



Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

Gli Speciali

Novembre 2021

Il ruolo del giudizio negli ordinamenti sovranazionali

The Role of Judgment within Supranational Orders

ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI

Gli Speciali

Diretti da CLAUDIO ZANGHÌ, LINA PANELLA, CARLO CURTI GIALDINO

ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI

Gli Speciali

Diretti da CLAUDIO ZANGHÌ, LINA PANELLA, CARLO CURTI GIALDINO

COMITATO SCIENTIFICO

Rafâa Ben Achour – Anthony Arnull – Jean-Cristophe Barbato – Maria Caterina Baruffi – Andrea Biondi – Isabelle Bosse-Platière – Mouloud Boumghar – Laurence Burgogue-Larsen – Antonio Remiro Brotons – Ruggiero Cafari Panico – Giandonato Caggiano – Mario Pio Calogero – Andrea Cannone – Ida Caracciolo – Giovanni Cellamare – Consuelo Ramón Chornet – Gianluca Contaldi – Marcello Di Filippo – Zlata Drnas Clement – Jean-Paul Costa – Emmanuel Decaux – Kerstin Von der Decken – Alejandro del Valle Gálvez – Angela Del Vecchio – Angela Di Stasi – Carlos Villan Duran – Osman El Hajjié – Juan Manuel Faramiñan Gilbert – Pablo Antonio Fernandez Sanchez – Paolo Fois – Olivier de Frouville – Sergio García Ramírez – Pietro Gargiulo – Giancarlo Guarino – Hajer Gueldich – Luis Miguel Hinojosa-Martínez – Paola Ivaldi – Slim Laghmani – Jaime Ferrer Lloret – Alessio Lo Giudice – Sergio Marchisio – Magdalena María Martín Martínez – Paolo Mengozzi – Claudia Morviducci – Bruno Nascimbene – Massimo Panebianco – Nicoletta Parisi – Piero Pannetta – Béatriz Pérez De La Heras – Stelios Perrakis – Yves Petit – Carlos Jimenez Piernas – Pietro Pustorino – Guido Raimondi – Fabián Salvioli – Tullio Scovazzi – Lucia Serena Rossi – Antonio Ruggeri – Francesco Seatzu – Attila Tanzi – Paul Tavernier – Christian Tomuschat – Soledad Torrecuadrada García-Lozano – Sebastian Touzé – Takis Tridimas – Ennio Triggiani – Ugo Villani – Jorge E. Viñuales.

COMITATO DI REDAZIONE

Coordinatore di redazione: Francesco Battaglia

Componenti: – Gabriele Asta – Raffaele Cadin – Maria Cristina Carta – Nicola Colacino – Giulia Colavecchio – Luigino Manca – Alberto Marchese – Michele Messina – Gianfranco Gabriele Nucera – Antonio J. Palma – Francesca Perrini – Anna Pitrone – Valentina Zambrano

Criteri di referaggio:

I contributi de *Gli Speciali* sono sottoposti, in forma assolutamente anonima, a tre *referees*, che decideranno, a maggioranza, sulla pubblicazione senza modifiche, con modifiche ovvero sulla non pubblicazione.

Il ruolo del giudizio negli ordinamenti sovranazionali

The Role of Judgment within Supranational Orders

© Copyright - *Ordine internazionale e diritti umani*
Supplemento al n. 4/2021
novembre 2021

ISSN 2284-3531



Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

INDICE

| | |
|--|-----|
| ANGELA CONDELLO, <i>Introduzione/Introduction</i> | III |
| ALESSIO LO GIUDICE, <i>Lights and Shadows of Legal Rulings in the Building Process of a European Identity: The Background for New Conceptions of Law</i> | 1 |
| LINA PANELLA, <i>L'interpretazione evolutiva della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il riconoscimento di "nuovi" diritti individuali</i> | 14 |
| SILVIA NICCOLAI, <i>Taricco: "rinvio" a un ordine asimmetrico nella comunità e tra le comunità?</i> | 32 |
| CHIARA BOTTICI e BENOÎT CHALLAND, <i>L'Europa oltre l'Eurocentrismo?</i> | 87 |
| ANGELA CONDELLO, <i>Judgment on the Case. The Peculiarity of Transnational Orders: Case Studies in European Law</i> | 114 |
| PETER GOODRICH, <i>Weird Judgment. Agon, Omniscience and the Absence of an 'e'</i> | 130 |
| BRIAN E. BUTLER, <i>Factions and Legal Interpretation: Who's Judgment, What Evidence?</i> | 140 |

INTRODUZIONE

ANGELA CONDELLO*

La conversazione interdisciplinare in sette interventi riflessa nelle pagine di questo *Speciale* si origina in un progetto europeo finanziato nel quadro dei programmi Jean Monnet. Precisamente, nel progetto *Human Rights Culture in the European Union*¹, da me diretto presso il Dipartimento di Filosofia e Scienze dell'Educazione di Torino nel triennio fra il 2017 e il 2020. Il progetto aveva fra i propri obiettivi l'indagine del concetto di «cultura giuridica», con particolare riferimento al tema dei diritti umani e al contesto politico, giuridico e geografico dell'Unione europea. Pensato in primo luogo per introdurre un insegnamento filosofico-giuridico all'interno del Corso di Studi magistrale e internazionale in Filosofia (*Philosophy International Curriculum*)², sul piano dell'impianto teorico il triennio è stato dedicato, sia attraverso attività di ricerca individuale sia nel quadro di alcuni seminari internazionali, a studiare i diversi dispositivi normativi attraverso cui si riempie di contenuto l'espressione «cultura giuridica». Nell'analizzare processi e strumenti che distinguono una cultura giuridica da un'altra, sono emerse differenze notevoli fra la funzione svolta dalla giurisprudenza, e nel nostro caso specialmente dalle sentenze della Corte europea di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, da un lato, e gli strumenti di diritto positivo come le Carte e i Trattati, dall'altro. A partire da questo scarto, e dall'indiscutibile necessità di mantenere saldi entrambi i canali nella gestione delle politiche europee, abbiamo indagato attentamente il ruolo dei singoli giudizi delle Corti menzionate e della facoltà di giudicare in senso filosofico.

A conclusione del progetto è stata organizzata una conferenza interdisciplinare intorno al ruolo del giudizio negli ordinamenti sovranazionali, con particolare attenzione all'ordinamento giuridico europeo. Tenutasi nel luglio del 2020, ha visto la partecipazione dell'Università degli Studi di Messina e dell'Università degli Studi di Torino come istituzioni promotrici, e di studiosi di filosofia del diritto, diritto internazionale, diritto europeo, diritto pubblico e civile. Nelle pagine che seguono, da me raccolte e curate, sono presentati gli interventi di questi studiosi (ma non soltanto), che discutono – ciascuna e ciascuno dalla prospettiva della propria più specifica disciplina - la funzione che i giudizi (in senso stretto) e l'atto del giudicare (in senso più ampio) svolgono nella definizione della cultura giuridica europea. Attraverso questi interventi abbiamo mirato a problematizzare la funzione amalgamatrice del giudizio all'interno di ordinamenti, come quello europeo, connotati dal pluralismo. Come emerge nelle riflessioni sull'interpretazione evolutiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (Carmela Panella), su alcuni giudizi esemplari (Alessio Lo Giudice, Silvia Niccolai, Angela Condello), sulla costruzione performativa e spesso problematica di una identità politica europea (Chiara Bottici e Benoît Challand), e infine sul senso più

* Ricercatrice in Filosofia del diritto, Università degli Studi di Messina.

¹ Nel portale dell'Università degli Studi di Torino abbiamo creato un sito con i contenuti principali del progetto, ormai concluso. Lo si può ancora visitare a questo link: <http://www.cultureofnormativity.unito.it/it/node/4>.

² <https://www.pic.unito.it/do/docenti.pl/Search?format=6&sort=U2&max=5000&sf=0&title=Grouped+by+position>.

ampio della complessa arte del giudizio (Peter Goodrich e Brian Butler) – gli ordinamenti sovranazionali, più ancora di quelli interni, sono governati da regimi di pluralismo e, di conseguenza, dal costante problema di costruire una comune identità.

La cultura giuridica è discussa, attraverso i contributi presentati, come l'esito di un discorso in cui le dimensioni nazionali e quella sovranazionale vivono in un regime di reciproca coesistenza. Nel costruire un'identità plurale, relazionale e flessibile, che abbia anche un fondamento istituzionale, i giudizi sono strumenti più adatti della legislazione: essi possiedono, infatti, una natura dinamica e sono strutturalmente in grado di carpire i bisogni contingenti che si originano nei conflitti singoli.

Nella costruzione della cultura giuridica, un ruolo fondamentale è svolto dall'interpretazione, che nelle pagine dello *Speciale* emerge come un momento di transizione in cui viene ampliato o ridotto il raggio d'azione di un concetto giuridico o di un diritto. Grazie a questo valore performativo e istitutivo dell'atto di interpretare (che è parte integrante del giudizio), le sentenze c.d. «pilota» su casi particolarmente complessi finiscono per funzionare *in quanto* norme, trovando applicazione anche oltre la fattispecie di originaria applicazione. Nei processi e nei giudizi esemplari (come ad esempio nel caso *Taricco*) si depositano conflitti più ampi, come per esempio quello fra Corti costituzionali nazionali e Corte di giustizia dell'UE.

Il giudizio, come emergerà dai singoli interventi, è un'azione tipicamente umana: Hannah Arendt, nelle riflessioni sul giudizio che avrebbero dovuto seguire quelle sul pensiero e la volontà, lo ha rappresentato come la facoltà che più di altre distingue l'uomo da altri esseri viventi, ponendolo nella capacità di scegliere come agire in contesti critici. Più di altre azioni, il giudizio ha un rapporto diretto con la comprensione profonda delle posizioni altrui e si caratterizza, dunque, come fondamento della vita umana in società. Sempre Arendt, per questa ragione, definiva il giudizio come facoltà nettamente *politica*, cioè relativa allo spazio pubblico e alla sua condivisa e dialogata gestione. Si tratta di una facoltà politica anche perché essa mira a trovare accordo nel disaccordo, e per questo è fondamentale nella costruzione di un'identità politica e giuridica.

Quando è necessario giudicare? Dove c'è accordo, non interviene il giudizio in senso profondo e filosofico, ma può rendersi comunque necessario deliberare. Specialmente, però, dove la diversità e il pluralismo sono dominanti (come, appunto, nei regimi sovranazionali), l'atto di prendere posizione diviene essenziale anche perché non è presente un orizzonte comune in partenza: esso va costruito attraverso azioni responsabili. Il giudizio politico, inoltre, implica che l'atto del giudizio non sia solo personale, ma sempre orientato verso l'altro: esso è intrinsecamente relazionale e si rende necessario ogni qualvolta sia assente un principio valido universalmente (sicché è fondamentale in un contesto come quello sovranazionale).

Così come l'identità postnazionale è ontologicamente inesistente in natura, e va perciò istituita³, anche la cultura giuridica in contesti sovranazionali emerge progressivamente, si evolve e modifica, attraverso singoli momenti in cui si rende necessario prendere una posizione netta che veda prevalere alcuni valori rispetto ad altri. In questo senso, il giudizio è la linfa che determina la formazione di un senso comune, tema caro a Kant e poi ripreso dalla Arendt. Alla luce dei contributi, le questioni iniziali, sebbene largamente discusse e anche – in molti casi – chiarite, restano ad ogni modo aperte: il giudizio si conferma una facoltà legata alla comprensione e all'agire pratico e razionale, una

³ A. LO GIUDICE, *Istituire il postnazionale. Identità europea e legittimazione*, Torino, 2011.

facoltà insomma che non si lascia imbrigliare in un singolo tipo d'azione e che, per la propria adattabilità alle circostanze, è fondamentale nei contesti in cui si prova a determinare o a costruire, a partire da una varietà di opzioni possibili, una direzione comune. Non è un caso che Hannah Arendt associasse l'atto del giudicare alla nostra capacità di intraprendere nuove direzioni, grazie a uno slancio verso il futuro ma sempre radicato nella comprensione di ciò che è stato.

INTRODUCTION

ANGELA CONDELLO*

The interdisciplinary exchange, constituted by seven essays, that you will read in the present *Special* issue is rooted in a European project funded within the frame of the Jean Monnet programmes. The project - *Human Rights Culture in the European Union*⁴ - has been directed by me at the Department of Philosophy and Educational Sciences at the University of Torino between 2017 and 2020. Among the objectives, I had planned to investigate the concept of «juridical culture», with peculiar reference to human rights within the political, juridical, and geographic space of the European Union. The project also aimed - at a more practical level - to introduce a legal-philosophical teaching in the *Philosophy International Curriculum*⁵, to develop research activities and to organize international events, to study the different normative tools that contribute to the definition of a «juridical culture». In analyzing the processes and the instruments that distinguish one juridical culture from another, we observed remarkable differences between the role played by jurisprudential decisions (especially of the European Court of Justice and of the European Court of Human Rights), on the one hand, and the positive norms contained in Charters and Treaties, on the other. Starting from the difference between these normative forms, we have investigated attentively the role of singular judgments more specifically, and of the faculty of judgment more broadly.

As a conclusive event of the project, an interdisciplinary conference was organized around the role of judgment in supranational orders, with particular attention to the European realm. Held in July 2020 thanks to the support of the University of Messina and the University of Torino, it was characterized by the presence of scholars engaged within philosophy of law, international and EU law, public and private law. In the upcoming pages, collected and edited by me, you shall find the contributions of these scholars (not exclusively), who discuss – each one from a specific disciplinary perspective – the function that judgments (in the strict sense) and the act of judging (in a broader sense) – play in the definition of the European juridical culture.

Through these contributions, the *Special* issue aims at discussing the crucial function of judgment within pluralistic orders. As it emerges from the remarks on the evolutive interpretation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights (Carmela Panella), on some exemplary judgments (Alessio Lo Giudice, Silvia Niccolai, Angela

* Assistant Professor in Philosophy of Law, University of Messina.

⁴ At the following link one can access the webpage created on purpose by the University of Torino: <http://www.cultureofnormativity.unito.it/it/node/4>.

⁵ <https://www.pic.unito.it/do/docenti.pl/Search?format=6&sort=U2&max=5000&sf=0&title=Grouped+by+position>.

Condello), on the performative and often problematic construction of a European political identity (Chiara Bottici e Benoît Challand), and on the broad sense of the art of judgment (Peter Goodrich and Brian Butler) – supranational orders, more than national orders, are intrinsically pluralistic, and, consequently, they are characterized by the problem of constructing a common identity.

Juridical culture is discussed as the outcome of a relational discourse where the national and the supranational dimensions are co-essential. In the process of building a pluralistic identity, relational and flexible, an identity that has an institutional foundation, singular judgments seem to be more apt than laws: they possess, in fact, a dynamic nature and are structurally capable of grasping the contingent needs originating in specific conflicts.

In the construction of a juridical culture, a crucial role is played by interpretation, which from the pages of the *Special* issue emerges as a moment of transition in which the application of a juridical concept or of a human right is either expanded or decreased. Thanks to the performative and institutive value of the act of interpreting (which is an integrating part of the process of judging), the «pilot» judgments over particularly complex cases end up working as norms, by finding application beyond the cases for which they were released. In exemplary cases (such as *Taricco*) broader conflicts are reflected, like for instance that between national Constitutional courts and the European Court of Justice.

Judgment is a typically human action: Hannah Arendt, in the remarks on judgment which should have followed those on thought and will, has described this faculty as the most *human* of all, since it helps choosing in critical contexts. More than other actions, judgment has a direct relationship with the understanding of other people's positions and is hence characterized as a foundation of human life in society. Arendt, for this reason, considered judgment as a distinctly political faculty, i.e., a faculty relative to the public sphere and its shared management. When is it necessary to judge? When there is agreement, it might be necessary to deliberate, but it is not necessary to judge in a philosophical and critical sense. It is a political faculty that aims at finding agreement in disagreement, and it is hence important in the construction of a political and juridical identity.

Especially in contexts dominated by diversity and pluralism (like supranational orders), deciding what position to take becomes essential – since the parties do not share a common horizon: such horizon must be constructed through responsible actions. Inasmuch as post-national identity is ontologically fictional, and must therefore be instituted⁶, juridical culture in supranational orders emerges progressively, it evolves and gets modified, through singular moments, when it becomes necessary to take a precise stance and decide which values should prevail. In this sense, judgment works like a lymph that determines the formation of common sense, a theme considered crucial by Kant and then largely discussed by Arendt, too, in her works on judgment.

In the light of these contributions, the initial questions, although largely discussed and – in many cases – clarified, remain open: judgment is confirmed to be a faculty related to understanding and practical reasoning, a faculty that cannot be bridled in one single type of action and that, given its adaptability to circumstances, is fundamental in contexts where a new direction, *a new beginning*, is constructed starting from a variety of possible options. It is not by chance that Hannah Arendt connected the act of judging to our capacity to

⁶ A. LO GIUDICE, *Istituire il postnazionale. Identità europea e legittimazione*, Torino, 2011.

undertake new vectors and directions, thanks to our enthusiasm towards the future but also to our understanding, rooted in what has been.

**LIGHTS AND SHADOWS OF LEGAL RULINGS
IN THE PROCESS OF CONSTRUCTING A EUROPEAN IDENTITY:
BACKGROUND FOR NEW CONCEPTIONS OF LAW**

ALESSIO LO GIUDICE*

SUMMARY: 1. On European Identity. – 2. Lights: The Cross-Fertilisation Process. – 3. Shadows: The Political Impasse of the European Project. – 4. The Question of the Identification of Law and of the Individuation of the Ultimate Authority. – 5. The Logic of the Classical Approach to the Identification of Law. – 6. The Irreducible Complexity of Law and Politics within the European Space.

1. *On European Identity*

The system of negotiation embodied in the European Union displays a particular form of political rationality evidenced in the gradual tendency towards closer integration among the member states. This tendency is based on a presupposition of social normativity derived first from member states' ways of life and second from the progressive stabilisation of a specifically European dimension. At a legal level, this normativity is illustrated by the primacy of EU law over national law, constituting an authentically European regulatory sphere. The tendency towards the rational-normative is characteristic of the process of construction of an institutional identity. Thus, the EU political project exemplifies the idea of a shared identity that combines elements such as plurality, incompleteness, relationality, and the dynamics of localisation/dislocation, in a manner different from what would be entailed by a collective identity based on presumed cultural homogeneities. It is possible to discern the traces of a shared identity within both the EU's institutional framework and the political and legal principles that distinguish this framework¹. On the one hand, post-nationality² as the horizon for the European project implies transcending a politics founded on an exclusive conception of sovereignty, as traditionally envisaged within the framework of the national. On the other hand, it is nourished by the conceptual and cultural structures of the rule of law, which allow for regulated coexistence within a plural context. As the expression of unity in plurality, this conceptual structure of the shared identity suitable for a post-national context includes certain general principles which are unquestionably anchored in the European tradition. Consider in this respect the formula included in the preamble to the TEU after Lisbon: "Drawing inspiration from the cultural, religious and

* Full Professor in Philosophy of Law, University of Messina.

¹ For a deeper analysis of the concept of shared identity in relation to the process of constructing a European identity, see A. LO GIUDICE, *Istituire il postnazionale. Identità europea e legittimazione*, Torino, 2011.

² For some overviews of scholarly definitions of the post-national horizon, see J. HABERMAS, *The Postnational Constellation: Political Essays*, Cambridge, 2001; J.-M. FERRY, *Europe, la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, Paris, 2005; N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, 2010.

humanist inheritance of Europe, from which have developed the universal values of the inviolable and inalienable rights of the human person, freedom, democracy, equality and the rule of law.”

2. *Lights: The Cross-Fertilisation Process*

If we adopt as a reference point the notion of a shared identity as one form of institutional identity, the role played by member states’ national constitutional courts and the European Court of Justice in the process of constructing a European identity becomes easily understandable³. In the construction of a plural, relational, and flexible identity founded on an institutional basis, rulings are more suitable tools than legislation, since they are dynamic in nature and structurally capable of grasping needs emerging from contingent, concrete, and representative cases⁴. Consider this declaration, made in the well-known case of *Van Gend and Loos* (26/62, 1963) before the ECJ, regarding not only EU (EC) norms that have a direct vertical effect, but also the “new” nature of the European legal order⁵. “The Community constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the states have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and the subjects of which comprise not only member states but also their nationals. Independently of the legislation of member states, Community law therefore not only imposes obligations on individuals but is also intended to confer upon them rights which become part of their legal heritage. These rights arise not only where they are expressly granted by the treaty, but also by reason of obligations which the treaty imposes in a clearly defined way upon individuals as well as upon the member states and upon the institutions of the Community.”

Or consider the case of *Costa vs Enel*⁶ as the outcome of a dialectical encounter between the Italian Constitutional Court and the European Court of Justice. Mr. Costa was an Italian citizen who owned shares in an electricity company, Edisonvolta, that was affected by the nationalisation of the electricity sector in Italy. Mr. Costa refused to pay his electricity bill, arguing that nationalisation ran counter to the Treaty of Rome and the

³ For an inspiring reading of the role of European judgements in the process of constructing a European identity, see W. PHELAN, *Great Judgments of the European Court of Justice: Rethinking the Landmark Decisions of the Foundational Period*, Cambridge, 2019. On the constitutional relevance of the dialogue between courts, see also A. RUGGERI, “Dialogue” between European and national Courts, in the pursuit of the strongest protection of fundamental rights (with specific regard to criminal and procedural law), in S. RUGGERI (ed.), *Human Rights in European Criminal Law: New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Heidelberg, 2015, p. 9-29; A. RUGGERI, *Rapporti tra Corte Costituzionale e Corti Europee, bilanciamenti interordinamentali e ‘controlimiti’ mobili a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 1/2011.

⁴ On the normative relevance of singular cases assessed in the judgements, see A. CONDELLO, *Between Ordinary and Extraordinary: The Normativity of the Singular Case in Art and Law*, Leiden, 2018.

⁵ On the doctrine of the direct effects flowing from this prominent case, see, among others: P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law: Text, Cases and Materials* (3rd ed.), Oxford, 2003; S. WEATHERILL, *Cases and Materials on EU Law*, Oxford, 2007. On the new and autonomous nature of the European legal order, see more recently: N. NIC SHUIBHNE, *What Is the Autonomy of EU Law, and Why Does That Matter?*, in *Nordic Journal of International Law*, 2019, p. 9-40; J. LINDEBOOM, *The Autonomy of EU Law: A Hartian View*, in *European Journal of Legal Studies*, 2021, p. 271-307.

⁶ For the case description, see, among others, M. HILF, *Costa v. ENEL case*, in R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2012, p. 824-828.

Italian Constitution. He asked the *Giudice Conciliatore* of Milan to ascertain the real creditor of his bill. The Italian judge referred the question first to the Italian Constitutional Court and then to the European Court of Justice. In 1964, the Italian Constitutional Court stated that, notwithstanding the fact that the Italian Constitution (art. 11) allowed for limitations on sovereignty in relation to international organisations like the EEC, it did not deny the applicability of the interpretative rule according to which *lex posterior derogat legi anteriori*. Therefore, the Treaty of Rome, which was incorporated into Italian law in 1958, could not take precedence over the law on nationalising the electricity sector that was enacted in 1962.

In July 1964, the European Court of Justice ruled as follows: «By contrast with ordinary international treaties, the E.E.C. treaty has created its own legal system, which, on the entry into force of the treaty, became an integral part of the legal systems of the member-States and which their Courts are bound to apply. By creating a Community of unlimited duration, having its own institutions, its own legal capacity and capacity of representation on the international plane and, more particularly, real powers stemming from a limitation of sovereignty or a transfer of powers from the States to the Community, the member States, have limited their sovereign rights, albeit within limited fields and have thus created a body of law which binds their nationals and themselves.

The integration into the laws of each member State, of provisions which derive from the Community, and more generally the terms and the spirit of the Treaty, make it impossible for the States, as a corollary, to accord precedence to a unilateral and subsequent measure over a legal system accepted by them on a basis of reciprocity [...]. It follows from all these observations that the law stemming from the treaty, an independent source of law, could not, because of its special and original nature, be overridden by domestic legal provisions, however framed, without being deprived of its character as community law and without the legal basis of the community itself being called into question.» Here we find the earliest instance of the jurisprudential establishment of a fundamental principle of European institutional identity: the primacy of EU (EEC) law over national law⁷.

This principle was reaffirmed, and its scope expanded, in the well known ECJ ruling on the *Simmenthal* case in 1978. Simmenthal SpA imported beef from France to Italy. Italian legislation (1970) provided for a public health inspection fee to be charged when meat crossed the border. This conflicted with European Community regulations dating from 1964 and 1968. The Italian courts argued that the Italian law took precedence because it was passed after the regulations, and it must therefore be applied by Italian courts until it was declared unconstitutional. Ultimately the question of what to do in a case of conflict was referred to the ECJ. Advocate General Reischl gave an opinion affirming that the chronological criterion invoked by the Italian court was irrelevant according to the principle of the primacy of EU law over internal law. In the ruling, the ECJ stated in particular: “Every national court must, in a case within its jurisdiction, apply Community law in its entirety and protect rights which the latter confers on individuals and must accordingly set aside any provision of national law which may conflict with it, whether

⁷ For a classical and authoritative reading of the core principles of the European legal order which also derives from this type of jurisprudential dialectic, see P. CRAIG, G. DE BÚRCA (eds.), *Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order: The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011.

prior or subsequent to the Community rule”⁸. This principle was subsequently incorporated into the Italian constitutional legal order with the *Granital* ruling of the Italian Constitutional Court (170/1984). Within this ruling, on the one hand, the Court reaffirms the conception according to which the internal legal order and the European legal order are “autonomous and distinct legal orders, although coordinated”. On the other hand, it establishes the duty of the national court to consider that, if there is an irreducible incompatibility between the internal norm and the communitarian norm, the latter must prevail in every case.

Other decisions relevant to this point have been handed down by the German Federal Constitutional Court, which has on several occasions affirmed the so called No Demos thesis. An example is the well-known decision of October 12, 1993, in *Brunner and Others v. The European Union Treaty* (known as the *Maastricht* decision)⁹. According to this decision, the democratic principle would be undermined if, as might happen in Europe, the exercise of State functions were not understood to be the expression of a people, founded on a sort of pre-legal collective identity: «Each of the peoples of the individual States is the starting point for a state power relating to that people. The States need sufficiently important spheres of activity of their own in which the people of each can develop and articulate itself in a process of political will-formation which it legitimates and controls, in order thus to give legal expression to what binds the people together (to a greater or lesser degree of homogeneity) spiritually, socially and politically» (paragraph 44 of the judgement). While the spiritual conception of a people here affirmed by the *Bundesverfassungsgericht* may be debatable, it is reasonable to interpret the tools of democratisation introduced through the Lisbon Treaty as the outcome of the dialectical relations between European institutions and national courts such as the German Federal Constitutional Court. The *Bundesverfassungsgericht*, in its decision on the Lisbon Treaty in 2009 (the *Lissabon Urteil*), seemed quite willing to support the specific democratic process internal to the EU, even though it remained anchored in a conception of the EU as an association of states viewed as the Masters of the Treaties.¹⁰ In its ruling on the Lisbon Treaty, the German Federal Constitutional Court emphasised that, by virtue of the democratic principle of self-government, the institutional step towards a European federal state should, if proposed, be authorised by the direct expression of the peoples of the member states.

Many rulings besides these have played or could play an important role in the process of constructing a European institutional identity¹¹. Certainly, the decision handed down by

⁸ For an insightful reading related to this case as a step on the path of relations between European law and Italian law, see G. GAJA, *New Developments in a Continuing Story: The Relationship between EEC Law and Italian Law*, in *Common Market Law Review*, 1990, pp. 83-95.

⁹ For an exceptionally good overview of the general debate provoked by this famous judgement, see all the articles in *European Law Journal*, vol. 1, issue 3, 1995, with contributions by, among others, J.H.H. Weiler, N. McCormick, D. Grimm, and J. Habermas.

¹⁰ For insightful readings of this judgement, see, among others, A. GROSSER, *The Federal Constitutional Court's Lisbon Case: Germany's "Sonderweg". An Outsider's Perspective*, in *German L.J.*, 2009, p. 1263-1266; G. MONTANI, *The Bundesverfassungsgericht sentence and the future of the European Union*, in www.europesworld.org, 10/09/2009; A. ANZON, *Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella "sentenza Lissabon" del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Giur. Cost.*, 2009, p. 5213-5250.

¹¹ Consider, for example, the *Solange I* (1974) and *Solange II* cases (1986) before the German Federal Constitutional Court or the *Frontini* case (1973) before the Italian Constitutional Court; and, more recently the *Taricco* saga (2015-2018), considered as a clear example of dialogue between the ECJ and the Italian Constitutional Court. On this last series of cases, see C. AMALFITANO, O. POLLICINO, *Two Courts, two*

the *Bundesverfassungsgericht* on May 5, 2020, is one of these¹². At issue here are the foundational principles of the European legal order, that is, the interpretative monopoly of the ECJ and the primacy of EU law over national law. This ruling alone shows how easily the benefits associated with the roles played by the courts (the ECJ and the national constitutional courts) in the processes of European integration and the construction of the EU's institutional identity may be transformed into sources of an institutional impasse, even when relations between the courts are dialectical. When the socio-political context undergoes change, relations between the courts may produce logjams. It is not by chance that such logjams tend to develop when the ideal and the material propulsive thrusts towards heightened integration are jeopardised by multiple internal and external features.

3. Shadows: The Political Impasse of the European Project

In its judgement of May 5, 2020, (*BvR* 859/15), the German Federal Constitutional Court, while expressing approval of the ECB's Public Sector Purchase Programme (PSPP, the quantitative-easing plan launched in 2015), also sounded some alarms. The issue was the ECJ's ruling on the legality of the PSPP in the *Weiss* case. In particular, the *Bundesverfassungsgericht* stated: «A programme for the purchase of government bonds only satisfies the principle of proportionality if it constitutes a suitable and necessary means for achieving the aim pursued; the principle of proportionality requires that the programme's monetary policy objective and the economic policy effects be identified, weighed and balanced against one another. Where a programme's monetary policy objective is pursued unconditionally and its economic policy effects are ignored, it manifestly disregards the principle of proportionality enshrined in Article 5(1) second sentence and Article 5(4) of the Treaty on European Union».

In denouncing the ECJ's inadequate and incorrect assessment of the satisfaction of the principle of proportionality in relation to the ECB's PSPP, the German Federal Constitutional Court on the one hand jeopardised the ECJ's competences and the general principles of the European legal order; and on the other hand, brought to light certain crucial points of grievance within the EU framework. In particular, the *Bundesverfassungsgericht* affirmed its own competence in reviewing a European measure, «on the understanding and the assessment of such a measure as put forward by the Court of Justice of the European Union» as long as «an *ultra vires* review or an identity review raises questions regarding the validity or the interpretation of a measure taken by institutions, bodies, offices and agencies of the European Union». It is not by chance that the Court added, «The Court of Justice of the European Union exceeds its judicial mandate, as determined by the functions conferred upon it in Article 19(1) second sentence of the

languages? *The Taricco Saga Ends on a Worrying Note*, in *Verfassungsblog: On Matters Constitutional* (<https://verfassungsblog.de>), 05/06/2018.

¹² For a partial overview of some critical analyses of this judgement, see, among others, J. ZILLER, *L'insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemand*, in <https://blogdroiteuropeen.com/>, 08/05/2020; D-U. GALETTA, *Karlsruhe uber alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronunzia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in www.federalismi.it, 13/05/2020; M. POIARES MADUROS, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, in *Verfassungsblog: On Matters Constitutional* (<https://verfassungsblog.de>), 06/05/2020.

Treaty on European Union, where an interpretation of the Treaties is not comprehensible and must thus be considered arbitrary from an objective perspective. If the Court of Justice of the European Union crosses that limit, its decisions are no longer covered by Article 19(1) second sentence of the Treaty on European Union in conjunction with the domestic Act of Approval; at least in relation to Germany, these decisions lack the minimum of democratic legitimation necessary under Article 23(1) second sentence in conjunction with Article 20(1) and (2) and Article 79(3) of the Basic Law.»

On the basis of this understanding of both the substantive issue of the distribution of competences within the EU and the principle of democratic legitimation, the German Federal Constitutional Court did two things. On the one hand, it challenged the exclusive competence of the ECJ to interpret EU law and to declare, where necessary, the invalidity of its provisions. By denouncing the ECJ ruling on the EBC's purchase programme as arbitrary, the Karlsruhe judges charged the Luxembourg judges with a surrogate self-attribution of so called *kompetenz-kompetenz*, corresponding to the violation of the principle of conferral. On the other hand, to state that because a member state's constitutional court has declared a European measure *ultra vires*, that measure need not be applied at the level of the national legal order calls into question the autonomy of the EU's legal order. Specifically, the operability of the primacy of EU law over national law thereby comes under attack.

In a case of this kind, we are not dealing with the creative tension produced by the dialectical process of cross-fertilisation between the ECJ and national constitutional courts that we observed in the cases discussed in paragraph 2 of this article. Rather – and this is quite apart from the specific case and the disputability of the German Federal Constitutional Court's legal argumentation – we observe here a dialogue of the deaf which makes visible certain unresolved issues within the European process. This situation reveals an institutional deficit in the current EU framework, during a period when the EU is experiencing a structural crisis. All this could entail an impasse for the process of constructing a European identity.

Could those unresolved issues be resolved through dialogue or conflict between courts? Could that take place in a context of general fragmentation, given the legal and political positions of Poland, Hungary and the Czech Republic? A context where the propulsive thrust towards political integration appears to have slackened? In such a context, mightn't entrusting the courts with the substantial responsibility of securing the integration process cause the knots to multiply? And indeed, at the end of the day, is it wise to continue to live with these knots?

The issue related to “competence on competence” – *kompetenz-kompetenz* – is possibly both the most tangled knot and the most significant one. In fact, it constitutes a precise legal expression of the exercise of a sovereign power. Within a federal state, *kompetenz-kompetenz* is the faculty of the state (understood as a whole) to extend its own competences by means of constitutional changes. Within the EU, this particular competence has not been ascribed to the Union as an autonomous legal subject. On the contrary, it is the member states as Masters of the Treaties that are endowed with the capacity to deliberate changes in the Union's constitutional framework. Yet, even though the EU (despite being an autonomous legal and political subject) does not have final say on potential constitutional changes to the Union, the principle of the primacy of EU law over national law is recognised, widely applied, and above all demanded. From the point of view of the general theory of law, we can pinpoint an anomaly here: The primacy of European law is

not founded on a precedence related to a specific hierarchy based on the sources of law¹³. Yet in order to affirm primacy in this context, the EU ought to hold competence on competence. In contrast, the widespread assumption is that the primacy of European law is of an applied nature, that it is functional in implementing the regulatory intention of EU norms. This (debatable) account of primacy could only be maintained at a theoretical level while historical, political, and social conditions are favourable to it.

In other words, the primacy of EU law, legally subject to dispute if we follow the traditional constitutional framework of analysis, has so far been affirmed because it is politically functional for the process of integration, especially if we take into consideration the prevailing economic features of that process. But what happens when conditions change? When the European project is called into question from several points of view? When Great Britain has left the EU and some member states have since openly violated the identity principles of the rule of law without eliciting any effective responses from EU institutions? The primacy of EU law is currently increasingly being called into question, as recently demonstrated by the decision of the Polish Constitutional Court. Above all, the primacy principle is currently under general threat from the debatable reference to art. 4 (2) TEU¹⁴ (which in turn is symptomatic of the incapacity to solve the question of competence on competence) and to the so called counter-limits doctrine. Again, is it wise to try to resolve all these issues by means of duels between the ECJ and national constitutional courts? Or would it not be better and more desirable to verify whether the conditions exist for an institutional clarification that could lead to a constitutional breakthrough linked to the necessary revision of EU treaties?

Perhaps the political élite prefers to run the risk of immobilising the EU in a politically hybrid situation. In that context, the occasional lip service to constitutional pluralism and multilevel governance seems to be more a symptom of institutional malaise than an exit strategy. But in any case, the account presented here shows the extent to which we can find lights and shadows in the roles played at different levels by the courts in the process of constructing a European identity. Above all, it shows how rulings could actively contribute to the construction of a European identity as long as they are supported by favourable extra-legal conditions; or at least by non-hostile conditions for the project of an increasingly united Europe.

4. *The Question of the Identification of Law and of the Individuation of the Ultimate Authority*

Given these lights and shadows, and given above all the ongoing crisis affecting the EU's institutional and legal framework, a more theoretical issue is at stake. From the *Van Gend and Loos* case to the judgement of the *Bundesverfassungsgericht* on May 5, 2020, a perennial question arises, one that can be conceived of as the deep background to the dialogues and conflicts among these institutions. This is the question of the identification of law and, from a political perspective, the question of the individuation of the ultimate

¹³ For an insightful analysis of these topics, see A. V. BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Primacy under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2011, pp. 1- 38.

¹⁴ For a critical analysis of this reference see M. KUMM, *Rethinking constitutional authority: On the structure and limits of constitutional pluralism*, in M. AVBELJ, J. KOMÁREK (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, 2012, pp. 39-66.

authority charged with providing the warrant of that identification. Thus, we need to briefly inquire into the hypothesis that radical changes in the effective structure of political institutions inevitably affect the theoretical conception of law. From this perspective, the European experiment in deconstructing the late-modern link between politics and law embodied in the paradigm of the national state is the most radical one so far (where “radical” is understood to mean “not identifiable with classical categories”)¹⁵. We must keep in mind the effect of this kind of experiment on the meta-legal level of the logic that has governed the identification of law in the most prominent normativist and positivist theories of late modernity. Granting the existence of highly significant differences among the various authors, these theories nevertheless seem to share a reference to a fundamental normative element capable of authorising the identification of law, declaring what belongs to law and what doesn’t. Indeed, we must even question whether the binary logic clearly at work within these theoretical mainstreams, which allows for distinguishing between what is law and what is not law, presupposes as its pragmatic condition of thinkability and possibility the effectiveness of an authority that is, at least ideally, ultimate and exclusive. I mean an authority that in fact monopolises the enterprise of identification of law in relation to a determinate territory and population. This is the ultimate import of the quarrels between the ECJ and national constitutional courts symbolised by the issue of the *kompetenz-kompetenz*.

At the end of the day, what should we derive theoretically from the institutional shift, as in the European case, towards social practices of horizontal governance within a new and ambiguous post-national environment¹⁶? What inferences should we draw from the crisis of several crucial features of the nation state? What springs from the absence of an effective monopolist who authorises an ultimate and stable source for the identification of law? Can we uncritically maintain a form of binary logic in dealing with the need to identify law? Or should we perhaps open up this black box shared by influential theories? Or even begin to frame another concept or concepts of law, ones that leave behind the theoretical dogma of the origin of law as the identifying condition?

The fact is, opening up the black box means entering the huge field of the relationship between law and politics. From this perspective, the European space serves as a critical case, since, with the institution of the European Community and then of the European Union, it became necessary to devise legal and institutional structures in the face of a hybrid context not reducible to a space of negotiation by single sovereign players¹⁷. In this regard, we need only think of the political role of the European Commission, the primacy of European law over national law discussed above, and the gradual process of the constitutionalisation of treaties, along with the growing weight of the European Court of Justice and the degree of economic integration gained with the advent of the Economic and Monetary Union. What the European example confirms is the contemporary trend, above all in the geographic territory of civil law culture, towards several forms of political,

¹⁵ See G. DE BURCA, *The Constitutional Challenge of New Governance in the European Union*, in *European Law Review*, 2003, pp. 814-839; J.H.H. WEILER, M. WIND (eds.), *European Constitutionalism beyond the State*, Cambridge, 2003.

¹⁶ For a general and theoretical understanding of the implications of governance practices, see J. LENOBLE, M. MAESSCHALCK, *Towards a Theory of Governance: The Action of Norms*, The Hague, 2003; A. ANDRONICO, *Viaggio al termine del diritto. Saggio sulla governance*, Torino, 2012.

¹⁷ See H. LINDAHL, *Finding a Place for Freedom, Security and Justice: The European Union’s Claim to Territorial Unity*, in *European Law Review*, 2004, pp. 461-484. H. LINDAHL, *Fault Lines of Globalization: Legal Order and the Politics of A-Legality*, Oxford, 2013, pp. 69–76.

legal, and economic cooperation that substantially reduce the sovereign power of states. We are witnessing a *de facto* decline in sovereign authority caused by the globalisation of the economy, which limits the political and economic autonomy associated with the modern state¹⁸. But associated with that is a *de jure* decline in the supreme, ultimate, and exclusive authority of the state that is occurring as part of a long process of integration in view of the attainment of a vague and ambiguous post-national horizon¹⁹.

5. *The Logic of the Classical Approach to the Identification of Law*

In its late-modern representation, law is identified mainly with the legislative act, with the parliamentary act adopted with a degree of solemnity by national representatives fixing rules with a general and long-term impact. In contrast, in the representation of social regulation affected by governance practices, the production of law is unlimited and permanent. The production of law no longer follows top-down logic. Its sources are multiple and indeterminate, often not reducible to recognised authoritative normative centres. The law seems increasingly to be the product of an ongoing process of negotiation in which the network of particular wills replaces the so-called general will.

In fact, the novelty of what are being termed “new forms of governance” does not seem confined to those features that are different from the traditional regulatory forms of collective action based upon the command and control model. These new forms may instead entail a way of dealing with law radically different from the one that is central in the history of modern legal thought, built on the primacy of the nation state, above all in its democratic version. The radical difference is mainly meta-legal: the nature of what is novel in governance law as currently prevalent within the EU framework²⁰ and in its political assumptions leads to a revisiting of a specific traditional way of dealing with the concept of law. It forces a questioning of that binary logic that approaches the conceptualization of law as if it were a problem of identification: that of identifying what is and what is not law – and thus establishes the foundations of law equally on law and not-law.

This logic is more widely associated with Western legal culture, because it is a way of answering the question of the foundation of legal systems. Within natural law doctrine, which posits a foundation external to the law, binary logic is at work excluding from the legal realm every normative entity not linkable to the external and meta-legal origin. Within legal positivism, which founds legal power on its own *de facto* authority, binary logic is at

¹⁸ More deeply, J. HABERMAS, *Why Europe Needs a Constitution*, in *New Left Review*, 2001, p. 11, links the decline of state autonomy to the primacy of a neoliberal anthropological model that makes opportunistic use of the assumptions of social solidarity: “The question therefore is: can any of our small or medium, entangled and accommodating nation states preserve a separate capacity to escape enforced assimilation to the social model now imposed by the predominant global economic regime? This model is informed by an anthropological image of ‘man’ as rational chooser and entrepreneur, exploiting his or her own labour-power; by a moral view of society that accepts growing cleavages and exclusions; and by a political doctrine that trades a shrinking scope of democracy for freedoms of the market.”

¹⁹ See M. WIND, *Sovereignty and European Integration: Towards a Post-Hobbesian Order*, London & New York, 2001.

²⁰ See G. MARKS, F.W. SHARPE, P.C. SCHMITTER, W. STREECK (eds.), *Governance in the European Union*, London, 1996; M. ZÜRIN, C. JOERGES (eds.), *Law and Governance in Postnational Europe: Compliance Beyond the Nation-State*, Cambridge, 2005; C. F. SABEL, J. ZEITLIN, *Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU*, in *European Law Journal*, 2008, pp. 271-327.

work identifying law exclusively with what can be led back to a basic norm that expresses this authority in a normative sense. Within late modernity, all the features associated with a complex process of secularisation advance a binary logic working mostly as an identifying tool of law in the framework of a positivist and state-centred law. Our conceptual problem should therefore be dealt with mainly by taking this latter framework into account.

Setting aside natural law doctrine, then, we may say that understanding the problem of the concept of law in binary terms seems broadly justifiable within the domestic realm, on a stage where the players are the nation states and where international law is understood as the outcome of treaties among states or as a set of general principles shared by states. In fact, within this traditional context, the theoretical plausibility of binary logic is grounded on the practical possibility of finding an ultimate authority or authoritative practice capable of concretely allowing the identification of law and excluding what is not law.

By way of a few theoretical examples:

The Kelsenian *Grundnorm* implies the need to think of a presupposed, non-positated norm as a logical-transcendental condition for the possibility of the legal order²¹. All norms can be considered to belong to the legal order, and therefore to be existent and so valid, as long as they are formally and dynamically derived, since their production has been authorised by a fundamental and basic norm: the *Grundnorm*.

But according to Kelsen, what we presuppose in presupposing a *Grundnorm* is precisely the duty to obey the orders of the constitution that is historically the first.²² If we follow this conception through to its logical conclusion, the possibility for thinking of the *Grundnorm* as the foundation of the validity of law that identifies law and authorises the unity of the legal order is pragmatically dependent on the effective capacity of a constituent power to become constituted power and thus become the ultimate source of empowerment for law. In other words, it doesn't make sense to think of a *Grundnorm* if there is no single enforced constitutional order, effective as a whole. And so, notwithstanding Kelsen's famous critique of the concept of sovereignty²³, his analysis of the relationship between the *Grundnorm* and the effectiveness of a legal order, understood within his general understanding of the relationship between the validity and the effectiveness of norms, implies the relevance of the ultimate political authority.

Is this theoretical construct still capable of dealing with the reality of law affected by governance practices in a post-national framework? Briefly put, are we sure that it is always possible to individuate the *Grundnorm* of a post-national legal space such as that of the EU? Could we solve our problems simply by enumerating a plurality of *Grundnormen*? Or is it perhaps the conceptual approach as a whole that should be questioned? I mean by this the idea of dealing with the concept of law by identifying the monolith law as something different from all the rest that is not law.

Besides, Kelsen's monistic option regarding the relationship between national legal order and international legal order, which is in favour of the primacy of international law,

²¹ For H. KELSEN, *The Pure Theory of Law*, Berkeley, 1970, p. 195, the *Grundnorm* is "the basic norm that constitutes the unity in the multitude of norms by representing the reason for the validity of all norms that belong to this order."

²² H. KELSEN, *The Pure Theory of Law*, cit., p. 201, discussing the content of the *Grundnorm*, asserts that «coercive acts ought to be performed under the conditions and in the manner which the historically first constitution, and the norms created according to it, prescribe».

²³ See H. KELSEN, *Law and Peace in International Relations*, Cambridge, 1942; H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1946.

exploits a sort of domestic analogy. The international order is conceived in state terms, with all the familiar problematic consequences we can expect to have so long as an international exclusive authority able to provide the warrant for political unity at the global level is clearly lacking.

In the Hartian conception of law, we have similar problems even if within a quite different theoretical framework. The rule of recognition is a social practice able to receive several external inputs used to identify law²⁴. But the set of criteria that officials use and accept from an internal point of view in order to recognise what is law and what is not law presupposes a context where these criteria are shared and are considered as a single, even if internally complex, reference for the sources of law²⁵.

Hart considers as pathological and deviant the case where the oscillation between two conceptions (for example, of the legislative power) would be endless within a given socio-political space, undermining the possibility for establishing criteria for legal validity. In this case, Hart asserts, the normal conditions of harmony within the officials' world would be suspended. But he adds that this case would imply a serious problem, since the rule of recognition of a legal order can only be individuated on the basis of that harmony. In that case, according to Hart, we can only affirm that the legal order is in danger because of the existence of different rules of recognition²⁶. *Mutatis mutandis* the contingent practical and theoretical considerations, the situation envisaged by Hart is not so distant from the potential risk we run in the presence of a serious conflict between the ECJ and national constitutional courts regarding the scope of the principle of the primacy of European law over national law.

But suppose we are dealing with inconsistent rules of recognition within the realm of governance. How do we ensure the existence of a definitive and effective rule of recognition such as Hart postulates, with the individuation of a supreme criterion for the identification of law, in a legally pluralist environment like the European one? In fact, even in a Hartian frame of reference, the social-political assumption of an ultimate *de facto* authority, capable of sharing and enforcing certain criteria of identity for law, is unavoidable. It would appear that Hart's conception, like Kelsen's, though within a different theory, is not structurally open to the forms of radical legal pluralism we are well acquainted with²⁷. Hart's accommodation of pluralism consists of assessing certain situations as deviant and capable of being absorbed so long as they are limited to a few marginal cases.

Notwithstanding their explicit or implicit criticisms of the normative relevance of the concept of sovereignty, these theories appear dependent at their theoretical core on a pragmatic condition for thinkability and possibility. This condition consists of the effective

²⁴ According to H.L.A. HART, *The Concept of Law* (2nd ed.), Oxford, 1994, pp. 109-110, the rule of recognition "exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact."

