittadino<sup>13</sup>.

4. L'analisi di Kochenov, dalla quale la cittadinanza ne esce fortemente ridimensionata e desacralizzata, si conclude con una constatazione: lo status preso in esame, nonostante le innumerevoli criticità, occupa ancora «un ruolo centrale nel mondo contemporaneo, che è ancora il mondo degli Stati» (p. 201) e continuerà ad occuparlo fintantoché non verrà trovata una valida alternativa di organizzazione

---

<sup>11</sup> Si segnala, tuttavia, che secondo il Democracy report 2020 del V-Dem Institute dell'Università di Gothenburg, i processi di "autocratizzazione" stanno accelerando in tutto il mondo, al punto che in ben 92 Paesi (abitati dal 54% della popolazione globale) si riscontrano oggi forme di Stato autocratiche. Aumentano, al contempo, le mobilitazioni di massa volte a chiedere il ripristino o il rispetto delle regole democratiche. Il report è consultabile sul sito [www.v-dem.net](http://www.v-dem.net).

<sup>12</sup> Sulle sfide che il multiculturalismo e la cittadinanza multiculturale si trovano ad affrontare negli ultimi tempi, con particolare riguardo all'atteggiamento degli Stati dinanzi all'afflusso di migranti di religione musulmana, v. W. Kymlicka, *The rise and fall of multiculturalism? New debates on inclusion and accomodation in diverse societies* (2009), in *International Social Science Journal*, 227-228/2019, p. 143; v. anche C. Joppke, *The retreat is real – but what is the alternative? Multiculturalism, muscular liberalism and Islam*, in *Constellations*, 2/2014, p. 286. Sul rapporto tra cittadinanza e multiculturalismo, si veda G. Azzariti, *Cittadinanza e multiculturalismo: immagini riflesse e giudizio politico*, in *Diritto pubblico*, 1/2008, p. 185.

<sup>13</sup> Vedasi p. 153: «Un buon cittadino è quindi attivamente accondiscendente: uno scout Aquila, un leader della Hitler Jugend, un sorvegliante della morale pubblica in Iran». Una critica alla teoria di Kochenov sui doveri di cittadinanza si rinviene in R. Bellamy, *A duty-free Europe? What's wrong with Kochenov's account of EU citizenship rights*, in *European Law Journal*, 4/2015, p. 558, p. 561: «A duty to belong to and support some form of political community becomes an obligation of justice because such an arrangement is constitutive of the very possibility of a just scheme of rights. Without it, rights will not only not be upheld but also would not even exist because there will be constant disagreement as to which rights we have».

Omar Makimov Pallotta

*La cittadinanza di Schrödinger. Recensione a D. Kochenov, Cittadinanza. La promessa di un alchimista, Il Mulino, Bologna, 2020*

della società<sup>14</sup>. Ciò in quanto non esiste strumento più efficace nelle mani delle singole Nazioni per controllare il grado di omogeneità – e, dunque, di governabilità – della comunità destinataria degli atti autoritativi. Allo stesso tempo, tuttavia, la cittadinanza deve fare i conti con un «mondo contemporaneo fatto di ragioni condivise su scala globale, come per esempio il valore degli esseri umani, l'agency e l'equità» (p. 203). Un simile contesto operativo, che potremmo connotare quale “liberale”, mal si sposa con un concetto che – come l'autore tenta di spiegare – è intimamente totalitario: «il nostro mondo (...) non è, quindi, il fondamento ideale per la cittadinanza classica» (ibid.). In definitiva, il saggio di Kochenov conduce ad un approdo paradossale: la cittadinanza è nello stesso tempo viva e morta; non può morire perché indissolubilmente legata al destino dello Stato nazionale quale irrinunciabile forma di organizzazione della società; non può vivere perché in netto contrasto con i valori liberali predicati e salvaguardati dalla stessa comunità internazionale. L'autore, conscio di ciò, si limita a constatare che la cittadinanza «non “migliora”» (p. 206), resta quella che è: dunque, o la si mantiene in vita o la si abolisce. Il suo destino è di fatto legato alla sua utilità: cessata questa, il malandato piroscifo Cittadinanza verrà definitivamente silurato e lasciato naufragare. Quel momento, tuttavia, sembra essere ancora lontano.

\*\*\*

**Omar Makimov Pallotta** – Dottorando di ricerca in Global studies. Justice, rights, politics, Università degli Studi di Macerata ([pallottaomar@gmail.com](mailto:pallottaomar@gmail.com))

---

<sup>14</sup> Il dibattito sul declino (o sul rinvigorismento) dello Stato nazionale di fronte ai processi di globalizzazione è stato sempre particolarmente acceso. Con riguardo al mondo accademico italiano, v. *ex multis* G. Silvestri, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4/2013, p. 905, p. 909, ove l'A. mette in guardia da velleità di dare vita ad «un'autorità di governo mondiale, in grado di dare veste politica unitaria ai poteri che vengono esercitati nello spazio globale»; infatti, non potendosi individuare una «possibile “costituzione mondiale” (...), un governo globale (...) “sarebbe necessariamente un Leviatano dispotico e totalitario”» (qui riprendendo le parole di Carlo Focarelli).