²⁵ The factual dependency of the rule of recognition is explicitly analysed by H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 111-112: «[T]he ultimate rule of recognition may be regarded from two points of view: one is expressed in the external statement of fact that the rule exists in the actual practice of the system; the other is expressed in the internal statements of validity made by those who use it in identifying law».

²⁶ For H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 123, the case of the multiplicity of reciprocally contradictory rules of recognition would be a "substandard, abnormal case containing with it the threat that the legal system will dissolve."

²⁷ See N. WALKER, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in *The Modern Law Review*, 2002, pp. 317-359; N.W. BARBER, *Legal Pluralism and the European Union*, in *European Law Journal*, 2006, pp. 306-329.

existence of a supreme, ultimately definitive and almost exclusive authority that, by virtue of its general efficacy as a whole, is capable of framing the legal practice that makes possible thought about a unitary legal order. Can we guarantee the existence of such a condition in the present European political and legal context?

6. *The Irreducible Complexity of Law and Politics within the European Space*

I have tried to show that the problem at issue is always the presumption that law is to be defined using a binary code of identification, with reliance on definitive criteria. A first impression is that European governance reveals the theoretical need to recognise a diversity of concepts of law, in the sense of different forms of law differently identified. The distinction between hard law and soft law is quite useful in this respect, since it is a distinction based on graduated legal weight that bypasses binary logic. The production of soft law can often be understood as the normative outcome of governance practices. The same could be said of the various sources of law within the EU, including regulations, directives, decisions, recommendations, and opinions. Further, in contrast to binary logic, the logic of graduated normative weight is useful in understanding the normative power of the independent authorities. This logic is in fact theoretically endless, since within the open post-national context, the process of recognition of sources of authority is endless too²⁸.

We should be aware however that it is possible to question the scope of this endless process from a logical point of view as well. If the logic of graduation implies an endless and undefined movement, then everything is law and at the same time nothing is law. If we have no criteria with which to identify law, at least contingently, then we lose the concept of law. Every conceptualisation is in fact built on some exclusion. If excluding something constitutes a given concept as a realm that keeps together (*cum capere*) a field of experience, this implies the drawing of borders. But in order to do this and thereby conceptualise and understand a field of experience, that field must be identified and distinguished from other fields. Thus, if we give up binary logic and accordingly the possibility of individuating identifying criteria for law, we theoretically lose the concept of law. But we don't merely lose the concept of law in favour of a multiplicity of concepts of law. In truth, we experience a more radical loss, that of the possibility of conceptualising law and dealing with any concept of law.

If we now understand that the use of binary logic is nevertheless unavoidable for the elaboration of a concept of law – since alternative logics, like the gradualist one briefly sketched out above, don't authorise the definition of a concept a law – then we have a radical theoretical conclusion based on pragmatic proofs. That conclusion would be: our contemporary socio-institutional space, in Europe especially, is making the conceptual definition of law increasingly difficult.

There is, however, an alternative conclusion that should be advanced and sketched out, if only as a further meta-legal working hypothesis with the aim of bypassing conflict between courts and allowing us to proceed with the process of constructing a European identity. Perhaps what should be questioned in depth is the obsessive search for a

²⁸ This alternative logic is acutely explored and advanced by N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, cit., p. 305, pointing towards a new concept of law that “shifts away from binary conceptions of law” towards “a form of graduated authority”.

foundation, the endless attempt to situate an ultimate base. If we pay attention, we realise that the aim of disclosing an ultimate origin in order to identify something, the law in the present case, is always coupled with an arbitrary movement of reduction and amputation. It is always a way of reducing something that is in reality more complex.

Perhaps now complexity has been too greatly expanded. Perhaps now complexity can be managed and not reduced to a fight where a particular institution has to win and another one has to lose. Perhaps now social practices could emancipate us from the fiction of the origin, of the foundation, of the order, showing us that even a legal system is at the same time itself and something other than itself²⁹; showing us that the normative dimension is a continuum, a flexible space and not an order, where oppositions live together. Thus we must deal with a European law without a fixed concept of law, with a European institutional identity *in fieri* without a fixed concept of identity, with a regulatory space that must be managed with all the tools our imagination is able to create.

ABSTRACT: *Lights and Shadows of Legal Rulings in the Building Process of a European Identity: The Background for New Conceptions of Law*

In the construction of a plural, relational, and flexible identity founded on an institutional basis, rulings are structurally capable of grasping needs emerging from contingent, concrete, and representative cases. For this reason, the helpful role played by member states' national constitutional courts and the European Court of Justice in the process of constructing a European identity is evident. However, rulings show how easily the benefits associated with the role played by the courts in the processes of construction of the EU's institutional identity may be transformed into sources of an institutional impasse when the socio-political context undergoes change. Given these lights and shadows, the paper deals with a more theoretical issue as well. Namely, with the perennial question that can be conceived of as the deep background to the dialogues and conflicts among these institutions. This is the question of the identification of law and, from a political perspective, the question of the individuation of the ultimate authority charged with providing the warrant of that identification. Therefore, the paper proposes to inquire into the hypothesis that radical changes in the effective structure of political institutions, as in the EU case, inevitably affect the theoretical conception of law.

²⁹ On this issue, see the authoritative study by F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Brussels, 2002.

L'INTERPRETAZIONE EVOLUTIVA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO ED IL RICONOSCIMENTO DI “NUOVI” DIRITTI INDIVIDUALI

LINA PANELLA*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive e precisazioni metodologiche. – 2. Competenza esclusiva della Corte ad interpretare le norme della Convenzione e dei protocolli e il riconoscimento di “nuovi” diritti. – 3. Il diritto individuale ad una cittadinanza nei casi di successione di Stati. – 4. Diniego/revoca della cittadinanza. – 5. L'estensione delle garanzie a favore degli stranieri. – 6. Il riconoscimento del diritto ad un ambiente sano. – 7. Brevi annotazioni finali.

1. *Considerazioni introduttive e precisazioni metodologiche*

Per esaminare l'argomento, estremamente ampio, dell'affermazione di nuovi diritti individuali attraverso la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si ritiene siano necessarie alcune precisazioni metodologiche. Nelle pagine seguenti si farà riferimento, certo non in modo esaustivo, esclusivamente alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo: non si terrà conto, quindi, della rilevanza dei pareri emessi dalla Corte EDU in seguito all'entrata in vigore del protocollo n. 16 che attribuisce a questo organo una funzione consultiva, consentendo alle più alte Corti e Tribunali di uno Stato parte di richiedere pareri su questioni di principio relative all'interpretazione ed all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti nella Convenzione e nei suoi protocolli¹.

Preliminarmente è da sottolineare che la Convenzione europea costituisce una manifestazione esplicita di alcuni valori morali fondamentali e duraturi ai quali è stata data efficacia giuridica da un trattato internazionale, quindi da un atto volontario non applicabile *erga omnes*, e questi valori sono continuamente interpretati da una Corte internazionale (regionale), appunto la Corte europea dei diritti dell'uomo. La natura pattizia della

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Messina.

¹ Il protocollo n. 16 è entrato in vigore il 1° agosto 2018 nei confronti degli Stati che lo hanno ratificato e, fino al febbraio 2021, la Corte ha fornito due pareri, uno nei confronti della Francia e l'altro, il 29 maggio 2020 nei confronti dell'Armenia. Altre tre richieste di pareri provenienti, il 15 aprile 2021, dal Consiglio di Stato francese; il 14 maggio 2021, dalla Corte di Cassazione armena ed il 15 novembre 2020 dalla Corte amministrativa suprema della Lituania sono stati accettati, mentre è stata rigettata la domanda di parere presentata dalla Corte suprema slovacca. Come è noto, al momento in cui scriviamo, l'Italia il 12 gennaio 2021 ha approvato definitivamente il disegno di legge riguardante l'autorizzazione alla ratifica e all'esecuzione del protocollo n. 15, rinviando *sine die* l'autorizzazione alla ratifica e all'esecuzione del protocollo 16. Senza entrare nel merito della mancata ratifica del protocollo 16, a ragione criticata da gran parte della dottrina giuridica, la Corte di Cassazione, sezione prima civile, con l'ordinanza depositata il 29 aprile 2020 n. 8325 ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12 della legge sulla PMA e delle norme che disciplinano la trascrizione degli atti formati all'estero, nella parte in cui si preclude la possibilità di riconoscimento di provvedimenti giurisdizionali stranieri che accertano il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero con le modalità della gestazione per altri ed il genitore d'intenzione unito in matrimonio con il genitore biologico, richiamando, *inter alia*, espressamente il parere della *Grand Chambre* del 10 aprile 2019.

Convenzione spiega perché l'esistenza di una "identità europea condivisa" e di un rafforzamento del senso di appartenenza comune dei cittadini europei, è un presupposto molto spesso contestato, certamente non unanimemente accettato. La Convenzione (e i suoi protocolli) così come la giurisprudenza della Corte, hanno creato per 70 anni un *corpus* di diritti e di principi che ha avuto un profondo e positivo impatto sui sistemi giuridici ed anche, in certa misura, sulle culture politiche degli Stati membri. In alcuni Stati essa ha confermato principi fondamentali già esistenti di democrazia, di stato di diritto e di diritti umani. In altri Paesi, ha contribuito alla loro transizione da regimi non democratici o oppressivi a moderne democrazie costituzionali. La Convenzione è uno strumento adottato dagli Stati membri allo scopo di prevenire mutamenti antidemocratici e illiberali verso un autoritarismo irresponsabile, prossimo ai regimi che hanno causato la calamità della seconda guerra mondiale e la Corte, attraverso l'adozione delle sue sentenze, cioè attraverso la formulazione del suo giudizio su specifiche situazioni, rappresenta il garante della sua effettiva applicazione.

È noto, infatti, che l'art. 46 della CEDU impone alle Alte Parti contraenti l'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte per le controversie di cui sono parte, così come non si dice certo nulla di nuovo affermando che le sentenze della Corte di Strasburgo normalmente, non presentano carattere annullatorio-cassatorio ma sono anzitutto sentenze di accertamento, nel senso di verificare, nel singolo caso, se i fatti oggetto del ricorso, determinano o meno una violazione del diritto garantito dalla Convenzione o dai suoi protocolli ad opera dello Stato contro cui è stato proposto. Poiché la Corte agisce su richiesta del ricorrente, il suo accertamento è esclusivamente limitato al *petitum* cioè a quanto denunciato nel ricorso.

Diverso è il caso delle c.d. sentenze pilota². Tale procedura, dapprima riconosciuta solo per via giurisprudenziale, è stata in seguito codificata nell'art. 61 del regolamento della Corte, come modificato il 21 febbraio 2011³. Secondo tale articolo, quando appare da un ricorso che in uno Stato esiste un problema strutturale o sistemico che potrebbe dare luogo ad una molteplicità di ricorsi simili (c.d. "ricorsi clone"), la Corte può decidere, d'ufficio o su istanza di parte, di trattare il caso in via prioritaria per emettere una sentenza, c.d. pilota, che identifichi la natura del problema strutturale ed indichi nel dettaglio le misure che lo Stato interessato deve adottare a livello nazionale per eliminare il problema, richiamandole nel dispositivo della sentenza. A tal fine la Corte può anche indicare dei termini specifici per l'esecuzione delle misure indicate.

In tali casi, la soluzione del ricorso individuale non rimuove le cause della violazione; è naturale pertanto che la Corte, nella più recente evoluzione della propria giurisprudenza, abbia indicato anche le riforme di carattere strutturale alle quali lo Stato dovrebbe procedere per rimuovere le cause dell'illecito, in ciò agevolata dall'attività del Comitato dei Ministri che ha rivolto specifiche richieste in tal senso. Si è così instaurata una prassi, consolidatasi in numerose sentenze, secondo la quale la Corte, una volta constatata la violazione della Convenzione, a prescindere dal riconoscimento di un'equa soddisfazione di carattere pecuniario, interviene regolarmente nei confronti dello Stato, sia indicando le misure individuali da adottare per rimuovere le cause della violazione nel caso singolo, sia

² Corte EDU sent. 22 giugno 2004, ric. n. 31443/96, *Broniowski c. Polonia*, ha aperto la strada alle pronunce nelle quali la Corte, rilevando problemi strutturali, ha indicato allo Stato gli obiettivi specifici da perseguire nell'adottare le misure interne necessarie per conformarsi alla sentenza.

³ La formulazione dell'articolo non è mutata dopo la revisione del regolamento del 2 giugno 2021.

indicando le misure generali necessarie per risolvere un problema strutturale che potrebbe dar luogo ad una pluralità di ricorsi⁴.

Per la sua natura, la sentenza pilota trova applicazione anche al di là della fattispecie esaminata, come precisato, altresì, dalla nostra Corte di Cassazione, Sezioni unite, con l'ordinanza n. 34472/2012 nel caso *Ercolano*⁵.

La Corte di Cassazione ha ulteriormente chiarito la sua posizione con la sentenza del 6 novembre 2014 n. 46067 in cui si statuisce che la rilevanza del *decisum* della Corte di Strasburgo, reso in un determinato caso, suscettibile di produrre effetti anche a favore di persone che non abbiano proposto un ricorso innanzi alla Corte europea, riguarda esclusivamente coloro che si trovino in una identica condizione sostanziale.

La procedura della sentenza pilota, si rileva pertanto funzionale a porre fine a violazioni strutturali della CEDU, pur richiedendo a tale scopo la collaborazione attiva da parte dello Stato convenuto.

2. *Competenza esclusiva della Corte ad interpretare le norme della Convenzione e dei protocolli e il riconoscimento di “nuovi” diritti*

Il potere di giudizio, quindi di emettere una sentenza, della Corte è strettamente collegato alla sua competenza esclusiva, prevista dall'art. 32 della Convenzione, di interpretare le norme della Convenzione stessa e dei suoi protocolli. Si può affermare che la sentenza è il risultato dell'attività interpretativa della Corte delle norme convenzionali e nell'esercizio di questa sua funzione esclusiva il suo formante giurisprudenziale⁶ acquista una particolare rilevanza. La dimensione assiologica della decisione si esprime attraverso la motivazione con la quale la Corte giustifica le sue scelte, dando forma ai giudizi di valore da cui essa dipende. In tal senso, i giudici di Strasburgo agiscono spesso come *subsidiary legislator* ampliando il proprio potere, attraverso una interpretazione estensiva delle norme esistenti⁷. Come è stato sostenuto, questo ruolo di “legislatore sussidiario” della Corte è

⁴ A. DONALD, *Responding to systemic human Rights Violations: an Analysis of “pilot Judgement”, of the european Court of Human Rights and their Impact at national Level*, London, 2010; J. ABRISKETA URIARTE, *Las sentencias piloto: el Tribunal europeo de derechos humanos, de juez a legislador*, in *Rev. esp. der. int.*, 2013, p. 2; J. F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme: l'arrêt pilote, le pragmatisme au service des droits de l'homme*, in *Rec. dall.*, 3, 2013, p. 201; M. BOCCHI, *Le sentenze pilota nella prassi della Corte europea dei diritti umani e la loro efficacia negli ordinamenti interni*, in *Com. int.*, 2016, p. 71; A. CANNONE, *Violazioni di carattere sistemico e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, 2018.

⁵ Si legge nell'ordinanza: «Le decisioni della Corte EDU, che evidenziano una situazione di oggettivo contrasto – non correlata in via esclusiva al caso esaminato – della normativa interna sostanziale con la Convenzione EDU, assumono rilevanza anche nei processi diversi da quello nell'ambito del quale è intervenuta la pronunzia della predetta Corte internazionale».

⁶ Il termine formante giurisprudenziale è utilizzato nella accezione elaborata da Rodolfo Sacco, a proposito del diritto comparato. R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in *The Am. Jour. Comp. Law*, vol. 39, 1, 1991, p. 1 ss.; IDEM, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*, in *The Am. Jour. Comp. Law*, vol. 39, 2, 1991, p. 343 ss.; IDEM, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992.

⁷ In questo senso G. REPETTO (ed.), *The constitutional Relevance of the ECHR in domestic and european law*, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, p. 1 ss.

visibile «in the invention of new rights», cioè nell'affermazione di diritti individuali non previsti, dal punto di vista formale, nel testo della Convenzione⁸.

D'altra parte già nel caso *Tyrer c. Regno Unito* del 1978 la Corte ha fatto riferimento a quello che poi diventerà un *leitmotiv* della sua giurisprudenza, cioè della «*Convention as a living instrument*», che deve essere interpretata tenendo conto delle «*present day conditons*». Tale posizione è stata ribadita anche in numerose sentenze successive, ed è unanimemente accettata dalla dottrina. Al riguardo, la Corte, avvalendosi del suo potere esclusivo di interpretazione delle norme convenzionali, che si traduce nella sua assoluta libertà di giudizio, ha colmato molte delle lacune in essa presenti, adattandola ai cambiamenti sociali che il trascorrere del tempo inevitabilmente determina. L'affermazione di "nuovi" diritti che trova la propria legittimazione, appunto, nel potere esclusivo di interpretazione della Corte, previsto dal già citato art. 32, è avvenuta *par ricochet*, cioè in modo indiretto: in altri termini la Corte, formulando il proprio giudizio sulla violazione di un determinato diritto sancito dalla Convenzione, "indirettamente" afferma l'esistenza di un diritto non garantito dalla Convenzione (o dai suoi protocolli). È vero che questa giurisprudenza della Corte ha fatto sostenere a qualche critico commentatore che i giudici di Strasburgo hanno peccato di eccesso di fantasia o di attivismo, ampliando in modo eccessivo le loro competenze, ma è anche vero che solo in questo modo è stato ed è possibile rendere efficace uno strumento pattizio risalente al 1950.

La protezione indiretta di diritti individuali non garantiti dalle norme convenzionali, non soltanto amplia il catalogo dei diritti garantiti, creando ulteriori vincoli per le giurisdizioni nazionali, ma mette ancora più in evidenza il legame inscindibile tra interpretazione e giudizio.

Nelle pagine seguenti mi soffermerò sull'affermazione da parte della Corte di "nuovi" diritti che per la loro rilevanza e soprattutto attualità sono destinati ad incidere nei singoli ordinamenti, ponendo fine ad inevitabili tensioni e determinando nuovi equilibri. Mi riferisco in particolare al diritto individuale ad una cittadinanza, a nuovi diritti per gli stranieri, al diritto ad un ambiente sano.

⁸ Un aspetto che non è possibile approfondire in questa sede riguarda il ruolo fondamentale nella creazione di "nuovi" diritti che spetta alle opinioni dissidenti dei giudici. Sull'argomento, cfr. fra gli altri, P. PINTO DE ALBUQUERQUE, D. CARDAMONE, *Efficacia della dissenting opinion*, in F. BUFFA, M. G. CIVININI (a cura di), *La Corte di Strasburgo, Gli speciali di Questione Giustizia*, aprile 2019. Alcuni studi sulle opinioni dissidenti dei giudici di Strasburgo hanno evidenziato che ci troveremo di fronte alla dicotomia "moderazione giudiziaria" e "attivismo giudiziario". Infatti esisterebbe un diverso approccio tra i giudici che hanno svolto in precedenza attività di giudice nazionale o di avvocato e coloro che, invece, provengono dal mondo universitario. Mentre i primi avrebbero una maggiore tendenza ad accettare l'opinione della maggioranza in nome della collegialità, i giudici che provengono dal mondo universitario avrebbero invece una propensione più spiccata a fornire opinioni separate e "progressiste". In questo senso F. J. BRUINSMA, *The Room at the Top: Separate Opinions in the Grand Chambers of the ECHR (1998-2006)*, 2008, disponibile sul sito www.anci.ch/articles/ancilla2008_32_bruinsma.pdf. Probabilmente questa dicotomia è eccessivamente rigida nella sua formulazione. Io ritengo che un tribunale internazionale come la Corte EDU ha bisogno di diversità nella sua composizione in modo che tutte le diverse opinioni e idee possono essere rappresentate nel prodotto finale, appunto nel giudizio. La Convenzione si basa sull'esistenza di una comunità di giudici europei che, insieme, in collaborazione, applicano i diritti e le libertà della Convenzione. Pertanto tutti i giudici degli Stati membri del Consiglio d'Europa sono in questo senso "giudici di Strasburgo".

3. Il diritto individuale ad una cittadinanza nei casi di successione di Stati

Il diritto dell'individuo ad una cittadinanza non rientra nel catalogo dei diritti previsti dalla Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, a differenza di quanto avviene in altre Convenzioni regionali. Nella Convenzione interamericana sui diritti umani del 1969, l'art. 20 riproduce sostanzialmente l'art. 15 della Dichiarazione universale e, per il continente africano, nella Carta africana sui diritti ed il benessere del fanciullo del 1990, l'art. 6.3 ha un contenuto analogo. Anche nella Carta araba sui diritti umani del 22 maggio 2004, il diritto individuale ad una cittadinanza trova una chiara affermazione, all'art. 29⁹. Questa mancanza è ancora più rilevante se si pensa che la sua natura giuridica *sui generis*, i diritti in essa garantiti ed il sempre più spiccato carattere giurisdizionale che contraddistingue il sistema di garanzia in essa previsto, fanno della Convenzione una sorta di *Magna Charta* dell'Europa democratica¹⁰.

Tale omissione comunque trova una giustificazione nella circostanza che la Convenzione, trattato multilaterale concepito ed elaborato in quanto sistema giuridico sovranazionale atto a conferire diritti ed a produrre obblighi nell'ambito di sistemi giuridici europei, si basa sulla concezione tradizionale secondo cui l'attribuzione o il diniego/revoca della cittadinanza, rientra nelle materie di competenza esclusiva dello Stato. In questo ambito, quindi, lo Stato sarebbe esente da qualsiasi interferenza da parte dell'ordinamento internazionale, e soprattutto la creazione di una giurisdizione superiore come la Corte europea dei diritti dell'uomo non avrebbe avuto alcuna competenza in merito¹¹. Quanto affermato è dimostrato dal fatto che il Comitato che ha redatto il protocollo n. 4 alla CEDU, che riconosce alcuni diritti e libertà oltre quelli che già figurano nella Convenzione, aveva previsto di inserire una disposizione che precisava che «sarebbe impedito allo Stato di privare un cittadino della sua nazionalità per poterlo espellere». Tuttavia la maggioranza degli esperti ha ritenuto inopportuno affrontare la delicata questione della legittimazione della privazione della nazionalità e durante i lavori del Comitato si è constatato che sarebbe stato molto difficile nei fatti, verificare se l'espulsione poteva essere il presupposto per la revoca della cittadinanza. Ancora nel 1988, il Comitato di esperti del Consiglio d'Europa per lo sviluppo dei diritti dell'uomo ha cominciato ad esaminare il diritto ad una cittadinanza come diritto individuale autonomo e quindi la possibilità di prevedere tale diritto in un ulteriore protocollo addizionale alla Convenzione, senza tuttavia arrivare ad una soluzione positiva. Un compromesso è stato raggiunto con l'adozione della Convenzione europea sulla cittadinanza del 1997 che pur prevedendo tale diritto tale

⁹Sulla protezione dei diritti dell'uomo nel mondo arabo ed in particolare sulla Carta araba del 2004 esiste una vasta bibliografia. Solo a titolo esemplificativo M. RISHMAWI, *The Revised Arab Charter on Human Rights: A Step Forwards?*, in *Hum. Rights Law Rev.*, 2005, p. 361; C. ZANGHÌ, R. BEN ACHOUR, *La nouvelle Charte arabe des droits de l'homme*, Torino, 2005; I. CHERIFI, *Ligue des Etats arabes. Charte arabe des droits fondamentaux: une entrée en vigueur sujette à controverses*, in *Rev. gén. dr. int. pub.*, 2008, p. 379; L. ZERROUGUI, *The Arab Charter on Human Rights*, in *Essex Human Rights Review*, 2011, p.7.

¹⁰ In questo senso, fra gli altri, A. DI STASI, *Il sistema convenzionale di tutela dei diritti dell'uomo: profili introduttivi*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Vicenza, 2016, p. 9.

¹¹ Le motivazioni che hanno determinato l'esclusione del diritto ad una cittadinanza dalla CEDU, sono ampiamente esaminate da M. DE SALVIA, *Nazionalità in senso formale e nazionalità in senso sostanziale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1995, p. 11 ss.

diritto, è priva di un organo di controllo quale la Corte EDU, mancando quindi la legittimazione attiva dell'individuo a far valere le eventuali violazioni in sede giurisdizionale.

Sebbene gli organi di controllo della Convenzione, la Commissione e la Corte prima, poi esclusivamente la Corte, abbiano confermato più volte che «il diritto al riconoscimento di una cittadinanza non figura in quanto tale tra i diritti e le libertà garantiti dalla Convenzione», per cui essi non erano (e non sono) competenti a giudicare sulla sua violazione *ratione materiae*, l'interpretazione letterale delle norme convenzionali ha più volte ceduto ad una loro interpretazione estensiva che ha riconosciuto, anche se in modo indiretto, l'esistenza di tale diritto. È d'altra parte fuor di dubbio che in un momento in cui la vita della comunità internazionale è sottoposta a continue pressioni e cambiamenti, la concessione/negazione della cittadinanza diviene uno strumento politico con cui lo Stato tende a rafforzare il suo potere sugli individui e comunque a riaffermare la sua competenza esclusiva, sempre più limitata dalle norme internazionali. Sulla base di queste considerazioni, la Corte europea, nel suo ruolo di interprete e garante della Convenzione, non è rimasta insensibile alle possibile violazione del diritto degli individui ad una cittadinanza che potrebbe essere la conseguenza di diverse situazioni che hanno caratterizzato la vita degli Stati negli anni '90: la formazione di nuovi Stati, le legislazioni nazionali in materia di terrorismo, la inascoltata richiesta di integrazione proveniente da individui che hanno scelto di vivere in un Paese diverso dal proprio. In queste diverse fattispecie, la giurisprudenza della Corte, pur pervenendo a conclusioni diverse, ha riconosciuto, indirettamente, la necessità di tutelare il diritto degli individui ad una cittadinanza, collegandolo, nella maggior parte dei casi, alla protezione della vita privata e familiare prevista dall'art. 8 CEDU.

Per quanto riguarda il riconoscimento di un diritto individuale ad una cittadinanza nei casi di successione fra Stati, il *leading case* è certamente il caso *Kuric e altri c. Slovenia* del 26 giugno 2012¹², in cui la Grande Camera ha fatto finalmente giustizia della drammatica vicenda dei "cancellati", condannando in via definitiva il Governo sloveno per la violazione dei diritti dei cittadini della ex Jugoslavia che, a seguito della dichiarazione di indipendenza della Slovenia nel 1991, erano stati cancellati illegalmente dai registri dei residenti permanenti ed avevano perso qualsiasi *status* giuridico. Chiamata a riesaminare la sentenza resa in primo grado da una Camera della Corte il 13 luglio 2010, la Grande Camera ha confermato la responsabilità del Governo sloveno per gli effetti della cancellazione sulla sfera privata e familiare dei ricorrenti, i quali sono stati costretti a vivere per circa vent'anni in condizioni di totale insicurezza giuridica e di abbandono materiale e morale. In particolare, respingendo integralmente le motivazioni del Governo sloveno, la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 8 della Convenzione che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare e dell'art. 13 che tutela il diritto ad un rimedio interno effettivo, per il persistente rifiuto delle autorità slovene di regolarizzare la posizione giuridica dei ricorrenti in conformità alle statuizioni della stessa Corte costituzionale slovena (che si era più volte pronunciata a favore dei cancellati) e per l'inadeguatezza della nuova legge adottata nel 2010 al fine di porre rimedio alla situazione che si era venuta a creare¹³.

¹² Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, del 26 giugno 2012, *Kuric e altri c. Slovenia*.

¹³ Sostiene la Corte che «Les 'personnes effacées' devinrent en conséquence des étrangers ou des apatrides résidant illégalement en Slovénie. Elles rencontrèrent généralement des difficultés pour conserver leur emploi et leur permis de conduire et pour obtenir leur pension de retraite. En outre, elles ne pouvaient pas quitter le pays, car il leur était impossible d'y revenir sans pièce d'identité valable. De nombreuses familles furent

La Corte ha altresì condannato la Slovenia per violazione del divieto di discriminazione sancito dall'art. 14 della Convenzione europea, in quanto i cittadini della *ex* Jugoslavia hanno ricevuto un trattamento meno favorevole rispetto agli stranieri, i quali – a seguito dell'indipendenza – avevano potuto mantenere il loro *status* giuridico all'interno del nuovo Stato sloveno.

È importante sottolineare che, come si legge nella sentenza¹⁴ «Ainsi que la Cour l'a déclaré à maintes reprises, la Convention ne garantit pas le droit pour un étranger d'entrer ou de résider dans un pays particulier et les Etats contractants ont le droit, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, y compris la Convention, de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux»¹⁵. Tuttavia questo potere dello Stato non è assoluto ma può subire delle limitazioni poichè «des mesures restreignant le droit d'une personne d'avoir la nationalité ou de séjourner dans un pays peuvent, dans certains cas, donner lieu à une violation de l'article 8 de la Convention s'il en résulte des répercussions disproportionnées sur la vie privée et/ou familiale de l'intéressé»¹⁶.

Riconducibili ai mutamenti territoriali degli Stati europei degli anni '90 sono infine due casi identici in cui la Corte ha indirettamente riconosciuto il diritto ad una cittadinanza, pur rigettando i ricorsi individuali, con l'adozione di una interpretazione più restrittiva del rapporto tra la violazione di determinate norme della Convenzione e la perdita o la privazione della cittadinanza. Il riferimento è alla decisione nei ricorsi riuniti *István Febér c. Repubblica Slovacca* e *Erzsébet Dolník c. Repubblica Slovacca* del 21 maggio 2013, in cui i ricorrenti si lamentano che, avendo acquistato la cittadinanza ungherese, in base alla legge della Repubblica Slovacca sulla cittadinanza hanno perduto, *ex lege*, la cittadinanza di questo Stato¹⁷. In questo caso la Corte, sottolineando ancora una volta che il diritto ad una cittadinanza non rientra nei diritti garantiti dalla Convenzione e dai suoi protocolli, ha richiamato la sua precedente giurisprudenza in cui si riconosce che la privazione della cittadinanza possa incidere sulla vita privata dei ricorrenti, e possa concretizzare una violazione del divieto di non discriminazione. La decisione di rigetto della Corte, in questi casi, è basata sulla considerazione che i ricorrenti hanno optato liberamente per la cittadinanza ungherese, essendo ben consapevoli delle conseguenze previste dalla legislazione slovacca in argomento che, peraltro, era già in vigore. In questo caso, lo sforzo della Corte di bilanciare il margine di apprezzamento dello Stato con una effettiva protezione dei diritti dei singoli è ancora più evidente: le restrizioni previste dalla legislazione statale sono “giustificate” dalla volontà dell'individuo, che si è manifestata in modo libero e consapevole delle eventuali conseguenze.

séparées, certains membres se trouvant en Slovénie et d'autres vivant dans l'un des autres Etats successeurs de l'ex-RSFY. Parmi les 'personnes effacées' figuraient 5 360 mineurs, qui, pour la plupart, se virent retirer leurs papiers d'identité. Certaines des 'personnes effacées' quittèrent la Slovénie de leur plein gré. D'autres se virent notifier des ordonnances d'expulsion et furent renvoyées» (par. 33 della sentenza).

¹⁴ Par. 355 della sentenza *Kuric e altri c. Slovenia*...cit.

¹⁵ La Corte aveva già espresso lo stesso orientamento in altre sentenze. A titolo esemplificativo cfr. *Chahal c. Regno Unito*, del 15 novembre 1996, par. 73; *El Boujaïdi c. Francia* del 26 settembre 1997, par. 39; *Baghli c. Francia* del 30 novembre 1999, par. 45; *Boultif c. Svizzera*, del 2 agosto 2001, par. 39.

¹⁶ La Corte, a supporto di tale tesi, richiama la sua precedente giurisprudenza ed in particolare *Radovanovic c. Austria*, n. 42703/98, del 22 aprile 2004 parr. 36-37, et *Maslov c. Austria* [GC], del 23 giugno 2008, par. 100; *Genovese c. Malta* dell'11 ottobre 2011.

¹⁷ Si tratta della legge sulla Cittadinanza n. 40 del 1993 come emendata dalla legge n. 250 del 2010.

La conclusione che si trae dalla prevalente giurisprudenza della Corte nel caso di mutamenti territoriali è certamente quella che tale organo, pur in mancanza di esplicite disposizioni nella Convenzione, consideri la cittadinanza come diritto fondamentale dell'individuo e ritenga che il suo mancato riconoscimento possa incidere sulla sua identità personale e, comunque, sulla fruizione di altri diritti fondamentali.

4. Diniego/ revoca della cittadinanza

Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il diritto ad una cittadinanza viene, altresì, implicitamente affermato in casi di diniego della cittadinanza, riconoscendo ancora una volta che, tale misura può interferire con la vita privata e familiare dell'individuo.

Tale convincimento è rafforzato dall'ampia portata del concetto di vita privata assunta dalla Corte, suscettibile di ricomprendere anche aspetti dell'identità sociale. Ne consegue che, secondo la Corte, la mancata acquisizione della cittadinanza può, in alcuni casi, determinare un pregiudizio significativo al godimento del diritto alla vita privata e familiare¹⁸, violando l'art. 8 della CEDU¹⁹.

Nei casi che saranno di seguito esaminati, i ricorsi pur essendo stati dichiarati irricevibili, e assumendo, una diversa rilevanza riguardo i motivi che hanno determinato il comportamento dello Stato, sembrano significativi di una nuova prassi, potremmo dire di una terza fase, nella giurisprudenza della Corte. Perché terza fase? Come sostiene espressamente la Corte, nella sentenza *Ramadan c. Malta*²⁰, nei primi casi esaminati riguardanti la privazione della cittadinanza, essa si dichiara non competente *ratione materiae* per l'assenza di espresse disposizioni in proposito nella Convenzione. In una seconda fase la Corte effettua un *revirement* della sua giurisprudenza ritenendo che l'arbitraria privazione della cittadinanza possa concretizzare una violazione di alcune norme della Convenzione, in particolare il divieto di discriminazione e di violazione della vita privata e familiare e, con un'interpretazione evolutiva delle norme in essa contenute, teorizza una cittadinanza sostanziale in opposizione alla cittadinanza formale che non può essere oggetto di un arbitrario diniego o che giustifica indirettamente la revoca del provvedimento di espulsione. Nella terza fase, la Corte, pur riconoscendo un diritto individuale ad una cittadinanza, si dichiara incompetente a giudicare il ricorso ma non *ratione materiae*, bensì ampliando il margine di apprezzamento degli Stati, cioè quel limite entro il quale la Corte riconosce ad essi la libertà di azione e di manovra, prima di dichiarare che la misura statale di deroga o di limitazione di un diritto garantito determini una concreta violazione della Convenzione

¹⁸ Tale posizione, anche se con sfumature diverse, ma in modo ben definito, è stata espressa dalla Corte, fra l'altro nella sentenza *Genovese c. Malta* dell'11 ottobre 2011 par. 33 ss. e *Labasse c. Francia* del 26 giugno 2014.

¹⁹ La Corte ha avuto modo di pronunciarsi per la prima volta sulla incidenza che la revoca della cittadinanza già posseduta, per nascita o naturalizzazione, può avere sulla vita privata e familiare dell'individuo nel caso *Ramadan c. Malta* del 21 giugno 2016. Oltre i casi di revoca della cittadinanza esaminati nel testo, casi analoghi sono pendenti davanti la Corte, in particolare *Ghoumid c. Francia* (appl. N. 52273/16); *Charouali c. Francia* (appl. N. 52285/16); *Turk c. Francia* (appl. N. 52290/16); *Aberbri c. Francia* (appl. N. 52294/16) e *Ait El Haj c. Francia* (appl. N. 52302/16). In questi casi si tratta della revoca della cittadinanza per il presunto coinvolgimento dei ricorrenti nella preparazione di atti terroristici. Costoro sostengono che la decisione di revocare la cittadinanza viola il loro diritto all'identità e che la tale misura è una "disguised penalty" diretta a colpire le loro idee politiche.

²⁰ Par. 84 ss. della sentenza *Ramadan*...cit.

stessa. Il margine di apprezzamento quindi è necessariamente “mobile” in quanto si configura come un confine tra misure ammesse se ricadono al suo interno e misure non ammesse in quanto eccedenti tale margine e quindi costituenti violazioni della Convenzione.

La stessa Corte europea afferma che l'ampiezza del margine di apprezzamento nazionale varia secondo le circostanze, le materie ed il contesto: in altri termini questo istituto, di origine giurisprudenziale, risponde ad una esigenza di definizione dei confini che sono propri a decisioni di natura giudiziaria²¹. La necessità di contemperare esigenze unitarie rispetto delle diversità nazionali, assunta dalla dottrina del margine di apprezzamento adottata dalla Corte, conferma la difficoltà nel concepire una nozione univoca di tale concetto, che invece tende a conformarsi diversamente anche in casi fondamentalmente identici.

L'indeterminatezza del margine di apprezzamento degli Stati viene ribadita nel protocollo n. 15 alla Convenzione adottato il 24 giugno 2013 ed entrato in vigore il 1° agosto 2021 che, alla fine del preambolo della Convenzione, aggiunge un apposito paragrafo: «Affermando che spetta in primo luogo alle Alte Parti contraenti, conformemente al principio di sussidiarietà, garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti nella presente Convenzione e nei suoi protocolli e che, nel fare ciò, esse godono di un margine di apprezzamento, sotto il controllo della Corte europea dei Diritti dell'Uomo istituita dalla presente Convenzione».

I problemi che la genericità dell'applicazione del margine di apprezzamento dello Stato può causare ad una effettiva protezione dei diritti individuali sono ulteriormente confermati nella sentenza *Ramadan c. Malta*, divenuta definitiva nell'ottobre del 2016 in seguito al rigetto della domanda di rinvio alla Grande Camera²². In tale sentenza la Corte, dopo aver ulteriormente ribadito che il diritto ad una cittadinanza non è previsto nella CEDU, per respingere le motivazioni del ricorrente, ha precisato che la privazione della cittadinanza può configurare una violazione dell'art. 8 esclusivamente nei casi in cui sia arbitraria e crei nocumento al godimento del diritto alla vita privata e familiare.

La pericolosità dell'applicazione del margine di apprezzamento è, *inter alia*, dimostrata dal fatto che la Corte non tiene in debito conto che il richiedente, privato della cittadinanza maltese, sarebbe divenuto apolide. In breve i fatti. La vicenda trae origine da una misura di revoca della cittadinanza adottata dalla Repubblica di Malta nei confronti di Louay Ramadan, già cittadino egiziano residente illegalmente nel territorio maltese. Secondo il giudice civile, la cittadinanza maltese era stata acquistata dal ricorrente in modo fraudolento attraverso il matrimonio con una cittadina maltese, come è possibile desumere da alcuni elementi probatori quali la giovane età della donna, sposata dopo solo tre mesi dall'averla conosciuta, e gli immediati episodi di violenza che hanno caratterizzato la loro vita coniugale fin dall'inizio, tanto da portare all'annullamento del matrimonio.

Dopo diversi anni dalla fine del matrimonio, le autorità maltesi, in applicazione dell'art. 14 par. 4 del *Citizenship Act* istituiscono un comitato di valutazione della situazione

²¹ Cfr. V. ZAGREBELSKI, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, p. 43 ss.

²² Per un commento della sentenza C. CIPOLLETTI, *Il diritto alla cittadinanza ed il rispetto alla vita privata e familiare nella sentenza Ramadan v. Malta della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2016, p. 1195 ss. In questa sentenza è anche da mettere in evidenza che preliminarmente la Corte osserva l'irragionevolezza della distinzione tra diniego e revoca della cittadinanza, poiché «...considers that the loss of citizenship already acquired or born into can have the same (and possibly a bigger) impact on a person's private and family life».

dell'interessato, ed emanano un ordine di revoca della cittadinanza. La misura ha l'effetto di rendere apolide il ricorrente che al momento dell'acquisto della cittadinanza maltese, ha rinunciato a quella egiziana per non incorrere nel divieto di doppia cittadinanza in vigore sia nel diritto egiziano che in quello maltese.

Dopo aver esaurito i mezzi di ricorso interni, Ramadan adisce la Corte europea sostenendo che la decisione di privarlo della cittadinanza maltese viola il suo diritto alla vita privata e familiare, esponendolo al rischio di essere separato dalla sua "nuova" famiglia, essendosi nel frattempo risposato. Inoltre la privazione della cittadinanza maltese lo rende apolide, facendolo vivere in uno stato di incertezza, e lo costringe a non lasciare il Paese per paura di non potervi fare ritorno.

Alcuni aspetti di questa sentenza suscitano non poche perplessità. Innanzitutto la Corte, per rigettare le lagnanze del ricorrente, in conformità con la sua precedente giurisprudenza, chiarisce che l'arbitrarietà delle misure contestate deve essere valutata sulla base dei tre parametri della legalità, necessità, e proporzionalità. Per quanto riguarda la legalità, la Corte individua facilmente la base giuridica dell'atto di revoca nell'art. 14 del *Citizenship Act*, che appunto prevede la possibilità di revocare la cittadinanza ottenuta con frode o falsa rappresentazione della realtà. Sulla necessità della misura la Corte non ha svolto alcuna considerazione al fine di tutelare l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza. Infine circa la valutazione della proporzionalità, la Corte richiama i criteri ermeneutici elaborati dalla CGUE nel caso *Rottmann* del 2010, in cui la Corte di Lussemburgo, occupandosi della revoca della cittadinanza tedesca ottenuta fraudolentemente da un cittadino austriaco, chiarisce che la revoca della cittadinanza acquisita con frode non costituisce di per sé un atto arbitrario e indica stringenti parametri per valutare la proporzionalità della misura: la gravità dell'infrazione commessa, il tempo trascorso tra la naturalizzazione e la revoca e la possibilità per l'interessato di recuperare la propria cittadinanza di origine²³. La Corte di Strasburgo utilizza questi criteri solo in parte e interpretandoli in modo restrittivo. Infatti scarso rilievo si dà all'opportunità di recuperare la cittadinanza di origine, mentre una approfondita analisi è condotta sulla gravità della condotta del ricorrente e le conseguenze che la misura concretamente determina. Per quanto riguarda il primo aspetto, la Corte si concentra sull'inerzia del soggetto che non si è attivato per evitare le conseguenze negative della revoca sulla propria vita privata e familiare, non avendo fatto richiesta, ad esempio, di un permesso di lavoro o residenza, che, nel tempo gli avrebbe potuto permettere di richiedere nuovamente la cittadinanza.

Desti particolare stupore che nella valutazione della Corte non si faccia alcun riferimento al *genuine and effective link* dell'individuo con lo Stato in cui risiede, considerato ormai norma di applicazione generale dalla dottrina e dalla giurisprudenza²⁴, e rappresentato in questo caso dalla residenza prolungata a Malta, dalla attività lavorativa, dalla presenza della moglie e dei figli. Inoltre, la Corte non attribuisce alcun rilievo al fatto

²³ Sulla sentenza *Rottmann* esiste una vasta letteratura. Solo a titolo esemplificativo, nella dottrina italiana, cfr. M. BARTOLONI, *Competenza degli Stati in materia di cittadinanza e limiti posti dal diritto dell'Unione Europea: il caso Rottmann*, in *Dir. um. dir. int.*, 2010, p. 423; M. CASTELLANETA, *Lo Stato deve valutare gli effetti sul cittadino del provvedimento di revoca della naturalizzazione*, in *Guida dir.*, 2010, p. 97; L. MONTANARI, *I limiti europei alla disciplina nazionale della cittadinanza*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2010, p. 948; P. SIMONE, *Considerazioni sulla perdita dello status di cittadino dell'Unione alla luce del caso Rottmann*, in *Com. int.*, 2012, p. 99.

²⁴ Tale principio, è stato affermato per la prima volta nella sentenza della Corte internazionale di Giustizia del 6 aprile 1955 nel caso *Nottebohm*. Per un esame della giurisprudenza e del rilievo che tale principio ha assunto nei trattati internazionali in materia di cittadinanza ci sia consentito riferirsi al nostro volume *Cittadinanza e cittadinanza nel diritto internazionale*, Napoli, 2008.

che il signor Ramadan è a rischio di espulsione, sottolineando l'inerzia delle autorità maltesi nei nove anni trascorsi dall'adozione della misura di revoca. L'inerzia delle autorità, anziché costituire un indizio dello stato di incertezza in cui versa il ricorrente, viene assunta come elemento di esclusione della violazione del diritto alla vita familiare. Non si può non concordare, a tale proposito, con quanto affermato dal giudice Pinto de Albuquerque nella sua opinione dissidente, secondo il quale era molto più logico che la Corte affermasse in modo lineare che, in assenza di espulsione, non era ravvisabile alcuna violazione dell'art. 8.

Un altro aspetto estremamente importante della sentenza è rappresentato dalla circostanza che la Corte attribuisce scarsa rilevanza alla condizione di apolidia del ricorrente, in seguito alla privazione della cittadinanza. È a tutti noto come gli sforzi di evitare l'insorgere di casi di apolidia sia sempre stato oggetto di attenzione sia nell'ambito delle Nazioni Unite che del Consiglio d'Europa e giova ricordare, solo a titolo di esempio, che tanto la Convenzione europea sulla nazionalità, quanto la Convenzione delle Nazioni Unite sulla riduzione dei casi di apolidia, vietano, in linea di principio, misure di privazione della cittadinanza che possano determinare l'apolidia dell'interessato consentite solo in caso di acquisto con frode: tuttavia, come è stato costantemente affermato, l'eccezione dovrebbe essere interpretata in maniera estremamente restrittiva e comunque sempre come *extrema ratio*²⁵.

Inoltre, pur non esistendo alcun obbligo convenzionale di garantire un coordinamento interpretativo tra le norme della Convenzione e le altre norme di diritto internazionale in materia di diritti umani²⁶, la giurisprudenza della Corte ha previsto in passato un coordinamento ermeneutico tra la Convenzione e gli altri accordi internazionali, ribadendo quanto affermato nel caso *Loizidou* del 1996, in cui si sosteneva «I principi contenuti nella Convenzione non possono essere interpretati in un *vacuum*»²⁷. Più volte la Corte ha sostenuto che pur considerando il carattere speciale della CEDU quale trattato sui diritti umani «la Convenzione dovrebbe essere interpretata *as far as possible* in armonia con le altre norme di diritto internazionale»²⁸. Fin dalla sentenza del 1° febbraio 1975 nel caso *Golder c. Regno Unito*, la Corte ha sostenuto che dal punto di vista metodologico non esistono differenze tra l'interpretazione dei trattati sui diritti umani, compresa la Convenzione, e gli altri strumenti di diritto internazionale, e che in entrambi i casi deve essere applicata la norma dell'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969²⁹.

²⁵ Non a caso nella sentenza *Ghounid e altri c. Francia* del 25 giugno 2020 la Corte sottolinea che la privazione della cittadinanza non costituisce una sanzione sproporzionata qualora quest'ultimo goda di doppia cittadinanza. Infatti in tal modo si evita il rischio di apolidia.

²⁶ P. PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998, p. 104 ss. parla di "progetto normativo unitario" a proposito del coordinamento fra la Convenzione e le altre convenzioni in materia dei diritti dell'uomo adottati nell'ambito del Consiglio d'Europa.

²⁷ Sentenza (GC) della Corte europea dei diritti dell'uomo del 18 dicembre 1996 *Loizidou c. Turchia* par. 43.

²⁸ Così nella sentenza del 21 novembre 2001, *Al-Adsani v. Regno Unito*, par. 55. La stessa regola è contenuta nell'art. 31 par. 3 lett. c della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 secondo cui gli Stati hanno «l'obbligo di interpretare i trattati tenendo conto di qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile ai rapporti fra le parti».

²⁹ *Golder c. Regno Unito*, sentenza del 21 febbraio 1975 par. 29. Ricordiamo, inoltre, la posizione espressa in modo efficace dal giudice Rozakis secondo il quale «the judges of Strasbourg do not operate in the splendid isolation of an ivory tower built with material originating solely from ECHR's interpretative inventions or those of the States party to the Convention». Cfr. C. ROZAKIS, *The European Judge as a Comparativist*, in *Tulane Law Review*, 2005, p. 278.

Alla luce delle considerazioni precedenti, sorprende che la Corte non abbia prestato alcuna attenzione al rapporto tra la Convenzione e le altre norme internazionali. Essa si è limitata ad affermare che il ricorrente «sembra attualmente apolide», non ritenendo sufficiente la lettera del Console d'Egitto che certifica la rinuncia alla nazionalità egiziana e il ritiro del passaporto per dimostrare la condizione di apolidia del ricorrente. Secondo la Corte l'apolidia è, in ogni caso, inidonea a fondare qualsiasi obbligo positivo degli Stati e a tale proposito si sottolinea in un *obiter dictum* che «the fact that a foreigner has renounced his or her nationality of a State does not mean in principle that another State has the obligation to regularise his or her stay in the country» (par. 92).

La sentenza ci sembra certamente discutibile su molti aspetti: per la mancata valutazione degli effettivi legami del ricorrente con lo Stato, per la superficialità degli elementi adottati nell'individuare il carattere fraudolento dell'acquisto della cittadinanza, ma soprattutto per la mancata considerazione delle conseguenze che l'apolidia determina per la garanzia dei diritti degli singoli, quindi venendo meno a quanto precedentemente affermato e non tenendo conto di quanto disposto in altri atti internazionali di protezione dei diritti umani.

Se nella giurisprudenza citata nelle pagine precedenti, il diritto ad una cittadinanza, pur se riconosciuto, non sempre riceve una adeguata protezione, la sua affermazione avviene in modo più espresso in alcune opinioni dissidenti, in cui si sottolinea la mancanza di un potere assoluto degli Stati di decidere chi sono i propri cittadini in modo del tutto autonomo. In queste opinioni dissidenti si sottolinea che è da ritenersi superata l'opinione della dottrina più datata secondo la quale l'acquisizione così come la perdita/privazione della cittadinanza rientra nella *domestic jurisdiction* degli Stati. Infatti, viene sempre più ad affermarsi una cittadinanza "senza nazionalità", dove il tradizionale vincolo giuridico-formale in cui essa si sostanzia non può più basarsi su concetti fondati sulla territorialità (*ius soli*) o sulla nascita (*ius sanguinis*) o sul soddisfacimento di particolari condizioni. Da qui l'esigenza di contemperare due principi diversi: la sovranità degli Stati e la tutela dei diritti umani. Il primo da sempre considerato principio fondamentale ed inderogabile di diritto internazionale; il secondo, affermatosi successivamente e come manifestazione della sovranità statale stessa, oggi ha assunto una dimensione ed efficacia autonoma ed altrettanto inderogabile. In tale contesto si è assistito, a livello internazionale, ad uno sviluppo di norme che limitano sempre più la sovranità degli Stati in tema di cittadinanza, tutelando maggiormente gli interessi degli individui. Il diritto di avere una cittadinanza implica il diritto per ogni individuo, non solo di acquisirla, ma anche di mantenerla ed, eventualmente, di cambiarla. Pinto de Albuquerque, nella sua opinione dissidente nel caso *Ramadan c. Malta*, qualifica il diritto ad una cittadinanza come «l'essence même du droit». La conseguenza che deriva da queste considerazioni è che la cittadinanza non rientra nel dominio riservato degli Stati, non avendo essi nella realtà sociale e giuridica odierna il potere assoluto di concedere/rifiutare/privare della cittadinanza un individuo, ma dovendo rispettare alcuni limiti posti da norme di diritto internazionale sia generale che pattizio, e da alcuni principi fondamentali. Ogni rifiuto o ogni privazione della cittadinanza che sia basata su motivi arbitrari o discriminatori, sarà contraria al diritto internazionale dei diritti dell'uomo ed in particolare alla Convenzione europea.

5. L'estensione delle garanzie a favore degli stranieri

Un aspetto della giurisprudenza “innovativa” della Corte riguarda il trattamento degli stranieri. La CEDU, pur conformandosi al principio di diritto internazionale secondo cui gli Stati sono assolutamente liberi in materia di ingresso, soggiorno ed espulsione degli stranieri, contiene alcune norme che fanno espresso riferimento ai diritti spettanti a tali soggetti. Mentre al momento dell'adozione della CEDU il riferimento ai diritti degli stranieri era contenuto solo negli articoli 5, par. 1, lett. f (privazione della libertà per ragioni legate all'ingresso irregolare o all'allontanamento) e 16 (limitazioni dell'attività politica degli stranieri), successivamente sono stati aggiunti, solo a beneficio di coloro che si trovano regolarmente nel territorio dello Stato, l'art. 2 del protocollo n. 4, che prevede la libertà di movimento e di scelta della propria residenza, e l'art. 1 del protocollo n. 7, che accorda ai non cittadini alcune garanzie procedurali in caso di allontanamento.

Per quanto concerne, invece, tutti gli stranieri, indipendentemente dalla regolarità della loro presenza nel territorio dello Stato, la sola norma di tutela nei loro confronti è l'art. 4 del già citato protocollo n. 4 che ne vieta le espulsioni collettive. Come ha più volte ribadito dalla Corte EDU, la Convenzione non prevede il diritto di asilo, né il comportamento degli Stati in merito alla concessione o meno del diritto di ingresso o alla sua revoca, può essere sottoposto al suo controllo. Tuttavia, malgrado l'interpretazione letterale delle norme convenzionali, è anche vero che, soprattutto nella sua recente giurisprudenza, la Corte ha esteso la tutela degli stranieri derivante dalle norme della Convenzione, con importanti conseguenze sulla competenza degli Stati. In particolare, la Corte ha riconosciuto una protezione *par ricochet* a tutti gli stranieri colpiti da un provvedimento di allontanamento o di rifiuto del permesso di soggiorno, nel caso in cui da tale provvedimento derivi una violazione in capo al soggetto di specifici diritti sanciti nella CEDU e si possa quindi configurare una sua violazione.

In tal senso, la formulazione generica degli articoli citati in precedenza riguardanti gli stranieri ha permesso alla Corte europea di fornire una interpretazione estensiva della loro portata, tanto da ravvisare diverse e variegate violazioni e, individuare sempre più facilmente, una responsabilità degli Stati.

Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo, infatti, a partire dal *leading case* del 1989 *Soering c. Regno Unito*, la responsabilità che si viene a configurare rispetto alle norme della Convenzione, non è dello Stato di destinazione, ma della Parte contraente che espone l'individuo a determinati rischi, consegnandolo ad uno Stato nel quale vi siano ragionevoli motivi per ritenere che egli possa essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti. In particolare, a proposito dell'allontanamento degli stranieri, ad avviso della Corte EDU, sebbene la Convenzione non contempli espressamente il principio di diritto internazionale di *non refoulement*, lo stesso deve essere considerato «already inherent in the general terms of article». Gli Stati violano tale disposizione sia quando pongono in essere atti che corrispondano alla definizione data dalla Corte di “trattamenti inumani o degradanti” o di “tortura”, sia quando consentono che altri Stati tengano tale condotta nei confronti di una persona che è nella loro disponibilità. Il diritto dell'individuo, sia cittadino che straniero, di non essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani e degradanti è assoluto, non suscettibile di alcuna limitazione o deroga: ne consegue che, per quanto gravi siano i motivi che giustificano l'allontanamento, essi non possono mai prevalere sull'efficacia di tale diritto.

La giurisprudenza della Corte EDU che, di fatto, abolisce il carattere automatico dei respingimenti, ampliando la discrezionalità degli Stati circa l'esame delle domande di asilo, ha avuto inizio con la sentenza *Tarakbel c. Svizzera* del 2014. Punto centrale della sentenza è quello in cui la Corte stabilisce che il trasferimento di un nucleo familiare con minori, verso l'Italia, disposto dalle autorità svizzere ai sensi del regolamento di Dublino, avrebbe potuto determinare la violazione dell'art. 3 CEDU, in assenza di garanzie da parte delle autorità italiane riguardo l'accoglienza idonea dei minori e la coesione del nucleo familiare. Non ci soffermeremo su questa sentenza che è stata ampiamente analizzata dalla dottrina, ma, come è stato giustamente affermato, la giurisprudenza della Corte EDU, negli anni successivi, ha definitivamente "cancellato" il sistema di Dublino, privilegiando la protezione e la tutela dei diritti degli individui³⁰.

Infatti, successivamente, nella sentenza del 23 marzo 2016, la Grande Camera nel caso *F.G. c. Svezia*, ha ribadito che gli Stati contraenti hanno il diritto, senza pregiudizio per gli obblighi loro derivanti dai trattati stipulati, di controllare l'entrata, il soggiorno e l'allontanamento degli stranieri, sottolineando che essi non possono astenersi dall'esaminare la situazione dei Paesi di destinazione al fine di evitare che si possano verificare violazioni dell'art. 3 CEDU³¹. Perché si possa configurare una violazione di tale disposizione, la condizione in cui può venire a trovarsi l'individuo deve raggiungere un livello minimo di gravità derivante da un insieme di elementi, quali l'età, il sesso, le opinioni politiche e religiose, la cui valutazione deve avvenire cumulativamente³².

Nella valutazione del "rischio" cui il ricorrente può andare incontro in caso di espulsione, si segnala, altresì, ancora, la sentenza della Grande Camera del 13 dicembre 2016 nel caso *Paposhvili c. Belgio*, in cui la Corte ha assunto un atteggiamento più garantista che in passato rispetto i diritti dei singoli affetti da gravi patologie. In questa sentenza essa ha specificato l'ambito di applicazione degli articoli 2, 3 e 8 CEDU in un caso concernente la emissione di un ordine di rimpatrio verso la Georgia, secondo la direttiva qualifiche dell'UE, nei confronti di un soggetto residente in Belgio, gravemente malato, *anche se non in* (corsivo nostro) immediato pericolo di vita.

Secondo la Corte, la rilevanza del caso *Paposhvili*, va ben oltre la situazione personale del ricorrente, riguardando tutti i casi di espulsione di persone gravemente ammalate. Sulla base di questa premessa la Corte chiarisce che l'espulsione verso un Paese in cui non è possibile ricevere le cure adeguate, con un concreto rischio di morte, può essere equiparata ad un trattamento inumano e degradante, in violazione dell'art. 3 CEDU. Nella sentenza la Corte, pur riconfermando il potere degli Stati di decidere sulla espulsione di soggetti che risiedono in maniera illegale sul proprio territorio, sottolinea l'obbligatorietà delle Convenzioni internazionali cui gli Stati hanno aderito, tra cui la CEDU, che, anche se non in maniera diretta, prevedono che, in alcuni casi le condizioni di salute della persona sottoposta a misure di espatrio ne impediscono la esecuzione. In altri termini la Corte supera il limite delle "circostanze eccezionali", affermato nella sua precedente giurisprudenza, per riconoscere una violazione dell'art. 3 CEDU in caso di allontanamento di uno straniero affetto da grave malattia, anche se non in imminente pericolo di vita.

³⁰ Solo a titolo esemplificativo cfr. S. PEERS, *Tarakbel v. Switzerland: Another nail in the Coffin of the Dublin System?*, 5 novembre 2014, disponibile su www.euanalysis.blogspot.it; C. FAVILLI, *Il sistema di Dublino ormai moribondo*, in *Affari internazionali*, 14 ottobre 2015.

³¹ Corte EDU, sent. 12 marzo 2016, ric. 43611/11, par. 112 in diritto.

³² Per un commento della sentenza v. M. DE SALVIA, *Arrêt F.G.c.Suede du 23 mars 2016 (GC)*, in *OIDU*, 1/2016, p. 417.

Inoltre, se spetta al ricorrente dimostrare le conseguenze cui andrebbe incontro in caso di espulsione, la Corte sottolinea che è obbligo delle autorità statali verificare caso per caso se le cure mediche offerte dallo Stato ricevente siano adeguate in quanto «se trouve en jeu ici l'obligation négative de ne pas exposer quelqu'un à un risque de mauvais traitements prohibés par l'article».

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo verso una sempre maggiore tutela dei diritti individuali dei richiedenti protezione internazionale, soprattutto in casi di espulsione, è confermata dalla sentenza della Grande Camera del 21 novembre 2019 nel caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*. La causa in esame ha ad oggetto la violazione degli articoli 5, 3 e 13 CEDU da parte del Governo ungherese per aver trattenuto per 23 giorni due cittadini bengalesi in una zona di transito e poi averli espulsi verso la Serbia, che era stata inserita nella lista dei paesi terzi sicuri dalla nuova legge ungherese sull'asilo. La Corte richiama i principi generali in materia di trattamento dei migranti in stato di detenzione, codificati nella sentenza del 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, e che possono essere sintetizzati nella necessità, transitorietà e legalità del provvedimento³³. Per quanto riguarda i due ricorrenti, affetti da disturbo da stress post-traumatico, la Corte non ritiene che fossero in una condizione di maggiore vulnerabilità rispetto a qualsiasi altro richiedente asilo presente nella zona e che comunque una misura di restrizione della libertà personale, non sempre implica un trattamento inumano.

Nel merito delle questioni il giudice di secondo grado della Corte EDU giunge alla medesima decisione per quanto riguarda la disposizione di cui all'art. 3 della Convenzione, mentre adotta una decisione opposta relativamente all'art. 5, rispetto alla sentenza di primo grado. Ribadendo che la Corte di Strasburgo non può intervenire nel merito delle domande di asilo e delle decisioni relative, essa valuta se le autorità ungheresi abbiano o meno ottemperato alla loro obbligazione procedurale, ossia di esaminare a fondo le condizioni di accoglienza e la concreta possibilità di accesso alle procedure di protezione internazionale in Serbia, nonché l'intensità del rischio di respingimenti a catena verso la Grecia, dove le condizioni di vita dei campi profughi sono state giudicate contrarie all'art. 3 della Convenzione. Nel caso di specie la Corte afferma che le autorità interne non hanno adeguatamente valutato le preoccupazioni dei ricorrenti, vale a dire di non aver accesso alle procedure d'asilo, una volta ricondotti in Serbia, e di essere respinti in Grecia. Non essendo stato considerato adeguatamente il rischio, per i ricorrenti, di essere sottoposti a trattamenti contrari all'art. 3, la Corte statuisce la violazione di tale disposizione da parte delle autorità ungheresi, non avendo esse ottemperato al loro obbligo procedurale.

Al contrario, tenuto conto delle condizioni materiali della zona di transito, della durata della loro permanenza e la concreta possibilità di avere contatti con altri richiedenti asilo, con le ONG, nonché con un avvocato, la situazione denunciata nella zona di Röszke, secondo la Corte, non deve essere considerata contraria agli standard minimi richiesti: non vi è dunque stata violazione dell'art. 3.

In ultimo, la Grande Camera esamina la sussistenza o meno di una privazione della libertà di fatto, sotto differenti profili. Anzitutto, la Corte rileva che i ricorrenti hanno fatto ingresso nella zona di transito spontaneamente e che il tempo di permanenza, in attesa dell'esito della domanda, non sia stato eccessivo: tale situazione dunque non è stata il

³³ La Grande Camera, con la pronuncia del 15 dicembre 2016 aveva condannato l'Italia per violazione dell'art. 5 che tutela la libertà personale e dell'art. 13 che assicura il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, modificando quindi la sentenza della Camera del 1° settembre 2015 in cui la condanna includeva anche la violazione dell'art. 3 e del protocollo n. 4 che vieta le espulsioni collettive.

prodotto dell'inerzia delle autorità. La Corte aggiunge che le restrizioni di movimento non sono risultate eccessive e che i ricorrenti, così come le numerose persone che si trovavano nelle stesse condizioni, avevano la reale e concreta possibilità di lasciare la zona di transito e fare ritorno sul territorio serbo di propria iniziativa, considerando inoltre che la Serbia è tra i Paesi sottoscrittori della Convenzione di Ginevra del 1951. La Grande Camera conclude dunque che i fattori non hanno prodotto una situazione di privazione di libertà, non considerando perciò applicabile l'art. 5 nel caso di specie e dichiarando così la domanda irricevibile sotto il profilo di tale disposizione³⁴.

6. Il riconoscimento del diritto ad un ambiente sano

Nel considerare i "nuovi" diritti affermati per via pretoria dalla Corte di Strasburgo, ci sembra rilevante la pronuncia della Corte EDU del 24 gennaio 2019 nel caso *Cordella et altri c. Italia*, destinata a riaprire il dibattito sviluppatosi negli ultimi anni attorno al caso dell'Ilva di Taranto. La Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia, all'unanimità, per violazione dell'art. 8 CEDU (diritto alla vita privata), in ragione dell'omessa adozione di misure idonee a proteggere l'ambiente dalle emissioni inquinanti dell'acciaieria, e di conseguenza per non avere tutelato il "benessere" («*bien-être*») degli abitanti nelle zone limitrofe allo stabilimento³⁵.

La Corte ha altresì ravvisato la violazione del diritto ad un ricorso effettivo (art. 13 CEDU), avendo constatato l'assenza di vie di ricorso interne attraverso le quali gli stessi abitanti avrebbero potuto lamentare l'incompiuta attuazione del piano di risanamento ambientale ed ottenere misure volte alla bonifica delle aree contaminate. La Corte non ha assegnato alcun risarcimento ai ricorrenti, avendo ritenuto che l'accertamento delle violazioni costituisca un'equa compensazione per il danno morale subito; né ha indicato all'Italia quali specifiche misure dovranno essere attuate per portare a compimento il risanamento ambientale³⁶, anche se sottolinea che «in questo contesto, è opportuno in ogni caso sottolineare che i lavori di risanamento della fabbrica e del territorio colpito dall'inquinamento ambientale sono di primaria importanza e urgenti. Perciò, il piano ambientale approvato dalle autorità nazionali e recante l'indicazione delle misure e delle azioni necessarie ad assicurare la protezione ambientale e sanitaria della popolazione, dovrà essere messo in esecuzione nel più breve tempo possibile»³⁷. Ci sembra opportuno richiamare questa sentenza, in quanto rappresenta l'ultima tappa di una evoluzione giurisprudenziale che, pur in mancanza di un espresso riferimento nelle norme della Convenzione e dei suoi Protocolli ad un diritto ad un ambiente sano, ha portato la Corte ad affermare che nella società odierna la questione ambientale è degna di sempre maggiore

³⁴ Sul rapporto tra il sistema di Dublino e la Convenzione europea ci sia consentito di citare il nostro lavoro *L'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di immigrazione e la posizione della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *St. integr. eur.*, 3, 2018, p. 599 ss.

³⁵ Par. 174 della sentenza.

³⁶ Si legge al par. 180 della sentenza: «In effetti, non spetta alla Corte rivolgere al Governo delle raccomandazioni dettagliate e a contenuto prescrittivo, come quelle indicate dai ricorrenti. Spetta al Comitato dei Ministri, che agisce ai sensi dell'articolo 46 della Convenzione, indicare al governo convenuto le misure che, in termini pratici, devono essere adottate da quest'ultimo per assicurare l'esecuzione di questa sentenza».

³⁷ Par. 181 della sentenza in cui si fa espresso riferimento alla sentenza *Torreggiani e altri c. Italia*, nn. 43517/09 e altri 6, par. 99, 8 gennaio 2013.

attenzione e che «imperativi economici e perfino alcuni diritti fondamentali non dovrebbero vedersi accordare la priorità di fronte a questioni riguardanti la tutela dell'ambiente»³⁸, ribadendo il carattere di *living instrument* della CEDU di cui si è detto in precedenza.

Il messaggio della Corte giunge chiaro: fermo restando il margine di apprezzamento spettante alle autorità nazionali nella scelta delle contromisure da mettere in campo, un cambiamento nelle politiche ambientali dell'Italia dovrà avvenire nel più breve tempo possibile, al fine di porre termine ad una violazione dei diritti fondamentali tuttora in atto. Alla luce delle affermazioni contenute nella sentenza ci si chiede se i tempi siano maturi per riaprire il dibattito sull'opportunità di introdurre un autonomo “diritto all'ambiente sano”³⁹, concretizzando quella che era un'ipotesi prospettata sin dagli esordi del diritto internazionale dell'ambiente, con la Dichiarazione di Stoccolma del 1972, e che finora è stata recepita soltanto da alcuni isolati strumenti regionali. In questa prospettiva, la soluzione verso la quale orientare le future riflessioni potrebbe dunque essere quella di un intervento *de jure condendo* in seno al Consiglio d'Europa, finalizzato a riconoscere un diritto autonomo, attraverso il quale gli individui possano vedere tutelate le proprie aspettative di “sicurezza ambientale”, senza che questo precluda agli Stati un certo margine di apprezzamento nelle valutazioni costi-benefici e nei contemperamenti che per definizione non possono accontentare tutti⁴⁰.

Poco tempo dopo la sentenza *Cordella*, un provvedimento di un giudice nazionale, ha messo in discussione la legittimità dell'operato dallo Stato nella vicenda Ilva, riguardo tra l'altro, al diritto fondamentale alla salute (art. 32 Cost.) e ai limiti alla potestà legislativa derivanti dagli obblighi internazionali, inclusa la Convenzione europea (art. 117 Cost.). Il G.i.p. di Taranto⁴¹, infatti, tenuto conto anche (ma non solo) dell'intervento della Corte europea, ha sollevato questione di legittimità costituzionale di alcune disposizioni chiave della disciplina c.d. “salva Ilva” attualmente vigente, in particolare le disposizioni di proroga dei termini per l'attuazione del piano di misure di tutela ambientale e sanitaria, la norma che legittima la prosecuzione dell'attività produttiva e l'immunità concessa al commissario straordinario, all'affittuario od all'acquirente dell'azienda. Il 9 ottobre 2019, la Corte Costituzionale ha deciso di restituire gli atti al remittente G.i.p. di Taranto per valutare se «considerato che nel frattempo il legislatore è intervenuto due volte (d.l. n. 34 del 2019 e,

³⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 novembre 2009, ricorso n. 21861/03, *Hamer c. Belgio*, par. 79.

³⁹ Cfr. fra gli altri, L. SCHIANO DI PEPE, F. MUNARI, *Tutela transnazionale dell'ambiente*, Bologna, 2012.

⁴⁰ In risposta alle minacce che incombono su clima e biodiversità, la Presidenza georgiana del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha organizzato giovedì 27 febbraio 2021 a Strasburgo, una conferenza sulla tutela dell'ambiente dal punto di vista dei diritti umani. Durante i lavori la conferenza, alla quale hanno partecipato Ministri e alti rappresentanti dei 47 Stati membri dell'Organizzazione, ha esaminato il potenziale del lavoro del Consiglio d'Europa nel campo dei diritti umani per combattere l'emergenza ambientale, cercando di individuare modi efficaci per aiutare i governi europei ad affrontare questa sfida. Le relazioni si sono basate sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e su altri strumenti, quali la Convenzione di Berna sulla conservazione della vita selvatica e dell'ambiente naturale in Europa, nonché su un rapporto accademico che fa il punto sui risultati ottenuti dal Consiglio d'Europa e formula raccomandazioni in particolare a favore di “diritti umani ecologici” e dell’“accesso a una giustizia ambientale”.

⁴¹ G.i.p. Taranto, ordinanza dell'8 febbraio 2019. Per un commento, cfr. S. ZIRULIA, *Alla Corte costituzionale una nuova questione di legittimità della disciplina c.d. “salva-ilva”*, in *Dir. Pen. Cont.*, 14 febbraio 2019.

successivamente, d.l. n. 10 del 2019), permangono la rilevanza delle questioni e i dubbi di legittimità costituzionale»⁴².

7. Brevi annotazioni finali

In conclusione di questo esame, certamente solo esemplificativo, della giurisprudenza della Corte EDU che ha posto in evidenza la "necessità" di tutelare diritti individuali non espressamente previsti dalle norme della Convenzione (e dei protocolli) si può certamente affermare che le sentenze della Corte EDU, attraverso la continua attività interpretativa dei giudici di Strasburgo, rappresentano una effettiva garanzia dei diritti fondamentali degli individui. Il carattere di "legislatore sussidiario" della Corte deve continuare senza irrigidimenti o "sovranismi costituzionali" da parte degli Stati. Solo così si può garantire il carattere fondamentale di *living instrument* della Convenzione e creare un comune sentire europeo in materia di diritti fondamentali.

ABSTRACT: *The Evolutionary Interpretation of the European Court of Human Rights and the Recognition of "New" Individual Rights*

The article analyzes the jurisprudence of the European Court of Human Rights in some matters not expressly provided for in the European Human Rights Convention.

Thanks to the evolutionary interpretation of the European Court of Human Rights new individual rights have been established. This happened with reference to the right to citizenship, rights on favor of immigrants, rights in environmental matters.

Through this evolutionary jurisprudence, the European Court of Human Rights has guaranteed the characteristic of living instrument of the Convention and has created a common European feeling on fundamental rights.

⁴² La vicenda dell'ILVA di Taranto è, come è noto, estremamente complessa e numerosi sono stati gli interventi dei tribunali di merito, della Corte di Cassazione nonché della Corte Costituzionale, dei quali non si può fare menzione. Per un esame approfondito della giurisprudenza italiana, nonché per un commento della sentenza *Cordella*, cfr., *ex plurimis*, G. D'AVINO, *La tutela ambientale tra interessi industriali strategici e preminenti diritti fondamentali*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento italiano*, (2016-2020)², Milano, p. 709 ss.

TARICCO: “RINVIO” A UN ORDINE ASIMMETRICO NELLA COMUNITÀ E TRA LE COMUNITÀ?

SILVIA NICCOLAI*

SOMMARIO: 1. Premesse: sapere e potere. – 1.1. Le tradizioni costituzionali comuni come dialettica nel moderno. – 1.2. *Taricco* caso esemplare della crisi della scienza giuridica nella modernità. – 1.3. Come non nasce una regola. – 2. La cornice d’indagine. – 2.1. Modernità giuridica, luci ed ombre. – 2.2. Principi del diritto. – 2.3. *In dubio pro reo*. – 2.4. *Nullum crimen sine lege*. – 2.5. Strumentalismo e romanticismo. – 3. Il caso *Taricco*. – 3.1. La prima sentenza della Corte di giustizia e le reazioni immediate della dottrina: il tema del giudice di scopo. – 3.2. Il conflitto tra le Corti. – 3.3. Gioco di specchi: strumentalismo romantico europeo (e non solo). – 3.4. Principi come scopi: la tradizione italiana. – 3.5. Il ruolo del giudice ordinario: a) attivismo. – 3.6. (continua) b) estraneazione. – 3.7. La dottrina: se *Nullum crimen* è solo moderno e oggettivo. – 3.8. Di nuovo allo specchio: riconsiderando il problema del giudice di scopo alla luce della giustizia costituzionale italiana. – 3.9. L’occasione per un’indagine introspettiva e retrospettiva della nostra tradizione. – 4. Cosa è mancato per dar regola a *Taricco*? – 4.1. Apparenza di dialogo e mancanza di conflitto. – 4.2. Premiare il calcolo? – 4.3. Pensare in chiave soggettiva. – 4.4. La posta in gioco: principi comuni fatti solo col potere, oppure anche col sapere.

1. *Premesse: sapere o potere*

1.1. *Le tradizioni costituzionali comuni come dialettica nel moderno*

Nelle pagine che seguono ricostruirò il caso *Taricco*, un famoso conflitto tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di Giustizia della UE, certamente interessante per indagare il senso e la portata sistemici potenzialmente racchiusi nella tecnica del rinvio pregiudiziale (un rinvio che, in questo caso, portò la Corte italiana ad elevare i “controlimiti”). Nell’analizzare il caso, che, come è noto, ha ruotato attorno al principio *Nullum crimen sine lege*, mi faccio guidare da una recente stimolante proposta, secondo la quale una chiave di studio nel campo della comparazione giuridica potrebbe consistere nell’indagare «il modo in cui ciascuna cultura costituzionale ‘si confronta’ con la modernità»¹. La proposta è senz’altro valida anche all’interno del settore, del resto intensamente comparativo, che concerne le tradizioni costituzionali europee per come vengono elaborate, praticate, riconosciute e razionalizzate proprio nel “dialogo tra le Corti”², dialogo che peraltro, e per ovvie ragioni, coinvolge anche i giudici ordinari e la dottrina, chiamando in causa la dimensione teorica e pratica, e perciò lo spessore storico, della scienza giuridica, così verificandone, anche, lo stato di salute (che come dirò, osservato dal caso *Taricco*, non sempre risulta rassicurante).

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Cagliari

¹ A. DI MARTINO, *Culture costituzionali, storia e comparazione*, in *Riv.It.Sc. Giur.*, 10/2019, p. 75 e ss.

² Sulla tematica si v. per un attento e completo inquadramento G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, Napoli, 2011.

I significati assegnati all'idea di "tradizioni costituzionali comuni" sono vari, ma senza dubbio la nozione rimanda a un complesso di principi caratterizzanti il patrimonio costituzionalistico moderno, e del resto, per molti almeno, il costituzionalismo è per definizione fenomeno moderno, nel senso che il termine ha nella storiografia e nella filosofia³. Si tratta peraltro di principi che spesso provengono (o hanno in sé qualcosa che proviene) da epoche ben più antiche, e portano allora – sia pure con diversa intensità nelle singole culture, e per effetto delle diverse storie giuridiche di ciascuna – il segno di mentalità che si potrebbero invece definire "premoderne". *Nullum crimen* è un principio legato a un intendimento tutto moderno della certezza del diritto, dal momento che la intende come certezza della legge. Il principio investe il rapporto tra il singolo e il pubblico potere, e presuppone che l'aspetto organizzativo abbia ormai preso, nel diritto, molto spazio; in effetti il principio aspira a razionalizzare la relazione, che assume come asimmetrica, tra il governante, che pone la legge, e il governato, che ne riceve comunicazione. Non di meno, il principio moderno ha certamente una parentela col più antico *Favor rei*. Questo è un principio sensibile a esigenze equitative, è portatore di una idea di certezza del diritto che si impernia in primo luogo sull'uguaglianza, e che si potrebbe definire come certezza sul diritto. Certezza, cioè, che il diritto sia "qualcosa in sé", un campo di esperienza con certe caratteristiche, e, propriamente, caratterizzato dall'aspirazione a che l'abuso sia evitato, il torto riparato. Ovviamente, per vedere il legame tra *Favor rei* e uguaglianza occorre tener presente una nozione di eguaglianza a sua volta diversa da quella che campeggia nel moderno, che è una nozione legislativa e governante, imperniata sul momento distributivo. Si tratta di richiamare una nozione invece "negativa", dove l'eguaglianza, che per questo possiamo anche chiamare equità, è istanza che opera praticamente come esigenza di ricostituzione di un equilibrio che, in un contesto concreto, è violato o rischia di esserlo. Per esempio – ed ecco il *Favor rei* – il rischio dell'abuso in cui è facile incorrere nei confronti di chi si trova in naturale posizione di inferiorità, come l'accusato. *Nullum crimen* esprime esigenze proprie della relazione tra i consociati e il pubblico potere; il *Favor rei* affonda le radici nell'esperienza di squilibri e arbitri la cui possibilità, e i cui pericoli, possiamo scorgere in ogni relazione *ad hominem*. Ma non di meno i due principi sono parenti tra loro, perché sono modi diversi di declinare una stessa esigenza (l'evitamento dell'arbitrio). Collocato in questa parentela, la cui ricostruzione implica il misurarsi con la storicità di tutti i principi del diritto, *Nullum crimen* appare principio insieme moderno e premoderno, oggettivo ma anche soggettivo, orientato all'interesse generale (all'interesse di quello che spesso, in queste pagine, chiamerò l'"Intero": lo Stato, la collettività, il "bene generale" e i poteri che ne sono portatori, la Ue), ma anche del singolo; legalistico da un lato, equitativo dall'altro.

Siccome hanno al centro principi del diritto i quali, come *Nullum crimen*, sono l'espressione della storicità del diritto, nel senso di esperienza che si è fatta e vive nella storia, e persiste nella memoria, si può pensare che il formarsi delle tradizioni comuni, che è a sua volta un momento della storicità dei principi, offra un terreno di confronto dialettico con la modernità: i principi del diritto, proprio poiché nella modernità non si esauriscono (hanno infatti una storia più lunga), possono aiutare a confutare alcuni assunti o a individuare aspetti eccessivi e rischiosi delle acquisizioni o dei dogmi moderni, e perciò concorrere a ricostituire un equilibrio.

³ Si v. G. AZZARITI, *Può il costituzionalismo moderno sopravvivere?*, Bari, 2013.

In effetti, quando ci si interroga sulla portata odierna di un principio, per il solo fatto di farlo (cioè per il solo fatto di pensare che il principio non sia solo ciò che oggi si intende, o qualche vigente autorità ha stabilito, che sia), si compie ogni volta una presa di posizione, una scelta, all'interno e al cospetto delle componenti e delle valenze plurali del principio, delle quali alcune dominano odiernamente, ma potrebbero apparire insufficienti o mancanti quando confrontate con altre, che, seppure rimaste più silenziose, comunque al principio sono connesse, sicché è possibile riattivarle, anche come istanza critica – il che di certo non è poco. L'integrazione sovranazionale, proprio per mostrare che non tutti, nella UE, oggi intendiamo un certo principio allo stesso modo, è di per sé un invito a ricercare di un principio la concezione che appare preferibile, al cospetto dei modelli che vengono dalla storia, mediante un approccio selettivo, confutativo, dialettico. Il tema delle tradizioni apre così, almeno in teoria, lo spazio per una critica del diritto interna al diritto, benefica per la sua autonomia, in quanto previene la chiusura dei principi del diritto in un dato orizzonte di valori e di idee, quale si è cristallizzato ad un certo momento, in una certa esperienza.

Come vedremo, nel caso *Taricco* sul terreno vi era l'alternativa se sottolineare, di *Nullum crimen*, un moderno orientamento "asimmetrico" (un orientamento verticalmente orientato a favore del potere, in cui il principio è soddisfatto sol che sia garantita all'agente la prevedibilità delle conseguenze delle sue azioni) o un antico orientamento "isonomico" (un orientamento equitativamente orientato a favore dell'eguaglianza tra le parti del processo, e tra queste il giudice, all'eguaglianza tra governanti e governati cioè, in cui il principio genera un impegno a reagire a ogni elemento che, nella concretezza delle circostanze, quell'uguaglianza alteri). È un'alternativa importante perché vi è in gioco, come è intuibile, una visione asimmetrica, oppure isonomica, non solo del diritto penale, ma dell'ordine «nella comunità e tra le comunità»⁴, e vale a dire dell'ordine interno, nazionale, di un dato ordinamento costituzionale, e dei rapporti tra quest'ultimo e quello europeo.

Nel caso *Taricco* l'esito è andato, sfortunatamente, troppo a favore delle componenti moderne, asimmetriche, vive in *Nullum crimen* e nell'integrazione europea; e, questo, anche per una strana irrisolutezza della nostra scienza, teorica e pratica, di darsi e dare ragione dei motivi, storici e assiologici, per cui *Nullum crimen*, nella nostra cultura, ha una certa estensione e caratura, che altrove non ha (più). Eppure, solo tener conto di questi motivi può rendere sensata e difendibile quella che altrimenti appare la *curiosité italienne* di considerare la prescrizione un tema di diritto penale sostanziale, e permette di aprire così un confronto con, e nella, modernità.

1.2. *Taricco* caso esemplare della crisi della scienza giuridica nella modernità

Come si ricorderà, e vi tornerò del resto dettagliatamente più avanti, nel 2015, richiamandosi a una disposizione del TFUE che impegna gli Stati a perseguire le frodi agli interessi fiscali dell'Unione in modo equivalente al modo in cui perseguono le frodi contro gli interessi fiscali nazionali, e avendo rilevato che in Italia certi reati, che si risolvono in una frode agli interessi fiscali della UE, godevano di un regime di prescrizione più favorevole rispetto a quelli che ledono gli interessi fiscali nazionali, la Corte di giustizia affermò il

⁴ La coppia "ordine asimmetrico/ordine isonomico" è uno strumento concettuale con cui Alessandro Giuliani, al quale mi richiamerò presto più direttamente in queste pagine, analizza le vocazioni e i pericoli della visione moderna e strumentale del diritto: v. A. GIULIANI, *Il problema della comunità nella filosofia del diritto*, in G. DALLE FRATTE (a cura di), *La comunità tra cultura e scienza*, Roma, 1993, pp. 83-97.

seguinte principio: occorre che il giudice disapplichì la legge nazionale e calcoli la prescrizione “più sfavorevole”, quando applicare la legge comporterebbe, in un numero significativo di casi, una prevenzione non sufficientemente dissuasiva dei reati predetti e così una lesione degli interessi finanziari della UE.

Per noi, che, a differenza della Corte di giustizia, consideriamo (o consideravamo⁵) la prescrizione attinente al regime sostanziale dei reati, *Taricco* apriva uno scenario molto complesso. Parve in effetti, ad alcuni, che la Corte di giustizia stesse attaccando i capisaldi della legalità in materia penale, sia nel senso di mettere in discussione il principio di irretroattività, sia nel senso di mettere in discussione la spettanza al legislatore del governo della certezza in materia penale, affidando al giudice l’applicazione di una fattispecie non sufficientemente determinata.

Nella vicenda, e vi insisterò nelle pagine che seguono, ha certamente giocato in modo profondo un elemento che si potrebbe dire di “precomprensione”. La nostra è una cultura giuridica e costituzionalistica imbevuta di concezioni normativistiche e queste concezioni, che tendono a identificare il diritto con la norma, non possono che far coincidere l’idea di “giurisprudenza fonte” con quella di “giurisprudenza legge”. D’altro canto, anche la Corte di giustizia intende il suo ruolo in chiave normativa, una chiave che del resto – e per evocare subito la componente di “gioco di specchi” che è molto presente nella vicenda *Taricco*, e che verrò ricostruendo in queste pagine – è tutt’altro che estranea all’intendimento che della giurisprudenza costituzionale ha sviluppato molta dottrina italiana⁶. Su queste premesse, *Taricco* fu intesa da molti come la pericolosa apertura a un diritto penale a formazione giurisprudenziale, in cui il giudice fa il legislatore. La sentenza apparve così a taluni, e alla Corte costituzionale, recare offesa ai principi di riserva di legge, separazione dei poteri, soggezione del giudice alla legge, per noi “supremi”, che furono in effetti i principali, e dire il vero i soli, valori chiamati in causa, in quanto intesi come coestensivi al divieto di irretroattività e alla garanzia di determinatezza della fattispecie penale.

Riserva di legge, separazione dei poteri e soggezione del giudice alla legge furono, infatti, innalzati come contro-limiti, sebbene, e non sono certo io a dirlo per prima, nessuno di essi spieghi perché la prescrizione debba rientrare in *Nullum crimen*. Questo problema, infatti, non attiene alle forme, ai meccanismi attraverso i quali il principio è protetto, ma ai contenuti del principio, ovvero al raggio, che si potrebbe dire assiologico, che ad esso viene assegnato, alla sua ragione d’essere, al punto di vista con cui è pensato. Come vedremo, solo in alcuni aspetti del dibattito dottrinale è affiorato che se noi facciamo rientrare la prescrizione in *Nullum crimen* è perché proveniamo da una tradizione che ha pensato, e in parte continua a pensare, lo stesso *Nullum crimen*, moderno e legalistico, nella più ampia cornice del *Favor rei*, premoderna, equitativa, ispirata alla parità tra le parti nel processo⁷. Si tratta di una comprensione di *Nullum crimen* che non si attesta sulla sola razionalità della condotta del legislatore, e del consociato, e non mette in primo piano il momento del ‘calcolo’ sulle conseguenze della propria condotta da parte del consociato, ma di una che, dando meno importanza al calcolo, e molta di più principio generale per cui la

⁵ In questo scritto non mi confronterò con le vicende che hanno interessato la prescrizione in Italia successivamente alla sentenza *Taricco*.

⁶ Accurata ricostruzione di ciò in G. REPETTO, *Il canone incerto*, Napoli, 2017, p. 283 ss.

⁷ La nostra tradizione ha conosciuto meno radicalmente di altre la frattura tra moderno e premoderno: è questo il tema che si ritrova in A. GIULIANI, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, 1957, che indaga in questa chiave la peculiarità (e le risorse) della scienza giuridica moderna e contemporanea italiana.

buona fede va sempre presunta, si rivolge invece alla verifica – da condurre ogni volta nel concreto terreno del fatto controverso, nella concreta contrapposizione tra pretesa punitiva pubblica e sfera soggettiva – della sussistenza di effettive, reciproche, condizioni di eguaglianza tra i soggetti coinvolti.

Stando dunque che, da noi, la prescrizione rientra (o rientrava pacificamente sino ad allora) negli aspetti sostanziali del diritto penale, ed era perciò coperta da *Nullum crimen*, mentre la Corte di giustizia lo considera rientrante negli aspetti processuali, e perciò non coperto da *Nullum crimen*, si trattava di mettere a fuoco le ragioni di questa diversità, che sono storiche. Farsi una ragione di questa diversità richiedeva la disponibilità a una lettura dei nostri valori costituzionali non ristretta alla formulazione che essi hanno ricevuto nella Costituzione-norma, ma impegnata nel confronto con una tradizione più lunga, che ha visto la scienza giuridica, teorica e pratica, protagonista della loro formazione⁸. L'uso di una logica che sappia essere anche etica, e non ignori la storia, avrebbe probabilmente reso avvertibile che, se è l'eguaglianza il valore fondamentale coinvolto in *Nullum crimen*, il problema delle tecniche con cui difenderlo va discusso non alla luce di una opzione astratta tra un diritto penale a base legale o a base giurisprudenziale, ma chiedendosi che cosa ne è, nell'uno o nell'altro caso, di quel valore, cioè quale ipotesi lo offenda meno, ovvero lo metta più a rischio. È un'operazione quest'ultima, che è in sé un atto di responsabilità, di testimonianza, e che richiede la messa in campo di un sapere, che si potrebbe considerare quello proprio della scienza giuridica, teorica e pratica⁹; quel sapere che le concezioni moderne del diritto, che tendono a assumerne una visione prettamente strumentale, tendono peraltro a negare, riducendo l'uno e l'altro momento, dottrina e giurisprudenza, a tecnica adiafora che non partecipa alla produzione del suo oggetto, ma vi si rapporta esteriormente¹⁰. Di tutto questo *Taricco* ci offre effettivamente un "caso esemplare".

1.3. *Come non nasce una regola*

Secondo l'uso che vede i *dicta* delle giurisdizioni superiori venir chiamati "regole" (ad es.: il principio di diritto enunciato dalla Cassazione è spesso chiamato "*regula iuris*") si parlò, per la sentenza della Corte di giustizia, di "regola *Taricco*". In verità il carattere dominante nella vicenda è che una regola "non" si è formata: la soluzione affermata dalla Corte di giustizia, che rappresentava certamente un tentativo per molti versi nient'affatto felice di riconcettualizzare *Nullum crimen* in una nuova *definitio* funzionale alla primazia del diritto europeo e al primato della Corte di giustizia, fu rigettata dalla giustizia costituzionale italiana. Ma la tenzone non ha contribuito alla formazione di una regola comune, nel senso cioè di un ripensamento del principio, capace di temperarne le diverse anime e in particolare di temperare la più moderna, pubblica, oggettiva con la più antica, soggettiva ed equitativa, che pur sopravvive, come sostengo, proprio nella tradizione italiana (e il carattere

⁸ Sul tema v. A. GIULIANI, *Giustizia e ordine economico*, Milano, 1997, p. 105 ss. (il capitolo *Moralità del diritto e moralità nell'economia nello ius comune europeo*) che rivendica fortemente l'origine premoderna dei valori costituzionali moderni, portando ad esempio in particolare i giuristi medievali impegnati contro lo «strapotere dei Magnati».

⁹ O di un metodo: in tema v. A. CONDELLO, *Metodo giuridico e algoritmo*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, Napoli, 2020.

¹⁰ In argomento v. F. CERRONE, *Sull'esperienza giuridica: Capograssi, Orestano, Giuliani*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2016, p. 963 ss., p. 996. Lo studio verte su come le concezioni strumentali del diritto si ripercuotano sulla attività del giurista.

sostanziale della prescrizione ne è la spia). Il contributo della nostra tradizione alla formazione di una nuova regola avrebbe potuto essere quello di convogliarvi le valenze antiche del principio, soggettive ed equitative, piuttosto sacrificate dall'imperiosa, modernissima, logica di ragion di stato della Corte di giustizia. Se questo non è accaduto, è perché sull'attenzione ai valori protetti dal principio, che possono essere tutelati in forme diverse, ha prevalso la difesa di quelle certe forme con cui nel nostro ordinamento esso è tutelato.

Alcuni Autori hanno individuato con chiarezza la sostanza del problema: «la stessa Corte di giustizia chiede al giudice nazionale di non disapplicare il diritto interno se ciò conduce alla lesione di un diritto fondamentale. Il giudice italiano (...) deve individuare una regola, per separare i casi in cui si applica la sentenza della Grande sezione dai fatti cui non si applica»¹¹. La ricerca dei diritti coinvolti apriva la possibilità di far divenire il problema aperto dalla Corte di giustizia quello di apprezzare se, nella recezione della sua sentenza, fossero messi in pericolo, nei singoli casi, beni rilevanti risalenti agli indagati e agli imputati, e di ricercare le vie per evitare questo pericolo. Si tratta effettivamente di un lavoro molto adatto ai giudici, perché esso non va senza un apprezzamento legato alle circostanze di ogni caso, e di un lavoro che avrebbe anche potuto condurre a chiedersi se, alla luce del valore dell'eguaglianza nel processo, cambi davvero qualcosa quando la prescrizione sia intesa come sostanziale o processuale, ovvero sia a mettere in discussione certe granitiche ma non sempre convincenti definizioni assunte dalla Corte di giustizia. Da questo lavoro però i giudici italiani si sono, come vengo dicendo, e come vedremo più da vicino, in qualche modo estraniati (anche per ragioni strategiche, calcolanti), né la scienza li ha aiutati, divisa tra coloro che erano spaventati da che i giudici guadagnassero troppo potere “dettando la legge” e coloro che volevano che i giudici eseguissero alla lettera la nuova “legge” dettata da Lussemburgo (due manifestazioni opposte ma equivalenti della precomprensione che ho descritto poco sopra per cui il diritto, comunque lo si rigiri, è questione di norme, e le norme sono il voluto di un potere). Il risultato complessivo, come ripeto, è stato sottostimare il nesso tra *Nullum crimen* e il valore dell'eguaglianza nel processo, sicché la vicenda, che ha finito per intonare il principio solo alle esigenze “oggettive” di regolazione della potestà punitiva pubblica, che il nostro ordinamento (almeno a parole) sceglie di affidare al legislatore, è sfociato, ambiguamente, col porre quella potestà come il valore pivotale in materia di legalità e certezza del diritto penale, sottostimando, del principio, le valenze soggettive, di difesa dei singoli, mentre sono proprio queste ultime le sole che spiegano come mai la prescrizione sia ritenuta, da noi, coperta da *Nullum crimen*. E siccome, come ripeto, la riserva di legge in materia penale non spiega affatto perché ne sia coperta la prescrizione, la nostra tradizione, chiamata in causa assertivamente e senza darsene ragione, è apparsa da un lato “arretrata” (perché i più avanzati Paesi europei, e l'avanzatissima Corte di giustizia, pensano diversamente in materia di prescrizione) e “insensata”, perché in effetti non spiegabile. Una messa a fuoco dei valori su cui si sorregge la nostra tradizione, storicamente più ancorata di altre alle valenze soggettive ed equitative del principio, avrebbe potuto fornire la forza di mettere in dubbio se i molto moderni valori messi in primo piano dalla Corte di giustizia, imperniati su una visione strumentale del diritto e del processo, che tende a subordinare a sé le istanze di eguaglianza, siano davvero all'altezza di una civiltà giuridica europea.

Ne sono risultati enfatizzati gli aspetti ideologici, politicizzati di lotta per il potere di una questione altrimenti ipotizzabile come giuridica, cioè attinente alla sfera dei valori e degli ideali propri del diritto. Il conflitto tra le Corti si è risolto nel rifiuto della “regola” *Taricco* e nella

¹¹ M. GAMBARELLA, *Il caso Taricco*, in *Riv AIC*, 4/2016, p. 55 ss., p. 63 e p.61.

riaffermazione del nostro intendimento del principio di legalità penale. Una parte della dottrina italiana ha lodato la Corte costituzionale per avere difeso le nostre tradizioni, imperniata su un giuspositivismo democratico che affida *Nullum crimen* alla riserva di legge in materia penale e impedirebbe di ritenerlo soddisfatto, come proponeva la Corte di giustizia, attraverso il diritto giurisprudenziale; e per aver in tal modo difeso la primazia di se stessa, e con essa una certa autonomia, forse il prestigio, del nostro diritto costituzionale. Altri hanno lamentato un'occasione perduta di partecipare attivamente all'elaborazione delle tradizioni comuni, spesso però intendendo che, per "partecipare", la nostra cultura avrebbe dovuto semplicemente uniformarsi al *dictum* della Corte di giustizia.