## REGOLAMENTO SULL'INVIO E LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA DEI CONTRIBUTI DESTINATI ALLA “RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI”

1. La *Rivista di diritti comparati* pubblica, con cadenza quadrimestrale, articoli sottoposti a procedura di valutazione scientifica (*peer review*), al fine di verificarne la compatibilità con i requisiti di scientificità e di trasparenza, nel rispetto del pluralismo metodologico.
2. Gli articoli devono pervenire in formato word all'indirizzo e-mail di uno dei direttori della Rivista e devono essere redatti secondo quanto prescritto dalle “Norme editoriali”.
3. Gli articoli devono essere inediti e non destinati ad altra sede di pubblicazione. Non costituisce ostacolo all'accettazione la precedente pubblicazione del contributo in *Diritti comparati – Working Papers*.
4. I direttori della Rivista redigono e curano l'aggiornamento di un elenco di revisori, selezionati tra professori e ricercatori italiani e stranieri del settore delle scienze giuridiche. I contributi in lingua diversa dall'italiano vengono assegnati in valutazione a revisori con specifiche conoscenze linguistiche.
5. Ogni articolo viene valutato preliminarmente dai direttori, al fine di verificarne la compatibilità e l'interesse con gli ambiti scientifici di interesse della Rivista, come descritti in sede di presentazione.
6. All'esito positivo del vaglio preliminare, gli articoli sono inviati a due revisori selezionati dall'elenco di cui al punto 4. I contributi vengono valutati nel rispetto del meccanismo *double blind*. I revisori redigono una scheda di commento dell'articolo, evidenziandone pregi e difetti riferiti unicamente alla qualità scientifica e formulando proposte di revisione o consigliando di non pubblicare l'articolo. In caso di radicale difformità di giudizio dei due valutatori la Direzione procede ad una valutazione comparativa e assume le opportune determinazioni.
7. Non sono sottoposti a referaggio i contributi richiesti dalla direzione, quelli provenienti dai membri del comitato scientifico della Rivista o per le ragioni di cui si dà espressa indicazione all'inizio dei singoli contributi. I contributi destinati alla sezione Recensioni sono sottoposti a un singolo referaggio cieco.
8. L'autore riceve la scheda redatta dal revisore al fine di adeguarsi alle proposte formulate o di motivare circa il mancato adeguamento. L'articolo viene pubblicato se i direttori ritengono soddisfatte le richieste di revisione formulate dai revisori.
9. La documentazione relativa al referaggio è conservata dalla redazione per tre anni. L'elenco dei revisori effettivamente coinvolti nell'attività di valutazione scientifica viene reso noto in un'apposita sezione della *Rivista* ogni due anni.
10. A discrezione della Direzione, i contributi di Autori di particolare autorevolezza possono essere avviati alla pubblicazione senza essere sottoposti alla procedura di valutazione. Di tale procedura è data menzione in nota al contributo stesso

## LINEE GUIDA ETICHE

La **Rivista di diritti comparati** intende garantire la qualità dei contributi scientifici ivi pubblicati. A questo scopo, la direzione, i valutatori e gli autori devono agire nel rispetto degli standard internazionali editoriali di carattere etico.

**Autori:** in sede di invio di un contributo, gli autori sono tenuti a fornire ogni informazione richiesta in base alla policy relativa alle submissions. Fornire informazioni fraudolente o dolosamente false o inesatte costituisce un comportamento contrario a etica. Gli autori garantiscono che i contributi costituiscono interamente opere originali, dando adeguatamente conto dei casi in cui il lavoro o i lavori di terzi sia/siano stati utilizzati. Qualsiasi forma di plagio deve ritenersi inaccettabile. Costituisce parimenti una condotta contraria a etica, oltre che una violazione della policy relativa alle submissions, l'invio concomitante dello stesso manoscritto ad altre riviste. Eventuali co-autori devono essere al corrente della submission e approvare la versione finale del contributo prima della sua pubblicazione. Le rassegne di dottrina e giurisprudenza devono dare esaurientemente e accuratamente conto dello stato dell'arte.

**Direzione:** la direzione si impegna a effettuare la selezione dei contributi esclusivamente in base al relativo valore scientifico. I membri della direzione non potranno fare uso di alcuna delle informazioni acquisite per effetto del loro ruolo in assenza di un'esplicita autorizzazione da parte dell'autore o degli autori. La direzione è tenuta ad attivarsi prontamente nel caso qualsiasi questione etica sia portata alla sua attenzione o emerga in relazione a un contributo inviato per la valutazione ovvero pubblicato.

**Valutatori:** i contributi sottoposti a valutazione costituiscono documentazione a carattere confidenziale per l'intera durata del processo. Le informazioni o idee acquisite confidenzialmente dai valutatori per effetto del processo di revisione non possono pertanto essere utilizzate per conseguire un vantaggio personale. Le valutazioni devono essere effettuate con profondità di analisi, fornendo commenti e suggerimenti che consentano agli autori di migliorare la qualità delle loro ricerche e dei rispettivi contributi. I revisori dovranno astenersi dal prendere in carico la valutazione di contributi relativi ad argomenti o questioni con i quali sono privi di familiarità e dovranno rispettare la tempistica del processo di valutazione. I revisori dovranno informare la direzione ed evitare di procedere alla valutazione nel caso di conflitto di interessi, derivante per esempio dall'esistenza di perduranti rapporti professionali con l'autore o la relativa istituzione accademica di affiliazione.