Di fatto, squadrando la riserva di legge e la separazione dei poteri come i bastioni di *Nullum crimen*, la nostra Corte, come del resto hanno fatto i giudici ordinari, ha dimostrato di condividere, nella sostanza, l'intendimento che, di quel principio, ha la Corte di giustizia: un principio orientato a definire le condizioni di esercizio della potestà punitiva pubblica, dunque un principio "oggettivo", a difesa della società, ben più che un principio orientato a difendere l'individuo davanti all'arbitrio del potere, e in questo senso "soggettivo". Da *Taricco* non è nata una regola, allora, perché è mancato un reale contraddittorio, animato da visioni diverse di un comune principio. Tra le due Corti si è svolto un conflitto molto più apparente che reale, dove le ragioni di una tradizione, la nostra, sono state messe in gioco in modo troppo debole, forse per una troppo debole autoconsapevolezza del loro valore, per poter fare del "dialogo" effettivamente il campo della nascita di una regola: un campo dialettico, che si anima di un dissenso che è, ogni volta, testimonianza.

L'argomento intorno al quale ruotano queste pagine, è dunque che si può vedere nei principi lo spazio di una dialettica nei confronti di alcuni assunti moderni che tendono a colonizzare l'immaginario e la pratica giuridica, ma si rivelano per certi versi fallaci e insufficienti; e che una tale dialettica concorrerebbe alla vitalità e all'autonomia e alla ricchezza di un diritto davvero europeo e all'altezza delle sue aspirazioni isonomiche e di libertà¹²; ma molto dipende dalla capacità delle singole tradizioni di far vivere memoria, storia, risorse culturali e punti di vista disinteressati, e cioè interessati alla preservazione, nel mutamento, dei valori costitutivi dell'esperienza giuridica, più che alla vittoria o sconfitta di un ordinamento sull'altro, o, se si vuole, di una dogmatica su un'altra, o anche, peggio, di una Corte sull'altra.

2. La cornice d'indagine

2.1. Modernità giuridica, luci ed ombre

Occorre però, da parte mia, uno sforzo di maggior precisione su che cosa intendo qui per "modernità"; su questo tema, che da solo impegnerebbe lunga riflessione, vorrei individuare solo poche coordinate, che mi sono necessarie in vista del discorso che verrò svolgendo (e che pertanto sono certamente limitate, parziali).

¹² Un diritto davvero europeo o forse di nuovo tale, cioè costituito intorno ad alcuni principi teorici e pratici comuni, come si pensa sia accaduto nell'età del diritto comune europeo anteriore alle codificazioni. Si sa del resto che la possibilità di rieditare la stagione del diritto comune europeo è stata una grande speranza affidata all'integrazione sovranazionale; ed in qualche modo una speranza tradita proprio per l'impronta verticalistica e uniformante che il processo di integrazione ha assunto per effetto di una pluralità di fattori, sui quali non è qui possibile soffermarsi.

Intanto, la modernità è un "valore", in quanto associata al superamento di forme personalistiche e patrimonialistiche di dominio, al sorgere della legalità, dell'uguaglianza, della cittadinanza fondata sui diritti, ecc.; è un valore "minacciato", perché sono da tempo insorte istituzioni e dottrine che paiono metterne in discussione le conquiste, per esempio "de-formalizzando" il diritto, le sue fonti e le sue logiche, o scindendo la libertà dall'uguaglianza, come avviene sulla spinta del diritto "neoliberale"¹³. Ma la modernità è anche un "problema", nel campo del diritto e non solo, in quanto collegata ad una "ragione moderna" che, tra i molti meriti, ha anche demeriti; in particolare, la sua accentuata dimensione "razionalistica". Se "moderna" possiamo qualificare una forma della ragione, vale a dire un atteggiamento dello spirito che informa la pratica, "moderno" è allora consentito chiamare anche tutto ciò che nella storia, e nel pensiero, ha presentato caratteristiche affini. "Moderni" possono essere considerati gli atteggiamenti e le mentalità corrispondenti a quelli che, se nella modernità prendono il sopravvento, si sono di certo presentati anche anticamente, e probabilmente da sempre. Mi richiamerò del resto tra breve a importanti studi che hanno mostrato, per fare un solo esempio, che Abelardo, quando si occupa di diritto, vi porta e vi svolge assunti "moderni": definitivi, meccanicistici, legalistici, oggettivanti, e soprattutto presupponenti una visione pessimistica e limitata della natura umana¹⁴. Sono gli assunti che condurranno a quella che è stata chiamata l'"eclisse della ragione": l'esaltazione degli aspetti prettamente calcolanti e strumentali della ragione umana, e la sottovalutazione delle sue componenti assiologiche¹⁵.

Una caratteristica degli studi giuridici italiani è che una parte di essi hanno sviluppato un tipo caratteristico di riflessione, critica e problematizzante, proprio intorno al trasferimento degli assunti moderni della ragione nel campo del diritto¹⁶. Eredi del vichismo, e cioè portatori di una cultura moderna e critica della modernità, alcuni giuristi italiani hanno percepito con profondità, di quegli assunti, gli aspetti minacciosi, per la stabilità e l'autonomia del diritto e per il suo ancorarsi al momento della libertà più che non al solo gradiente del potere. Tra questi giuristi, tra i quali si dovrebbero certamente annoverare le figure, pur molto diverse tra loro, di Emilio Betti e Giuseppe Capograssi (o,

¹³ Si v. ora O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, Napoli, 2020; in precedenza il problema della modernità e dei suoi valori nella "post-modernità" è stato argomentato nel diritto costituzionale da G. AZZARITI, *Può il costituzionalismo*, cit. Un aspetto della crisi della modernità, per chi la identifica con l'avvento di concezioni giuspositive, è il "creazionismo giudiziario" e vi verrò nel prosieguo nel testo; in tema v. L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2017. La crisi del moderno è anche crisi del "sistema delle fonti" e con esso degli assetti delle democrazie costituzionali post-belliche, che quel sistema avrebbe garantito: v. i contributi di R. BIN, B. PASTORE, G. ZACCARIA in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, p. 35 ss., p. 257 ss., p. 437 ss.

¹⁴ E in realtà antigiusdici perché volti a negare la qualità propria del diritto, di essere esperienza che si muove nel campo dell'opinabile e del controverso e usa strumenti adeguati a queste caratteristiche: A. GIULIANI, *Abelardo e il diritto (Alle origini dell'interpretazione meccanicistica della legge)*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1964, p. 867-900.

¹⁵ Ricorderei, per la messa a tema di questi profili, da angolature diverse, tanto M. HORKHEIMER, *Eclisse della Ragione*, Torino, 1969 (ed. or.1947) quanto S. WEIL, *Riflessioni sulle cause della libertà e dell'oppressione sociale*, Milano, 1983 (ed. or.1955); come pure I. MURDOCH, di cui numerosi scritti, pubblicati tra gli anni '50 e gli anni '70 del Novecento, si trovano raccolti in Ead., *Esistenzialisti e mistici*, Milano, 2014.

¹⁶ Un trasferimento, nella sua opera Giuliani lo sottolinea molte volte, che è avvenuto a grandi passi nella modernità storica e nella postmodernità: col giusnaturalismo razionalista, quindi con lo storicismo, col positivismo giuridico e il normativismo non meno che, successivamente, con le tendenze realiste, sociologiche e oggi decostruttive e pragmatiste, che tutte hanno in comune la pregiudiziale logica di intendere il diritto in chiave prettamente strumentale.

oggi, Antonio Cervati) uno è Alessandro Giuliani, filosofo del diritto (1925-1997) sull'interesse dei cui studi nel campo del diritto costituzionale da un discreto tempo è stata ormai richiamata l'attenzione.

Nel complesso della sua opera, Giuliani ha mostrato come il moderno sia, nel nostro campo, corrispondente all'accentuazione di una concezione "strumentale" del diritto, che tende a rendere il diritto "instabile e relativo" perché lo riconfigura (prima che, e diversamente da, "un mezzo" immaginato e praticato dagli uomini per vivere insieme, e cioè come esperienza *ad hominem*), come lo "strumento tecnico" che grandi realtà sovra-individuali, collettive, le grandi forze della storia, e alla fine altrettante organizzazioni, e cioè gli "Interi", usano per perseguire i propri fini, anche (inevitabilmente) sacrificando le posizioni, gli interessi, i beni dei singoli individui. Il che, se si vuole, è un aspetto dell'utilitarismo (e Bentham era certamente un moderno) che, come una volta Sanders ha scritto efficacemente, rende tutti i diritti vulnerabili; e lo fa perché, aggiungerei, esso rende vulnerabili (in quanto relativi) i valori che si potrebbero ritenere "propri" del diritto quando l'utilità dell'organizzazione, cui il diritto è ormai solo passivo strumento, di quei beni richiede il sacrificio.

Giuliani sottolinea molte volte che una visione prettamente strumentale del diritto lo presume vuoto di propri contenuti, di propri principi, perché lo intende come pieghevole ai fini in esso veicolati dall'esterno. Per la nostra indagine, concentrata sull'operare delle Corti, ha peso specialmente il rilievo giuliano, a cui mi sono già riferita poco sopra, secondo cui la modernità nel diritto tende a conferire alla giurisprudenza, teorica e pratica, una funzione meramente tecnica, quale ricerca e applicazione di «un dato esterno che muta»¹⁷, e al cui formarsi la giurisprudenza (in quanto appunto mera tecnica) non concorre.

2.2. *Principi del diritto*

In critica alle concezioni strumentali, esplorate con indagini ormai risalenti, ma che trovano forte rispondenza nell'esperienza giuridica in cui noi viviamo oggi¹⁸, Giuliani si è schierato tra coloro che richiamano l'attenzione sull'esistenza, invece, di un "momento costitutivo" del diritto. Specialmente risalendo all'esperienza storica delle *regulae iuris* quali principi generali del diritto – un ruolo che le regole hanno assolto, insieme alle massime di *Common law* che ad esse si intrecciano, nel diritto antico e intermedio, ma anche dopo la codificazione, per esempio e in particolare in Italia¹⁹ – egli ha inteso attrarre l'attenzione sul fatto che il diritto ospita "l'idea e l'esperienza" di principi che non racchiudono l'indicazione di "scopi" da raggiungere o attuare, ma di beni (anche esprimibili in termini di valori) che devono essere salvaguardati, dei quali deve cioè essere evitata la manomissione e l'abuso, affinché l'esperienza giuridica si svolga come tale, sia tale. Infatti, salvaguardando quei principi essa salvaguarda anche la propria autonomia (dalla politica, dall'economia, da altre scienze²⁰), e con quest'ultima – che è poi l'autonomia di un "punto di vista", di un

¹⁷ A. GIULIANI, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, 1957, p. 32.

¹⁸ Anche nelle sue forti piegature realiste e pragmatiche, che vedono mutare il "dato" esterno e mutevole che la giurisprudenza applica, il quale non è più visto tanto nella "legge" quanto nella società in cambiamento e nei suoi bisogni. Per una attenta esplorazione del problema del fatto nella giurisprudenza costituzionale italiana v. E. OLIVITO, *Il fatto nel giudizio sulle leggi*, in *Gruppo di Pisa*, 2017, p. 1 ss.

¹⁹ A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, in *Tr. Dir. Priv.*, Torino, 1982, p. 175 ss.

²⁰ Sul punto si v. F. CERRONE, *Sull'esperienza giuridica*, cit., p. 963 ss.

modo di pensare – la dimensione soggettiva dell'esperienza giuridica, cioè i valori individuali di libertà ed eguaglianza. Le *regulae iuris*, in effetti, hanno tutte – Giuliani sottolinea – un orientamento "negativo"²¹, cioè indicano esiti che è consigliabile evitare, perché l'esperienza ne dimostra le implicazioni dannose, ma si tratta di un orientamento generale verso ciò che è "preferibile", la cui portata va verificata, in modo topico, ogni volta nel concreto delle singole circostanze e in un dato tempo. Per esempio, una regola dice che *Malitiis non est indulgendum*, ma non è dato sapere in anticipo e una volta per sempre che cosa è una "malizia": non di meno, vi sono da un lato opinioni comuni su che cosa una malizia è, con le quali è possibile confrontarsi, e dall'altro lato vi è il fatto concreto, la cui indagine aiuta a dare senso alla regola, facendo emergere, o meno, una malizia, e con essa la possibilità e il bisogno della regola. Ancorandosi a uno stile di ragionamento che si affida al dibattito, alla ponderazione, alla considerazione di prove, e cioè di argomenti, la regola non sopprime il mondo dell'opinione, che è quello dell'azione umana, ed offre invece un "luogo comune" che permette di organizzare l'indagine, aiutando in particolare a selezionare il rilevante e l'irrilevante alla luce dell'orientamento negativo suggerito dal principio (se risulterà che vi sono state malizie, occorrerà evitare di essere indulgenti con esse).

Considerati in quest'ottica, i contenuti propri del diritto sono tali in quanto affidati alla dimensione teorica e pratica della sua scienza, la scienza giuridica, che è in primo luogo storia: il giurista non si rapporta in modo solo esteriore ai contenuti che manovra, perché contribuisce col suo giudizio a forgiarli, e il suo giudizio è ogni volta una presa di posizione in una lunga vicenda di esperienze e di verifiche.

Gli studi giuliani mostrano che all'interno dell'idea stessa di principio del diritto corre l'alternativa, o meglio la tensione dialettica, tra il momento oggettivo e quello soggettivo, che connota del resto l'idea stessa di regola: questa può essere intesa come norma²², e cioè qualche cosa che viene dettato dall'esterno, che è stabilito da qualcuno e perciò mutevole e relativo, oppure qualche cosa che è ricavato dall'esperienza, che non ha bisogno di essere stabilito per essere capito, e quindi riconosciuto, e in questo senso è costante²³. Modernamente, oggettivamente, i principi, come le norme, tendono ad essere "definizioni" portatrici di una verità precostituita, che corrisponde peraltro al "bisogno

²¹ L'orientamento negativo, non affermativo, delle *regulae iuris*, le quali servono a escludere ciò che giustizia "non è", sul presupposto che sia invece impossibile stabilire ciò che giustizia è, è l'aspetto che, in Giuliani, le lega a una logica giuridica confutativa e dialettica, e quindi a una forma della ragione «duttile e porosa»; sciolte da essa, ricolate in un intendimento del diritto come strumento per realizzare fini di governo, le regole certamente sopravvivono (se ne trovano esempi anche tra i principi comuni indicati dalla Corte di Giustizia: G. ALPA, *I principi generali in una prospettiva giusrealista*, in *Dir. Civ. Riv. Trim.*, 2/2014, *on line*) ma intese come norme, cioè come precetti affermativi. Le regole, portatrici di una lunga storia, di certo non si mantengono inalterate, ma assumono significati in relazione ai contesti, le tecniche e le metodologie in cui sono adoperate, eppur tuttavia, ripensate storicamente, offrono una risorsa per impedire, di quei contesti, tecniche e metodologie, una chiusura autoreferenziale.

²² La parola che modernamente ha preso il posto di "regola" (R. ORESTANO, *Norma statuita e norma statuenta. Contributo alle semantiche di una metafora*, in ID., *Edificazione del giuridico*, Bologna, 1989, p. 69 ss., p. 74) e che ha offerto, specie nell'esperienza italiana, anche il fondamento per la costruzione dei principi costituzionali 'normativi' o 'precettivi' cari alla nostra tradizione.

²³ Ad esempio, l'esperienza dice che è meglio decidere *Audita et altera pars*, perché per esperienza sappiamo che decisioni unilaterali possono essere erronee e quindi dannose; non c'è bisogno di un legislatore per stabilirlo, lo ricaviamo dalla nostra natura, riflettendo su essa (*soggettivamente*) ma allora, non è nemmeno un principio tutto e solo oggettivo, e perciò a disposizione di un legislatore.

dell'utilità comune, dell'opportunità sociale"; soggettivamente intesi, essi sono piuttosto "centri di argomentazione", che offrono come costante l'indicazione di una "prospettiva preferibile", che è sempre "un esito da evitare" (ad esempio che si consenta che taluno arricchisca della sua frode: *Nemo locupletari debet ex aliena iactura*). Essi non precostituiscono le soluzioni nei singoli contesti cui vengono riferiti e la loro portata non è definibile senza l'apporto della storia, quindi delle opinioni, e proprio perciò, alla fine, non è a disposizione di nessuno (per quanto forte sia la tentazione contraria: e per questo *Omnis definitio in iure periculosa*)²⁴, ma dipende dall'impegno di tutti, e in particolare, come ripeto, dall'impegno teorico e pratico della scienza.

2.3. In dubio pro reo

Radicati nella dimensione soggettiva, i valori costitutivi, osserva Giuliani, sono sovente intrinseci a una procedura presidiata da una posizione di imparzialità, quella del giudice, che "fa" eguaglianza rimediando a diseguaglianze sostanziali, in particolare quella tra accusato e accusatore: il giudice garante della procedura è garante dei valori della comunità, Giuliani spesso rileva.

Giuliani richiama frequentemente il principio *In dubio pro reo* come espressione emblematica della logica, del preferibile, la logica negativa ed isonomica che considera propria del diritto, del suo "punto di vista" e che trova nel *Favor rei* una delle sue espressioni più nitide. Tra due alternative che, astrattamente, sono egualmente valide (posto che di nessuna si può provare l'oggettiva verità), se sia bene cioè dare la preferenza alle ragioni dell'accusatore o a quelle dell'accusato, è preferibile scegliere la seconda, perché essa racchiude premesse e implicazioni migliori rispetto all'altra: evita per esempio l'erogazione di condanne che possono poi risultare errate, ma ormai irrimediabili, e spande un principio di fiducia dell'uno verso l'altro, più favorevole all'edificazione della convivenza. L'orientamento che i principi costitutivi del diritto esprimono, secondo Giuliani, si sostanzia in un punto di vista che si indirizza alle soluzioni meno dannose nei confronti di beni e interessi della sfera individuale, le quali garantiscono, al tempo stesso, beni di rilevanza generale. Tra questi ultimi svetta l'eguaglianza tra governanti e governati e quindi la reciprocità («ciò che vale per l'uno vale per l'altro»). Per esempio, Giuliani spiega la presunzione di paternità con la logica secondo cui è preferibile non presumere l'infedeltà della moglie (ed è la logica di *In dubio pro reo*), né addossare ad alcuno l'onere di una prova, che nessuno sarebbe in grado di dare.

Sotteso all'atteggiamento prudenziale ed equitativo che percorre, secondo Giuliani, il complesso delle regole e con esso una visione "premoderna" del diritto, *In dubio pro reo* viene spesso richiamato da Giuliani proprio per spiegare la logica del preferibile, nella quale «non tutte le probabilità hanno valore uguale, alcune sono preferibili per ragioni etiche (*in dubio pro reo*)»²⁵. Molte volte Giuliani sottolinea che *In dubio pro reo* rimedia all'inferiorità

²⁴ A. GIULIANI, *Abelardo*, cit., p. 878 e 891 che traccia analogie tra il giusnaturalismo abelardiano e il moderno positivismo giuridico

²⁵ A. GIULIANI, *La controversia*, Pavia, 1966, p. 97. Il probabile non coincide con l'*id quod plerumque accidit* ma con ciò che è eticamente preferibile: «esiste insomma una scala di probabilità, che è connessa con un sistema di valori. I valori esistono nella disputa, nel dialogo, nella ricerca, non esistono come dato esterno ed oggettivo. Il carattere etico della probabilità migliore presuppone un'analisi della struttura del mondo umano,

naturale dell'imputato, e in questo senso garantisce l'eguaglianza "sostanziale", e sottende la logica della probabilità migliore. «La probabilità migliore opera nel senso di una presunzione di innocenza: *proniores esse debemus ad absolvendum quam ad condemnandum*»²⁶ dicono i canonisti medievali. È la probabilità migliore perché sottende un atteggiamento di fiducia verso l'altro, non di sospetto o pregiudizio; è dunque la premessa migliore per costruire un solido ordine della convivenza.

2.4. Nullum crimen sine lege

Giuliani riserva a *Nullum crimen*, principio moderno, in quanto gravitante sulla legge ed i suoi problemi di vigenza nel tempo, un atteggiamento ambivalente, problematico²⁷. Egli ha remore verso *Nullum crimen* in quanto prodotto, e sigla, della razionalità moderna, calcolante e formalizzata²⁸, che, da una parte, si limita di sancire in che confini è legittima la pretesa punitiva dello stato e, dall'altra parte, riconfigura i principi come altrettante *leges legum* dalle quali sia possibile dedurre, per ogni caso, ogni necessaria conseguenza. La considerazione dell'azione "dal punto di vista dell'intenzione", centrale in una logica

storico: una presunzione a favore del passato e della storia, una difesa dell'individuo (*in dubio pro reo*)» (Id., *Il concetto di prova*, Milano, 1961, p. 231).

²⁶ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 166.

²⁷ Per esprimere il valore della certezza del diritto Giuliani preferisce ricorrere al principio *Prior in tempore*, anche sottolineando che esso esprime lo stesso "principio generale" di *Onus probandi incumbit ei qui dicit*, che (con affermazioni che ci paiono riferibili a tutte le *regulae iuris* nell'intendimento giuliano) «si basava su un'idea del normale, del probabile ... che offriva soltanto criteri orientativi nell'indagine, validi fino a prova contraria; la loro orientazione assiologica imponeva che chi argomentasse contro la probabilità migliore avesse l'onere di provare quanto assumeva. Era l'applicazione di un principio generale, valido nel mondo umano e storico, in base al quale 'il mutamento non può essere presunto, deve essere provato'. Esiste una presunzione a favore di ciò che esiste, del passato, della storia: si tratta di una concezione che era stata viva nella coscienza del mondo classico, e ci viene da pensare alle responsabilità di chi – in certe epoche storiche – voleva proporre un cambiamento delle leggi» (A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 108-9, corsivo A.).

²⁸ Lo si ritiene «nato con l'Illuminismo, tant'è che i brocardi latini '*nulla poena sine lege*', '*nulla poena sine crimine*' e '*nullum crimen sine poena legali*' vengono ricondotti all'opera di Ansel Feurbach, criminalista tedesco vissuto a cavallo tra il XVIII e il XX secolo», F. BERTOLDI, *L'origine romanistica del principio nullum crimen, ecc.*, in *Forum historiae iuris, online*. Nella questione, dibattuta, se *Nullum crimen* abbia, o non abbia, ascendenze nei principi romanistici, mi pare restino tra le più significative le considerazioni di chi ha avvertito come sia necessario collocare "l'assenza" di *Nullum crimen* all'interno dei valori che impregnavano l'ordinamento romano (F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, Firenze, 2005, p. 151), sottolineando la connessione tra quella assenza e le concezioni dell'autorità, imperniata sulla *fides*, proprie della cultura romana). Schulz ricorda come le caratteristiche del processo penale romano offrivano garanzie alla difesa che rappresentavano un vero e proprio "baluardo" (*ib.*, p. 178 ss.) e lo spiega col principio dell'*humanitas*, anche ricordando il giudizio di Cicerone sul prezzo altissimo di cose come «*crimen sine accusatore, sententia sine consilio, damnatio sine defensione*» sconosciute alla procedura penale romana). Dal principio della *fides* derivava nel diritto romano il concetto che «anche il legislatore deve mantenere la parola, ci si deve poter fidare dell'ordinamento giuridico quale esso è in un momento dato, e ognuno deve poter prevedere le conseguenze delle proprie azioni»; anche il legislatore è obbligato alla *fides*, ciò che comporta «che il magistrato edicente è vincolato al suo Editto e le norme giuridiche non hanno efficacia retroattiva (...) Non è certamente una regola di diritto perché non è possibile che il legislatore vincoli sé stesso in così alta misura; ma è una massima alla quale si è tenuto fermo, benché non senza eccezioni» (*ib.*, p. 199-200). Ricorderei anche l'opinione che, in punto di "modernità" o "classicità" di *Nullum crimen* è suggerita da G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, Napoli, 1920; i principi generali del diritto non sono nati tutti in una volta, ma sono svolgimento, nel cambiare dei contesti storici, politici, culturali, di alcune esigenze basilari e costanti.

equitativa, decade quando il parametro della giustizia o dell'ingiustizia di un'azione è un dato formale; il soggettivo cede all'oggettivo.

Ciò considerato, Giuliani, include però certamente *Nullum crimen* tra i principi costitutivi. Da una parte, dunque, Giuliani sottolinea che *Nullum crimen* affonda nelle premesse legalistiche del giusnaturalismo moderno, nella sua concentrazione sul diritto penale, nella preoccupazione di evitare gli elementi circostanziali e le componenti valutative²⁹. Dall'altra parte egli non lo sottovaluta affatto; in particolare anzi, preme a Giuliani evitare di «cadere nell'inganno di stabilire una identità assoluta [di *Nullum crimen*] coi principi moderni», proprio perché il principio porta in sé una prospettiva di «difesa dell'individuo³⁰» anche quando appare come «un requisito tecnico»³¹. *Nullum crimen*, ancorato alla difesa dell'individuo, porta con sé nel moderno «quel principio costitutivo della scienza giuridica che è la 'certezza' del diritto» come valore «per il soggetto» e bene costitutivo «della convivenza».

Convieni riportare un passo, riferito ad Abelardo, per il quale, nota Giuliani:

«L'uomo giusto' è un meccanismo impassibile ed imparziale che calcola; l'azione giusta' è come il caso particolare di una regolarità preconstituita. Vi è il disprezzo di qualunque elemento circostanziale: uomo giusto è Aulo, che arriva a condannare il figlio perché nemico della patria. Atto giusto è infatti l'atto che si pone *ex lege* (...) atto ingiusto è ogni atto che viola l'ordine, la regolarità, e pertanto l'equità non è soltanto soggettiva, irrazionale, istintiva ma anche ingiusta.

La certezza del diritto, come esigenza di ordine, è il principale valore che mette in evidenza il giusnaturalismo aberlardiano: ed essa riflette soprattutto le esigenze del diritto penale. Ed è interessante che proprio a tal proposito (come poi nel giusnaturalismo del XVII-XVIII secolo) si sia affermato il principio di legalità. Ma la circostanza che vi sia il preannuncio di principi moderni (come quello *nullum crimen e nulla poena sine lege*) non deve trarci nell'inganno di stabilire una identità assoluta coi principi moderni. Essi oggi sono visti a difesa dell'individuo, il totalitarismo latente nel giusnaturalismo aberlardiano vede in questi principi un criterio utilitaristico e di opportunità: la difesa della società»³².

Giuliani accoglie dunque *nullum crimen* in quanto esso porta in sé qualcosa della logica del preferibile, di difesa dell'individuo, così qualificando un «oggi» (potremmo dire: una civiltà giuridica attuale) che «argina» una modernità altrimenti «totalitaria». Pur caro a concezioni legalistiche, oggettivanti e strumentali, il principio non vi si esaurisce, grazie a quella dimensione, del resto evidente e irriducibile, in cui esso porta con sé i valori negativi

²⁹ A. GIULIANI, *La controversia*, cit., p. 214. Giuliani sottolinea che «l'idea della certezza del diritto, nel senso che la fattispecie fosse certa e fosse prevista in anticipo dalla norma, è, sotto certi aspetti, una idea moderna: se infatti consideriamo la posizione del giudice di fronte alla legge nell'età media vediamo che la determinazione degli elementi della fattispecie era lasciata al suo prudente apprezzamento: gli statuti medievali menzionavano il reato, non il fatto». La problematica della certezza del diritto non può essere in altri termini studiata disgiuntamente dalla relazione di connessione o separazione tra il fatto e il diritto che rappresenta nella ricerca giuliana il grande spartiacque tra la ragione classica e quella moderna. Occorre anche tener conto di come la certezza in senso moderno si sviluppi in un contesto che tiene prevalentemente presente il processo penale (A. GIULIANI, *Il concetto di prova* cit., p. 220).

³⁰ Laddove «il totalitarismo latente del giusnaturalismo aberlardiano vede in questi principi [*nullum crimen nulla poena sine lege*, la legalità, la certezza del diritto come esigenza di ordine], un criterio utilitaristico e di opportunità: la difesa della società» (A. GIULIANI, *La controversia*, cit., p. 210).

³¹ A. GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 35.

³² A. GIULIANI, *Abelardo*, cit., p. 894.

e soggettivi del *Favor rei* e “dell’eguaglianza delle parti nel processo”, ancorandosi al campo dell’isonomia e dell’equità come metodo, che, si potrebbe dire, rappresentano, tra le componenti che si sono storicamente condensate nel principio, “l’altro polo” rispetto a quello che lo vede concentrarsi nel primato della legge.

2.5. *Strumentalismo e romanticismo*

Nella sua indagine preoccupata degli abusi delle moderne concezioni oggettive e tecniche del diritto, Giuliani individua come carattere distintivo dell’esperienza giuridica moderna e contemporanea due aspetti, che vanno insieme: accanto allo strumentalismo vi è il romanticismo, a sua volta risultato della regressione del valore dell’autonomia del diritto in quanto retto da propri principi, negativi e prudenziali, e dell’affermazione del “primato degli Interi” a svantaggio della sfera soggettiva. Lo strumentalismo, che pensa il diritto come tecnica del potere è naturalmente romantico, perché nulla è più romantico dell’idea che le ingiustizie e i limiti della realtà presente possano essere risolti e superati con nuove leggi o istituzioni che, col diritto, possono essere create.

Mi pare che queste due categorie della modernità giuridica, su cui Giuliani rifletteva nei primi anni Cinquanta del Novecento, si attaglino a dinamiche divenute manifeste proprio attraverso il processo di integrazione europea, cui la “regola *Taricco*” ci riconduce; ma non di meno, come tornerò a dire più avanti, quelle due categorie hanno radici e corrispondenze profonde anche e proprio con le scelte di fondo che hanno caratterizzato in Italia l’intendimento della Costituzione e dei suoi principi. Queste scelte sono andate nel senso di sottolineare, dei principi, il carattere di altrettanti “scopi” e dunque hanno favorito una visione prettamente strumentale del diritto, anche costituzionale, che è stata per ciò stesso sempre altamente romantica: il diritto come strumento per attuare il progetto di società “più giusta” prescritto dalla Costituzione è la nota che permea il giuspositivismo italiano³³. Vedendosi assegnata una funzione e una dimensione non selettiva e negativa, ma affermativa e precettiva, ogni principio costituzionale è però stato attratto nella dimensione della normatività. Ci si attendeva che ciò avrebbe garantito a ogni principio stabilità e forza, ma ha invece significato rendere ognuno impermanente e relativo, perché tali sono per definizione le norme positive. Oggi in molti, in effetti, si chiedono come restituire alla Costituzione stabilità e permanenza³⁴.

Un fenomeno macroscopico dei nostri tempi, la crescita dei poteri del giudice, apparentemente contraddittorio con taluni assunti moderni (la separazione dei poteri), appare invece, quando si sia avvertiti che è proprio la coppia strumentalismo/romanticismo un cuore della modernità (dei suoi eccessi), con quegli assunti perfettamente coerente: tenendo presente l’intendimento affermativo e normativo dei principi quali scopi da attuare, ci accorgiamo che il giudice legislatore, nel quale si è soliti vedere un giudice che esorbita verso un ruolo improprio, perché creativo o normativo, è in realtà un giudice impegnato nella ricerca e nella affermazione di una “norma certa” in forza della quale poter “prescrivere” una condotta doverosa o irrogare una sanzione. Invero, il “superamento”

³³ E basterà citare V. CRISAFULLI, *La Costituzione italiana e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

³⁴ Su come una visione strumentale della Costituzione (intesa per esempio, nella stagione delle “riforme”, come l’insieme delle norme destinate a garantire la governabilità) si sia affermata in Italia, travolgendo dei principi costituzionali la stabilità, si v. A. CERVATI, *Riforme costituzionali e principi in tema di sfera pubblica e interessi privati*, in *Aperta Contrada online*, 2012, p. 1 ss.

delle premesse giuspositive si rivela orientato semmai solo ai danni della legge ordinaria, o nazionale, o anche della Costituzione, ma non implica alcuna messa in discussione, né dell'idea che compito del giudice sia eseguire la volontà di un legislatore, né di quella che il diritto sia il campo della volontà e della decisione. Volontarismo e decisionismo possono essere implicati, infatti, tanto dalla sentenza, quanto dall'atto formalmente normativo.

Lo strumentalismo e il romanticismo, sto dicendo, sono costanti significative dell'esperienza giuridica attuale, e si ripresentano dopo il tramonto delle dottrine, citavo ora il giuspositivismo italiano, che ne sono state in dati momenti l'espressione principale. In un contesto che, siccome è dominato, per esempio, dall'interpretazione e dalle "teorie dell'argomentazione" e quindi si dichiara imperniato più sui "principi" che sulle "norme" e perciò sembra, e spesso si autodefinisce, come lontano dai presupposti "moderni" se non opposto ad essi; o nell'avvento del diritto deformalizzato e *soft* della *governance* europea, di quei presupposti avvertiamo invece profondamente la presenza, la conferma e il rafforzamento. In modi diversi, è sempre la prevalenza dell'elemento oggettivo su quello soggettivo che si fa strada (anche, se non soprattutto, nel campo delle libertà e dei diritti), e con esso il favore per gli interessi dell'Intero (lo Stato, l'Unione europea, la superiorità della Costituzione, il primato dell'Unione), romanticamente legittimati come attori di un mondo futuro più giusto, più ricco, più inclusivo (e si potrebbe continuare). Di qui il possibile sacrificio sia dei diritti individuali, sia di una visione isonomica, paritetica, del rapporto tra i governanti e i governati. Molti giuristi contemporanei, del resto, danno per scontato che alcuni valori – cui pure cui nessuno negherebbe il rango di contenuti fondamentali del diritto, come la certezza, e che proteggono beni individuali – siano sacrificabili; lo danno per scontato, sebbene non del tutto spiegabilmente, confidando che le realtà superindividuali e collettive che chiedono questo sacrificio agiranno, quasi per loro "natura", per il bene generale (si tratta in effetti degli "Stati costituzionali", o della Ue che riconosce "le tradizioni costituzionali")³⁵.

3. Il caso Taricco

3.1. La prima sentenza della Corte di giustizia e reazioni immediate della dottrina. Il tema del giudice di scopo

Veniamo dunque al caso. Nel 2015, la Corte di giustizia, sollecitata da un rinvio pregiudiziale del GUP di Cuneo³⁶, affermò che le disposizioni del codice penale italiano, secondo le quali dopo ogni atto interruttivo la prescrizione torna a decorrere, ma per una maggiorazione complessiva non superiore a un quarto del massimo edittale, contrastano

³⁵ Sulle illusioni indirizzate allo Stato costituzionale, idealizzato come una sorta di punto di arrivo della storia s. veda almeno M. LA TORRE, "Finché la società sarà questa", in *Mat. St. Cult. Giur.*, 1/2010, p. 209 ss. La certezza del diritto, per Giuliani, è tipicamente il valore più esposto a pericoli con l'avvento delle concezioni moderne e strumentali; per una pacifica e improblematica ammissione di ciò si v. M. ATIENZA, *Diritto come argomentazione*, Napoli, 2019, p. 244: nelle democrazie costituzionali le ragioni della 'certezza' del diritto possono essere «superate da ragioni di fine» (obiettivi sociali) in cui con le lenti giulianee si potrebbe vedere una tipica manifestazione del rischio che le concezioni strumentali portano ai valori giuridici fondamentali.

³⁶ Sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, 8 settembre 2015, Causa C-105/14; per il rinvio pregiudiziale v. Tribunale Cuneo, GUP A. Boetti, 17 gennaio 2014, leggibile on line in *Dir. Pen. Contemporaneo* (di seguito *DPC*).

con l’art. 325 TFUE. Questa disposizione impone agli Stati membri di «combattere contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell’Unione» con misure effettive, dissuasive ed equivalenti a quelle previste per fatti che ledono interessi finanziari dello Stato italiano³⁷. Sicché, il giudice è tenuto a disapplicare quelle disposizioni qualora dovesse concludere che dalla loro applicazione (nel nostro caso, dall’applicazione delle disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione) «consegue, ‘in un numero considerevole di casi’, l’impunità penale a fronte di fatti costitutivi di ‘una frode grave’³⁸ perché tali fatti risulteranno generalmente prescritti prima che la sanzione penale prevista dalla legge possa essere inflitta con decisione giudiziaria definitiva».

La Corte di giustizia esclude che vi fosse un effettivo pericolo di lesione dei principi di legalità e proporzionalità dei reati; assumendo una nozione “processuale” e non “sostanziale” della prescrizione, come tale non ricompresa nella garanzia della legalità penale, essa richiamò l’art. 7 della CEDU, come inteso nella costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo, e l’art. 49 della Carta dei diritti, sottolineando che queste disposizioni non ostano a un allungamento dei termini della prescrizione che intervenga quando i fatti non si siano ancora prescritti. Sicché «con riserva di verifica da parte del giudice nazionale, la disapplicazione delle disposizioni nazionali di cui trattasi avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell’ambito di un procedimento pendente, col vantaggio di consentire un effettivo perseguimento dei fatti incriminati, nonché di assicurare, all’occorrenza, la parità di trattamento tra le sanzioni volte a tutelare, rispettivamente, gli interessi finanziari dell’Unione europea e quelli della Repubblica italiana. La Corte concluse perciò che una siffatta disapplicazione del diritto nazionale «non avrebbe violato i diritti degli imputati» quali garantiti dagli articoli 49 Carta e 7 CEDU, e ad essa il giudice avrebbe potuto procedere senza dover «chiedere o attendere la previa rimozione [delle disposizioni legislative impedienti la piena efficacia del diritto dell’Unione] in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale». Tuttavia, come ho già ricordato, la Corte di giustizia precisò anche che «se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati. Questi ultimi infatti potrebbero vedersi infliggere sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle suddette disposizioni di diritto nazionale».

Il problema che la dottrina mise particolarmente in evidenza nella decisione fu – soprattutto inizialmente³⁹ – il “tipo di giudice” che la sentenza della Corte di giustizia

³⁷ Dell’art. 325 paragrafi 1 e 2 è stata molte volte sottolineata, per contestare l’interpretazione della Corte di giustizia, il carattere di ‘norma sulle fonti’, la portata ‘indiretta’, finalistica e non autoapplicativa (G. REPETTO, *La Cassazione sul caso Taricco*, in *Rivista AIC*, 2/2016, p. 1 ss., che rimprovera anche alla Corte di Lussemburgo di avere ignorato il principio di maggior tutela, cui del resto, nota l’A., è di solito piuttosto sorda). Non è una novità, ma un tratto costitutivo delle politiche interpretative della Corte di Giustizia, assegnare effetti diretti a disposizioni istituendo obblighi a carico degli Stati; ricordando il precedente fondativo di *Defrenne I* in materia di parità di trattamento nel lavoro tra uomini e donne (che ci riporta alla centralità del principio di non discriminazione nella costruzione degli effetti diretti, che richiameremo anche oltre): così G. DI FEDERICO, *La “saga Taricco”: il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in *Federalismi.it.*, 11/2018, 1 ss.

³⁸ Sottolineo con le enfasi i due elementi salienti della “fattispecie” delineata dalla sentenza *Taricco* che hanno fatto dubitare, quanto meno, della sua determinatezza.

³⁹ E cioè fintantoché si trattò di occuparsi di essa sola, e delle prime sentenze della giustizia ordinaria che le hanno dato seguito, ovvero sia nel periodo in cui la Corte costituzionale non era ancora intervenuta.

evocava: un “giudice di scopo”⁴⁰. Questo fu sottolineato anche notando che la sentenza, confliggente coi requisiti di determinatezza e prevedibilità della fattispecie penale, inclinava, alla strumentalizzazione dell’individuo onde conseguire finalità di politica criminale⁴¹, in quanto essa rimetteva al giudice di valutare sia il fatto, sia la legge applicabile, alla luce di criteri di politica criminale di tipo general preventivo relativi all’efficacia repressiva della disciplina, da misurarsi in relazione al valore costituito dagli interessi finanziari della UE.

Si deve dire peraltro che in molti casi, e specialmente tra i costituzionalisti, la critica al giudice di scopo fu più che altro il vettore su cui indirizzare una critica al “giudice legislatore”, problema che assilla la nostra dottrina, che si misura con una realtà fenomenica, dove il ruolo della giurisdizione, molto dilatato, solleva cospicui e seri interrogativi⁴². Queste opinioni, influenti, hanno avuto un grande peso sia per avere spinto a vedere il nodo centrale di *Taricco* nella questione – ordinamentale – dei rapporti tra giudice e legislatore, sia per avere intonato, sul motivo della critica alla sentenza della Corte di giustizia, il tema della riaffermazione di una nostra tradizione che coinciderebbe con un costituzionalismo basato sulla divisione dei poteri, e dove perciò, dato che il diritto è formalizzazione della politica, è necessario, a garanzia del carattere democratico dell’ordinamento, che sia il giudice e non il legislatore a porre il diritto⁴³. L’invocazione della divisione dei poteri e della soggezione del giudice alla legge è valsa a dimostrare il carattere “costituzionale” dei problemi connessi alla sentenza *Taricco*, e quindi la loro spettanza alla Corte costituzionale; vale a dire, è valsa a ribadire l’incompetenza del giudice ordinario a svolgere una attività di completamento, integrazione o temperamento del punto di diritto espresso nella sentenza *Taricco* (escludendosi in partenza che il giudice avrebbe saputo, o dovuto, non tanto “recepire” *Taricco* quanto rapportarsi criticamente, e cioè anche nel dissenso e nella confutazione nella ricerca di una giusta regola).

Gli Autori che invece, lo ricordavo in apertura, si orientarono a pensare che i problemi posti dalla sentenza potessero essere risolti dal giudice stesso, separando i casi in cui si applica la sentenza da quelli in cui non si applica, ritenevano che l’autentico nucleo del principio supremo protetto da *Nullum crimen* è costituito dall’irretroattività e dalla certezza, non dalla separazione dei poteri e dalla riserva di legge⁴⁴. Essi immaginavano, in particolare, che la connessione storicamente esistente tra prescrizione e diritti quesiti, entrati a far parte della sfera dell’individuo, potesse rappresentare per il giudice ordinario una guida sufficiente per “dare regola” a *Taricco*, moderandone gli eccessi⁴⁵.

⁴⁰ D. PULITANÒ, *Le ragioni della legalità*, in *DPC-Rivista Trimestrale*, 4/2017, p. 108 ss.: *Taricco* affida al giudice un potere decisionale sulla disciplina applicabile in materia di prescrizione.

⁴¹ G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte euro unitaria tra limiti di attribuzione ‘internazionale’ e controlimiti ‘costituzionali’*, in *Rivista AIC*, 4/2016, p. 18 ss., p. 26.

⁴² Si v. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. del Dir. Aggiornamenti*, Milano, 2016.

⁴³ In questo senso l’espressione “giudice di scopo” sarebbe stata adoperata dalla Corte costituzionale nell’ord. n. 24/2017. Per queste argomentazioni M. LUCIANI, *Intelligenti pauca*, in *Osservatorio Aic*, 1/2017, p. 1 ss., ma v. anche Id., *Il brusco risveglio*, *Riv. AIC.*, 2/2016 e Id., *Chi ha paura dei controlimiti*, in *Osservatorio Aic*, 4/2016, p. 1; G. RICCARDI, *Patti chiari, ecc.*, in *DPC*, 2017, p. 1 ss.; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo ‘certo’*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, p. 1 ss.; ID., *Il caso Taricco*, in *Riv. AIC*, 2/2016, p. 35 ss. p. 40 e 41.

⁴⁴ E. GALLUCCI, *La difficile composizione*, in *Riv. AIC*, 4/2016, p. 49 ss.: il controlimito non è la riserva di legge ma la tassativa determinazione della fattispecie e il divieto di applicazione *in peius*.

⁴⁵ Così argomenta M. GAMBARDELLA, *Il caso Taricco*, cit., p. 63 e 61.

Il problema della natura della prescrizione, sostanziale o processuale, correva trasversalmente a questi due orientamenti che non si dividevano sulla natura della prescrizione, accettandone solitamente la natura sostanziale, del resto saldamente riconosciuta nel nostro ordinamento, ma sulla possibilità o meno di accedere a una nozione di legalità in materia penale intesa, come a livello sovranazionale, quale “riserva di diritto”, anziché, come da noi, quale “riserva di legge” (veicolante con sé il monopolio della Corte in materia di contro-limiti).

3.2. Il conflitto tra le Corti

Intanto, sollecitata da due ordinanze di rimessione, una della Corte d’Appello di Milano, l’altra della Sezione III penale della Corte di Cassazione⁴⁶, la Corte costituzionale entrò per così dire in campo, indirizzando alla Corte di giustizia un rinvio pregiudiziale. Il rinvio fu da molti apprezzato per la sua “attitudine dialogica”, in quanto non elevò subito lo scudo dei contro-limiti ma pose alla Corte di giustizia alcune domande “retoriche” iscritte nella dichiarata premessa del non essere in discussione, nella specie, il primato del diritto dell’Unione. Nell’ordinanza, adottando a propria volta la figura del giudice di scopo⁴⁷, e indicando nel rifiuto di quella figura un contrassegno degli ordinamenti di *civil law*⁴⁸, la Corte costituzionale chiedeva alla Corte di giustizia di confermarla nella sua ipotesi di non poter intendere la “regola” *Taricco* nel senso che essa: *a*) permettesse al giudice penale di non applicare una legge nazionale senza fondare la propria non applicazione su una base legale sufficientemente determinata; *b*) anche quando nell’ordinamento dello stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità; *c*) anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto coi principi supremi dell’ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione di uno Stato membro. È curioso notare che mentre la Corte di giustizia si era posta il problema che la propria sentenza potesse incidere negativamente sui diritti fondamentali degli imputati, la nostra Corte ha reagito senza nominare, di questi diritti, nemmeno uno, e menzionandoli solo (a tutto concedere) indirettamente e implicitamente e cioè facendo riferimento ai meccanismi istituzionali che, secondo le convenzioni del nostro ordinamento e della nostra mentalità, li garantiscono.

L’ordinanza andava nel senso di indicare i principi supremi e i diritti inalienabili costituenti contro-limiti come coincidenti, da una parte, con la «riserva di legge in materia penale», dall’altra, con la «riserva alla Corte costituzionale del compito di vegliare sulla

⁴⁶ Rispettivamente Corte d’Appello di Milano, 18 settembre 2015; Cassazione Sezione III penale, 30 marzo 2016, n. 28346.

⁴⁷ «Nell’ordinamento italiano, come anche nell’ordinamento europeo, l’attività giurisdizionale è soggetta al governo della legge penale; mentre quest’ultima, viceversa, non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al giudice. (...) Non è invece possibile che il diritto dell’Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e che, in difetto di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni, quest’ultimo sia tenuto a raggiungerlo con ogni mezzo rinvenuto nell’ordinamento» (ord. n. 24/2017).

⁴⁸ «Anche se si dovesse ritenere che la prescrizione ha natura processuale o che comunque può essere regolata anche da una normativa posteriore alla commissione del fatto, ugualmente resterebbe il principio che l’attività del giudice chiamato ad applicarla deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate. In questo si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law*. Essi (...) ripudiano l’idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire».

identità costituzionale nazionale», cioè col «carattere accentrato del giudizio di costituzionalità»⁴⁹. Anche riferendosi al fatto che, in Italia, la prescrizione ha natura sostanziale, la Corte dimostrava di veder in pericolo valori di sistema, prima che diritti individuali. Essa avanzava il dubbio se, attribuendo effetti diretti nel processo penale a una norma come l'art. 325 TFUE, che pone obblighi di risultato in capo agli Stati, «si potrebbe permettere al potere giudiziario di disfarsi, in linea potenziale, di *qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità e al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato*» (corsivo aggiunto).

La Corte di giustizia rispose con una sentenza⁵⁰ in cui, in partenza, riconosceva da un canto che il principio di legalità dei reati e delle pene, implicante prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale, prevale sul diritto della Ue, e dall'altra che i giudici nazionali possono applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali a meno che questo non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla stessa Corte, né comprometta il primato, l'unità o l'oggettività del diritto dell'Unione. La Corte di giustizia ribadiva così che l'art. 325 TFUE obbliga alla disapplicazione a meno che essa non comporti lesione del principio di legalità penale, e svolgeva alcuni argomenti per dimostrare che la sentenza *Taricco I* non ledeva quel principio. In particolare, era precisato, per dimostrare che la sentenza *Taricco I* non violava il principio di prevedibilità, che essa era destinata ad avere «applicazione non retroattiva», cioè doveva essere intesa come non applicabile a fatti commessi prima della pubblicazione della sentenza. Quanto alla determinatezza, veniva sottolineato, ribadendo un concetto già espresso nella sentenza *Taricco I*, che «tale condizione è soddisfatta quando il singolo può conoscere, sulla base del testo della disposizione rilevante e se del caso con l'aiuto dell'interpretazione che ne è stata data dal giudice, gli atti e le omissioni che chiamano in causa la legge penale». La Corte di giustizia quindi rimetteva al giudice nazionale di «verificare se le condizioni richieste dalla sentenza *Taricco*, e cioè che le disposizioni sulla prescrizione impediscono di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevoli di casi di frode grave, conduca a una situazione di 'incertezza' nell'ordinamento giuridico italiano quanto alla determinatezza del regime di prescrizione applicabile, incertezza che contrasterebbe con l'esigenza di determinatezza della legge applicabile. Se così fosse il giudice non sarebbe tenuto a disapplicare».

In sostanza, *Taricco II* offriva un punto di mediazione costituito dal carattere non retroattivo dell'obbligo di disapplicazione delle disposizioni sull'interruzione della prescrizione⁵¹, tenendo d'altro canto ferma sia l'idea che il principio di legalità in materia penale non richiede, per essere soddisfatto, la previa norma «di legge» (l'«elemento normativo» cui aveva fatto riferimento la Corte costituzionale italiana), sia l'idea che i presupposti indicati in *Taricco I* come rilevanti ai fini della disapplicazione (il carattere grave della frode e l'impossibilità, derivante dalle norme perciò da disapplicare, di efficace

⁴⁹ La valutazione sulla compatibilità tra una regola (in specie l'art. 325 TFUE) e l'identità costituzionale di uno stato membro «nell'ordinamento italiano può avvenire attraverso l'iniziativa del giudice che, chiamato ad applicare la regola, chiede a questa Corte di saggiarne la compatibilità coi principi supremi dell'ordine costituzionale». Anche qui va notato che al giudice non si pensa spettante, per effetto di *Taricco*, il confronto tra il portato di quella sentenza e i diritti degli accusati nel concreto del processo, ma quello tra l'astratto concetto di «identità costituzionale», certamente come tale inidoneo all'apprezzamento del giudice.

⁵⁰ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa 42/17, preceduta da una singolarmente aggressiva, e invero piuttosto semplificante e sbrigativa, opinione dell'A.G. Bot.

⁵¹ P. FARAGUNA, *Roma locuta, Taricco finita*, in *Diritti Comparati*, 2018, p. 1 ss.

repressione penale in un numero rilevante di casi) non offendessero la legalità penale in termini di determinatezza della fattispecie.

Con sent. n. 115/2018, la Corte costituzionale replicò che «la violazione del principio di determinatezza sbarrò la strada ‘senza eccezioni’ all’ingresso della ‘regola Taricco’ nel nostro ordinamento», ribadendo che il principio di determinatezza non può prescindere dalla *prævia lex scripta*. Secondo la Corte costituzionale, il *deficit* di determinatezza e la mancanza di una base legale coincidevano l’un con l’altro, e da essi discendevano tanto la conseguenza per cui al giudice viene «attribuito il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale svincolandosi dal governo della legge al quale è invece soggetto», tanto quella per cui la persona non può «avere una percezione sufficientemente chiara e immediata dei possibili profili di illiceità della propria condotta», mentre «una scelta relativa alla punibilità deve essere autonomamente ricavabile dal testo legislativo al quale i consociati hanno accesso».

Come si vede, e come è stato notato, il principio di legalità come principio di previa legge, identificato con la separazione dei poteri e con la soggezione del giudice alla legge, e come tale assorbente le garanzie individuali alla prevedibilità e certezza sulle condizioni della punibilità, si è trovato sempre più al centro della scena, anche in quanto collegato al carattere accentrato del controllo di costituzionalità e al rispetto dell’identità costituzionale nazionale. Non sono mancate critiche che hanno rimproverato alla Corte di avere difeso una stanca nozione di ordinamenti di *civil law* che in realtà, risolvendosi nella difesa della nostra “tradizione costituzionale” bene o male intesa, esclude il nostro paese dal contribuire alla definizione delle tradizioni costituzionali comuni⁵².

Quel che mi pare evidente è che la Corte costituzionale ha messo in campo una gamma di istituti tutti moderni (tali sono la riserva di legge, la legalità come previa norma, la separazione dei poteri) per esprimere il suo disagio verso gli intendimenti, a loro volta tutti moderni, per non dire modernissimi, della Corte di giustizia circa *Nullum crimen*, il suo funzionamento e il suo valore. Perciò, come preavvertivo, il conflitto risulta più strumentale a difendere un assetto di poteri (quello nazionale) che non impegnato sul terreno, se si vuole più squisitamente giuridico, e anche disinteressato, di identificare quali sono i beni che un diritto penale degno di una civiltà giuridica comune, che si afferma basata sull’eguaglianza e la libertà, non può mettere in pericolo, e quali minacce, perciò da escludere, reca ad essi il *dictum* di Lussemburgo.

Questo in effetti sarebbe stato il campo per il lavoro della giurisprudenza pratica, perché è nel terreno del processo che quei beni, e quelle minacce si confrontano, e della giurisprudenza teorica, la dottrina, che avrebbe potuto aiutare a schiarire gli uni e le altre. Per quanto riguarda la giurisprudenza pratica, come sappiamo, molti interpreti hanno in partenza escluso che il giudice potesse svolgere quel lavoro, anche temendo, non senza realismo, che il giudice non si sarebbe posto in rapporto con la sentenza della Corte di giustizia dal punto di vista dell’esigenza di temperarla in nome dei diritti individuali, ma in vista di un proprio guadagno di potere, come diretto interlocutore della Corte UE, al posto della Corte costituzionale. Altri, lo ricordavo poco sopra, hanno riposto fiducia nel giudice, ma questa si è rivelata piuttosto malriposta, come ora vedremo.

⁵² A. RUGGERI, *Taricco, Amaro finale di partita*, in *Consultaonline Studi*, 2018, p. 488 ss., p. 494, favorevole a che la Corte avesse sin da subito aperto davanti a sé stessa la questione della costituzionalità della prescrizione (v. anche ID., *Ultimatum della Corte*, in *Consultaonline Studi*, 1/2017, p. 81 ss., p. 87).

3.3. *Gioco di specchi: strumentalismo romantico europeo (e non solo)*

La giurisdizione ordinaria nella vicenda *Taricco* ha giocato una parte molto complessa. Per inquadrare il tema, occorre premettere che il problema di un ruolo eccessivamente dilatato del giudice, che molti rilevano come un vizio del progetto di integrazione, sarebbe, sempre secondo molti, il risultato di un vizio o di una mancanza più grande di quel progetto, che è la latitanza o debolezza della politica. Direi piuttosto che si tratta di un problema che deriva dall'intendimento del diritto che la UE assume, e mi pare che mettendo in luce questo intendimento si possa sia mettere meglio a fuoco in che senso il giudice, con l'integrazione europea, è diventato molto importante sia verificare se davvero la UE ha coltivato un'idea di diritto, e di giudice, così tanto diversa dalla nostra. Entriamo così nel "gioco di specchi" che, come preavvertivo, caratterizza molto la vicenda *Taricco*, e al quale essa molto deve del suo carattere di conflitto solo apparente.

Da sempre, e quasi per definizione, nell'ambito europeo il diritto è lo strumento mediante il quale realizzare l'integrazione e raggiungerne i fini (la concezione del diritto accolta e propalata dalla UE è cioè impregnata di strumentalismo); questi fini sono, ed è anche questa una costante, rappresentati come altrettanti ideali in nome dei quali è giustificata la perpetua riforma di istituti e concezioni vigenti, quando con quegli ideali contrastanti (le politiche europee sono connotate da un forte elemento romantico).

Tra le giustificazioni romantiche dello strumentalismo che caratterizza il diritto euro-unitario e sovranazionale si può ricordare, intanto, il mito della bontà in sé dell'integrazione sovranazionale, un mito certamente alimentato, nel nostro Paese, anche da tradizionali percezioni della nostra come una esperienza provinciale ed arretrata (sia sul piano sociale che politico che giuridico)⁵³. Oppure, si può richiamare come, pur intese ordoliberalisticamente a generare una "società di mercato", le politiche europee, come segnatamente è avvenuto nel campo antidiscriminatorio, hanno perseguito questo obiettivo abbracciando i diritti delle donne, prima, e delle minoranze, poi⁵⁴. Questo, oltre a spandere sull'Unione europea la legittimazione derivante dal proclamarsi alleata della società nella marcia verso l'emancipazione dagli stereotipi del passato, ha facilitato la diffusione e l'assuefazione allo strumentalismo etico, anche nella dottrina. Il divieto di discriminazioni, principio generale del diritto europeo, è infatti stato un potente veicolo (strumentale) per l'affermazione e l'espansione del primato del diritto europeo, ma un tale esito, squilibrato a favore della UE, è potuto apparire giustificato, legittimo, per non dire necessario in quanto legato alla giusta causa di tutelare minoranze e soggettività svantaggiate (e il fine giustifica i mezzi). Non vanno infine sottovalutate le fascinazioni giustizialiste che percorrono il diritto sovranazionale e europeo. Quando, nel caso *Taricco*, la Corte di giustizia ha assunto le posizioni che ha assunto essa lo ha potuto fare anche grazie al *cliché* della prescrizione come colpevole di tutti i mali della giustizia italiana⁵⁵, che chiedeva imperiosamente una

⁵³ Su come questo atteggiamento comporti una prognosi infausta sul guadagno in termini di crescita e miglioramento di sé derivante dal rapporto con l'esterno e con l'altro: S. WEIL, *La prima radice*, Milano, 1990, p. 50 ss.

⁵⁴ Sia consentito rinviare a S. NICCOLAI *I rapporti di genere nella costruzione costituzionale europea. Spunti a partire dal Metodo aperto di coordinamento*, in *Pol. Dir.*, n. 6/2006, p. 573 ss. e ID., *Changing Images of Normal and Worthy Life*, in S. NICCOLAI, I. RUGGIU (eds.), *Dignity in Change: Exploring the Constitutional Potential of EU Gender and Anti-Discrimination Law*, Fiesole, 2010, pp. 35 ss.

⁵⁵ Sul *cliché*: D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in *DPC-Riv. Trim.*, p. 20 ss., p. 222; su come il giudice del rinvio lo abbia porto alla Corte di giustizia, che lo ha acriticamente raccolto, ID., *Le ragioni della legalità*, in

correzione e un rimedio, ma non vi era solo questo in gioco. *Taricco* segna infatti anche il confluire della Corte UE sulla linea, da tempo perseguita dalla Corte di Strasburgo, di vedere nella criminalizzazione la strada maestra per la tutela dei diritti fondamentali. In questa cornice *Taricco* ha potuto dispiegare l'ideale giustizialista a giustificazione del ricorso alla criminalizzazione per la tutela di interessi fondamentali, che nel caso specifico erano gli interessi finanziari della UE⁵⁶.

Significativamente, è stato osservato che, con *Taricco*, la UE accede all'idea di un «diritto penale di lotta» che rappresenta «una radicalizzazione delle concezioni strumentali del diritto» (non solo penale) e in cui «la norma funziona come strumento di scopi» che sono «la vittoria contro un 'fenomeno generale' dannoso o pericoloso»⁵⁷. E del pari è figlia di un'idea del tutto strumentale, ma anche romantica, del diritto, la figura del giudice che, per usare espressioni giulianee, si pone e che agisce come «scenziato sociale» e quella del processo conseguentemente «piegato a un fine, a un risultato». Questi fenomeni infatti vanno insieme alla concezione del diritto come una tecnica di ingegneria sociale; se questa definizione è di ascendenza realista e anti-formalista, «la cosa» che essa descrive era già presente nelle visioni strumentali e attivistiche del diritto che sono affermate con la modernità⁵⁸.

Come è stato notato, la UE alimenta un simile fervore romantico mediante un linguaggio, caratteristico dei suoi documenti normativi, compresi quelli di *soft law*, come pure dei Trattati, che fa un tipico, continuo appello alla lotta, all'impegno adempiente, alla necessità di prevenzione di fenomeni dannosi per interessi generali⁵⁹. Sono questi aspetti

DPC, 4/2017, p. 111 ss.; sul semplicismo dell'operazione, M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., p. 15 («la scelta del colpevole appare arbitraria») che anche rileva come in *Taricco* vi sia una espressione di quel «perdurante economicismo della Ue» che nuoce al consenso verso il progetto UE (*ib.*, p. 17). Altri ha considerato invece in sintonia con un regressivo clima di sovranismo populista la reazione, avversa alla sentenza, della Corte costituzionale e di una parte della dottrina italiana: F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, in DPC, 2017, p. 1 ss., p. 4, che parla di «sovranismo dei diritti fondamentali».

⁵⁶ V. MANES, L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge Fini-Giovanardi: gli orizzonti della legalità penale*, in DPC, 2014, p. 1 ss., p. 12.

⁵⁷ M. DONINI, *Sentenze Taricco come giurisdizione di lotta*, in DPC, 2017, p. 1 ss., 2. Si tratta in generale di un fenomeno che vede in maniera esponenziale il processo, anche penale, venire concepito come strumento di riforma della società. M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., p.11, sottolinea che a livello sovranazionale vi è una significativa tendenza «panpenalistica» e «panvittimistica», agita in larga parte dalla Corte di Strasburgo che pretende «di introdurre un principio di obbligatoria criminalizzazione di talune fattispecie di violazioni dei diritti fondamentali»; è una giurisprudenza che dimentica «che nel processo occorre salvaguardare tutti anche l'imputato; ha un evidente afflato etico che non trova fondamento esplicito nella Convenzione e si scontra con valori essenziali dello Stato di diritto, stravolge la funzione della pena, trasformandola in strumento di riparazione del pregiudizio subito dalla vittima, rovescia conseguentemente il principio di colpevolezza, ammettendo che la sanzione sia proporzionata non a questa, ma al tipo di pregiudizio causato». (A questi difetti si deve naturalmente aggiungere, per Luciani, che questi fenomeni «sottraggono la decisione sulla pena al circuito democratico» in quanto fondati su scelte giurisprudenziali.)

⁵⁸ Per il punto v. A. GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 32 ss.

⁵⁹ M. DONINI, *Sentenze Taricco*, cit., p. 3 nota 4, fa una rassegna di simili espressioni nel TFUE: lotta alla criminalità, al razzismo, alla xenofobia, contro la tratta degli esseri umani, ma anche contro le frodi ai danni degli interessi finanziari della UE; risale ad Amsterdam la lotta contro tutte le discriminazioni. Come ricordato, anche al centro della sentenza *Taricco* c'è un principio di parità di trattamento (divieto di discriminazione), tra i reati che offendono interessi finanziari del solo Stato italiano e reati che offendono interessi finanziari anche della UE; è sulla base di ciò che la Corte di giustizia propone al giudice quella che Donini (*ib.*, p. 11 ss.), chiama la «disapplicazione manipolativa» della norma generale sulla prescrizione (art. 160 cp) per dare ingresso alla applicazione analogica di una norma speciale (quella sul contrabbando di

romantici, che seducono per il sapore emancipatorio e il loro segno polemico nei confronti del passato (e così creano consenso verso politiche europee condotte in nome dei principi generali-obiettivo i cui effetti sostantivi non da poco vengono per così dire denunciati come coincidenti con imperativi neoliberalisti⁶⁰), ad aver fatto spesso premio su come quelle stesse politiche, benché realizzate spesso con l'intermediazione di organi denominati giurisdizionali, come la Corte di giustizia, oltre a realizzare l'erosione di un modello di stato, quello sociale, pur caro alle "tradizioni nazionali", includessero spesso effetti dannosi per i diritti individuali⁶¹. Queste politiche hanno sortito simili effetti vuoi in quanto, come nel caso delle politiche antidiscriminatorie, si è trattato e si tratta, di politiche che l'individualità dei diritti mettono in discussione fin dalla loro titolarità⁶² e che, mentre possono avere ricadute negative per soggetti determinati (valga l'esempio dell'età pensionabile delle donne in Italia), indirizzano comunque alle minoranze apparentemente protette misure tendenti a uniformarle a modelli idealtipici di condotta corrispondenti ai fini dell'integrazione⁶³. Vuoi in quanto, come nel caso del "diritto penale di lotta", favorito da *Taricco*, ledono in radice il principio del carattere personale della responsabilità penale⁶⁴.

3.4. *Principi come scopi: la tradizione italiana*

Questi fenomeni sono divenuti in corso di tempo macroscopici, manifesti, ma, se sono caratteristici del processo di integrazione, essi sono d'altro canto iscritti già nell'idea dei principi del diritto come scopi, che, come ho anticipato, non è certo estranea alla nostra esperienza, anzi caratterizza le concezioni dominanti che hanno inteso la Costituzione come un programma di scopo e i suoi principi come altrettanti obiettivi da realizzare, dotati di forza prescrittiva. Una ricerca storica convincerebbe facilmente di come l'idea che i principi siano scopi, i quali tendono in sostanza a garantire l'adattamento del diritto ai bisogni della società, o dell'indirizzo politico, o della "storia", si afferma in Italia in coincidenza col trionfo del positivismo giuridico, in un complesso lavoro che culmina con

tabacchi esteri con frode al fisco italiano). La centralità del divieto di discriminazioni nel diritto europeo si spiega con la sua naturale logica uniformante, che, in questo caso, permette il ricorso all'analogia nel campo penale e *in malam partem*.

⁶⁰ A. SOMMA, *Diritto e capitalismo*, in M. GIOLO, O. BERNARDINI (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pisa, 2017, p. 295 ss., p. 303: invero, sotto la loro finalità emancipatoria e liberante, le politiche di lotta alle discriminazioni di genere hanno fatto coincidere il passato da superare con le legislazioni sociali protettive, loro vero target.

⁶¹ Per chi ha confidato nella credibilità delle tante proclamazioni «della centralità della persona a dimostrazione dell'alto livello di protezione raggiunta dal diritto europeo» *Taricco* è stata certamente un "brusco risveglio", per riprendere l'espressione di Luciani. La Corte costituzionale sembra aver reagito al brutto risveglio adottando, successivamente, un approccio di tipo pedagogico, impegnandosi cioè in una gestione, per così dire, "comune" dei principi costituzionali e di quelli della Carta con la nuova giurisprudenza sulla "doppia pregiudizialità", non si saprebbe qui dire con quanta avvedutezza (in tema G. REPETTO, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza costituzionale sulla doppia pregiudizialità*, in *Riv. AIC*, n. 4/2019). Nel senso che con *Taricco* è tramontato il mito della "tutela multilivello" come prospettiva di una sempre maggior tutela si veda G. RICCARDI, "Patti chiari amicizia lunga", in *DPC*, 2017, p. 2.

⁶² Col diritto europeo, in cui la Commissione può agire per denunciare discriminazioni viene meno il principio, soggettivo, per cui «solo chi subisce la discriminazione può lamentarsene» (A. CERRI, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L'Aquila-Roma, 1984, p. 164) e il diritto antidiscriminatorio si fa strumento di governo (in Cerri v. anche la notazione del carattere "oggettivo" e "impersonale" del concetto di 'genere').

⁶³ Sul tema v. A. SOMEK, *Engineering Equality*, Oxford, 2010.

⁶⁴ D. PULITANÒ, *Le ragioni della legalità*, cit.

l'elaborazione dei principi generali espressi dell'ordinamento giuridico fascista e si risolve nella liquidazione di una tradizione che, vigente il codice del 1865, aveva invece continuato a pensare che i principi generali del diritto fossero costanti, non sancite dal legislatore, ma individuate e tramandate, mentre le applica, dalla scienza giuridica teorica e pratica, costanti da considerare valide, in quanto costitutive, anche laddove la legge non le prevedesse. Era la tradizione delle *regulae iuris* come principi generali⁶⁵, che pur fievole e tra molti contrasti, aveva mantenuta nella nostra cultura giuridica l'idea che il diritto contiene principi certamente ricchi di valore assiologico, ma non teleologici, né neppure relativi a una sola esperienza, ordinamento, o epoca, perché non convenzionali.

La concezione strumentale e romantica che presiede all'interpretazione costituzionale italiana, con le sue note fortemente normativiste delle origini, spiega come mai uno dei punti di continuità, nelle vicende dell'esperienza giuridica italiana, è offerto dal “luogo” dell'inattuazione (della Costituzione, prima, dei diritti fondamentali in chiave europea, dei fini dell'integrazione oggi) da parte del legislatore; ciò che sposta il compito dell'attuazione sul giudice. Nel *topos* dell'inattuazione⁶⁶ si radica infatti il caratteristico atteggiamento del giudice italiano nei confronti della legge, che per supplire a una tale inattuazione della Costituzione⁶⁷ si ritiene giustificato a interpretazioni adeguatrici, se non abrogative o anche alla disapplicazione della legge; ed è esemplare in questo senso, come stiamo per vedere, l'ordinanza di rinvio che dette origine a Taricco. A venire in campo in questi casi – del tutto romanticamente – è l'idea che esiste una “legge più alta” e più in sintonia coi tempi e con le esigenze della società, in una parola “migliore e più giusta” (nel caso di *Taricco*: migliore perché più efficiente, e più giusta per la stessa ragione, consentendo l'effettiva punizione dei reati). Una legge che indica scopi precisi che richiedono soltanto “attuazione”, idea che – come è stato già notato – già sorresse l'epoca della attuazione giudiziaria della Costituzione, che fu il momento di emersione dell'anti-formalismo volontarista in Italia⁶⁸. In quella stagione del resto si è presentata, in chiave garantista, e vi ritornerò più da vicino in seguito, la stessa idea, che ci proviene oggi dal diritto sovranazionale ed è da molti guardata con preoccupazione, l'idea cioè di tutelare i diritti mediante il diritto penale⁶⁹. Non senza che, è da aggiungere, il giudice sembri sposare l'opportunità che il riferimento alla legge più recente e più alta (quella europea) gli offre di valutare la legge nazionale in vista della sua disapplicazione, non solo formalmente, in nome del primato della prima ma

⁶⁵ Il ruolo delle *regulae iuris* nella genesi del concetto di principio generale è stato studiato da A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 389 ss.

⁶⁶ Sul quale v. F. CERRONE, *L'attesa dell'attuazione costituzionale e la crisi della politica*, in *Dalla Costituzione “inattuata” alla Costituzione “inattuata?”*, Milano, 2013 ss. p. 87 ss.

⁶⁷ Si ricordi peraltro che l'interpretazione storico-evolutiva nasce in Italia in clima prettamente giuspositivo e per richiamare il giudice a supplire a un'opera politica di gestione dei conflitti sociali, che il legislatore non adempiva efficacemente: questo il succo dell'opera di F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, Napoli, 1909.

⁶⁸ Cfr. E. SCODITTI, *Il giudice nell'Italia degli anni Settanta*, in *Mat. St. Cult. Giur.*, 1/2007, p. 129 ss.

⁶⁹ «Sul finire degli anni '70 divenne d'attualità il tema delle questioni di legittimità costituzionale *in malam partem*, che fu (...) capovolgimento di senso della teoria del bene giuridico, da istanza liberale di delimitazione del penale a pretesa di tutela penale obbligatoria»: D. PULITANÒ, *Il giudice e la legge penale*, in *Quest. Giust.*, 2016, p. 149 ss., p. 153, dove anche queste considerazioni: «assai usato, nel mondo dei magistrati, il linguaggio del garantismo: suona gratificante, *politically correct*. È stato piegato anche a significati diversi dal garantismo liberale: garantismo inteso come tutela di interessi importanti, anche di nuova individuazione, mediante gli strumenti del penale» dove vi è il rischio dell'«uso del lessico del garantismo come bandiera ideologica sia per il polo liberale delle garanzie e dei limiti, sia per il polo contrapposto, quello ‘autoritario’ dell'uso di poteri istituzionali per finalità di tutela».

anche, verosimilmente, invece in base a una sostanziale coincidenza tra i propri valori, le proprie preferenze, e quello che il precetto superiore impone.

Si spiega così la singolare molteplicità di “séguiti” che *Taricco* ha avuto nella giurisprudenza ordinaria: passati, come vedremo, dalla recezione più acritica e convinta alla sollevazione dei controlimiti senza che la giurisprudenza si impegnasse nello sforzo di fare di *Taricco* il lavoro che – dal punto di vista del diritto – è quello che conta: una regola degna di valori di certezza del diritto e equità del processo.

Il problema è che quando inteso strumentalmente il diritto è vuoto: riceve i suoi contenuti dall'esterno (dalla politica, dallo Stato, dall'Unione europea; dalla Costituzione, dai Trattati, come interpretati dai loro giudici) e non contiene criteri per mitigarli, temperarli o correggerli; sicché al dare attuazione a questo voluto sembra ridursi l'opera del giudice (che però sotto questo schermo fa scelte politiche)⁷⁰. Anche in dottrina, del resto, lo ricordavo in precedenza, la sentenza-fonte è prevalentemente guardata come equivalente di sentenza-legge: per alcuni da rigettare per questo motivo⁷¹, per altri da esaltare, in quanto posta dal giudice europeo, che non è giudice, ma «ha un ruolo autenticamente normativo» nel garantire la primazia dei principi fondamentali dell'ordinamento della UE⁷².

3.5. *Il ruolo del giudice ordinario: a) attivismo*

Assai significativa è l'ordinanza di rinvio pregiudiziale all'origine della vicenda *Taricco*. Si trattò un grido di dolore e un atto di denuncia contro un sistema italiano retto da leggi fasciste (il codice Rocco) e berlusconiane (la *ex* Cirielli) che premiamo i rei; essendo quello italiano un sistema retto in sostanza da un legislatore che delinque⁷³, è impossibile per il giudice ritenersi soggetto alla legge, questa è la morale che dall'ordinanza emerge. A sviluppare questi argomenti è, d'altro canto, un magistrato che si dichiara convinto che «la

⁷⁰ È il caso di ricordare che «sono talvolta chiamati ‘giudici’ anche quegli organismi il cui compito costituzionale prevalente non è quello di tutelare i diritti ma piuttosto quello di far rispettare la legge o addirittura di costruire ordinamenti. Ne può essere un esempio la Corte di giustizia (ora) dell'Unione europea, la cui massima preoccupazione è stata per lungo tempo e, in parte, è ancora, quella di imporre la supremazia del diritto (ora) dell'Unione europea sui diritti degli Stati membri. La tutela delle libertà dei Trattati è, ed è stata soprattutto in passato, funzionale a quello scopo (...). Sembrano avere una concezione analoga della propria funzione anche certi giudici nazionali quando affermano che il loro compito è far rispettare la legalità e tutelare l'interesse pubblico». Così D. SORACE, in *Giudici e legislatori*, cit., p. 615 ss., p. 622, il quale è dell'idea che non sia questa «la funzione dei giudici desumibile dalla nostra Costituzione», dal momento che dall'art. 24 comma 1 Cost. «si desume che l'attività dei giudici si svolga al fine di dare tutela ai diritti e agli interessi legittimi dei cittadini» nella soggezione alla legge). Questo è vero, ma è anche quanto è messo a dura prova dal dominio di una concezione strumentale del diritto, tutt'altro che estranea, come dirò, alla tradizione costituzionale nazionale. (L'icastica frase di Merryman evocata da Sorace – vi sono corti di uomini politici vestiti da giudici – è molto cara anche a Giuliani.)

⁷¹ G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione*, in *Rivista AIC*, 4/2016, p. 18, che si riferisce, in generale, al diritto giurisprudenziale.

⁷² F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., p. 11, con specifico riferimento alla Corte di giustizia.

⁷³ Nella norma «iniqua» il giudice che ha sollevato la questione pregiudiziale ravvisava «soltanto l'obiettivo di consentire ai colpevoli di sottrarsi alle conseguenze della propria condotta». Il periodo al quale datano le disposizioni oggetto del rinvio di Cuneo provengono è stato del resto giudicato dagli studiosi come quello della «crisi del principio della ‘buona fede legislativa’», come una stagione di crisi morale-costituzionale consistente nel produrre «atti di diritto pubblico *sibi et suis*» e in cui cioè si è assistito al «venir meno della distinzione tra il bene pubblico e generale e gli interessi privati dei governanti» (M. DOGLIANI, *Relazione*, in *AIC* (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Napoli, 2002, p. 201 ss., p. 223).

pena è la più efficace forma di tutela dei diritti», e non pensa di avere davanti a sé un singolo imputato⁷⁴ ma una «classe» di imprenditori, quelli senza scrupoli morali, in altre parole i peggiori», cioè colloca il proprio ruolo nel campo della politica criminale. Inutile dire che al cattivo Stato italiano l’ordinanza contrappone la veramente giusta, e salvifica, Unione europea («lo Stato italiano fa prevalere l’interesse all’impunità dei colpevoli rispetto alla piena attuazione della normativa sovranazionale (...) la Corte di giustizia ha un grandissima opportunità di attuare una svolta epocale in vista di un’applicazione sempre più efficace del diritto della UE»). Questa abbondanza retorica avvolge una questione ipotetica, generica, priva in modo macroscopico di agganci effettivi col diritto euro-unitario invocato a parametro, e dove l’introduzione del principio strumentalista, soggiacente l’integrazione comunitaria (l’introduzione del principio secondo cui tutto è rilevante per l’efficacia del mercato comune: argomento che come tale non ammette alcun limite, contrappeso, temperamento) si traduce nell’invocazione dell’effetto diretto “a rovescio” e cioè ai danni dei singoli.

È vero che, si potrebbe dire, anche nell’atteggiamento del giudice di Cuneo lavorano in qualche misura alcune regole del diritto, dei valori costitutivi; tra queste vi è forse, e in particolare, *Nemo locupletari ex aliena iactura*, il divieto del profitto ingiusto. È ben plausibile, in altri termini, che il giudice di Cuneo sentisse l’ingiustizia (precisamente l’antigiuridicità) della condotta che la legge lo costringeva a tenere, vale a dire mandare assolto (prosciogliere, per la precisione) chi si era arricchito fraudolentemente. Tuttavia, nessun principio opera nel senso – giustizialista – del *fiat iustitia pereat mundus*, cioè mettendo a repentaglio i diritti e le aspettative legittime degli interessati, il primo dei quali è in questo caso la presunzione di innocenza, e il diritto al processo giusto. Soprattutto è notevole, ed è stato notato, che, nel caso dell’ordinanza del Gup di Cuneo, era il giudice a chiedere di poter operare contro il principio *Nemo iudex in causa propria*, a pretendere di violarlo. Infatti, «l’effetto diretto che si assume pregiudicato in virtù del comportamento del legislatore interno [sarebbe stato] uno strumento che l’amministrazione giudiziaria utilizza a danno dell’amministrato, in quanto lo Stato inadempiente, di cui essa è espressione, finirebbe per trarre un inammissibile vantaggio dalle proprie inosservanze»⁷⁵.

La sentenza *Taricco I* fu dunque suscitata da un provvedimento formalmente giudiziale, nel senso di redatto da un giudice, ma animato da prese di posizione sostanzialmente politiche e venato da forti componenti antigiuridiche. Si trattò in effetti di un provvedimento tutto declinato nel senso del «diffuso cliché che addossa semplicisticamente a strategie dilatorie della difesa le maggiori responsabilità» dei fallimenti della giustizia italiana, evitando di porsi il problema che «le prescrizioni di massa sono un sintomo di ‘difetti di sistema’»⁷⁶; di un provvedimento, cioè, tendente a far ricadere sul singolo le conseguenze di asserite violazioni o inadempienze del diritto europeo imputabili allo Stato; pronto a disapplicare, come effetto della sentenza europea, le norme più

⁷⁴ E in realtà un indagato, perché siamo nella fase antecedente l’accoglimento della richiesta di rinvio a giudizio. Appartenenti a una classe di colpevoli si nasce?

⁷⁵ F. ROSSI DAL POZZO, *La prescrizione nel processo penale al vaglio della corte di giustizia? Nota a Trib. Cuneo, ord. 17.01.2014, GUP Boetti*, in *DPC*, 2014, p. 1 ss.

⁷⁶ D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, cit., p. 22: «Le prescrizioni di massa sono un sintomo di ‘difetti di sistema’». Veramente alle complicazioni del processo («una gara ostacoli») allude anche Cuneo, ma l’affermazione assume, nel contesto (v. la nota seguente), un senso nettamente inquisitorio (il processo è inutilmente complicato per impedire che raggiunga il «risultato per cui esiste, punire i colpevoli»).

favorevoli al reo e molto sbrigativo non solo nei confronti dei principi garantistici coinvolti, segnatamente dal *favor rei*, dipinto come una garanzia per i colpevoli⁷⁷, ma anche della stessa giurisprudenza europea che, non essendosi mai spinta sino a quel momento a provocare effetti diretti *in malam partem*, poteva rappresentare, per la sua aderenza a principi giuridici consolidati, un *caveat* nei confronti del sollevamento della questione pregiudiziale volta a ottenere tali effetti, tanto più se fondata su argomenti ipotetici e generici. Non a caso l'ordinanza di Cuneo è apparsa, per tutti questi motivi, destinata a incorrere in una declaratoria di inammissibilità⁷⁸.

Si è detto, come ricordavo poco sopra, che la Corte di giustizia, in *Taricco I*, ha immaginato un modello di giudice di scopo che segue criteri di politica criminale: si può dire che se ne è trovato uno bell'e pronto davanti e ha riscontrato la propria perfetta sintonia con esso, che in effetti è il giudice ideale per la Corte del primato del diritto della UE. La speranza nel *self restraint* della Corte di giustizia era allora un poco malriposta, tanto più che la Corte intende nel modo più astratto il suo ruolo e ritiene di non dover risentire, all'occorrenza, delle carenze dell'ordinanza di rinvio, il cui valore è quello di (o ancor meno che quello di) una mera "occasione" del suo giudizio, come, nel caso che ci occupa, mise ben in chiaro l'Avvocato generale, la cui opinione merita a sua volta di essere ricordata.

L'Avvocato generale (A.G.) riconosce che «nessuna delle disposizioni di diritto della UE indicate dal giudice *a quo* osta a una disciplina della prescrizione come quella italiana». Ammette anche essere vero che «l'obbligo degli Stati membri di applicare sanzioni efficaci per reati fiscali nel settore dell'IVA non è stato tematizzato in maniera espressa dal giudice del rinvio nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale» e che «in linea di principio, incombe soltanto al giudice del rinvio definire l'oggetto delle questioni che intende sottoporre alla Corte di giustizia e che la Corte, da parte sua, non è chiamata ad esaminare problemi giuridici che il giudice nazionale ha escluso esplicitamente o implicitamente dalla sua domanda di pronuncia pregiudiziale». Ma, nonostante questi limiti dell'ordinanza di rinvio, che sarebbero altrettanti buoni motivi per considerarla irricevibile, l'A.G. è convinta che la Corte debba pronunciarsi, perché occorre dare «una risposta 'utile' al giudice del rinvio che gli "faciliti" la decisione della controversia di cui al procedimento principale». Di nuovo, il fine giustifica i mezzi. In forza di questa sua convinzione, l'A.G. riconfigura la questione, la riorganizza interamente dal punto di vista dei parametri⁷⁹, e la costruisce nel senso che la Corte di giustizia accoglierà, e cioè come una questione imperniata sugli effetti

⁷⁷ Grazie all'accoglimento della questione che rimette alla Corte di giustizia, afferma il giudice del rinvio, «cesserà automaticamente la mitraglia delle eccezioni meramente dilatorie a cui i magistrati italiani sono ormai tristemente rassegnati. Tali astute manovre non impediranno più di accertare la responsabilità degli imputati e di infliggere la meritata pena ai rei».

⁷⁸ F. ROSSI DAL POZZO, *La prescrizione*, cit., che la ritiene «irricevibile».

⁷⁹ Ne dà prova anche Cass. III sez. pen., 17 settembre 2015, n. 2210, la più ossequiosa d'altro verso *Taricco*, dove al punto 10 ci si riferisce alle conclusioni dell'Avvocato generale, che «pur ritenendo irrilevanti le disposizioni del diritto dell'Unione invocate dal giudice del rinvio rispetto alla sostanza della questione prospettata ebbe a riformulare la questione pregiudiziale riducendola ai suoi termini essenziali e individuandone altresì i corretti fondamenti normativi». A sua volta la Corte di giustizia, respingendo le eccezioni di inammissibilità per il carattere ipotetico e astratto della questione, riprende le argomentazioni dell'A.G. per aggiungere che «le questioni poste alla Corte non sono affatto di tipo ipotetico e viene individuato un rapporto con la realtà effettiva della controversia principale». Anche per la Corte di giustizia bisogna guardare a che cosa il giudice del rinvio chiede «in sostanza» e questo è «se una normativa nazionale come quella stabilita dalle disposizioni di cui trattasi non si risolva in un ostacolo all'efficace lotta contro la frode in materia di IVA nello Stato membro interessato» (punto 35 della sentenza *Taricco I*).

diretti dell’art. 325 TFUE che non violano il principio di legalità in materia penale in quanto quest’ultimo non copre, nell’ordinamento europeo, la prescrizione.

Qui, peraltro, non preme tanto notare che la Corte si è pronunciata, più che sulla questione pregiudiziale posta dal giudice nazionale, su quella formulata dall’Avvocato generale; interessa far notare come l’A.G. si sia sintonizzata, allo scopo per dir così di salvare l’ordinanza di rinvio e permettere una decisione della Corte di giustizia, sulle sentimentali, patetiche “preoccupazioni” del giudice nazionale che vi possa essere, a causa della disciplina sulla prescrizione, una non punibilità degli autori di reati di una pluralità di illeciti fiscali. L’A.G. infatti avverte queste preoccupazioni come il «filo conduttore che attraverso tutta l’ordinanza del rinvio». Razionalità e intuizione, calcolo e emozione sono avvinti in questo passaggio, in cui l’A.G. sembra quasi divinare ciò che il giudice davvero «ha bisogno» di sentirsi dire per essere «guidato», «facilitato» nella decisione, decisione a sua volta tutta concentrata nell’assolvimento del dovere di punire per il bene generale, per gli interessi dell’Intero (come se questo, e non quello di giudicare imparzialmente, fosse il compito primario e caratteristico del giudice, ed il valore fondamentale in gioco) e, dunque, tutta dominata da valutazioni di politica criminale.

Interessanti sono anche le espressioni che l’Avvocato generale riserva al ruolo del giudice, di per sé non nuove, nel contesto UE, ma particolarmente ben espressive: il giudice nazionale è tenuto, «a garantire la piena efficacia del diritto dell’Unione»; su di esso perciò «incombe anzitutto (...) l’obbligo di interpretare ed applicare l’intero diritto nazionale in conformità con il diritto dell’Unione». I giudici nazionali sono tenuti, al riguardo, ad interpretare il diritto nazionale quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo delle pertinenti disposizioni del diritto dell’Unione, al fine di pervenire al “risultato” con esse perseguito. Essi devono adoperarsi al meglio nei limiti del loro potere, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest’ultimo, al fine di garantire «la piena efficacia» dei precetti di diritto dell’Unione e di pervenire ad una «soluzione conforme allo scopo» perseguito dal diritto dell’Unione»; il giudice deve dunque «disapplicare nel procedimento principale una disposizione quale l’articolo 160, u.c., del codice penale, nella versione della legge n. 251/2005, qualora tale disposizione dovesse essere l’espressione di una carenza sistemica che impedisce il conseguimento di un ‘risultato’ conforme al diritto dell’Unione a causa di termini di prescrizione eccessivamente brevi».

Queste espressioni colpiscono perché rappresentano un ideale di giudice “bocca”, se non della legge, “del suo spirito e del suo scopo”: assolutamente subordinato dunque alla volontà di un legislatore, un legislatore che, tranne il fatto di non essere quello nazionale, per il resto corrisponde perfettamente all’essenza del legislatore “razionale” che con le proprie fattispecie pone comandi, i quali devono essere assistiti da sanzioni, e che attende di veder realizzata tramite il giudice la propria volontà. L’atteggiamento dell’A.G. Kokott in causa *Taricco I* fa in effetti apparire tutt’altro che inadeguata l’espressione «giudici combattenti» (a fianco o al posto di legislatori anch’essi tenuti a impegnarsi nella lotta comune per il primato del diritto comunitario)⁸⁰, che paiono usciti, per usare altra metafora, da una «caserma»⁸¹

⁸⁰ Usata da M. DONINI, *Le sentenze Taricco*, cit., p.16

⁸¹ Sulla metafora della caserma e dell’equiparazione del giudice al militare che diverrà ricorrente nella successiva tradizione continentale» e nasce nel contesto prussiano v. N. PICARDI, *La giurisprudenza all’alba del terzo millennio*, Milano, 2007, p. 142.

3.6. (continua) b) *Estraneazione*

Al Gup di Cuneo, che ha offerto a Lussemburgo la propria sottomissione, fa da *pendant* la Corte di Cassazione che, con la prima, e a buona ragione molto discussa, sentenza emanata dopo *Taricco*, si mostrò convinta dell'«evidente mancanza di contro-limiti e di dubbi ragionevoli» opponibili al *dictum* alla Corte di giustizia. La Cassazione motivò questa sua conclusione con interessanti ragioni⁸². La prima è che siccome la Corte di giustizia esclude che sia violato il principio di legalità, «ciò è sufficiente» tanto per rendere la soluzione imposta «compatibile col rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti a livello europeo che vincolano in egual misura le istituzioni europee e quelle nazionali», quanto per rendere «irrilevante la questione, peraltro di natura domestica, se la disciplina della prescrizione o di alcuni suoi aspetti abbia natura sostanziale o processuale perché quale che sia la risposta che si voglia dare dogmaticamente comunque la specifica norma che interessa non è coperta dalla specifica garanzia dell'art. 25/2»⁸³.

La seconda ragione portata dalla Cassazione è l'argomento, fondato sul principio *pacta sunt servanda*⁸⁴, secondo cui, nel caso della prescrizione, il «minor vigore della legalità processuale sembrerebbe da taluni accettato o tollerato dallo stato italiano che firmando il IV protocollo della Convenzione del 1957 sull'extradizione sembrerebbe testimoniare che anche per il legislatore la prescrizione non è propriamente un elemento della fattispecie penale».

La terza ragione, esemplare di come il formalismo adottato dalla Cassazione giochi in senso anti-garantistico dei diritti individuali e garantistico invece degli interessi dell'Intero (l'ordine europeo) è offerta dagli argomenti con cui la Cassazione si richiama al carattere «dichiarativo» delle sentenze della Corte di giustizia. Secondo la Cassazione, comunque si voglia pensare quanto al rientrare o meno la prescrizione nella garanzia dell'irretroattività, quest'ultima non è lesa, perché la norma che impone la disapplicazione esiste da moltissimo tempo nell'ordinamento euro-unitario⁸⁵, e, sebbene solo ora sia stata interpretata in quel certo senso, essa ha sempre avuto il significato che la Corte di giustizia ha ora disvelato: «si intende che la Corte interpreta le norme come sono in origine al momento della loro approvazione e pertanto portata e senso dell'interpretazione sono applicabili anche retroattivamente anche per leggi degli Stati membri emanate in momenti compresi tra la data della norma comunitaria e la sentenza della Corte». Onde «la disapplicazione della norma sull'interruzione della prescrizione, contrastante sin dalla sua origine con i principi del Trattato, come spiegato dalla Corte di giustizia, non comporta alcun contrasto con l'art. 25/2».

⁸² Cass. III Sez. pen., 17 settembre 2015, n. 2210.

⁸³ Qui la Terza Sezione penale della Cassazione fa il richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 236/2011 che è ritenuto basato su un fraintendimento: quella sentenza si esprimeva su una deroga *in mitius* del regime della prescrizione e solo in questo senso diceva che a una tale deroga non si oppone alcun contro-limite interno: G. REPETTO, *La Cassazione sul caso Taricco*, in *Rivista AIC*, 2/2016, p. 1 ss., p. 2.

⁸⁴ Il ruolo di *Pacta sunt servanda* nella discussione intorno a *Taricco*, dove è stato molto spesso richiamato, va considerata tenendo presente che si tratta del principio cardinale del giusnaturalismo razionalistico groziano, e vera epitome della modernità giuridica: M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1984, p. 527 ss.

⁸⁵ Per rincarare il concetto che non c'è alcuna applicazione retroattiva di norme incriminatrici e sanzionatorie la Cassazione ricorda che l'art. 325 TFUE era già prefigurato nell'art. 280 TCE, versione di Nizza.

La Cassazione riprende un punto che è ben presente in *Taricco*⁸⁶, realizzando un risultato che dà a pensare: a un giudice che si limita a “dichiarare” la volontà del legislatore diviene possibile fare (per via interpretativa, e mettendo in primo piano il più puro schema meccanicistico), quello che il legislatore non potrebbe fare, normalmente e specie nel diritto penale, cioè assegnare ai propri disposti portata retroattiva.

L'alleanza in cui il giudice trae la propria forza da un ordine che lo vuole soldato della volontà di chi pone la norma è molto ambigua. La sentenza, infatti, colpisce per la sua volontà di non misurarsi coi principi: la Cassazione sembra prendere per oro colato quello che dice Lussemburgo, forza alcuni dati (il IV protocollo del 1957⁸⁷, la sentenza della Corte costituzionale n. 236 del 2011⁸⁸); ignora gli orientamenti costanti della Corte costituzionale sul carattere sostanziale della prescrizione, quasi riducendo questa configurazione, certamente consolidata nel nostro Paese, a una vaga possibilità, comunque irrilevante; sposa un formalismo estremo (la volontà della legge è sempre stata quella che solo oggi scopriamo essere sin da ieri: non vi è retroattività) che avvolge un atteggiamento in realtà decisionistico, ed esibisce un orientamento in senso punitivo, dove la posizione della parte «che aveva già legittimamente tirato un sospiro di sollievo»⁸⁹ non conta alcunché, come tale, per il giudice, perché per quest'ultimo la posizione dei consociati può rilevare solo se una norma positiva le dà riconoscimento “obiettivo”⁹⁰.

⁸⁶ È il punto in cui la sentenza *Taricco* afferma che «In forza del principio del primato del diritto dell'Unione le disposizioni dell'art. 325 paragrafi 1 e 2 TFUE hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, di rendere *ipso iure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale». Osservatori fortemente orientati in senso “europeista” hanno criticato la sentenza della Cassazione anche, e proprio, per il richiamo al carattere dichiarativo delle sentenze della Corte di giustizia (F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016). Il disagio dell'A. ora citato verso la concezione dichiarativa delle sentenze della Corte di giustizia proviene peraltro, è da ritenere, dall'adesione a una concezione viceversa normativa di queste ultime, alla luce della quale la prima concezione appare riduttiva. D'altro canto, nel mettere in primo piano la natura dichiarativa delle proprie sentenze di certo la Corte di giustizia non voleva auto-menomarsi. Si potrebbe pensare di essere davanti a un'interessante spia della forza destrutturante di scelte in apparenza formalistiche, e quindi ossequiose del dato normativo, perché è appunto facendo notare il carattere solo dichiarativo delle proprie sentenze che la Corte di giustizia riesce a porsi “teleologicamente” al servizio della superiorità del diritto europeo.

⁸⁷ Sul quale F. VIGANÒ, *La prima sentenza*, cit.

⁸⁸ V. *supra*, nota 83.

⁸⁹ F. VIGANÒ, *La prima sentenza*, cit.

⁹⁰ Cfr. il passaggio della sentenza in discorso dove, nel corroborare, da una parte, la propria scelta di dare applicazione retroattiva alla sentenza *Taricco*, che la porta a dichiarare la prescrizione già maturata ma non riconosciuta con sentenza, ma nell'affermare, dall'altra parte, e con rammarico, di non poter comunque applicare agli imputati la prescrizione per un certo anno fiscale, perché in quel caso l'avvenuta prescrizione era stata riconosciuta con sentenza di merito, la Cassazione fa ricorso al concetto di diritto soggettivo. E così si esprime: solo «il soggetto al quale l'autorità giudiziaria ha dichiarato estinto un reato acquista un diritto soggettivo che prevale sulle istanze punitive dello Stato». Nella specie il contrasto con la norma Ue non incide sui periodi di imposta 2003 e 2004 dichiarati estinti dal giudice di merito. Parlando «nell'interesse della legge» la Cassazione rileva che si trattò di «un errore del giudice», che ha omesso di rilevare il già sussistente (anche se non ancora esplicitato dalla Corte di giustizia) contrasto col diritto europeo, ma non può che rilevare come la statuizione del giudice di merito sia «ormai diventata irrevocabile». Invece, per i casi in cui la prescrizione era maturata, ma non dichiarata con sentenza, il soggetto «non ha alcun diritto soggettivo che prevale sulla pretesa punitiva dello Stato dovendosi escludere ogni violazione del diritto di difesa perché non può assegnarsi alcun rilievo giuridico a tale aspettativa dell'imputato al maturarsi della prescrizione». Il passaggio può essere commentato con le parole di F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016. Pur favorevole a *Taricco*, Viganò contrappone alle posizioni della Cassazione il

Nella sentenza risalta il rapporto “esteriore” del giudice nei confronti di *Nullum crimen* e con la propria funzione di garante, coi valori della procedura, dei diritti fondamentali delle parti; il giudice tratta il principio come una norma tecnica, che egli è tenuto solo a recepire come definito dalla Corte di giustizia o da chi per essa, ma pare escludere che faccia parte del suo compito “ponderare” ciò che nella sentenza *Taricco* è accettabile o meno, e anche solo per motivare perché, dal suo punto di vista, quella sentenza non lede il *Favor rei*. La motivazione si riduce all’affermazione apodittica che il principio è così, perché così è stato stabilito. Il principio generale e fondamentale del diritto moderno diviene un mero spazio di esecuzione della volontà di chi ha il potere di definirlo e ne è perciò “signore” (di volta in volta la Corte di giustizia, la Corte EDU, la stessa Corte costituzionale) nel senso che ne determina portata e confini; e il giudice va all’inseguimento «di un dato esterno che muta».

In realtà, *Nullum crimen* non governa in alcun modo il ragionare del giudice, perché questo è governato invece da altro principio, la primazia del diritto comunitario, al quale i principi sono ritenuti appartenere, in quanto ordinamento superiore, il cui disposto è anche quello più recente e aggiornato, sicché può riconfigurarli alla bisogna, senza incontrare nel giudice un termine dialettico, ma solo un esecutore. Forse interessata, nell’affermare un rapporto diretto tra sé la Corte di giustizia, a emanciparsi da quello con la Corte costituzionale, la Cassazione fornisce un’immagine in cui il principio, che si riduce a uno scopo, appartiene al legislatore che pone il diritto ma non ha nel diritto, e cioè nella storia, nei precedenti, nei criteri di ragionamento utilizzabili dal giudice alcun riscontro o termine di confronto.

Si fa sentire la mancanza di una «dottrina dell’uso delle fonti» in una giurisprudenza troppo abituata a dare attuazione a un “diritto delle fonti” autoritativamente stabilito⁹¹. Il

rilevato che era assai difficile che «al momento dei fatti» l’imputato potesse prevedere che la disciplina italiana sulla prescrizione sarebbe stata dichiarata inapplicabile, ciò che neppure i professori avrebbero verosimilmente previsto, mentre l’art. 25/2 Cost. vieta che si irroghi una pena imprevedibile al momento del fatto. Per questo A. la sentenza della Cassazione elude i problemi di fondo, che erano quelli di sapere se la disciplina della prescrizione nel suo complesso, compresa l’interruzione, sia o meno coperta dalla garanzia del *Nullum crimen* con divieto di applicazione retroattiva della norma penale più sfavorevole. Sbagliata dunque la scelta di applicare retroattivamente con la sola eccezione che la prescrizione fosse stata già dichiarata con sentenza, laddove avrebbe dovuto essere affermato che la prescrizione, secondo la sentenza *Taricco*, vale profuturo cioè, secondo questo A., anche per fatti pregressi purché non prescritti alla data in cui è stata pubblicata.

⁹¹ Chi, e proprio in relazione al processo di integrazione europea, ha sperato profondamente in una riscoperta dei principi costitutivi del diritto, come alternativa a una riduzione del diritto a norma, ha proposto che un ruolo specifico dei primi, in quanto patrimonio, ad un tempo, del giudice e del legislatore, e non frutto delle sole determinazioni di quest’ultimo, è quello di offrire «una dottrina per l’uso delle fonti» (A. GIULIANI, *Disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 268), tale da guidare nella scelta della fonte applicabile, ossia nella formazione della regola di giudizio. Laddove i criteri fondati su aspetti formali (come la gerarchia delle fonti) pretendono di risolvere questo problema con meccanismi automatici e precostituiti, che non risentano delle sollecitazioni del fatto, i principi del diritto aiutano nella ricerca del diritto applicabile in quanto favoriscono un complesso di operazioni logiche e valutative orientate a scegliere la fonte in base a considerazioni inerenti la sua capacità di offendere meno (o tutelare meglio) i valori che il principio protegge, tenendo conto del modo in cui, nel fatto esaminato, si dispongono contrastanti interessi. Giuliani tracciava analogie tra le tendenze che gli parevano riconoscibili tra le dinamiche allora attuali e quelle provenienti dalla tradizione del diritto comune: «il rinnovato interesse per il tema dell’argomentazione ha riproposto, sulla base di un modello di razionalità critico, dialettico, confutativo, una nuova versione dei principi del diritto, selettivi e non precettivi» e la cui «utilizzazione rimanda a quello strumento logico di ricerca della verità, che è il contraddittorio». Giuliani tornava quindi a riproporre, per la stagione del “diritto per principi”, il modello delle *regulae iuris*, come modello di razionalità giuridica. Per recuperarlo, ragionava Giuliani, da una parte

giudice si rimette a un criterio estrinseco (la posizione di una fonte nell’ordinamento), anziché valutare quale fonte meriterebbe di essere prescelta in quanto meno offensiva, nel caso concreto, del nucleo di valore sotteso al principio che viene in gioco.

La giurisdizione esprime in questi casi un paradossale antiformalismo – se per tale si intende come svincolamento dall’applicazione del diritto positivo quale diritto “legislativo” – che in realtà aderisce ad archetipi del giudice “macchina” e soldato della volontà del legislatore propri del formalismo, e se si vuole del giuspositivismo “logico”. In queste premesse non sorprende vedere poi il giudice, per primo dimentico dei valori della procedura, farsi attivistica “parte” del processo e rinunciare ad ogni formalismo “contenutistico”⁹².

Sono casi come questi, a mio giudizio, la vera prova del fuoco di teorie che un po’ troppo sbrigativamente fanno equivalere il “diritto dei giudici” col trionfo dei diritti individuali, che spesso invece appaiono sacrificati, in questi scenari, a bene o male intese istanze di interesse collettivo, superindividuale. Il fatto è, mi pare, che nella misura in cui i principi del diritto di cui disponiamo sono tutti intesi come mera espressione di dati ordinamenti e ad essi relativi, quali convenzionali valori-obiettivo, l’indipendenza del giudice tende a svanire. Guardando le cose dal punto di vista dell’ordinamento nazionale, i cui principi vengono abbandonati, il meccanismo pare esaltare l’autonomia del giudice, ma, guardandole dal punto di vista dell’ordinamento i cui principi invece si applicano è l’esatto contrario a emergere, e risulta comunque esaltata la subordinazione del giudice alla volontà del legislatore. Queste conseguenze dell’impossibilità di appoggiarsi, ragionando in diritto, a qualche elemento costante da salvaguardare, al cui formarsi e al cui permanere la pratica contribuisce, sono i sintomi di una mancanza delle condizioni di un’indipendenza culturale

occorre fuggire lo stigma che, in nome della separazione del diritto dal fatto, colpisce il ruolo dell’equità, la quale è applicazione del diritto al caso singolo; dall’altra occorre tener conto che l’equità opera insieme e con criteri, che è la scienza giuridica ad aver elaborato, i principi del diritto. «Il rimedio all’oscurità progressiva del capitolo sulle fonti non si può trovare né in una metateoria, che offre categorie extrastoriche che occultano il modello di legislatore sottinteso, né a livello della registrazione degli argomenti dei giudici, che non dice nulla della razionalità o della ragionevolezza delle loro decisioni» (*ib.* p. 264). Ritornare a un sapere dell’uso delle fonti era un suggerimento capace di esprimere implicazioni di non poco rilievo nel contesto di una integrazione sovranazionale dove i principi hanno avuto, come tutti sappiamo, un ruolo eminente; ma tuttavia, come il caso *Taricco* mostra all’evidenza, sono stati utilizzati sulla base di criteri statici e precostituiti (per i quali si potrebbe utilizzare la definizione di *leges legum*), secondo i quali il principio posto dalla fonte più alta merita applicazione e preferenza, indipendentemente da un giudizio sulla sua congruenza e appropriatezza nel caso singolo. Questo è certamente uno dei motivi per cui, diversamente dalle promesse, il ruolo importante dei giudici nell’integrazione sovranazionale non ha modificato, ma anzi ha rafforzato, un modello di ordinamento, che rimane impostato, come era nello statualismo tradizionale, su una gerarchia di fonti che riflette una gerarchia di poteri ed esprime l’utopia moderna e autoritaria di una comunità senza diritto e pertanto «senza conflitti, senza procedure, senza giudici» (A. GIULIANI, *Il problema della comunità*, cit., p. 83).

⁹² M. DONINI, *Sentenze Taricco*, cit., p. 6: «l’uso delle norme come mezzi di contrasto verso fenomeni ‘generali’ non solo trasforma un diritto di giustizia individuale in un diritto prima di lotta e poi del nemico, ma ‘muta il dna del giudicante’, che ormai è necessariamente parte del conflitto, non più terzo imparziale. Se assisto come difensore o imputato a un processo condotto da un giudice che lotta, so in partenza di essere discriminato rispetto all’accusa. Giudicare casi che siano espressione di un fenomeno in atto (come certe forme di criminalità organizzata, mafiosa e di terrorismo) è infatti la sfida più grande per la terzietà della giurisdizione, come sa ogni magistrato ‘in prima linea’. «Il ruolo del potere giudiziario non è più terzo nel processo in corso: sta dalla parte punitiva del banco dell’accusa in sostituzione del legislatore», *ibid.*, p. 16.

del giudice, senza la quale quella organizzativa, di cui la magistratura italiana dispone riccamente, significa ben poco.

Ben si potrebbe osservare che, quasi in contemporanea con la sentenza della Cassazione che ho appena ricordata, la Corte d'Appello di Milano ha per converso avvertito dubbi non manifestamente infondati di costituzionalità (ci sia permesso esprimersi così) della sentenza *Taricco*⁹³ avviando, insieme a una decisione della Cassazione⁹⁴, certamente importante e pensosa⁹⁵, la vicenda che ha condotto alle due importanti decisioni della Corte costituzionale e a un certo *revirement* della Corte di giustizia. Il bilancio però è che, oscillando tra il recepimento acritico e il rifiuto integrale, la giurisprudenza ordinaria, e specialmente quella della Cassazione, si è impegnata veramente ben poco per confrontarsi con la sentenza della Corte di giustizia alla ricerca di una regola che fosse compatibile con principi certamente solidi nel nostro ordinamento (e tra questi il carattere sostanziale della prescrizione, pertanto non operante retroattivamente *in peius*) nell'approfondimento dei valori non solo collettivi, dell'organizzazione, pubblici, ma anche "individuali" protetti dal principio.

Tra i due estremi si collocano soluzioni di tipo evitante (come Cassazione IV Sez. penale del 7 giugno 2016 n. 44584, che sforzandosi di determinare i requisiti per la disapplicazione, gravità e numerosità delle frodi che rischierebbero altrimenti di rimanere impunte, adotta criteri che le permettono di non dar seguito alla sentenza *Taricco*, non senza però sembrare orientata alla loro applicazione retroattiva, ove ne ricorressero i presupposti) e un solo tentativo di ricercare esplicitamente nella non retroattività della sentenza *Taricco* un punto di equilibrio (sentenza della Cassazione III Sez. pen. del 25 gennaio 2016, n. 7914). Questo è l'unico esempio di una decisione in cui il giudice ha cercato di lavorare nel senso di fare di *Taricco* una regola che contemperasse l'interesse punitivo pubblico, e con esso un *Nullum crimen* prettamente legalistico, con valori di difesa dell'individuo⁹⁶.

⁹³ Corte d'Appello di Milano, 18 settembre 2015, aderendo alla nozione sostanziale della prescrizione osservò che l'ampliamento dei termini *in malam partem* aggraverebbe la responsabilità penale dell'imputato e sarebbe una ingerenza in un dominio riservato al legislatore (con richiamo a Corte cost. 294/2006). Questo la portò a rilevare il contrasto tra l'obbligo di disapplicazione derivato dall'art. 325 TFUE, e considerato dalla Corte di giustizia conforme al principio di legalità in sede europea, e il principio di legalità in sede penale nell'estensione attribuita ad esso dal diritto costituzionale italiano sulla base dell'art. 25/2.

⁹⁴ Cass. III Sez. pen., 30 marzo 2016, n. 28346 che rileva in *Taricco*, «apogeo della sentenza fonte», la violazione del principio di riserva di legge e di altri principi fondamentali, quali l'art. 3, 11, 27/2, 101/2 avvinati al «nucleo essenziale della legalità». Viene richiamato il principio d'eguaglianza, art. 3 Cost., sotto il profilo della diversità di trattamento cui andrebbero incontro coloro che sono ancora nelle condizioni di scegliere i riti alternativi e coloro che vi hanno rinunciato; e viene richiamato l'art. 27 Cost. per la lesione del principio della finalità rieducativa della pena, in quanto, facendo diventare la pena strumento di tutela degli interessi finanziari della UE, *Taricco* opera una strumentalizzazione della persona, che da fine della sanzione penale ne diviene mezzo. La visione personalistica sottesa alla funzione rieducativa della pena affermata dalla Costituzione «soccombe alla visione patrimonialistico-finanziaria sottesa alla tutela degli interessi finanziari della UE».

⁹⁵ Nella sentenza citata è ricompresa una importante riflessione, che qui non possiamo riprendere, sul concetto di "bene giuridico" che apre un sentiero verso la messa in discussione dell'idea della norma penale come mera sintesi dello "scopo" perseguito dal legislatore. Par sottesa a questa riflessione una critica alle tesi romantiche e strumentali del diritto penale che, come vengo dicendo nel testo, hanno un ruolo fortemente caratterizzante sia nell'integrazione sovranazionale, sia in molta parte della nostra tradizione.

⁹⁶ Sulla giurisprudenza della Cassazione *post Taricco* v., con giudizio positivo su Cass. IV Sez. penale n.7914/2016, che riconosce il diritto quesito dell'imputato all'estinzione del reato se la prescrizione è

Da molti commenti si ricava l'impressione che, secondo gli studiosi, a orientare il giudice non sia stato né il senso della propria sottomissione al primato della UE, né quello della propria sottomissione ai principi costituzionali, ma una scelta tra l'una e l'altra posizione in quanto congeniali al proprio giudizio circa i fatti e gli interessi su cui è chiamato a giudicare⁹⁷. L'immagine che ne risulta è in ogni caso quella di quella di una giurisprudenza si considera estraniata dal problema di dare dal proprio punto di vista un contributo alla definizione del principio, e che si dichiara così incompetente a concorrere alla elaborazione di un principio generalissimo del diritto.

3.7. *La dottrina: se Nullum crimen è solo moderno e oggettivo*

In parallelo al cedimento di attenzione sul contenuto del principio da un punto di vista soggettivo (il punto di vista che gravita sulla domanda: quale danno *Nullum crimen* vuole evitare ai singoli e al processo?), è venuto in evidenza nella vicenda – anche grazie agli argomenti di incostituzionalità evidenziati dai giudici remittenti, ruotanti attorno alla garanzia sistemica della riserva di legge, a quelli sviluppati dalla Corte costituzionale, e ai toni che hanno dominato nel dibattito – l'aspetto oggettivo del principio, in quanto strutturante la nostra “identità costituzionale” e necessariamente corrispondente a una data

maturata, sebbene non dichiarata, v. P. GAMBARELLA, *Il caso Taricco*, cit., p. 64, e A. GALLUCCIO, *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco*, in *DPC*, 2016, che la ritiene «consapevole della esigenza tanto di dare applicazione al diritto europeo, quanto di temperare gli approdi di Lussemburgo con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano in materia penale». Alle sentenze citate nel testo si deve aggiungere, in chiave evitante, anche Cass., III Sez. penale, 24 ottobre 2016, n. 44584, che si sforza di determinare il requisito della gravità della frode con un criterio sia quantitativo, relativo all'ammontare dell'importo evaso, sia qualitativo, attinente alle modalità con cui l'evasione è stata realizzata e fa refluire nella gravità anche il requisito della «ineffettività delle sanzioni in un numero considerevole di casi gravi», dal momento che il giudice non può avvalersi del dato statistico, non solo perché questo di per sé inaffidabile, ma dato l'oggetto della valutazione del giudice, che è riferito unicamente ai fatti di causa, onde il requisito della ineffettività delle sanzioni in un numerosi casi va a valutato in concreto, sicché a integrarlo basta anche una sola frode se di rilevantissima entità. (Su queste premesse la sentenza esclude che il caso istante ricadesse tra quelli che richiedevano la disapplicazione della regola nazionale ma fa capire che, se i requisiti di *Taricco* fossero stati ritenuti sussistenti, avrebbe disapplicato gli art. 160 e 161 c.p. anche se i fatti in causa risultavano quasi tutti prescritti prima di *Taricco*; v., senza esprimere valutazioni, E. NADILE, *Nuova decisione della Corte di Cassazione post Taricco*, in *Quest. Giustizia*, 2016.) Vi sono poi Corte d'Appello di Milano sez. II, 14 dicembre 2016, n. 8266 e 23 gennaio 2017, n. 524, che non disapplicano, ritenendo non sussistente il requisito della gravità (in una frode il cui valore superava il milione di euro); in questi casi, secondo P. FARCI, *Il giudice di merito davanti a Taricco*, in *DPC*, 4/2017 si tratta di decisioni «di compromesso», in cui «un'interpretazione sempre più circoscritta dei requisiti necessari ad applicare *Taricco*, permette di non urtare gli obblighi imposti dalla Corte di giustizia e dall'altro di continuare ad applicare *de facto* l'orientamento pregresso intorno alla natura sostanziale della decisione» sicché «gli stessi giudici che il 18 settembre 2015 [sollevando la q.l.c.] hanno attaccato *Taricco* ora, approfittando del *commodus discussus* dell'indeterminatezza del requisito della gravità, ottengono di ridimensionarne *medio tempore* l'operatività».

⁹⁷ Gli orientamenti della Cassazione e dei giudici di merito sembrano dar prova di quella stessa convinzione, che pur si rimprovera alla Corte di giustizia di avere esaltato, quella secondo cui la discrezionalità del giudice nell'interpretazione sarebbe «pura discrezionalità, ossia individuazione della norma che il giudice ritiene più idonea a soddisfare l'interesse materiale che reputa prevalente nel caso concreto» (M. BEZTU, *Diritto giurisprudenziale*, in *Dir. Pubbl.*, 2017, p. 41 ss., p. 44, che critica la sentenza *Taricco*). Parrebbe invero attagliarsi al quadro delineato dal seguito di *Taricco* nella giurisprudenza ordinaria l'affermazione di Sorace secondo cui par valere «per il giudice la regola che: riesce a riservarsi maggiori ambiti di libertà chi è soggetto a più padroni di chi ne ha uno soltanto» (in D. SORACE, in *Giudici e legislatori*, cit., p. 617).

sistemazione delle relazioni tra giudice e legislatore, improntate alla “soggezione” del primo verso il secondo. Per queste vie la difesa di *nullum crimen* si è risolta, come ho già preavvertito, nella difesa della riserva di legge.

Il dibattito, in effetti, si è concentrato sul problema se cedere o meno un nostro principio organizzativo. È rimasto sullo sfondo quale fosse la ragione per non cederlo: se la ragione fosse che il modello con cui in Italia *Nullum crimen* è garantito (la riserva di legge) tutela meglio di altri i diritti individuali (profilo questo rimasto invece del tutto secondario); se la ragione fosse che il nostro modello riflette un assetto politico preferibile; oppure se la ragione fosse che la nostra Corte costituzionale avrebbe, modificando il nostro modello di garanzia di *Nullum crimen*, perduto troppo ruolo a favore dei giudici comuni e della Corte di giustizia. In alcuni casi, ad esempio nelle posizioni di un Autore influente come Luciani, questi aspetti sono sembrati andare per definizione insieme. Il problema è divenuto così (anche in armonia con un costituzionalismo che intorno al tema delle fonti ha costruito la sua identità) più di “fonti” del diritto penale che di “contenuti”. La questione fondamentale nascente da *Taricco* è stata individuata infatti nel problema se anche la sentenza, quindi la giurisprudenza, o solo la legge, quindi il legislatore, possa porre la norma penale. In questa direzione spinge una considerazione di *Nullum crimen* come principio eminentemente politico, pubblico e organizzativo. Proprio per la sua caratterizzazione politica e pubblica, lo dicevo all’inizio, *Nullum crimen* è una delle essenze del costituzionalismo “moderno” incentrato sui limiti al potere; un costituzionalismo che, nel nostro paese, è andato insieme all’idea che deve essere affidata al potere del legislatore, data la sua natura rappresentativa e quindi democratica, la tutela dei beni della convivenza.

È vero che il giudizio sul carattere della riserva di legge come essenza del principio consacrato in *Nullum crimen*, o dei valori da esso protetti non ha ricevuto unanimità in dottrina e che più di un Autore ha ritenuto che la “regola” *Taricco* fosse accettabile, a condizione che la giurisprudenza si consolidasse nel senso di offrirle un’applicazione non retroattiva o di meglio determinarne la fattispecie, onde soddisfare i requisiti di certezza senza i quali la stessa non retroattività fallisce comunque i suoi effetti. Spesso i consigli elaborati dalla dottrina, però, sono andati a loro volta nel senso di rafforzare la dimensione pubblica e organizzativa del principio. Va ricordato qui il requisito di *Taricco*, che voleva la disapplicazione imposta quando il giudice rilevasse che «in un numero considerevole» di frodi (gravi) le norme sulla prescrizione determinassero la lesione dell’obbligo statale di reprimere efficacemente e dissuasivamente gli atti lesivi degli interessi finanziari della UE. Questo criterio mette in discussione, ad una, la determinatezza e la retroattività; esso effettivamente implica, come è stato in più casi osservato, un ruolo politico del giudice, cui verrebbero rimesse valutazioni di tipo general preventivo che, come tali, esorbitano dal suo campo cognitivo, che è quello del caso concreto su cui deve pronunciarsi. Per supplire al deficit di determinatezza della clausola una dottrina ha suggerito che la Corte di giustizia potesse, per meglio determinare il requisito in discorso, chiedere a Governo una «valutazione d’impatto»⁹⁸. È questo un suggerimento tutto concentrato sul solo profilo

⁹⁸ F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., p. 8, opinando, dopo l’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale che, in risposta, la Corte di giustizia precisasse il requisito della “numerosità” «compiendo direttamente, anche sulla base di informazioni che potrebbero essere richieste al Governo italiano la valutazione d’impatto della vigente disciplina prescizionale che in prima battuta era stata richiesta al giudice penale». L’idea che l’interazione tra giudice e legislatore possa supplire al deficit di determinatezza o di predeterminabilità si affaccia all’interno di concezioni che, esaltando il carattere del diritto come «sistema complesso adattativo»,

della politica criminale e che non sposta di un ette il fatto che il requisito immaginato dalla Corte di giustizia è intrinsecamente retroattivo e lesivo del carattere personale della responsabilità penale. Inevitabilmente infatti un simile criterio comporta di scaricare sul singolo il peso di circostanze (il fatto che molti altri abbiano compiuto molte altre frodi gravi che, come la sua, potrebbero non essere punite per effetto della prescrizione) che sono valutabili solo a posteriori, risalgono alla condotta di terze persone, e in nessun modo, allora, possono essere ascritti alla responsabilità dell’agente⁹⁹.

In questa luce va riconsiderato il tema del giudice di scopo, il quale, nella sua essenza, descrive il fenomeno per cui, da fini che sono politici, per quanto consacrati in documenti formalmente giuridici, si traggono sentenze, le quali allora, più che momenti di imparziale accertamento della responsabilità dell’agente, sono strumenti di una politica indirizzata verso un certo obiettivo, per esempio a lottare contro un certo fenomeno sociale. Ciò significa che il giudice di scopo offende, prima che la legalità in materia penale o *Nullum crimen*, il principio di eguaglianza tra le parti e rispetto al giudice. L’uguaglianza è irrimediabilmente compromessa quando il giudice è chiamato a una prospettiva di scopo, che ne lede l’imparzialità: il problema del giudice di scopo si allaccia al nucleo isonomico di *Nullum crimen*, che sentiamo minacciato ogni volta in cui a un potere – al giudice non meno che al legislatore – è assegnata una posizione di privilegio, che consiste nella capacità di giocare secondo le proprie regole¹⁰⁰. Sotto questo profilo non rileva allora tanto la forma (di

tendono a concepire legislazione e giurisdizione come concorrenti nella «gestione» di una tale complessità (M. BOMBARDELLI, in *Giudici e legislatori*, cit., p. 506 ss., p. 516); sulla «interazione cooperativa» tra giudice e legislatore necessaria alla riuscita di «programmi sociali complessi» e su come a ciò faccia ostacolo «la divisione dei poteri», v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, in *Giudici e legislatori*, cit., p. 548 ss., p. 553.

⁹⁹ Per il rilievo su come, con la numerosità dei casi simili adottata come ragione per la disapplicazione, «si farebbero ricadere conseguenze pregiudizievoli a carico del singolo imputato da circostanze esterne alla sua condotta e a lui non rimproverabili in alcun modo» v. D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *DPC Riv. trim.*, n. 1/2016, p. 221 ss., cit. anche da F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., p. 7. È vero che il giudice, con l’ausilio dei repertori e dei massimari, può ben rendersi conto di quanto siano frequenti i casi simili a quelli di cui si occupa, forse non uscendo dai limiti di una ricerca giuridica per entrare in una di tipo statistico, basti pensare all’Ufficio del Massimario presso la Corte di Cassazione; ed è vero che, davanti a un problema che poneva problemi di determinatezza non dissimili da quelli di *Taricco*, cioè la nozione di “ingente quantità” (secondo il TU sulle sostanze stupefacenti), la Cassazione ha ritenuto di poterlo determinare (avendo peraltro come riferimento il valore soglia previsto dalle tabelle ministeriali), ponderando, «sulla base della fenomenologia relativa al traffico di sostanze stupefacenti ‘come risultante a questa Corte in relazione ai casi sottoposti al suo esame’ (casi riferibili all’intero territorio nazionale) una soglia di sotto della quale non possa di regola parlarsi di quantità ‘ingente’». Si è dubitato però se, in questo caso, il giudice si sia sostituito al legislatore. Per M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale*, cit., p. 66, sarebbe stato doveroso investire la Corte della questione di legittimità della norma incriminatrice, in quanto indeterminata. Nel caso della “regola *Taricco*”, allora, invece di rappresentarsi come incompetente a “determinare” la regola indeterminata, la Cassazione avrebbe potuto, piuttosto, far risaltare i motivi per cui quella regola non era “determinabile”, evidenziando i valori che rischiavano di venire aggrediti e che proprio le esperienze fatte le consentivano di sottolineare. A differenza infatti che nel caso citato della “ingente quantità”, in quello della “numerosità delle frodi gravi” la responsabilità penale del singolo dipende da quanti altri e delinquono e quanto gravemente, e da quanti altri processi simili al suo rischio di andare in prescrizione. Sono tutti elementi offensivi del carattere personale della responsabilità penale e successivi al fatto di cui il singolo si è reso responsabile, che erano assenti nel problema della determinazione dell’ingente quantitativo di droghe e che non sono risolti dalla possibilità che il giudice venga a conoscenza, tramite il Massimario, della quantità di casi simili che si sono già riscontrati.

¹⁰⁰ Tra gli autori che hanno visto nella *fairness* il problema minacciato da *Taricco* v. specialmente D. PULITANÒ, *Le ragioni della legalità*, cit., p. 109 e C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte*, in *DPC*, 2017, p. 1 ss. Sul tema della *fairness*

legge o di sentenza) ma il contenuto della fonte. È stato del resto osservato che «una legge che recepisce pari pari il *dictum* della sentenza *Taricco* non sarebbe legittima, per contrasto coi principi della legalità penale (e non solo penale): determinatezza e conoscibilità della norma, soggezione del giudice alla legge ‘cioè ripulsa del giudice di scopo’»¹⁰¹, figura quest’ultima incompatibile, vorremmo dire, tanto con la riserva di legge quanto con la riserva “di diritto”. Questo aspetto è stato trascurato in una discussione dove prevalenti sono stati gli ammonimenti a che non fosse leso il principio di legalità, e pochi quelli che hanno chiamato in causa il valore dell’eguaglianza.

3.8. *Di nuovo allo specchio: riconsiderando il problema del giudice di scopo alla luce della giustizia costituzionale italiana*

Il problema del giudice di scopo è stato infatti inteso da molti, e dalla stessa Corte, come un portato del mancato rispetto del principio di riserva di legge; il problema, che il giudice di scopo rappresenta è apparso collegato a uno scorretto esercizio dei propri compiti da parte della giurisdizione che, secondo argomenti noti, a sua volta deriva dalla latitanza e all’imperizia del legislatore, e in ultima analisi della politica, che si sottrae ai suoi compiti di indirizzo. Il giudice di scopo è un risultato, in queste visuali, della violazione del principio della separazione dei poteri *in primis* e della violazione, attraverso questo principio, di quello della soggezione del giudice alla legge; la gravità dell’attentato che *Taricco* portava al principio di riserva di legge è che essa garantisce ad un tempo tassatività, certezza, irretroattività e imparzialità del giudice e dunque risolve anche il problema del diritto penale di scopo¹⁰².

In più di un caso è sembrato emergere in dottrina, attraverso il ripudio del giudice di scopo, un ordine di idee che par sottostimare il fatto che l’assenza di base legale, cioè di una base nella legge scritta, della fattispecie penale, “non” coincide di per sé con l’assegnazione al giudice di un compito di scopo; e che la presenza della base legale, di per sé, “non evita” d’altro canto quel rischio. Da un lato, una fattispecie a formazione giurisprudenziale non è automaticamente una fattispecie di scopo; dall’altro lato, non solo il diritto di *civil law* conosce il valore della certezza. Vi è il rischio, a non tenerne conto, che la tradizione di *common law* e quella di *civil law* sembrino contrapporsi perché mentre la prima

si v. le riflessioni di F. BILANCIA, in *Giudici e legislatori*, cit., p. 571 ss., p.586, p.587 dove si sottolinea che il principio di legalità in materia penale, che è evidentemente criterio tanto giuridico, quanto logico-etico, assolve a funzioni di certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni.

¹⁰¹ D. PULITANÒ, *Ragioni della legalità*, cit., p. 111: «la ripulsa del giudice di scopo significa emancipazione del giudizio sui casi singoli dagli scopi di politica criminale cui pure il sistema nel suo complesso dovrebbe servire».

¹⁰² M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit, che, insistentemente richiamando il fondamento democratico della riserva di legge, ha difeso con particolare energia l’argomento per cui il problema di *Taricco* non era tanto quello di comportare, per l’imputato, una lesione del diritto a non vedere allungati i termini della prescrizione [un tema cui peraltro l’A. in discorso, lo diremo, è giustamente sensibile] o – meglio, la prevedibilità della fattispecie penale in ogni sua componente (essa pure essenziale, perché connessa alla certezza del diritto), bensì la definizione in via normativa e non giurisprudenziale della fattispecie penale e delle sue componenti. Mette in primo piano la riserva di legge e la sua funzione di garanzia del cittadino da scelte arbitrarie perché estranee al circuito democratico rappresentativo anche G. REPETTO, *La Cassazione e il caso Taricco*, cit., p.6, che però ammette anche la soluzione di individuare il punto di equilibrio tra la “regola *Taricco*” e i principi costituzionali italiani mediante una delimitazione, per via giurisprudenziale, dell’ambito temporale della sentenza *Taricco I*.

ammetterebbe il giudice di scopo, la seconda non lo farebbe¹⁰³ e questo appare veramente poco soddisfacente¹⁰⁴, anche perché tende a far coincidere la certezza del diritto con la certezza del comando (legislativo) e cioè con un valore statualista¹⁰⁵.

Un più comprensivo inquadramento del tema dovrebbe forse, allora, andare alla radice: il giudice di scopo germina sull'idea che determinati fini, in quanto rivestiti di particolare pregnanza o valore (per esempio perché sanciti in documenti fondamentali) possono tradursi in scopi di politica criminale; è il riflesso del processo orientato a un fine, che a sua volta ha il suo terreno di coltura nell'intendimento dei principi come scopi e per definizione mette a repentaglio la parità delle parti nel processo, ovvero, in essenza, l'eguaglianza tra governanti e governati.

Se questo punto non è emerso è forse perché *Taricco* non ha posto un problema estraneo alla nostra tradizione, ma ben presente in essa: sia il problema del giudice di scopo sia l'idea di criminalizzare per tutelare beni di rilievo costituzionale hanno radice in una visione strumentale del diritto, che è tutto sommato la stessa sottesa anche alla Costituzione intesa come programma di scopo; e le reazioni a *Taricco* hanno forse messo a nudo, nella loro ambiguità, il debole statuto che il valore dell'eguaglianza nel processo ha nella nostra tradizione.

Non è un caso che molti abbiano potuto rimproverare alla Corte costituzionale di non consentire alla Corte di giustizia di fare quello che essa aveva già fatto: a cominciare dal concedere molta clemenza alle fattispecie legislative indeterminate, o dal lasciare al giudice ampio spazio di apprezzamento discrezionale. Non pochi hanno fatto notare che prima della sentenza *Taricco* la Corte è stata quanto meno piuttosto conciliante, in punto di determinatezza della fattispecie penale, nei confronti del legislatore. Alcuni lo hanno notato per auspicare che la Corte rimanga in futuro più fedele all'altro orientamento, ritenuto più garantista orientamento, che sarebbe stato riscoperto nel caso *Taricco*¹⁰⁶. Altri¹⁰⁷ lo hanno

¹⁰³ Questa implicita confusione è presente nella ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e nei commenti che ha suscitato; es. G. RICCARDI, *Patti chiari*, cit., p. 9, che rileva come gli ordinamenti degli stati membri di *civil law* – che sono tutti tranne l'Irlanda, dopo la *Brexit* - «non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento e in ogni caso ripudiano l'idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e quali limiti ciò può avvenire». Solo di ordinamenti di *civil law* ripudiano il giudice penale di scopo? E quanto al nostro ordinamento, noi ripudiamo il diritto penale di scopo o lo ammettiamo, purché sia posto dalla legge?

¹⁰⁴ A. RUGGERI, *Taricco amaro finale di partita*, cit., p. 488 ss., p. 493 che ravvisa nell'esito interno della vicenda «l'obiettivo di azzerare e svilire il ruolo dei giudici comuni».

¹⁰⁵ La riduzione della certezza del diritto a valore prettamente moderno e statualista, che tutela la sola certezza del comando, per quanto autorevolmente sostenuta (P. GROSSI, *Sull'odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. Civ. Riv. Trim.*, 4/2014) è estremamente pericolosa; si dimentica che la certezza del diritto è un valore in primo luogo a tutela degli individui e, squalificandolo, se ne facilita la rimozione, ai loro danni.

¹⁰⁶ L'esempio ricorrente è il reato di disastro innominato, considerato non incostituzionale da Corte cost. n.327/2008; in quella sentenza la Corte ha ammesso che il canone della determinatezza possa essere soddisfatto anche dalla «determinabilità della norma, sulla scorta anche dell'interpretazione costante del giudice» (G. RICCARDI, *Patti chiari*, cit., p. 12), orientamento certo meno severo che quello adottato in reazione a *Taricco* e che alcuni giudicano bene abbandonare per tornare alla determinatezza come «esaustiva precettività della descrizione legale». La Corte costituzionale, in replica a *Taricco*, avrebbe accentuato esageratamente l'esigenza di determinatezza anche per M. DONINI, *Lettura critica di Corte cost. n. 115/2018*, in *DCP*, 2018, il quale, al punto di vista che gli appare sostenuto dalla Corte (non si può guadagnare tassatività *ex post* mediante un progressivo affinamento della giurisprudenza), oppone che «non si è mai pensato che la

notato per affermare che la Corte costituzionale non può negare alla Corte di giustizia di fare quello che essa fa, vale a dire adottare «sentenze che concorrono a conformare la disciplina normativa» e assumere decisioni in materia penale con ricadute in *malam partem*¹⁰⁸. Questi argomenti di certo non vogliono esprimere la morale di basso profilo secondo cui se taluno sbaglia o abusa allora non può impedire all'altro di abusare. Essi intendono piuttosto far notare alla Corte costituzionale italiana, recalcitrante a venire al punto di vista della Corte di giustizia, che vi è invece, nella sentenza *Taricco*, una strada necessaria e oggettiva da seguire, tanto necessaria e oggettiva, che la stessa Corte l'ha già seguita; è la strada che il progresso e i tempi impongono, iscritta nella moderna strumentalità di un diritto prettamente tecnico che serve gli interessi dell'Intero e cambia in funzione di essi. La Corte costituzionale non si è forse accorta, è questo il senso degli argomenti in questione, che la realtà è questa? Non lo ha, del resto, ha sua volta e già in più d'un caso riconosciuto?

È in effetti sicuramente vero che, per esempio e in particolare l'argomento di Corte cost. n. 32/2014 (che, dichiarando l'incostituzionalità di una legge di conversione, fece riespandere una norma penale più sfavorevole) argomento secondo il quale, in sostanza, “vedrà il giudice” come impedire che la dichiarazione di incostituzionalità vada a detrimento della posizione giuridica degli imputati, è molto vicino, se non del tutto identico a quello cui si affida *Taricco I*¹⁰⁹. La sentenza appena citata si riallacciava, a sua volta, alla logica della famosa sent. n. 143/1983, anch'essa assonante con *Taricco*, laddove, stabilito il suo potere dovere di sindacare anche le norme penali di favore, la Corte costituzionale afferma che «lo stabilire in quali modi il sistema potrebbe reagire all'annullamento di norme del genere non è un quesito cui la Corte possa rispondere in astratto... si tratta di un problema inerente l'interpretazione di norme diverse da quelle annullate, che i singoli giudici dovranno affrontare caso per caso nell'ambito delle rispettive competenze»; peraltro senza escludere che la sentenza di annullamento possa avere effetto nel giudizio *a quo*, riflettendosi sulle premesse esegetiche della sentenza di proscioglimento o sulla sua formula, il che invero concede un riflesso non insignificante (poiché la formula di proscioglimento ha peso) alla portata retroattiva della reviviscenza della norma sfavorevole.

Quando domina l'elemento oggettivo del giudizio di costituzionalità diviene meno importante il concreto assetto di interessi che si svolge nel giudizio *a quo*, come è stato giustamente osservato¹¹⁰: l'astrattezza si presenta quando il giudizio costituzionale si propone come rivolto all'affermazione del principio di superiorità della Costituzione (e del suo “meta-principio”: il carattere accentrato del sindacato di costituzionalità) riducendo la

nuova norma tratta per interpretazione dovesse essere prevedibile *ex ante* dal testo, basta che sia prevedibile al tempo della condotta e alla luce del contenuto interpretativo consolidato in quel momento».

¹⁰⁷ F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., p. 7, che rileva come nella ord. 24/2017 la Corte prenda molto sul serio la prevedibilità mentre non lo ha fatto in passato.

¹⁰⁸ F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., p. 12.

¹⁰⁹ Salvo che, e questo non appare secondario, per la espressa specificazione del bene che non deve essere offeso (la retroattività della norma più favorevole, garantita dall'art. 2 c.p.). Sulla sentenza v. V. MANES, L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. Fini-Giovanardi*, in *DPC*, 2014, 1 ss..

¹¹⁰ E. OLIVITO, *L'eccezione che conferma la regola. Le azioni di mero accertamento di diritti costituzionali e l'incidentalità costituzionale come misura*, in *Dir. Soc.*, 2/2019, p. 221 ss., spec. p. 237 ss. L'A., riflettendo sulla propensione della Corte costituzionale ad ammettere che il giudizio incidentale provenga da processi sorti da azioni di accertamento, sostiene che in questi casi, sotto l'apparenza di una maggiore concretezza del processo incidentale, sono in realtà enfatizzate le componenti oggettive e astratte, se non addirittura preventive, del giudizio di costituzionalità.

concreta controversia che è all’origine del giudizio a una mera occasione, anche nei termini di un caso “esemplare”, ovvero di un “tipo”, come tale de-individualizzato¹¹¹. È in vero l’aver separato gli elementi oggettivi da quelli soggettivi della garanzia costituzionale dei diritti, assegnando la prevalenza ai primi, la più profonda linea di continuità tra la giurisprudenza pregressa della Corte costituzionale e la posizione della Corte di giustizia in *Taricco*. Quest’ultima risponde invero alla medesima logica della sent. n. 143/1983 della Corte costituzionale, secondo cui «altro è la garanzia che i principi del diritto penale-costituzionale possono offrire agli imputati del processo *a quo*, circoscrivendo l’efficacia spettante alle dichiarazioni di illegittimità delle norme penali di favore; altro è il sindacato cui le norme stesse devono pur sempre sottostare, a pena di istituire zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione». È questa allora, direi, la necessità cui la Corte viene richiamata, dalle opinioni poco sopra ricordate; una necessità che essa ha in effetti dimostrato di riconoscere, di onorare: la necessità che alcuni oggettivi interessi ordinamentali prevalgano nei confronti di quelli individuali.

La vicenda *Taricco* ci spinge allora, sulla scia del conflitto tra le Corti, conflitto tra “noi”, le “nostre” tradizioni costituzionali e i “diversi da noi” e le loro tradizioni, ad intraprendere invece un movimento “introspettivo e retrospettivo” che ci permette di rivedere momenti critici e insoddisfacenti del modo in cui la nostra pratica di interpretazione costituzionale ha configurato i principi cui si ispira.

3.9. L’occasione di un’indagine introspettiva e retrospettiva della nostra tradizione

Una simile analisi introspettiva e retrospettiva dovrebbe avere un peso, intanto, il molto debole statuto logico della scelta fatta dal giudice costituzionale di ammettere il sindacato sulle norme penali solo *in bonam partem*, scelta che rinvia a un criterio romantico, perché fonda la sua persuasività solo sul pregiudizio secondo il quale, per definizione, *depenalizzare è sempre un bene*. A ben guardare, questo è peraltro lo stesso motivo su cui si appoggia la giustificazione degli effetti diretti del diritto della Ue (anche nel campo penale), in quanto indirizzato solo “a favore dei diritti”, giustificazione molto amata dalla dottrina e dalla quale *Taricco* ha rappresentato “il brusco risveglio”, ma non di meno dotata a sua volta di un assai debole statuto logico.

In più di un caso la dottrina costituzionalistica italiana, stranamente fiduciosa nella benevolenza delle istituzioni, si è volentieri adagiata sulla credenza degli effetti diretti solo *in bonam partem*¹¹². È però pur vero che, “da un punto di vista funzionale”, anche in questi

¹¹¹ Per l’uso dell’espressione caso esemplare, ricorrente nella definizione delle caratteristiche del giudizio incidentale: G. REPETTO, *Il canone*, cit., p. 304; e in tema si deve rinviare a A. CERRI, *Il profilo tra argomento e termine della questione di costituzionalità*, in *Giur. Cost.*, 1978, I, p. 256 ss.; G. VOLPE, *Relazione*, in AIC (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova, 2002, p. 151 ss.; E. OLIVITO, *L’eccezione*, cit., p. 238 ss.

¹¹² Se davvero di effetti solo *in bonam partem* si è sempre trattato. Intanto, è ovvio che a effetti vantaggiosi per una parte ne conseguono sempre di sfavorevoli per altre, ma, a render dubbio che vi siano stati effetti sempre solo *in bonam partem* prima di *Taricco* basterebbe pensare al noto caso *Lucchini*, C-119/05 del 18 luglio 2007, implicante il travolgimento del giudicato nazionale contrastante col diritto europeo, per ricordare che l’eventualità contraria è piuttosto consistente. Nel dibattito su *Taricco*, per il punto di vista richiamato nel testo, v. in part. R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata*, in *DPC*, 2016: *Taricco* è “sbagliata” perché si mette sul lato “cattivo” dell’integrazione eurocomunitaria (quello degli effetti diretti *in malam partem*) e perché contrasta con la soggezione del giudice alla legge e col ruolo della Corte costituzionale, cioè con «le regole che conformano il potere giudiziario italiano». Il punto da difendere, per l’A., che peraltro ritiene che, nel merito, la Corte di

casi la giurisdizione e il processo sono usati come mezzi per il conseguimento dello scopo (il primato e l'unità del diritto europeo) cioè nello stesso modo in cui sono stati utilizzati in *Taricco*. In quest'ultimo caso quelle premesse hanno condotto ad ammettere effetti in *malam partem*, di qui lo scandalo, che però non segnala un fatto nuovo. *Taricco* si appoggia a un sottofondo strumentalista, che una costante della giurisprudenza della Corte di giustizia della UE, e sorregge colonna portante la nozione stessa degli effetti diretti. L'uso strumentale del diritto per definizione avvolge esiti "buoni" o "cattivi", che del resto sono tali a seconda dei punti di vista.

Invero, anche ad ammettere che dalla giurisprudenza europea *pre-Taricco* si potesse trarre la duplice "regola" secondo cui «le norme Ue che hanno effetti riduttivi del penalmente rilevante sono immediatamente applicabili e non lo sono quelle che hanno effetti ampliativi del penalmente rilevante»¹¹³ la logica sottesa alla bontà di questa regola è che ridurre il penalmente rilevante è sempre bene e aumentarlo è sempre male, è illiberale o punitivo. Si tratta cioè comunque di intendere *Nullum crimen* in un'ottica di politica criminale generale. Inoltre, la sovranità statale in materia penale è lesa allo stesso modo sia quando gli effetti delle sentenze UE incidono *in bonam partem* sulla norma penale sia quando esse vi incidono *in malam partem*.

Rilievi non dissimili possono essere rivolti alla giurisprudenza della Corte costituzionale che a lungo si è preclusa interventi *in malam partem* ma ne ha fatti spesso e volentieri *in bonam partem*, come se la riserva al legislatore in materia penale (la riserva al legislatore delle scelte di politica criminale) non valesse in entrambe le direzioni¹¹⁴, per poi cedere alle pressioni provenienti dalla dottrina, e che sono sempre state discretamente forti, affinché, onde non lasciare "zone franche" al sindacato di costituzionalità, operasse anche interventi *in malam partem*. Al fondo vi è la convinzione che un progetto di diritto penale sia ricavabile direttamente dalla Costituzione, e questa è precisamente l'idea che la Corte di giustizia porta avanti in *Taricco*.

Vi è stato in effetti un numero crescente di eccezioni alla regola dell'impercorribilità di interventi *in malam partem* da parte della Corte costituzionale; prendendo atto di queste trasformazioni, una parte della dottrina ha parlato di una "metamorfosi della legalità". Si starebbe cioè affermando un'accezione, del principio espresso dall'art. 25/II Cost., che lascia in secondo piano sia il legame tra riserva di legge e *favor libertatis* sia l'indicazione, che è plausibile ricavare dal testo costituzionale, nel senso che l'intervento punitivo dello Stato dovrebbe ritenersi perimetrato da un criterio di *extrema ratio*. La nuova concezione costituzionale del significato della legalità in materia penale la costruisce come un principio che è soddisfatto dalla individuazione dei legittimi titolari della potestà punitiva e dei limiti

giustizia abbia ragione, non è *Nullum crimen* ma il principio secondo cui il giudice non può disapplicare la legge a piacimento della Corte di giustizia.

¹¹³ C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte*, cit., p. 9.

¹¹⁴ Lo sottolinea, anche per esiti in nome di risulta «talvolta ambigue o incerte» M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Riv. AIC*, 4/2016, p. 1 ss., p. 3, ma per auspicare che, data la crisi della legge e del legislatore, occorre ribadire che i valori protetti dall'art. 25/2 Cost. sono valori costituzionali implicanti scelte di criminalizzazione e così chiari, che non richiedono discrezionalità nel legislatore, sicché a provvedervi può essere la Corte, con sentenze *in malam partem* o con sentenze di principio o a termine, sul modello tedesco, utilizzabili anche in altri casi in cui non vi è discrezionalità come, esemplifica l'A., «quando norme ormai datate o frutto di una cattiva tecnica normativa, ancorché disciplinanti aspetti fondamentali del diritto penale, mettano in discussione i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale».

procedurali del suo esercizio¹¹⁵. Questo è un intendimento di *Nullum crimen* che mette in risalto, fino a considerarle del tutto prevalenti se non esclusive, le sue componenti moderne, in cui ci appare principio che si preoccupa eminentemente di stabilire quando il potere di punire è legittimo, affinché il sottoposto sappia come regolarsi, e non importa se, formalmente legittimo, il potere di punire realizza una lesione di interessi individuali, che pure potrebbe essere apprezzabile mediante il concreto riscontro del processo.

Già da lungo tempo, si vuol dire, in nome del “no alle zone franche” e della superiore legalità costituzionale la Corte ha ricavato l’affermazione del proprio primato; o meglio, del primato del controllo di costituzionalità e della legalità costituzionale, e vale a dire di istanze oggettive, sui valori individuali che *Nullum crimen* protegge. Gli orientamenti giurisprudenziali in cui si esprime la “metamorfosi della legalità” ripropongono esplicitamente una differenza tra legalità ordinaria e costituzionale che se non è “frattura” tra i due livelli, ma loro “composizione”, è pur sempre composizione che avviene affermando che le due legalità perseguono due fini diversi, oggettivo l’uno, soggettivo l’altro, e il secondo deve essere perseguito nelle condizioni date, ammesse e validate dal primo e dai suoi interessi. Le sentenze con cui la Corte ha ammesso il sindacato sulle norme penali di favore incrinano infatti, lo si è notato, il *Favor rei* (che imporrebbe in ogni caso l’applicazione nel giudizio *a quo* della norma poi dichiarata incostituzionale, se più favorevole), subordinandolo all’interesse oggettivo della legalità costituzionale, alla «preminenza della Costituzione sulla legge ordinaria»¹¹⁶.

Questi esiti ricordano, anche dal punto di vista delle pregiudiziali logiche su cui affondano, le dottrine “pancostituzionalistiche” del diritto penale¹¹⁷ avanzate dal “garantismo” italiano degli anni ’70, secondo cui i beni giuridici protetti dal diritto penale avrebbero dovuto ricavarsi solo dalla Costituzione, nelle sue previsioni esplicite, ma anche implicite (compreso l’art. 2 inteso come norma a fattispecie aperta). Uno dei corollari di questa tesi, come avvertì altra dottrina, è che essa comportava che sicuramente la Corte costituzionale, ma in qualche misura anche il giudice ordinario, avrebbe potuto entrare nel campo penale, dissolvendosi, così, ad un tempo, la riserva di legge e la separazione dei poteri¹¹⁸. Ancora oggi, l’argomento usato da coloro che sono favorevoli a un più intenso e attivo sindacato della Corte in materia penale consiste, da una parte, nel dire che «ogni

¹¹⁵ V. MANES, L. ROMANO, *L’illegittimità costituzionale della legge c.d. Fini-Giovanardi*, cit., p. 17, che segnalano anche il pericolo che il controllo sul rispetto del principio di legalità in materia penale si riduca al semplice riscontro di ortodossia (o assenza di antinomia) rispetto al vincolo sovranazionale, pericolo che sussiste proprio perché, in maniera crescente, lo strumento del sindacato non è più l’eguaglianza ragionevolezza, ma il rispetto degli obblighi idi cui all’art. 117 comma 1. Vi torneremo più oltre anche nel testo.

¹¹⁶ E aprono a conseguenze molto problematiche sul piano del diritto intertemporale, cioè del diritto con cui ogni giorno hanno a che fare i consociati, e dunque sul piano soggettivo; per questi rilievi: V. MANES, L. ROMANO, *L’illegittimità*, cit., p. 20 ss.

¹¹⁷ Non casualmente è stato osservato che molti aspetti di quelle tesi, pur sconosciute all’estero, “ritornano” in Italia dall’ordinamento sovranazionale (M. DONINI, *L’eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo: radici e sviluppi sovranazionali*, in *DPC*, 2010, p. 1 ss.; dove anche importanti sottolineature su come le dottrine pancostituzionalistiche del diritto penale abbiano rappresentato altrettanti concezioni orientate a rifondare il giuspositivismo attraverso la Costituzione, mediante un intendimento di essa interamente prescrittivo.

¹¹⁸ Così, ritornando sulle famose tesi di Bricola, cui si allude nel testo, D. PULITANÒ, *Il giudice e la legge penale*, in *Quest. Giust.*, 2/2017, p. 149 ss. dove anche il rilievo: «sul finire degli anni ’70 divenne d’attualità il tema delle questioni di legittimità costituzionale *in malam partem*: il che fu per me un oggetto di riflessione sul capovolgimento della teoria del bene giuridico, da istanza liberale di delimitazione del penale a pretesa di tutela penale obbligatoria» (e si v. ID., *Sui garantismi*, in *Dem. Dir.*, 1980, p. 677 ss.)

regola dovrebbe costituire ‘attuazione di un principio costituzionale’ e di certo ‘il legislatore non ha discrezionalità nel determinare gli obiettivi contenuti nella Costituzione’, e, dall’altra parte, nel sottolineare l’esistenza di obblighi costituzionali espressi di incriminazione, i quali fanno sì che una sentenza *in malam partem* non invaderebbe la discrezionalità del legislatore in quanto appunto «adempimento di un obbligo espresso di incriminazione»¹¹⁹. In una parola, l’argomento si risolve nel sostenere che, quando si tratta di attuare la Costituzione cioè di perseguirne scopi non c’è differenza tra legislatore e giudice, quanto meno costituzionale. Se questa mentalità filtra nella giustizia costituzionale – e come stiamo dicendo non vi ha dubbio che sia filtrata, anche, è da aggiungere, attraverso il ricorso all’interpretazione conforme, che è avvenuto anche e segnatamente in materia penale¹²⁰ – non solo ben si spiega come mai, alla base del triangolo che ha al vertice la Costituzione (o il diritto sovranazionale), stiano “alla pari” il legislatore e il giudice¹²¹ ma non si fa fatica a immaginare che considerazioni di scopo si insinuino nell’attitudine mentale del giudice ordinario, viepiù invitato a interpretare il diritto penale per attuare ora la Costituzione, ora il Trattato, vale a dire in vista di un fine (del quale non si discute qui la meritevolezza intrinseca).

Invero, ciò che – in nome di obiettivi massimamente democratici – la concezione pancostituzionalista nel diritto penale minacciava di far saltare non è la legalità come riserva di legge, ma “la legalità come imparzialità, terzietà garantita da una posizione disinteressata rispetto al fine, in chi ricerca il diritto applicabile a un caso. Quando si tratta di attuare valori, di raggiungere obiettivi, non vi è spazio per il disinteresse, e si dissolve l’imparzialità dell’interprete”. Così ne va però della parte debole, del singolo individuo i cui interessi sono sacrificati in dinamiche dove prevale la considerazione dei fini e dei valori perseguiti dagli “Interi”.

Tutto questo significa che la Corte di giustizia nel caso *Taricco*, non si è mossa in un’ottica molto diversa da quella promossa da tesi nostrane, ieri pan-costituzionaliste, oggi ispirate al «metaprinzipio della rigidità costituzionale»¹²². Ciò che quelle tesi suggerivano e suggeriscono alla Corte costituzionale di fare con riferimento alla Costituzione, la Corte di giustizia ha fatto rispetto ai Trattati, quando ha ritenuto di poter trarre una norma penale dal fine o dai fini che i Trattati perseguono (e con l’attenuante che, almeno, dal suo punto di vista si trattava di individuare una norma solo processuale, che può essere considerata – non discuteremo qui il punto – meno importante, meno qualificante per la legalità penale, di una norma sostanziale). L’ordine di idee che accomuna *Taricco* al penalismo pancostituzionalista italiano è, dunque che i beni giuridici tutelati sono tutti e soli ricavabili direttamente dalla norma superiore (la Costituzione, il Trattato) e in particolare dai fini che essa persegue, dai valori che protegge. Ecco che può essere fonte del diritto penale, in quanto quei fini teleologicamente persegue, e quel voluto superiore applica, tanto la legge

¹¹⁹ A. LOLLO, *Norme penali di favore e zone d’ombra della giustizia costituzionale*, in *Federalismi.it.*, 2009, p. 12. Enfatizzo nelle parole citate gli aspetti che rimandano a una nozione prescrittiva e teleologica della Costituzione.

¹²⁰ M. D’AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità*, cit., p. 4 ss.

¹²¹ La metafora utilizzata da Francesco Palazzo, «secondo cui Costituzione, legge, e giudice dai tre punti di una linea disposti lungo un preciso ordine (Costituzione, legge e giudice) sono divenuti i tre angoli di un triangolo che pone al vertice la Costituzione (e le fonti sovranazionali) e alla base legge e giudice», è citata da C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte*, cit., p. 14.

¹²² Che ispira ad esempio il ragionare di A. LOLLO, *Sindacato di costituzionalità e norme penali di favore*, Milano, 2017.

come la sentenza. In questo senso, in quanto cioè configura il principio di diritto come un obiettivo, la tesi secondo la quale da una norma superiore di scopo si può ricavare direttamente il diritto penale mette a repentaglio non la divisione dei poteri, o i principi propri del *civil law*, ma quelli basilari della giustizia, penale e non, perché vede la giustizia in chiave strumentale, ciò che per definizione sovverte i valori di certezza e di eguaglianza.

Anche in un ordinamento “a diritto giurisprudenziale”, si vuol dire, un conto è il giudice che applica principi di diritto “disinteressati”; un conto è il giudice che applica principi di scopo. Checché se ne sia detto, e in particolare checché ne abbia detto la Cassazione, al cuore di *Taricco* non sta, dunque, la minaccia portata alla riserva di legge ma semmai la minaccia portata proprio alla “riserva di diritto”. Affinché quest’ultimo sussista (e non vi sia solo decisione politica), non rileva se è la legge o la sentenza a pronunciarlo, quel che conta è che non sia alterata l’imparzialità del giudice, pervertita la procedura, piegato il processo a uno scopo. Occorre dunque intendersi se la soggezione del giudice alla legge difenda l’imparzialità del giudice (quindi i valori della procedura, garanti della parità nel processo) o la separazione dei poteri (i valori dell’ordinamento, di sistema, sovraordinati a quelli individuali). È perché è intesa in questo secondo senso che la soggezione del giudice alla legge, che pure è fondamentale garanzia di eguaglianza tra il giudice e le parti, non è però intesa in senso forte, e cioè come valore in sé, cardinale di un ordine isonomico della comunità. Il risultato è che quest’ultimo, che subisce una caduta di attenzione, può indebolirsi. Né è del tutto tranquillante che, in giurisprudenza e in dottrina, la violazione che *Taricco* minacciava al principio della personalità della pena sia stata ritenuta grave non tanto in sé, ma “per il tipo di interessi” che la sentenza proteggeva. Il giudice italiano, insieme a molti commentatori, ha trovato scandaloso che la pena possa servire a interessi finanziari della UE¹²³, e contro *Taricco* è stato innescato il dispositivo polemico che investe “Ue della finanza”. Si potrebbe dunque interferire nel processo in nome di più nobili e più giusti valori che non quelli finanziari? Le accuse a *Taricco* sono insidiate, come lo è quella sentenza, da un romanticismo, che è ad essa eguale e contrario, segno di un comune strumentalismo etico.

Da questo punto di vista forse, leggendo *Taricco* storicamente, e cioè come inveramento o disvelamento delle implicazioni minacciose delle interpretazioni pancostituzionaliste (oggi “pantrattatistiche”), più che incitare la Corte costituzionale a difendere la riserva di legge in materia penale in nome delle basi rappresentative e democratiche della nostra idea di legalità, la dottrina avrebbe forse potuto tornare a riflettere sui nostri percorsi, che dimostrano come quel tipo di garanzia, la riserva di legge, offre uno schermo non si oppone, ma anzi può essere servente, a interpretazioni strumentali che conducono al diritto penale di scopo. Questo avrebbe potuto offrire l’occasione di fare di *Taricco* uno specchio che rivela componenti insidiose di una concezione strumentale del diritto, che sono state accolte improblematicamente anche da noi. L’occasione era ciò offerta di ritornare sul nucleo di valore che una parte della dottrina ha difeso ai tempi dell’inammissibilità delle additive *in malam partem*. Non esistono obblighi costituzionali di incriminazione perché «la legittimazione degli istituti non può essere data soltanto dai fini»¹²⁴.

¹²³ V. *supra* nota 94.

¹²⁴ D. PULITANÒ *Le ragioni della legalità*, cit., su Corte cost. n. 24/2017, che, peraltro, ritiene invece che nel rinvio pregiudiziale la Corte abbia fatto valere, come contro-limite, il principio secondo cui l’attività del

Questo è il punto di vista, e il solo, in grado di generare autocoscienza degli esiti pericolosi – per le libertà e per l’uguaglianza – di una visione strumentale del diritto, abituata a pensare invece che «la garanzia della libertà si attui ‘nella misura resa possibile dalla realizzazione di certi altri scopi’»¹²⁵.

4. Cosa è mancato per dar regola a Taricco?

4.1. Apparenza di dialogo e mancanza di conflitto

Un marziano che fosse venuto a conoscenza del caso *Taricco*, che opponeva due Corti intorno alla portata di *Nullum crimen sine lege*, avrebbe potuto pensare che si trattasse di questo: dato un indiscusso luogo comune del diritto (*Nullum crimen sine lege*) e due sue diverse *definitiones*, ovvero *regulae*, una posta a livello nazionale e una posta a livello sovranazionale, ovvero prodotte all’interno di tradizioni diverse (ma comuni), posto che queste definizioni non sono che approdi nel lungo percorso storico della vita di un principio, è possibile dare vita a una nuova regola, correggerne una già esistente, mantenendo fermi alcuni valori¹²⁶? Avendo prevalso l’idea che si trattasse di declinare la “regola” *Taricco* in modo da «preservare l’identità costituzionale nazionale e non compromettere le esigenze di uniforme applicazione del diritto della Ue»¹²⁷ le cose non sono andate così; in queste condizioni, l’essenza di valore del principio era destinata a andare in secondo piano, perché a venire in gioco erano gli interessi degli “Interi”, non i valori individuali. Così, a catalizzare l’attenzione è stato il principio, sì, ma come espressione delle scelte convenzionali di un dato ordinamento, non di beni permanenti dell’esperienza giuridica.

AmMESSO che la logica della controversia dialettica possa effettivamente essere riconosciuta, in qualche modo, nel “dialogo tra corti”¹²⁸, di certo non è stato *Nullum crimen* a fornire il “luogo argomentativo”, il “luogo comune” all’interno del quale si è svolto il dibattito ma, a farlo, è stato *il principio del primato, ovvero il problema quale sistemazione dare a relazioni di precipuo rilievo politico* (è stato usato dalla Corte costituzionale lo slogan dell’“unità nella diversità”, che ben poco ha a che vedere coi valori giuridici di *Nullum crimen*, e molto con i profili politici dell’integrazione sovranazionale). Sotto questi aspetti, certamente

giudice deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate, principio che richiede che la politica riprenda il suo ruolo.

¹²⁵ G. REPETTO, *Il canone*, cit., p. 270, che cita Paladin. Tra gli autori che non hanno dimenticato il peso dell’eguaglianza nel problema aperto da *Taricco* vi è Pulitanò, *Le ragioni della legalità*, cit., p. 112, il quale considera che «anche a lasciare aperto sul piano costituzionale l’interrogativo sulla possibilità di eventuali deroghe alla irretroattività sfavorevole in materia di prescrizione, la giustificazione di una deroga dovrebbe essere molto forte, tale da reggere di fronte al principio d’eguaglianza/ragionevolezza. Pur non essendo questione di tutela di affidamenti di singoli, la retroattività sfavorevole di una regola del gioco intacca la *fairness* del gioco».

¹²⁶ Non v’ha dubbio che non si può dare un «contenuto fisso e immutabile al principio di legalità»: G. VASSALLI, *Nullum Crimen sine lege*, in *Dig.Disc.Pen.*, Torino, 1994, p. 278 ss.; il problema come veniamo dicendo è in quale forma della ragione, e visione del diritto, quel contenuto viene ricercato.

¹²⁷ Come si esprime G. RICCARDI, *Patti chiari*, cit., p. 10.

¹²⁸ Dove invero manca l’elemento essenziale della controversia, un terzo garante dell’imparzialità della procedura e che eviti gli abusi, in primo luogo del linguaggio: la mancanza del terzo imparziale è rilevata da R. BIN, *Taricco: una sentenza sbagliata*, cit.

Taricco è stata un’occasione persa per un diritto europeo che sia comune, e che sia diritto, cioè, per dirla in breve, sia attento (quanto meno anche) ai propri valori e non (quanto meno non solo, né in misura preminente) agli interessi, ovvero ai fini, di questa o quella organizzazione. È di sicuro un punto di vista difficile da essere coltivato quando prevale, anche nella dottrina, il convincimento, strumentalista, che «il diritto è la formalizzazione della politica»¹²⁹ ovvero è un vuoto che, non potendo avanzare la pretesa di valutare i contenuti che in esso vengono immessi dall’esterno, è pieghevole a tutto.

D’altronde, per porsi il problema del se e come trovare una regola, in cui bilanciare le implicazioni di *Taricco* troppo minacciose per i valori individuali e per l’eguaglianza nel processo, non si trattava affatto di accedere alla posizione, scettica e relativistica, ma allo stesso tempo adattativa, in cui si risolve il dire che per esservi dialogo ognuno deve pur sacrificare qualcosa. Questa posizione, a sua volta, postula che nulla nel diritto vi è di fondamentale, pertanto di stabile: vi è solo un flusso incessante di rinnovamento, vale a dire di adeguamento (a sempre nuove esigenze, nuovi valori)¹³⁰ e una questione di mutevoli rapporti di forza. Tanto meno si trattava di richiamare la Corte costituzionale alla ricerca di soluzioni argomentative sufficientemente “persuasive” da essere capaci di influire sul futuro orientamento delle Corti europee¹³¹, una posizione, quest’ultima, in cui il “dialogo” coincide con una strategia di potere e in essa si esaurisce¹³². Si trattava piuttosto di partire dal presupposto che il dialogo, o, meglio, il confronto dialettico¹³³, serve a conoscere qualcosa, a capirla di più, a rivedere o correggere una *definitio* che è un punto di partenza comune e che appaia *in aliquo vitiata*, come potrebbe essere stata nel caso di specie quella espressa dal diritto italiano, ovvero quella proposta dalla Corte di giustizia, senza mettere a rischio la permanenza del principio che, è il caso di dirlo, non ha nazionalità, ma anzi approfondendolo.

Si trattava allora di individuare, o di cogliere l’occasione per approfondire, il nucleo di valore che *Nullum crimen* protegge che, come la tematica del giudice di scopo ha pure insistentemente segnalato, è l’eguaglianza tra governanti e governati, perciò l’eguaglianza nel processo e l’imparzialità del giudice, garante dei valori (isonomici) della procedura. Il fatto che abbia invece dominato l’attenzione per i contorni politici del principio – che sono il

¹²⁹ G. RICCARDI, *Patti chiari*, cit., p. 19.

¹³⁰ Quale mi pare la posizione di A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta*, in *Consultaonline*, 2017, p. 81 ss., p. 86, favorevole a un bilanciamento tra i valori sottesi alla legalità penale (si intende per intesa nel nostro ordinamento) e gli interessi finanziari della UE e che utilizza l’argomento “chi è innocente scagli la prima pietra”. Ruggeri fa notare che anche la nostra Corte ha già da parte sua ponderato istanze di diritti e attese dell’erario, in specie con la sentenza n. 10/2015; non è l’unico a portare argomenti di questo tenore.

¹³¹ Per simili suggerimenti v., per esempio, F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in *DPC*, 2011, p. 1 ss., sulla base della premessa che l’ultima parola, in questo tipo di dialoghi, spetta comune alla Corte EDU, checché ne pensi la nostra Corte. Per concezioni prettamente strategiche del dialogo, v., sempre in relazione a *Taricco*, G. RUGGE, *The Italian Constitutional Court on Taricco*, in *QIL-Zoom-in*, 37/2017, p. 21 ss.

¹³² Sono le preoccupazioni del giurista scienziato sociale, per esse v. F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., p. 15.

¹³³ A posizioni come quelle di Ruggeri si contrappongono quelle di coloro per i quali i principi supremi, tra i quali dovrebbe essere incluso l’art. 25 comma 2 nella sua integralità, sono «l’essenza del nostro sistema giuridico» e pertanto indisponibili a ogni potere costituito e in questo senso permanenti elementi costitutivi dell’identità costituzionale (A. LONGO, *Iuxta propria principia*, in *Rivista AIC*, 3/2017, p. 1 ss., 9 ss.) che si rifà a una visione contestativa del dialogo. Ma il problema è che cosa opporre, in nome di che cosa contestare, dialetticamente, la regola *Taricco*. Pensare che il “dialogo contestativo” possa risolversi nel semplice dire “la mia tradizione è migliore della tua” è un po’ riduttivo, e in tal modo il rischio della contesa eristica non è evitato.

contrassegno della sua dimensione moderna e lo collocano a suo agio in una dimensione tutta oggettiva (quella delle relazioni tra i poteri che fanno l'identità di un certo ordinamento e per definizione ne presidiano i valori) ha comportato lo scarso approfondimento di ciò che il principio invece esprime, o può esprimere, in senso prettamente giuridico e cioè in un senso che, proprio per essere tale, e non politico, rimanda in primo luogo a beni e interessi soggettivi.

Di qui la mancanza di dialogo. Non c'è stato dialogo in *Taricco*, ma solo una giustapposizione di soluzioni che ha visto affiancarsi un'idea che sarebbe europea di *Nullum crimen* e una che sarebbe valida nei nostri soli confini nazionali. Inteso come la modalità in cui “noi” costruiamo i nostri rapporti tra autorità e libertà, tra potere e cittadino, ovvero anche tra legislatore e giudice, il principio è stato spremuto nel suo senso politico in tutte le direzioni possibili (compresa quella “multilivello”, in quanto ha costituito materia per il sollevamento dei controlimiti). Proprio per questo, la vicenda ha finito per non ospitare alcun dialogo relativo a che cosa “universalmente” il precetto protegge nell'interesse dei diritti, e del diritto, ovvero per i consociati, per i singoli, in concreto¹³⁴. E di qui la mancanza di un vero conflitto: le due Corti hanno opposto l'un l'altra due varianti di una stessa concezione oggettiva e pubblica di *Nullum crimen*, laddove solo mettendone in gioco le componenti soggettive una effettiva dialettica – tra le Corti, all'interno di una tradizione comune – si sarebbe potuta aprire.

4.2. *Premiare il calcolo?*

Non è casuale che il problema dell'eguaglianza e della ragionevolezza, attraverso il richiamo all'art. 3, sia apparso, nella discussione sulle implicazioni della “regola” *Taricco*, solo in aspetti ornamentali di contorno. *Taricco*, si è detto per esempio, incide sull'uguaglianza in quanto menoma il diritto a scegliere una linea di difesa¹³⁵. Il fatto che il ruolo del principio di ragionevolezza, espressione dei valori dell'eguaglianza, sia stato limitatissimo nella discussione dottrinale e nella giurisprudenza par segnalare che una divisione per materie, per campi di influenza, si direbbe quasi “per fattispecie” è presente nell'interpretazione costituzionale dei principi. Questo è il frutto dell'idea secondo cui i principi “generali” sono tali perché riassumono un complesso di istituti e di norme, non per la loro vasta portata orientativa, per la loro costitutiva inerenza al diritto. Avviene così che si consolidi un ordine di idee che separa i principi l'uno dall'altro, quasi in compartimenti stagni, sicché quando si parla di legalità penale non si parla di eguaglianza; come se la legalità penale non fosse invece, e prioritariamente, un problema di eguaglianza. Ed in effetti si toccano problemi risalenti: sin in Assemblea costituente fu sottovalutato che «le garanzie processuali sono figlie del principio di eguaglianza»¹³⁶.

Lo scarso ruolo dell'eguaglianza e della ragionevolezza nella discussione su *Taricco* pare associarsi a un fenomeno, più ampio e non privo di interesse, che ha visto inizialmente la Corte costituzionale italiana fondare il principio della tendenziale retroattività delle leggi penali di favore sull'art. 3 Cost., ma ha visto poi questo principio venire soppiantato, dopo

¹³⁴ Che però non è il modo in cui si intende il lemma “diritti fondamentali”, il quale ha un significato sistemico e quindi oggettivo.

¹³⁵ V. *supra* nota 94.

¹³⁶ A. CERRI, *Eguaglianza*, cit., p.162. Il discorso ci condurrebbe verso la complessa genealogia del concetto di principio generale per come si è affermato in Italia tra Otto e Novecento, e sul suo intreccio con quello di principio costituzionale; in tema v. di recente F. CERRONE, *In margine a un frammento di storia e teoria delle fonti*, in *Dir. Soc.*, 2018, p. 545 ss.

importanti interventi della Corte di Strasburgo, dall’art. 117/I, cioè dal principio del vincolo agli obblighi internazionali. Vi è in questo movimento un notevole impoverimento assiologico. Il riferimento alla ragionevolezza e all’eguaglianza convoglia sempre in certa misura istanze soggettive e quindi equitative; il riferimento ai rapporti tra ordinamenti, che è il tema dell’art. 117/I, lascia invece agire mere logiche di sistema, che si ripercuotono sia sull’argomentazione sia sul modo di pensare, che l’argomentazione riflette, ciò che non rimane estraneo al merito delle conclusioni di volta in volta raggiunte¹³⁷.

Si può ritornare da qui alla scarsa attenzione della giurisprudenza per i valori soggettivi protetti da *Nullum crimen*: anche nelle sentenze che hanno sollevato la questione di costituzionalità, non è stato rilevato il legame col principio di personalità della pena¹³⁸, e tanto meno il nesso diretto con l’eguaglianza e con il diritto di difesa. Questo collegamento è stato invece reso efficacemente, piuttosto, e forse non a caso, dall’esempio portato da *una parte privata* dei processi *de quo*, che ha fatto notare come nel suo caso il decorso della prescrizione, lungi dal dipendere dalla particolare complessità dei reati finanziari e dalla lunghezza delle indagini connesse, era stato dovuto a un errore sulla competenza giurisdizionale¹³⁹.

L’ancoraggio di *Nullum crimen* alla ragione moderna, che lo impernia sulla prevedibilità delle conseguenze della propria azione da parte di un attore razionale si è certamente rivelata dominante proprio nel collegamento con il tema della prescrizione. Sul tema della prevedibilità si è ampiamente imperniata l’ordinanza n. 24/2017 che, peraltro, ha stupito qualche interprete proprio per avere, in tal modo, portato in primo piano l’elemento soggettivo¹⁴⁰.

¹³⁷ Cfr. V. MANES, L. ROMANO, *L’illegittimità costituzionale*, cit., p. 17, che, in commento alla sentenza n.32/2014, sottolineano come, in un sindacato sulle norme penali che assuma come parametro non l’art. 3 ma l’11 e il 117/1, non appare preclusa (ne è semmai, invece, esito ‘obbligato’) la reviviscenza della precedente disciplina *in peius*. Il mutamento di parametri, che vede gli obblighi internazionali aspirare a occupare gli spazi per lungo tempo propri del controllo di ragionevolezza, suscita in questi A. la previsione che più facilmente «potrebbero essere dichiarate soccombenti non solo norme penali di favore bensì anche norme penali favorevoli». Se il giudice usa un parametro che lo richiama alla logica del ragionevole, quindi dell’equità, oppure ne usa uno che lo mette in primo piano il rispetto degli obblighi internazionali, sarà sensibile a profili, e perverrà a conclusioni, assai diverse tra loro.

¹³⁸ Ma semmai quello con la funzione rieducativa della pena: v. *supra* nota 94.

¹³⁹ Il diritto di difesa sarebbe leso presso la parte che, considerata la prescrizione, avesse non optato per i riti alternativi; a questo esito di Taricco, comunque contraddicente principi seguiti in giurisprudenza in modo unanime sulla non retroattività del mutamento *in peius* della prescrizione, forse poteva rimediare quella giurisprudenza della Cassazione che, sia pure in campo civile, ha riconosciuto l’affidamento della parte «a una interpretazione giurisprudenziale reiterata nel tempo che sia poi riconosciuta errata [e che] ha comunque creato l’apparenza di una regola» e ciò, precisamente in nome del «valore del giusto processo [che] può trovare diretta attuazione attraverso l’esclusa operatività della preclusione derivante dall’*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa»: Cass. Civ. S.U., 11 luglio 2011, n. 15144, cit. in M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale*, cit., p. 53, tanto più che l’orientamento, che riguarda le sole regole processuali, e opera quando è inciso il diritto d’azione o di difesa della parte, sarebbe stato consonante con la nuova considerazione processualistica della prescrizione e con il problema avvertito dalla Cassazione circa le ricadute della nuova disciplina della prescrizione sul diritto di difesa.

¹⁴⁰ A. LONGO, *Iuxta propria principia*, cit., p. 4. Come vengo dicendo, la Corte non è stata affatto sensibile alle esigenze soggettive del *Favor rei*, che implicano un atteggiamento equitativo (la Corte ha messo invece in primo piano un atteggiamento legalistico, di cui la sua considerazione “moderna” di *Nullum Crimen*); direi però che sotto altro profilo sia vero che la dialettica tra l’oggettivo il soggettivo è emersa con la presa di posizione della Corte, e proprio come dialettica centrale nel farsi delle tradizioni comuni: spetta alla Corte di

È una soggettività, però, che è modellata sull'idea di un individuo portatore di razionalità calcolante; e che, dunque, offre una via veramente impervia per offrire una giustificazione in termini assiologici della prescrizione, e dimostrarne la meritevolezza a rientrare tra i beni garantiti da *Nullum crimen*. Se ad essere tutelato da quest'ultimo è il calcolo, la prescrizione rischia in effetti di premiare l'uomo che ha calcolato sulla propria impunità.

In effetti, la prescrizione penale è stata descritta come un istituto «assiologicamente ambiguo»¹⁴¹; e si può ricordare al riguardo come di ambiguità assiologica si sia parlato anche con riferimento ad alcune *regulae iuris* recepite nel codice del 1942, come nel caso di *In pari causa turpitudinis*, regola che appare immorale quando confrontata con l'imperativo politico-morale fondativo del contratto, *Pacta sunt servanda*. I valori che sono importanti dal punto di vista del diritto (ed il valore protetto da *In pari causa* è non mettere la giustizia al servizio della frode e della malafede, per conservarne la legittimazione e la credibilità), ma che possono essere non utili, o anche dannosi, dal punto di vista di un certo assetto di forze e di interessi, sono sempre apparsi poco spiegabili, infidi e meritevoli di svalutazione alla ragione moderna (*In pari causa* indebolisce l'assolutezza del vincolo contrattuale, perciò dispiacque all'"etica capitalista" che impernia il giusrazionalismo groziano, sostiene Villey¹⁴²).

Questo ci suggerisce che il valore, il pregio, e il senso stesso di un istituto sono profondamente condizionati dalla logica con cui li si pensa; essendo *Nullum crimen* modernamente dominato da una logica di tipo calcolante, esso spande la stessa logica su tutti gli istituti che vi si riconnettono, compresa la prescrizione penale, col risultato di indebolire la sensibilità e l'attenzione verso tutto ciò che a quella logica non risponde o che, letto in quella logica, appare un disvalore. Mi sentirei dunque di convenire con coloro che dubitano della fondazione della prescrizione nella prevedibilità e dell'opportunità del richiamo della Corte a quest'ultima come argomento capace di dimostrare che la prescrizione rientra nella garanzia offerta da *Nullum crimen*¹⁴³. E non mi sentirei di concordare con chi ha osservato che la componente soggettiva di *Nullum crimen* emergeva per la prima volta e addirittura con forza sorprendente nella sent. 24/2017. È vero che, siccome come colui che "prevede" è un soggetto, il consociato, il cittadino, l'uomo, in questo senso forse può sembrare che il riferimento al diritto di prevedere le conseguenze delle proprie azioni esalti la soggettività, ma va tenuto conto che quel "diritto" esalta una ragione formalizzata quale quella presupposta da un *Nullum crimen* solo moderno. E proprio per questo, ancorare la prescrizione a una sorta di diritto a prevedere le conseguenze delle proprie azioni, pur sembrando farla coincidere con *Nullum crimen*, la mette in opposizione con le valenze morali, o meglio moralistiche, di esso. Queste, che esaltano la punizione giusta, in quanto prevedibile, non possono proteggere anche l'interesse a prevedere entro quanto tempo si potrebbe sfuggire alla pena, che è l'interesse a sfuggire alla giusta retribuzione.

giustizia stabilire quali sono le tradizioni rilevanti (visione oggettiva) o queste si formano nel dibattito delle opinioni in cui ciascuno stato difende le proprie (visione soggettiva)? Questo punto di vista emerge chiaramente in M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., p. 8 certamente fautore di una dialettica soggettiva delle tradizioni comuni.

¹⁴¹ D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, cit.

¹⁴² V. *supra* nota 84.

¹⁴³ V. tra questi C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte*, cit., p. 10 ss.

La concezione europea per cui la legalità penale copre solo il reato e la pena, e non la prescrizione, ha senso – e pertanto sotto certi profili appare più convincente – proprio perché coincide con il presupposto che tutto ciò che conta, nel campo di *Nullum crimen*, è “la libertà di scelta della persona di contravvenire alla norma penale”, al divieto, e coincide a sua volta con mentalità secondo le quali la libertà protetta in termini costituzionali è per l'appunto questa: la libertà di scegliere. In una tale logica, che è poi quella del consenso informato e consapevole, è importante che la persona abbia chiaro che sta scegliendo di agire male, come segnalato dalla presenza di reati e di pene previsti dalla legge anteriormente alla loro commissione. Che la potestà punitiva dello Stato sia poi vincolata anche a doversi manifestare “entro quei dati tempi” che erano previsti all’epoca della commissione del fatto non rientra “affatto” in *Nullum crimen* perché esso, imperniato sul principio di responsabilità, protegge la scelta consapevole, libera, di delinquere – è questa consapevolezza che rende “giusta” l’erogazione della pena – e non quello che, in quest’ottica, non può che apparire il “calcolo” di sfuggire alla pena. Questa aspettativa, da parte di chi ha deviato, ed ha deviato volontariamente e consapevolmente, è quanto meno illegittima e comunque non commendevole.

Un *favor* del resto, nelle concezioni processualistiche della prescrizione, accompagna la possibilità che il potere pubblico realizzi comunque l’obiettivo punitivo, la retribuzione della condotta: se taluno ha contravenuto scientemente alla legge, al comando, è intrinsecamente giusto che sia punito. Questo fondamento moralistico – la punizione è giusta, in quanto meritata dall’aver scelto consapevolmente la disobbedienza – attribuisce un *favor* al potere pubblico, che perciò può rivedere il tempo della prescrizione, onde poter conseguire quel giusto esito, senza che in ciò sia ravvisabile l’offesa ad alcun interesse rilevante del singolo.

Il fatto è, che la spiegazione moderna di *Nullum crimen*, fondata sul calcolo circa gli esiti della propria condotta, porta con sé una spiegazione in termini di calcolo anche della prescrizione, ma quanto più si accentuano gli elementi calcolanti che spiegherebbero sia la prescrizione, sia *Nullum crimen*, tanto più la prima va in rotta di collisione col secondo, e quest’ultimo si allontana dalla matrice del *Favor rei*. Letta alla luce di un *Nullum crimen* imperniato sulla “prevedibilità”, la prescrizione vi rientra faticosamente, con limiti e soprattutto senza costituire oggetto di un affidamento meritevole; essa risulta anzi non avere alcunché a che vedere con la *ratio* del principio di legalità penale, quando questa è fatta consistere nel «garantire le libere scelte d’azione della persona, non [nel] consentirle di fare un improprio affidamento sulla immodificabilità della disciplina» del tempo della pena¹⁴⁴.

4.3. *Pensare in chiave soggettiva*

Non è possibile, o è molto difficile, giustificare la meritevolezza dell’interesse a poter prevedere entro quando si sarà puniti, quando il termine di raffronto è la giustizia della pena: da una meritata retribuzione non si dovrebbe mai poter sfuggire, e in nome di essa il tempo della prescrizione dovrebbe poter essere mutato anche retroattivamente. Ma se nel quadro mettiamo anche una esigenza di eguaglianza le cose cambiano, e vediamo che la certezza sul tempo della prescrizione non protegge solo il calcolo, ma anche la parità tra le

¹⁴⁴ F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale*, cit., p. 15.

parti. Pensando in termini di eguaglianza tra le parti nel processo, la non retroattività delle norme sulla prescrizione appare legata anche all'interesse di chi è indagato o imputato a non veder peggiorare la propria posizione per causa alla propria debolezza, o inferiorità, rispetto alla controparte, la quale, oltre al potere punitivo, ha anche il potere di stabilire le condizioni e i tempi del procedimento. Ragionare così richiede di attenuare la centratura di *Nullum crimen* sul parametro calcolante della prevedibilità, controbilanciandola con l'elemento equitativo; richiede di leggere *Nullum crimen* in una chiave soggettiva e ancorata al *Favor rei*.

A queste condizioni, ma solo a queste condizioni, cioè tenendo presente il *Favor rei*, la prescrizione attiene a un'esigenza di eguaglianza tra l'accusato e l'accusatore, ed è partecipe di una *ratio* generale di evitamento dell'abuso che entra in campo data la condizione di svantaggio e di disparità del reo; una condizione visibile solo con l'occhio, eticamente orientato – ma non moralistico – di un osservatore imparziale capace di mettersi nei panni altrui e perciò di percepire la scelta preferibile, perché tendente a preservare condizioni di parità, che sono necessarie alla procedura (e alla convivenza). E, forse, la storia, le caratteristiche della nostra tradizione giuridica che ha mantenuto più di altre il collegamento tra *Nullum crimen* e il *Favor rei*, perché per molti aspetti essa ha subito meno di altre la frattura tra antico e moderno¹⁴⁵, spiegano quella che altrimenti sembra solo l'ennesima inspiegabile *curiosité italienne* di avere attratto la prescrizione nella garanzia della legalità dei reati e delle pene. La particolarità appare tutt'altro che tale, e tutt'altro che una inspiegabile e bizzarra, infatti, alla luce di una lettura in chiave antica del principio moderno *Nullum crimen*. Questa consente di vedervi non solo lo specchio di una razionalità calcolante e di un ordine asimmetrico, ma il risultato un intelletto orientato *ad hominem*, che sa vedere lo svantaggio, da un lato, e l'abuso, dall'altro, là dove sono, quando si presentano, e avvertire che essi mettono in pericolo, con gli interessi individuali, valori collettivi, proprio perché mettono a rischio l'eguaglianza della procedura.

L'esigenza di non retroattività di quanto attiene alle condizioni di punibilità, modificate nel solo interesse di una parte, quella pubblica, viola infatti il carattere equo del processo. Ricercando le radici romanistiche di *nullum crimen nulla poena sine lege*, e ritrovandole nel principio del giusto processo, è stato di recente ricordato che «Un *iudicium* può essere considerato processualmente *aequum* soltanto nel caso in cui il dibattito fra accusato e accusatore si svolga ... in condizione di effettiva ed assoluta parità»¹⁴⁶.

Nel dibattito intorno a *Taricco*, ha dimostrato di essere ancora vivente nelle nostre mentalità un modo di pensare che annoda (e tempera) *Nullum crimen*, oggettivo e pubblico, con il *Favor rei* equitativo e soggettivo. Questo è il senso che attribuirei alle prese di posizione di coloro che hanno apertamente riconosciuto, come bene protetto dalla

¹⁴⁵ V. *supra* nota 7.

¹⁴⁶ F. BERTOLDI, *L'origine romanistica*, cit., dove si ricorda come a questa idea si raccordano un complesso di principi sviluppati dai giuristi classici «che contribuiscono a delineare un sistema garantista, anche sul piano processuale, a tutela delle libertà personali»: in particolare il principio di personalità della pena e viene riportato un passo di Ulpiano – il cui ritmo e i cui concetti di fondo sono forse il passante del moderno *Nullum crimen* – dove si legge che vi può essere frode senza pena, ma non pena senza frode. «D. 50,16,131 pr. (Ulp. 3 ad leg. Iul. et Pap.): *Aliud 'fraus' est, aliud 'poena': fraus enim sine poena esse potest, poena sine fraude esse non potest. poena est noxae vindicta, fraus et ipsa noxa dicitur et quasi poenae quaedam praeparatio*». L'A. ricorda anche che il principio del *favor rei*, divenuto fondamentale negli ordinamenti moderni, quale principio *in dubio pro reo*, ha le sue origini in un testo di Ulpiano, che riporta un rescritto dell'imperatore Traiano. Ma in argomento v. anche *supra* nota 28.

prescrizione, non la prevedibilità del tempo della pena, e neppure un calcolo sul tempo dell’oblio, ma precisamente «il bene di non essere sottoposti, almeno non a tempo indefinito, a procedimento penale», rifiutandosi di pensare che la questione della prescrizione coinvolga «solo l’efficienza della repressione penale e ‘non la vita stessa delle persone’»¹⁴⁷.

Questo modo di pensare è molto più vicino a una prospettiva soggettiva che non l’esprimere la *ratio* della prescrizione in termini di calcolo e di previsione, come se fosse a sua volta un *Nullum crimen* al contrario e in scala ridotta. È invece coerente con gli assunti di un *Nullum crimen* moderno e calcolante il punto di vista di chi – adottando un approccio oggettivo, che ammette la retroattività della prescrizione e nega la sua assimilabilità a un mutamento in *malam partem* della norma penale – ha giustificato la retroattività della prescrizione notando come «il bisogno di punizione di crimini gravi il cui accertamento processuale è particolarmente complesso persista anche a notevole distanza di tempo per un fatto per il quale allora era previsto un termine [che poi è risultato] troppo breve rispetto alle mutate esigenze della società»¹⁴⁸. Insieme al punto di vista oggettivo e all’adesione a una razionalità calcolante compare il primato degli Interi: sono le esigenze della società che giustificano il maggior potere dello stato che punisce rispetto all’accusato. Si spegne la connessione tra *Nullum crimen* e il *Favor rei*.

Coloro che hanno difeso la prescrizione come rientrante tra i valori protetti dalla legalità in materia penale hanno portato l’accento sulla sofferenza di persone reali coinvolte a torto o a ragione in un macchinario della giustizia che può essere ingiusto; sono immagini che riconducono, sia pure per approssimazione, alla radice isonomica del *Favor rei*, che, in una situazione per definizione squilibrata, offre un orientamento¹⁴⁹ a non perdere di vista quale è la parte debole e che si trova in una situazione di disegualianza sostanziale, cioè effettiva, reale, che richiede correzioni, a pena altrimenti di scaricare questa disegualianza, che è elemento di arbitrio, su tutta la procedura. Chi ha maggiormente contraddetto il valore di proteggere la prescrizione “all’italiana” ha viceversa evocato (non senza realismo e cognizione di causa) la «grande criminalità internazionale» il cui sviluppo impone quello di un diritto penale comune, sovranazionale ma anche suggerisce che non possiamo più attardarci a dare troppe garanzie a chi commette reati¹⁵⁰. L’immagine della grande criminalità internazionale, a sua volta un “Intero” impersonale, scorza le basi personaliste della garanzia: non ci immaginiamo il singolo coinvolto nel processo, ma la potente criminalità organizzata, lo stato nello stato, un potere contro un altro potere, oppure il crimine aberrante¹⁵¹. È un modo come un altro per escludere dal campo del diritto, dal

¹⁴⁷ M. LUCIANI, *Chi ha paura*, cit., p. 76. In replica a Viganò, per il quale l’impegno che è stato dispiegato in difesa della ‘nostra’ prescrizione non valeva la pena, trattandosi in fondo di operare nel vantaggio di persone che hanno commesso frodi finanziarie, Luciani osserva che, se si guardasse alla persona del reo, nessuna garanzia penale esisterebbe, questo è in realtà l’argomento del “formalismo contenutistico” o “formalismo buono” nella mentalità giuliana, e che ricorda anche la sottolineatura di Lombardi Vallauri (L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. 32: sul carattere “impersonale” del diritto secondo gli antichi romani). L’obiezione di Viganò è invece realista, politicamente orientata, sostanzialista.

¹⁴⁸ F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale*, cit., p. 12: è in sostanza ciò che la Corte di giustizia afferma in *Taricco*.

¹⁴⁹ Su come la prescrizione sia fondata per l’A. su una concezione non autoritaria del diritto penale che è orientativa verso un certo tipo di soluzioni v. D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, cit., p. 21.

¹⁵⁰ F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., p. 1.

¹⁵¹ Tra gli esempi riportati da Viganò, per corroborare l’attacco alla razionalità e alla moralità dell’estensione alla prescrizione delle garanzie di *nullum crimen* («vale davvero la pena di tutelare l’affidamento degli autori di

ragionamento suoi contenuti, le risorse della morale della simpatia, che presuppone alla base della formazione dei principi del diritto la capacità umana, soggettiva, di mettersi nei panni altrui, così misurando col nostro senso l'adeguatezza di misure applicate ad altri. Se ciascuno può immaginarsi nei panni di un indagato, pochi possono immaginarsi attori di una grande organizzazione criminale; i problemi del diritto appaiono così riferiti a entità impersonali e collegati a questioni così immani, nei quali la dimensione soggettiva (questo è l'intento dell'argomento) non rappresenta un valore, né tanto meno può offrire una guida nella valutazione.

4.4. *La posta in gioco: principi comuni fatti solo col potere, oppure anche col sapere*

Le componenti che nel dibattito intorno a *Taricco* hanno fatto affiorare la dialettica oggettivo/soggettivo all'interno del problema del significato da assegnarsi alla prescrizione penale sono i soli momenti in cui *Taricco* si è avvicinato alla dimensione di un vero dialogo, di un vero conflitto, in quanto confronto (pur rimasto implicito) tra forme della ragione: una orientata al *Favor rei* e all'uguaglianza, ovvero all'equità, presente nel discorso di alcuni nostri studiosi; l'altra orientata alla ragione calcolante e asimmetrica. Nella prima parla in effetti una tradizione costituzionale, più antica di quella costruitasi intorno alla Costituzione del 1948, che, ponte tra l'antico e il moderno, è capace di pensare *Nullum crimen* come ancora in qualche modo permeato di equità soggettiva, di una ricerca di giustizia come reciprocità; tutte componenti che, quando cedono lasciando il posto alla razionalità strumentale, rendono insensato un istituto come la "nostra" prescrizione. Del resto, quest'ultima rappresenta l'estensione al diritto penale di un istituto generale la cui fonte è nel diritto privato: essa reca in sé la logica del rapporto, soggettiva, estesa nel campo delle relazioni del diritto pubblico, viceversa oggettive¹⁵².

Dal canto suo, la Corte costituzionale, il supremo interprete delle nostre tradizioni, è invero apparsa chiusa all'interno di stereotipi – la riserva di legge, la soggezione del giudice alla legge – in cui si sono forse anchilosate, cristallizzate, le componenti assiologiche di una lunga tradizione più vicina ai valori del legislatore "ragionevole" che a quelli del legislatore "razionale"¹⁵³. Perdendo la memoria e il senso di quella tradizione, la scelta del nostro ordinamento per la prescrizione sostanziale e la sua difesa appaiono effettivamente non sensate, intrinsecamente deboli, oppure prettamente assertive di un'identità che è nutrita solo di date istituzioni positive, di certi meccanismi, di certe convenzioni, cui sono relative¹⁵⁴. All'interno di una giurisprudenza costituzionale che ha sempre condiviso una «concezione oggettivistica» del diritto penale, e che, ad esempio e in particolare, non ha

simili violazioni nella propria futura impunità») vi è il caso *Diaz* (F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale*, cit., p. 14).

¹⁵² Sulla logica del diritto come rapporto si v. G. DI GASPARE, *Metateoria del positivismo giuridico*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2017, p. 605 ss.

¹⁵³ Sono anche queste figure giulianee, cfr. A. GIULIANI, *Il modello di legislatore ragionevole*, in M. BASCIU (a cura di), *Legislazione, profili giuridici e politici*, Milano, 1992, p. 13 ss.

¹⁵⁴ Come nel discorso di A. LONGO, *Iuxta*, cit., p. 10, che si risolve nel dire che i nostri valori sono quelli sanciti nel nostro diritto positivo. È anche interessante che Longo chiami in causa *sum cuique*, nella logica premiale propria della giustizia distributiva; i nostri valori, essendo buoni anzi migliori perché di più alta civiltà, 'meritano' di essere riconosciuti.

riallacciato al *Favor rei* il principio della retroattività delle *Lex mitior* penale¹⁵⁵, la difesa del carattere sostanziale della prescrizione e del suo rientrare a pieno titolo in *Nullum crimen* è intrinsecamente debole. Lo è anche perché, come hanno dimostrato specialmente le posizioni che, nel difendere il principio di legalità penale ne hanno individuato la *ratio* in una sintesi di assunti che corrono da Montesquieu a Beccaria, quella difesa si appoggia non del tutto riflessivamente sull’incrocio di due tradizioni, se non opposte, ben diverse nei presupposti e dove in effetti le concezioni moderne hanno ottenuto nei fatti prevalenza (lo dimostra la vicenda qui ricostruita). In occasione della prima decisione con la quale la Corte ha espressamente riconosciuto che il «principio di effettività della tutela penale, l’esigenza sottesa al principio di legalità nella sua funzione sistemica» è che la pena «sia effettivamente applicata ai responsabili della sua violazione, la dottrina ne aveva del resto subito tratto che fosse giunto il tempo per la Corte di «rivedere la sua consolidata giurisprudenza per cui la prescrizione è sostanziale e ricade nel 25/2, idea non imposta dal diritto europeo ‘e discutibile sul piano razionale’»¹⁵⁶.

L’eredità di *Taricco* appare allora complessa. La difesa delle nostre istituzioni, che in questa vicenda ha preso campo, può essere considerata anche un esempio di formalismo contenutistico, volto a proteggere un essenziale nucleo di valore, del quale però si è perso il fondamento, la memoria, e quindi il senso. Di qui il rischio che i principi costituzionali si riducano a una sorta di stereotipi, di contenitori formali riempibili con un qualunque contenuto; di un loro indebolimento intrinseco se una sola forma della ragione domina in modo incontrastato nel campo del diritto (costituzionale).

Spesso la difesa della nostra concezione della legalità ha coinciso con la riaffermazione di un trittico di immagini (riserva di legge, separazione dei poteri, soggezione del giudice alla legge) che affondano nella razionalità illuministica, ed è servita a veicolare polemiche contro l’eccesso di interpretativismo o di “ermeneutica”, o l’auspicio del ritorno «a una chiara teoria delle fonti che esprima un costituzionalismo fondato sulla divisione dei poteri»¹⁵⁷. In questa linea, la difesa della prescrizione irretroattiva e sostanziale è, però, solo confusiva sul piano logico e assiologico. È semmai ricucendo una «dottrina dell’uso delle fonti», recuperando il sapere dei principi – cioè attraverso un lavoro capace di ritrovare dei principi, nel presente, le molteplici valenze, che ne sono l’eredità storica – che è possibile restituire senso, e forza, alla concezione della legalità che sostiene la tradizionale concezione “sostanziale” della prescrizione nel nostro Paese. Ma questo richiede un’operazione impegnativa: pensare che i principi non sono a disposizione dei legislatori, non sono norme da applicare scegliendo la più forte, non sono qualcosa di estraneo alla scienza giuridica, alla teoria e alla pratica, ma ne sono invece il frutto (e la responsabilità), quali scelte sui beni che non dovrebbero essere offesi o menomati.

Quali sono questi beni? È compito di una dialettica nel moderno ricordare che sono anche beni individuali, risalenti al soggetto; beni che una visione oggettiva del diritto, si ammanti essa di progresso efficienza e innovazione (la UE) o di democraticismo (la Corte

¹⁵⁵ Lo nota I. PELLIZZONE, *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività*, in *Forumcostituzionale*, 2006, s.p., che sottolinea come la Corte abbia giustificato il *favor rei* in senso non soggettivistico ma oggettivistico, motivo per il quale esso può subire deroghe in nome dell’incostituzionalità sopravvenuta della *lex mitior*; P.A. osserva che è più “soggettivistico” il codice penale, che dà sempre la prevalenza alla *lex mitior* intermedia.

¹⁵⁶ F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale*, cit., p. 13.

¹⁵⁷ G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione*, cit., p. 33, richiamando R. BIN, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, cit., p. 35 ss.

italiana), rischia, se non viene contenuta dalla forza dialettica della memoria e dell'esperienza, di mettere in pericolo. E chi sono oggi, nel diritto, i soggetti in grado di tenere aperta una dialettica nel moderno, che ne valorizzi le componenti vitali, ne contenga quelle più ambigue e rischiose?

Dal quadro che il caso *Taricco* ci lascia, tra grandi Corti concentrate nella difesa del potere proprio e dell'organizzazione cui appartengono, e giudici ordinari disimpegnati dal lavoro di interpretazione dei principi, solo la dottrina, e solo in qualche momento, dà i segnali di un impegno, animato dalla convinzione di avere un ruolo attivo nella conformazione dei principi, e sensibile a che i valori individuali ed isonomici, soggettivi e anti-autoritari che vivono in *Nullum crimen* non siano spenti.

Di ciò, mi pare, viene una indicazione nel senso di come, lasciata a se stessa, o avendo per compagna una dottrina attivamente impegnata in nome degli interessi degli Interi (siano essi l'Unione europea, o lo Stato costituzionale italiano) la giurisprudenza rischia in effetti di diventare il terreno di un pragmatismo sempre più privo di sapere, o, come è stato detto, privo di teoria¹⁵⁸. Una giurisprudenza priva di sapere, priva cioè della coscienza di essere un soggetto attraverso la cui attività si svolgono i valori del diritto, e incapace perciò di ingaggiarsi in confronto impegnato con la storia e la memoria del diritto, rispetto al quale si pensa e si sente estranea, può finire per concentrarsi troppo sul potere, quello che esercita e quello che distribuisce. In queste condizioni il rischio, consistente, è che il dialogo tra Corti corrobora soltanto la costruzione di un ordine asimmetrico tra le comunità e nella comunità.

ABSTRACT: *Taricco*: “reference” to an asymmetric order within the community and between the communities?

This wide and complex essay develops around the famous *Taricco* case, which became paradigmatic of a conflict between the Italian Constitutional Court and the European Court of Justice, concerning the sense and value of preliminary rulings (a practice that then led the Italian Court to heighten the «counterlimits»). *Taricco* became a *topos* of the crisis of juridical science in modernity. By drawing from the works of illustrious thinkers and jurists (among which, in particular, Alessandro Giuliani), the essay clarifies how modernity has represented, for the law, an accentuation of the more instrumental and finalistic conception of juridical science, which has – with time – become a *mean* and has ceased to be an *end*. Law, hence, represents a technical instrument (not a form of knowledge, nor a method), used by organizations, institutions, States – to pursue its objectives by sacrificing the interest of singular individuals.

¹⁵⁸ È stato di recente osservato che «dopo la c.d. ‘svolta pragmatica’ [il diritto] sembra schiacciato sulle prassi. L’attenzione alla pratica giuridica oggi è nettamente prevalente nello studio del diritto: la giurisprudenza, gli atti giuridici, gli arbitrati, le prassi appunto nel loro complesso attirano l’attenzione dei giuristi come mai prima d’ora (nei contesti di *civil law*, quanto meno) (...). A fronte di questo repentino e massiccio interesse per la pratica, è andata tuttavia perdendosi l’attenzione per la teoria, per la capacità di comprendere ciò che sta avvenendo, di rappresentarlo, di sistematizzarlo, di condurlo a coerenza, di evidenziarne le storture, di criticarlo»: O. GIOLO, *L’intuizione (gius)femminista. Il richiamo alla teoria dopo la svolta pragmatica del diritto*, intervento al Modulo Diritto diritti giustizia, Master in Studi di Genere Università di Roma III, Roma, 30 ottobre 2020 (in corso di pubblicazione).

L'EUROPA OLTRE L'EUROCENTRISMO?

CHIARA BOTTICI e BENOÎT CHALLAND**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'Europa è nata nelle colonie – ed è lì che ancora oggi prospera. – 3. *Coloniality of power*: l'eurocentrismo e la visione razziale del mondo. – 4. Dalla politica coloniale del passato alla necropolitica del presente. – 5. Invece di una conclusione.

1. Introduzione

Sin da principio, la sinistra si è divisa sulla questione dell'Europa. Il progetto europeo è stato spesso ignorato, se non apertamente contestato, come progetto meramente tecnocratico e capitalista che nulla ha a che spartire con un vero processo democratico di costruzione istituzionale. Tali critiche non sono certo infondate. Il processo di integrazione politica è stato largamente uno *spill-over effect* dell'integrazione economica¹, per cui gli ideali federalisti che lo hanno accompagnato non possono che apparire come il suo necessario supporto ideologico². Tuttavia, nell'avanzare simili critiche contro l'Europa si rischia di dimenticare che anche gli stati-nazione che la compongono furono frutto di un progetto di gestione del capitale e della forza-lavoro—un processo che ebbe inizio solo pochi secoli prima di quello di “costruzione” europea. Potremmo quindi, d'un sol colpo, respingere l'idealismo dei movimenti nazional-popolari del diciannovesimo secolo e quello dei federalisti europei. Oppure, possiamo prendere in considerazione questi due processi di costruzione istituzionale, ugualmente animati dalla forza integrativa del capitale, e provare a identificare quali opportunità siano essi in grado, o meno, di offrire. A tale scopo, sarà necessario considerare le opportunità che tale processo può presentare (o precludere) non solo a coloro che sono cittadini europei, ma anche a coloro che non lo sono. Vista in questa duplice prospettiva, l'alternativa tra l'Europa ed i suoi stati membri assume un aspetto più complesso. Innanzitutto, non dobbiamo dimenticare che la cittadinanza europea è (ancora) subordinata a quella dei suoi stati membri; ad oggi, essere cittadino europeo significa essere cittadino di uno stato membro³. Ci troviamo infatti davanti ad una configurazione politica assolutamente *sui generis*: pur non essendo una federazione (dal momento che l'UE non è uno stato sovrano), l'UE non è neppure una confederazione di stati sovrani, poiché alcune delle prerogative della sovranità degli stati moderni sono oggi condivise a livello comunitario, a dispetto del fatto che la cittadinanza rimane veicolata dall'appartenenza agli stati membri.

** C. Bottici, Associate Professor of Philosophy and Director of Gender and Sexuality Studies, The New School for Social Research, NY; B. Challand, Associate Professor of Sociology, New School for Social Research, New York, NY.

¹ E. B. HAAS, *International integration: the European and the universal process*, in *Int. Organ.*, 1961, p. 366–92.

² H. SCHULZ-FORBERG, B. STRATH, *The Political History of European Integration: The Hypocrisy of Democracy-Through-Market*, New York, 2010.

³ Per una panoramica del recente dibattito sulla cittadinanza europea e la cittadinanza in Europa, vedasi R. BAUBÖCK (ed.), *Debating European Citizenship*, in *IMISCOE Research Series*, 2019.

In questo saggio, vorremmo esaminare questo processo di aggregazione e condivisione di frammenti di sovranità, non solo dal punto di vista interno, come nel nostro lavoro precedente⁴, ma anche dall'esterno, ossia dal punto di vista dei margini dell'Europa. Poiché gli stessi confini del progetto europeo sono in costante evoluzione, vorremmo porci le seguenti domande: come appare il progetto "europeo" una volta de-centrato? Come percepiscono l'Europa coloro che sono *in* Europa ma non sono europei⁵, e coloro che si sentono europei ma a cui mai verrà permesso di essere in Europa – concretamente o intellettualmente? Il progetto di integrazione europea, infatti, nato da imperativi di matrice economica e altresì supportato dal movimento federalista che in esso vede un'opportunità di sorpassare la logica del nazionalismo, ha sin da principio reso necessario un pensiero, per così dire, di confine.

Una difesa dell'Eurocentrismo "da sinistra" potrebbe porsi come obiettivo il rafforzamento della giustizia sociale o una più profonda emancipazione politica sulla base di una critica del primato dell'economia. Un simile approccio, tuttavia, può facilmente trasformarsi in una mera difesa della forma egemone di organizzazione politica, ossia, nel contesto attuale, dello stato-nazione, e di perdere di vista il carattere globale del capitalismo che intreccia gli stati-nazione europei con il loro passato globale e il loro presente neo-coloniale. Per gran parte della sinistra europea, il principale soggetto nella storia rimane l'operaio bianco (e spesso di sesso maschile), con la conseguente enfasi sui processi di sfruttamento generati dal lavoro salariato. Soprattutto nel contesto degli studi europei, è ancora insufficiente l'attenzione rivolta al lavoro che viene semplicemente estorto, ed a quello di riproduzione sociale che rimane all'ombra di quello salariato, per non parlare delle crescenti diseguaglianze economiche ed ambientali, spesso fondate su vecchie geografie coloniali o sui nuovi centri dell'imperialismo globale, con le relative, esangui, periferie⁶. Per questo motivo, riteniamo sia cruciale affrontare la questione dell'Europa da una prospettiva che vorremmo definire "*critico-coloniale*". Con questo termine intendiamo un approccio che raccoglie contributi provenienti da diversi rami dei *critical colonial studies* e che include critiche *post-colonial*, *de-colonial* e *settler-colonial*. Poiché trarremo ispirazione da ognuna di queste direzioni di ricerca, abbiamo preferito usare l'espressione "critico-coloniale" per definire un approccio che mira ad indicare il vasto insieme di ricerche critiche riguardanti la storia ed il presente dell'esperienza coloniale. Mentre l'adozione del termine "*post-coloniale*" potrebbe erroneamente suggerire che il passato coloniale sia ormai superato⁷, l'adozione del termine "*de-coloniale*," come appare in certi sostenitori della *decolonial theory*, rischia invece, quando usata da cittadini europei come i sottoscritti, di rinforzare l'idea che spetti di nuovo agli Europei di determinare le modalità del processo globale di decolonizzazione, in una sorta di duplice *hybris* eurocentrica.

⁴ C. BOTTICI e B. CHALLAND, *Imagining Europe. Myth, Memory, and Identity*, Cambridge, 2013.

⁵ S. HALL, *In but Not of Europe: Europe and Its Myth*, in L. PASSERINI (a cura di), *Figures d' Europe – Images and Myths of Europe*, Brussels, 2013, p. 35-47.

⁶ Il neo-imperialismo è qui introdotto al fine di evidenziare che oggi troviamo potenze extra europee (quali la Cina, l'Arabia Saudita e i vicini Paesi del Golfo) in prima fila nella distruzione politica e/o nel saccheggio di risorse caratteristici delle vecchie potenze coloniali.

⁷ Ann Stoler (2017) preferisce evitare il termine *post-colonialism* e preferisce parlare di *(post)colonialism*, in modo da sottolineare che il colonialismo è ancora tra noi (A. L. STOLER, *Dures. Imperial Durabilities in Our Times*, Durham & London, 2017, p. IX). Tuttavia, siamo dell'opinione che l'espressione *(post)colonialism* rischia di suggerire che ci troviamo in un "*post*," diversamente da quanto è evidente se consideriamo *settler colonial states* (quali gli Stati Uniti, Israele e l'Australia), dove il "*post*" non è mai iniziato, ed i *de-colonial theorists*, che insistono sulla necessità di un processo di de-colonizzazione proprio per interrompere la colonialità del potere iniziata con la colonizzazione delle Americhe e non ancora fundamentalmente alterata. Vedasi A. QUIJANO, *Coloniality of Power, Eurocentrism, and Latin America*, in *Nepantla: Views from the South*, 2000, pp. 533-580.

Adottare un approccio esplicitamente “critico-coloniale” significa quindi cercare di combinare approcci *post-, de- e settler- colonial*⁸, nella congiunzione di “critica” e “coloniale,” e quindi insistere che non ci è oggi possibile adottare un approccio critico senza mettere al centro dell’analisi la persistenza del passato e del presente neo-coloniale. Inveterate mappe eurocentriche, che rimangono tanto economiche quanto mentali – come Ina Kerner ha ben sottolineato con il concetto di “Eurocentrismo metodologico”⁹ – conducono infatti a privilegiare automaticamente teorie che emergono da esperienze e da un centro europei. Tuttavia, una teoria eurocentrica può, tutt’al più, estrarre dei fatti dalle periferie per poi reinterpretarli dal punto di vista del centro¹⁰. Persino un certo tipo di Marxismo, a dispetto di un presunto internazionalismo, continua a sottovalutare le diverse realtà delle periferie del capitalismo globale, ignorando i contributi e quindi l’autonomia teorica di intellettuali provenienti dal Sud del mondo¹¹.

In questo saggio, invece, vorremmo proporre una sensibilità a doppia morsa, ossia una che possa combinare entrambi i filoni di ricerca, gli studi coloniali critici prodotti nel “centro” del capitalismo globale e il pensiero anti- e de- coloniale proveniente dalle sue “periferie.” Mentre nel nostro precedente lavoro abbiamo esplorato il processo di integrazione Europeo da una prospettiva critica tutta interna allo spazio europeo¹², miriamo adesso ad allargare tale prospettiva, esplorando l’idea che l’Europa sia stata creata nelle sue periferie, come già da tempo sostenuto da scrittori liminali quali Frantz Fanon (1925-1961), Sylvia Wynter (nata 1928), o Annibal Quijano (1930-2018). A differenza di quanto alcuni approcci filosofici di matrice eurocentrica hanno a lungo affermato, la teoria non è appannaggio degli europei; al contrario, una filosofia dell’Europa non può che emergere da uno sguardo relazionale e multidirezionale, uno che si muove liberamente tra l’Europa e le sue colonie, e quindi una prospettiva che insista sulle zone di contestazione e di esclusione situate ai suoi confini.

2. L'Europa è nata nelle colonie – ed è lì che ancora oggi prospera

Com’è possibile affermare che il vacillante progetto di unione di vari Stati-nazione in quella comune entità di governo politico ed economico che è l’Europa sia nato nelle colonie? Non è forse iniziato proprio attraverso un processo di “costruzione europea” che è andato di pari passo, fin dagli anni Cinquanta, con il crollo degli imperi coloniali? Non è forse l’UE il risultato del tentativo di rendere impossibile qualsiasi guerra, incluse quelle di stampo

⁸ Nell’esprimere un simile concetto, Tuck and Yang, teorici del *settler colonialism*, sottolineano con enfasi che la de-colonizzazione non è una metafora, bensì l’attività pratica di restituzione della terra sottratta dagli europei ai loro originali proprietari e quindi, nel caso delle Americhe, alla popolazione indigena. Vedasi E. TUCK e K. W. YANG, *Decolonization is not a metaphor*, in *Decolonization: Indigeneity, Education & Society* 1(1), 2012, p. 1-40.

⁹ I. KERNER, *Postcolonial Theories as Global Critical Theories*, in *Constellations*, 2018, p. 615.

¹⁰ Si noti come, per Ina Kerner, teorie eurocentriche possano essere prodotte tanto da coloro che sono situati nel centro dell’Europa come da quanti guardano ad essa dal punto di vista delle periferie del capitalismo globale. Ciò che rende eurocentrico un approccio teoretico è l’assunzione di una serie di presupposti concettuali, che si trovano tanto in autori Europei come in quelli non europei. I. KERNER, *Postcolonial Theories*, cit., p. 615.

¹¹ Per una discussione di questo problema delle teorie marxiste, vedasi J. CHALCRAFT, *The Middle East and Marxist History: An Interview with John Chalcraft*, 2018, a <http://salvage.zone/online-exclusive/the-middle-east-and-marxist-history-an-interview-with-john-chalcraft/>.

¹² C. BOTTICI e B. CHALLAND, *Imagining Europe*, cit.

imperialista, come auspicato dai sostenitori del federalismo europeo?¹³ Prodotta dai sostenitori del processo di integrazione europea, questa è certamente tra le più potenti narrazioni riguardanti la creazione dell'Europa, come già abbiamo fatto notare nel nostro *"Imagining Europe."* L'immagine di un' "Europa nata dalla guerra" è stata cruciale per il progetto di integrazione europea, ed è stata spesso combinata ad altri miti di fondazione tra cui quello dell'Europa fondata sulla civiltà greco-romana (l'Europa classica), quello dell'Europa quale culla di una distinta identità religiosa (l'Europa cristiana), o, infine, quello dell'Europa come luogo di nascita della modernità (l'Europa illuminista)¹⁴. Seppur sia possibile confrontarci con tali narrative in modo critico dall'interno, è necessario affrontarle anche dall'esterno.

Ne *"I dannati della terra,"* Frantz Fanon sosteneva che non fosse possibile pensare l'Europa senza prendere in considerazione il suo strato globale più esterno, arrivando persino ad affermare che «l'Europa è letteralmente la creazione del Terzo Mondo»¹⁵. Visto l'approccio decisamente Marxista che Fanon adotta in questo testo circa il rapporto tra Europa e le sue colonie, si potrebbe avere la tentazione di leggere questa affermazione in termini puramente materiali: l'Europa e il suo sistema economico di produzione capitalista non sarebbero stati possibili senza il processo di estrazione di manodopera e risorse naturali perpetrato dalle potenze imperialiste europee. E senza un tale processo di accumulazione capitalista non ci sarebbe stata nessuna modernità europea. In effetti, vi è ben ragione di sottolineare come la maggior parte della ricchezza prodotta dagli europei dal sedicesimo secolo in avanti sia stata solo marginalmente accumulata attraverso la produzione di un surplus interno, da momento che la maggior parte derivò dalle materie prime e dalla forza lavoro estratta dalle colonie¹⁶. Solo allargando lo sguardo all'intero globo, possiamo infatti comprendere per quale motivo la ricchezza e il benessere europeo sorsero in questo preciso momento storico e come questo sia andato di pari passo con lo sfruttamento delle colonie.

Solo attraverso la creazione di un brutale apparato di coercizione fu infatti possibile preservare il controllo materiale delle colonie e, più in generale, di ciò che viene chiamato "Terzo Mondo." Un apparato che dalla schiavitù in senso stretto si è poi trasformato in schiavitù debitoria, che dalle diverse forme di punizione sotto il liberalismo nel diciannovesimo secolo si trasformò poi nelle guerre e nella repressione dei movimenti nazionalisti di indipendenza coloniale del ventesimo secolo. Dal diciassettesimo secolo in poi, le potenze europee eclissarono il pre-esistente potere economico dell'Asia, prosperando su scala globale grazie ai minerali e alle rigogliose colture da reddito americane (quali la canna da zucchero, il tabacco e l'indaco), alle risorse materiali e di manodopera sottratte all'Africa attraverso la tratta atlantica, ed, infine, in Oriente, grazie ai trattati asimmetrici imposti dalle potenze europee sulla Cina¹⁷. In nome del liberalismo, nuove infrastrutture di scambio globale iniziarono a costellare il mappamondo, supportate da nuove vie di trasporto che rendevano possibile il saccheggio di tali risorse (si consideri per esempio la creazione in parallelo di ferrovie trans- o inter-

¹³ Si veda, ad esempio, la dichiarazione di Schuman del maggio 1950, una tra le prime dichiarazioni sulla cooperazione Europea.

¹⁴ C. BOTTICI e B. CHALLAND, *Imagining Europe*, cit., p. 62 ss.

¹⁵ F. FANON, *I dannati della terra* (trad. C. CIGNETTI), Torino, 1972, p. 60.

¹⁶ Per una descrizione dello sviluppo globale del "war capitalism" quale condizione necessaria per la diffusione del "capitalismo industriale," vedasi S. BECKERT, *Empire of Cotton: A Global History*, New York, 2014. Fra i testi classici, vedasi R. LUXEMBURG, *The Accumulation of Capital*, London, 1951.

¹⁷ Sul passaggio dalla servitù debitoria alla schiavitù vedasi E. E. WILLIAMS, *Slavery and Capitalism*, Chapel Hill, 1944. Sui le merci come zucchero e cotone e l'ascesa del capitalismo, vedasi S. W. MINTZ, *Sweetness and Power: The Place of Sugar in Modern History*, New York, 1986, o S. BECKERT, *Empire of Cotton*, cit. Sul colonialismo globale, fino alla Cina, vedasi W. REINHARD, *Short History of Colonialism*, Manchester, 2011.

continentali e di canali di navigazione quali Suez o il Canale di Panama). In nome della loro “missione civilizzatrice” e della “nuova libertà” di cui erano forieri, gli Europei presero spudoratamente controllo delle popolazioni locali in modo da sradicare l'agricoltura e l'organizzazione economica esistenti a vantaggio dell'adozione forzata di colture da reddito (*cash crops*) come il cotone, colture che miravano a rifornire i filatoi di Liverpool, dell'Alsazia e della Germania, piuttosto che a nutrire le popolazioni locali¹⁸. Dal punto di vista capitalista, ossia dal punto di vista di un modo di produzione mirato all'incessante espansione del profitto, le economie di sussistenza locali dei territori colonizzati non potevano che apparire sottosviluppate. Ma, economie di sussistenza, per lo più percepite come forme di povertà da parte di una prospettiva, non equivalgono alla deprivazione, ossia ad una bassa qualità di vita: le economie di sussistenza locali sono state e continuano ad essere distrutte in nome della “civilizzazione” e dello “sviluppo”, ma sempre a vantaggio di un sistema di produzione industrializzata che alimenta l'accumulazione di capitale (da parte delle potenze coloniali), molto spesso a costo della distruzione degli ecosistemi e delle infrastrutture che per millenni avevano garantito il sostentamento della popolazione locale. C'è una logica auto-avverantesi nei progetti di “sviluppo economico”: le economie locali che garantivano la sussistenza delle popolazioni indigene sono state distrutte e trasformate in economie che alimentano i circuiti globali del capitale, così producendo condizioni di vera e propria miseria e deprivazione per quelle stesse popolazioni per le quali si continua ad invocare la necessita di ancora più politiche di sviluppo¹⁹.

Spesso, per esempio, si dimentica che centinaia di migliaia di persone persero la vita negli ultimi decenni del diciannovesimo secolo in quello che Mike Davis ha definito l'«Olocausto tardo Vittoriano».²⁰ In quel periodo, centinaia di migliaia di persone morirono in Africa ed in India a causa di fenomeni climatici come *El Niño*, un innalzamento della temperatura dell'oceano che generò lunghe carestie e periodi di siccità. Davis ha mostrato come tali fenomeni non furono i primi ad occorrere su una così larga scala. Tuttavia, la novità consistette nel fatto che questa volta le potenze imperiali sfruttarono deliberatamente tali condizioni climatiche estreme a proprio vantaggio, ed in particolare per sollecitare la coltivazione di cotone o altre colture che favorivano le necessità dei capitali europei, a discapito dell'agricoltura locale destinata al sostentamento delle popolazioni indigene. In nome del “libero mercato,” le autorità britanniche si rifiutarono di ridistribuire il grano o altri alimenti che avrebbero potuto salvare le popolazioni indigene dalla fame, continuando invece con la produzione di colture che servivano allo sviluppo industriale britannico. Procedendo secondo i dettami della domanda e dell'offerta si generò quello che Davis identifica come uno dei primi esempi di Olocausto pianificato e che devastò il tessuto sociale ed economico indiano ed africano contribuendo così alla costruzione di ciò che venne ad essere chiamato il “Terzo Mondo” nell'immaginario delle società capitaliste²¹. Questa locuzione suggerisce infatti che ci sia una parte del mondo (fatalisticamente) incapace di sostentarsi autonomamente, e perciò essenzialmente retrograda (rispetto al primo e al secondo mondo) e bisognosa di aiuto per potersi sviluppare. Ecco

¹⁸ S. BECKERT, *Empire of Cotton*, cit.

¹⁹ Come Rosa Luxemburg fece a suo tempo notare, il primo sviluppo industriale europeo fu possibile grazie all'occupazione permanente e alla distruzione da parte delle potenze coloniali di quelle che definì «economie naturali» (vedasi R. LUXEMBURG, *The Accumulation of Capital*, cit.). Shiva insiste su questo punto mettendo in evidenza la distinzione tra povertà come sussistenza e miseria come deprivazione (V. SHIVA, *Staying Alive. Women, Ecology, and Development*, Berkeley, 2016, p. 9).

²⁰ M. DAVIS, *Late Victorian Holocausts: El Niño Famines and the Making of the Third World*, London and New York, 2001.

²¹ M. DAVIS, *Late Victorian Holocausts*, cit., p. 17-21. In Africa, tra gli altri, il colonialismo italiano trasse beneficio dall'indebolimento dell'Eritrea.

appunto la logica auto-avverantesi delle politiche di sviluppo terzo-mondiste: economie locali e di sostentamento vengono distrutte in nome dello “sviluppo” producendo così quella stessa miseria che può poi essere invocata per giustificare ulteriori aiuti e politiche di “sviluppo.”

Termini quali “Terzo Mondo” sono allo stesso tempo concetti e potenti immagini inconse in grado di produrre e perpetrare implicite gerarchie. Le suddette componenti materiali di una crescente divisione tra l’Europa ed il resto del mondo sono parte integrante della violenza insita in questi meccanismi di esclusione e gerarchizzazione. In *Pelle Nera, Maschere Bianche*²², Fanon ha catturato questa violenza, materiale e psicologica al tempo stesso, ricostruendo i meccanismi e le dinamiche del danno psicologico prodotto dall’idea della presunta superiorità culturale europea. La lingua, gli accenti, ed altre disposizioni culturali concrete sono costanti promemoria delle asimmetrie di potere tra metropoli e colonie, asimmetrie che non richiedono l’intervento di una polizia per realizzare la loro brutalità, essendo esse stesse una specie di polizia interiorizzata. Il trauma di coloro che si sentono buoni, ed indossano così le loro maschere bianche, ma sono travolti da un pervasivo immaginario coloniale che stigmatizza l’“essere neri” come sinonimo dell’“essere cattivi,” è catturato accuratamente dalla sua descrizione del «complesso del colonizzato»²³: «non c’è perdono per colui che rivendica superiorità ma finisce per ritrovarsi al di sotto dello standard»²⁴. La superiorità culturale, e con essa le forme interiorizzate di razzismo, non sono fondati su basi biologiche, ma sulla performance dell’“essere bianchi” e sul senso di civiltà e superiorità che viene così contrapposto al primitivismo del “nero”²⁵. L’alienazione psicologica raggiunge proporzioni drammatiche e traumatiche proprio tramite l’interiorizzazione delle strutture portanti del colonialismo europeo, a cominciare dall’idea della superiorità bianca, che continua a proliferare nelle nostre società. La coscienza dei bianchi europei viene così naturalizzata, resa invisibile, in quanto norma implicita dell’essere stesso, mentre “essere neri” diventa sinonimo con l’essere *altro*, ossia con tutto ciò che l’inconscio Europeo ancora associa con la negritudine. Presi dentro la morsa del complesso dei colonizzati, per coloro che sono imprigionati in una pelle nera altro non rimane che cercare di diventare “bianchi”, attraverso l’adozione di uno stile di vita, di un abbigliamento, di un atteggiamento teorico derivato appunto da quest’ultimi: si capisce qui la laconicità del decreto fanoniano c’è un solo futuro possibile per l’uomo nero, ed è quello di «diventare bianco»²⁶.

A questo punto del nostro ragionamento si potrebbe obiettare che, per quanto brutale, un tale processo di colonizzazione mentale e materiale sia ormai stato superato con la dissoluzione formale degli imperi coloniali europei, a cui ancora faceva riferimento Fanon, e che oggi, invece, più che ad un tale passato, si debba guardare al presente ed al futuro dell’Europa. Come già osservato, il mito dell’Europa come antidoto alla guerra e all’imperialismo è certamente una delle più potenti narrazioni fondatrici dell’Europa. Ma la costruzione di un mercato comune (CEE) e, successivamente, di una comunità politica europea (UE) sono davvero stati in grado di districare l’Europa dal suo ruolo di potenza coloniale ed imperialista? Come già abbiamo evidenziato, la narrazione circa le origini della cooperazione europea nel campo del carbone e dell’acciaio fa riferimento alla riconciliazione tra la Francia e la Germania nel dopoguerra, presentata come impeto iniziale per un superamento delle guerre nazionalistiche che si supponeva potesse essere esteso ad altri paesi così da diffondere la pace.

²² F. FANON, *Pelle nera, maschere bianche* (trad. S. CHILETTI), Pisa, 2015.

²³ F. FANON, *Pelle nera*, cit. p. 33 ss. e 87.

²⁴ F. FANON, *Pelle nera*, cit., p. 39.

²⁵ F. FANON, *Pelle nera*, cit., p. 88.

²⁶ *Ibid.*, p. 28.

La Dichiarazione Schuman (9 maggio 1950) divenne il simbolo di tale progetto: «L'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme, essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto,» così si espresse il politico francese Robert Schuman nell'omonima dichiarazione, celebrata come il testo fondante dell'Unione europea. Ci si aspettava che questa solidarietà potesse davvero creare una pace di fatto: «La solidarietà di produzione in tal modo realizzata farà sì che una qualsiasi guerra tra la Francia e la Germania diventi non solo impensabile, ma materialmente impossibile.» La speranza che un tale processo ci avrebbe permesso di superare la logica dei nazionalismi era così forte che non solo motivò i sei membri originali alla creazione di un progetto politico comune, ma portò Schuman stesso ad essere incoronato “Padre dell'Europa.” Una lettura, tuttavia, un po' troppo agiografica della dichiarazione Schuman, come attestato dal fatto che, nel 2006, il Padre dell'Europa è stato pure dichiarato “un servo di Dio” e, conseguentemente, candidato alla beatificazione nella chiesa cattolica²⁷ - un prospetto di santità che viene ricordato agli europei ogni anno sin dal 1990, quando l'UE ha iniziato a celebrare il 9 maggio, giorno in cui Schuman presentò la sua Dichiarazione, come il giorno dell'Europa.

Ciò che è spesso omesso in questa narrazione (letteralmente) agiografica è che Schuman proponeva la riconciliazione franco-tedesca anche come metodo per smorzare le tensioni interne all'impero francese, ovvero, all'interno di ciò che all'epoca si chiamava l'Unione Francese (*Union Française*, 1946-1958), una versione mitigata del secondo Impero Coloniale Francese. Non si deve infatti dimenticare che nel 1950, neanche settant'anni fa, l'Algeria era ancora pienamente francese, e i nazionalisti algerini erano una spina nel fianco della Francia. C'è infatti una frase della dichiarazione Schuman che rivela proprio come la “costruzione europea” non fu essa stessa immune dall'*hybris* imperiale e dal mito (coloniale) dell'Europa come portatrice di civilizzazione e modernità. Nel testo troviamo infatti articolata l'esplicita speranza che l'integrazione europea possa portare ad un rinnovamento del suo ruolo imperiale: come si legge nella Dichiarazione, Schuman afferma che «se potrà contare su un rafforzamento dei mezzi, l'Europa sarà in grado di proseguire nella realizzazione di uno dei suoi compiti essenziali: lo sviluppo del continente africano»²⁸. Schuman identificava così l'Europa con il compito essenziale di portare “sviluppo” nelle sue colonie e la costruzione di uno spazio comune europeo come la condizione *sine qua non* per proseguire tale compito nel nuovo contesto creato dagli anni Cinquanta.

In altre parole, Schuman vedeva nella nascente “solidarietà europea” la nuova e necessaria condizione per il rinnovamento del paternalismo coloniale europeo. Altre dichiarazioni e progetti del Ministro degli Esteri francese prodotti nei primi anni Cinquanta confermano come speranze analoghe venissero allora riposte nella capacità di organizzazioni transnazionali o intergovernative, europee o atlantiche (NATO), di preservare l'Impero Francese dall'imminente declino²⁹.

Un'altra potenza europea in decadenza, la Gran Bretagna, nella persona del suo Primo Ministro Ernest Bevin, era ugualmente alle prese con progetti di “sviluppo” mirati a smorzare le forze anticoloniali attive, ad esempio, in Egitto, Giordania ed Iraq³⁰. L'ultima, e fatale,

²⁷ <http://www.robert-schuman.com/fr/pg-saintete/pourquoi.htm>.

²⁸ Per il testo completo, vedasi https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_it

²⁹ J. HANHIMAKI (con O. A. WESTAD), *Understanding the Cold War: A History with Documents and Eye-Witness Accounts*, Oxford, 2003.

³⁰ P. W. T. KINGSTON, *Britain and the politics of modernization in the Middle East, 1945-1958*, Cambridge, 2002, pp. 10-12.

sollevazione coloniale fu la crisi di Suez del novembre 1956. Fu il contesto internazionale della Guerra Fredda e l'incipiente confronto tra Est e Ovest che obbligarono gli stati europei a rassegnarsi alla perdita dell'egemonia globale. In quello stesso periodo, anche la divisione tra Est ed Ovest dell'Europa stava acquistando una diversa rilevanza, per cui invece di una semplice opposizione tra "colonizzatori" e "colonizzati" si assistette all'emergere della categoria del "terzo" mondo, in quanto l'asse di confronto simbolico e materiale venne proiettato sulla diade tra "primo" mondo capitalista (Ovest) e "secondo" mondo del socialismo reale (Est). Ma non per molto, come attestato dal fatto che, dalla caduta del muro di Berlino in poi, immagini e proiezioni mitiche di origine coloniale, come l'opposizione tra Islam ed occidente, sono prepotentemente riemerse nell'immaginario europeo³¹.

Non solo l'Europa fu creata dalle colonie, ma vi continua oggi a prosperare, siccome è da esse che ancora ne dipende il benessere. Quest'ultimo è infatti il frutto degli stati-nazione europei, fondati sul loro ruolo coloniale, e di un'entità europea *sui generis* costruita come meccanismo di ottimizzazione dell'accumulazione capitalista all'interno di un mercato globale in continua espansione. Approcci realisti alla costruzione europea sottolineano come le normative europee siano, nella migliore delle ipotesi, una forma negativa di integrazione, ossia un'integrazione mirata a generare le migliori condizioni possibili per lo scambio di beni e servizi dentro i confini europei, per cui le sue severe misure di protezione dei confini esterni non possono che metter in discussione l'immagine davvero ideologica dell'Europa come "*normative power*" capace di esportare felicemente le sue migliori norme di convivenza comune nei paesi vicini³².

Se si guarda infatti alle *ex*-colonie situate sul confine meridionale dell'Europa, ciò che si trova sono regolamentazioni come il cosiddetto processo di Barcellona (lanciato nel 1995), ossia un tentativo di creare cooperazione tra Europa e paesi a Sud del Mediterraneo, che fu in apparenza un processo di avvicinamento culturale. Al di là della retorica della cooperazione, la maggior parte degli accordi di Barcellona mirano a forzare la collaborazione degli stati Nord-Africani su questioni di economia e di sicurezza, assicurandosi per esempio che questi paesi possano procurare risorse come patate, peperoni e pomodori a prezzi convenienti quando il mercato europeo interno non è in grado di produrne a sufficienza³³. Il ben più ampio obiettivo di creare una zona di libero mercato gestita tra l'UE e gli stati del Mediterraneo meridionale che doveva essere il motore del processo di Barcellona è stato infatti abbandonato e affidato alla privatizzazione e ai *diktat* neoliberali³⁴, soggetti alle pressioni oggi provenienti dai nuovi centri di potere imperiali, quali il Golfo Persico³⁵.

È in questo contesto che si deve interpretare la messa in discussione dei confini europei da parte dei flussi migratori provenienti dalle *ex*-colonie. Il fatto che a partire dagli anni Novanta fino ad oggi l'UE non sia stata capace di gestire i flussi di migranti e profughi africani e medio-orientali ci ricorda che le "migliori norme" europee possono esistere, sempre ammesso che esistano davvero, soltanto quando l'economia dell'UE è in piena salute. Il termine "Fortezza Europa," che originariamente si riferiva a una strategia di difesa nazista della Seconda

³¹ B. CHALLAND, *From Hammer and Sickle to Star and Crescent. The Question of Religion for European Identity and a Political Europe*, in *Religion, State and Society*, 2009, pp. 65-80.

³² Uno di questi resoconti di un'UE fedele a normative e standard si trova in I. MANNERS, *Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?*, in *Journal of Common Market Studies*, 2002, pp. 235-258.

³³ R. PEPICELLI, 2010. *Un nuovo ordine mediterraneo?*, Bari, 2004.

³⁴ J. CASSARINO, *Reversing the Hierarchy of Priorities in EU-Mediterranean Relations*, in J. PETERS (ed.), *The European Union and the Arab Spring: Promoting Democracy and Human Rights in the Middle East*, 2012, p. 1-16.

³⁵ A. HANIEH, *Lineages of Revolt*, London, 2013.

Guerra mondiale, è riemerso con forza negli anni Novanta per criticare l'immagine dell'Europa come benevola “potenza civile,”³⁶ e mettere invece l'accento sulle politiche effettivamente miranti a preservare certi vantaggi economici interni all'UE ed a favorire l'accumulazione di capitale Europeo ed internazionale a scapito delle popolazioni indigene. Non c'è dunque da sorprendersi se, dinanzi a tale scenario, diversi studiosi ancora denunciano il progetto di “sviluppo europeo” come una forma di “neo-colonialismo”³⁷.

Oltre alla creazione di Frontex, l'agenzia europea che dal 2004 gestisce i confini esterni dell'UE, l'Unione europea ha messo in atto una serie di misure per affidare la gestione della “sicurezza” e della presunta “crisi migratoria” a stati extracomunitari quali la Turchia, la Libia, e persino a stati sahariani come il Mali, il Chad o il Niger³⁸. Tutto questo “*security management*” rientra in un modello di *business* dove lo “sviluppo” europeo e gli “aiuti di emergenza” non vengono impiegati per sostenere i migranti, ma per supportare un'industria degli aiuti formata da un esercito di esperti e consulenti europei intenti a diffondere narrazioni allarmiste sulle “minacce alla sicurezza”³⁹. Tra questi “rischi,” i “migranti” di origine musulmana sono emersi negli ultimi anni come il pericolo numero uno per l'Europa. Le presunte minacce alla sicurezza europea, ai suoi posti di lavoro, alla sua identità, o persino la sua “civiltà,” tuttavia, non sono altro che l'ultima iterazione di vecchi schemi di pensiero che ebbero origine nel colonialismo europeo e nella mappa razziale del mondo che lo ha accompagnato⁴⁰. Prima di dedicarci alla questione del futuro dell'Europa, soffermiamoci dunque su un ulteriore aspetto del suo passato.

3. Coloniality of power: *l'Eurocentrismo e la visione razziale del mondo*

Il processo appena descritto, in cui l'Europa è emersa come creazione delle sue colonie, è proceduto di pari passo all'ascesa di una particolare visione del mondo nella quale siamo ancora oggi fundamentalmente immersi. Una visione del mondo caratterizzata da un'organizzazione visiva dello spazio politico avente l'Europa al suo centro e da una classificazione razziale dei corpi che ha innalzato l'“essere bianchi” a sua norma implicita. Nonostante Eurocentrismo e razzismo siano due categorie che ebbero origine nel medesimo processo sopra descritto, è importante mantenere una separazione tra le due a livello concettuale. Da principio, vorremmo usare questi concetti in maniera puramente tecnica, intendendo con “Eurocentrismo” quella visione del mondo che, esplicitamente o implicitamente, adotta l'Europa come il suo centro, e con “razzismo” come quell'immagine del mondo che classifica i corpi a seconda della loro appartenenza razziale.

³⁶ J. SILONEN, *Fortress Europe – a brief history of the European migration and asylum policy*, Helsinki, 2016.

³⁷ O. RUTAZIBWA, *What's there to mourn? Decolonial reflections on (the end of) liberal Humanitarianism*, in *Journal of Humanitarian Affairs*, 2019, pp. 65-68.

³⁸ Vedasi ad esempio L. RAINERI e F. STRAZZARI, *(B)ordering Hybrid Security? EU Stabilisation Practices in the Sabara-Sabel Region. Ethnopolitics*, 2019, pp. 544-559.

³⁹ Questo è ciò che almeno una parte dell'apparato degli aiuti è diventato. Esistono, tuttavia, alcune organizzazioni, per lo più di piccole dimensioni e più consapevoli dei bisogni e della varietà delle situazioni sul territorio, che fanno un lavoro valido con denaro europeo.

⁴⁰ Ad esempio, sul prepotente riemergere, dopo l'11 settembre, del mito di uno scontro di civiltà tra l'Occidente e l'Islam, mito che trova le sue origini nell'orientalismo di matrice coloniale, si veda C. BOTTICI e B. CHALLAND, *The Myth of the Clash of Civilizations*, London, 2010.

L'Eurocentrismo è una visione del mondo, altamente specifica ma oggi largamente accettata, che implicitamente trasforma il globo (la Terra) in una mappa bi-dimensionale avente l'Europa come suo centro. In quanto più spesso presupposta che esplicitamente articolata, essa funziona come una lente attraverso cui percepire il mondo, un paradigma che ha le sue radici nel periodo delle cosiddette grandi "scoperte," generatrici di profondi mutamenti economici e di pensiero⁴¹. È infatti questa l'immagine che riproduciamo inconsciamente ogni volta che pronunciamo frasi quali "Estremo Oriente" o "Medio Oriente." In un globo, non esistono propriamente nessun Est o Ovest, per cui quando parliamo di "Medio Oriente," stiamo parlando di ciò che si trova in mezzo tra l'Europa e l'Oriente, confermando ancora una volta l'Europa come punto focale dell'organizzazione dello spazio. Ed è così che la geo-grafia, ossia la scrittura del globo, si trasforma letteralmente in geo-politica, ossia la ri-produzione dei suoi siti di potere⁴².

Questa organizzazione immaginale dello spazio, la cosiddetta "mappa politica del mondo," è altresì riprodotta ogniqualvolta la storia viene suddivisa in "Antica", "Medievale" e "Moderna" senza ulteriori condizioni. Di nuovo ci chiediamo: in mezzo a che cosa, se non il moderno sistema di sapere coloniale che innalza la storia europea a Storia universale a partire dalla quale possiamo classificare tutte le altre storie? Parlare oggi di "Storia Antica" o "Medievale" senza ulteriori specifiche equivale a riprodurre la narrazione di quegli intellettuali illuministi che per primi presentarono la modernità (europea) come il *telos* e destino della storia non solo europea, ma globale. Spesso dimentichiamo che tale narrazione si rifà ai valori di quegli intellettuali europei che si sentivano protagonisti de "La" cruciale svolta storica, un'attitudine che è ben catturata dal termine tedesco per la modernità: la *Neu-Zeit*, ossia letteralmente la "nuova" epoca.

È proprio perché la modernità si auto-intende come "epoca-nuova" che civiltazioni come quella greca e romana diventano la sua "storia Antica" e vari secoli di Cristianesimo si ritrovano ad essere un semplice "Medio Evo"⁴³. Ma nel mezzo di che cosa? Tralasciando l'ironia (quantitativa) del considerare più di un millennio di storia come semplice "medio," si noti che la narrazione per cui la Grecia sarebbe la culla della civiltà europea fu inventata da quegli stessi intellettuali europei che rifiutarono il Cristianesimo e proposero l'Antica Grecia e Roma come le vere fonti dello spirito europeo, aprendo così la strada ad un mito di fondazione laico ed alternativo a quello fino a quel momento dominante, ossia quello della Cristianità Latina.

Si potrebbe pensare che la mappa eurocentrica del mondo sia ormai superata, dopo decenni di teorie critico-coloniali, con i suoi inviti a provincializzare l'Europa⁴⁴ ed i vari di tentativi di mettere in discussione il razzismo sistemico generato da ciò che Sylvia Wynter ha definito la «sovrarappresentazione» dell'uomo bianco e borghese⁴⁵. Nulla di più lontano dalla verità. Pensiamo soltanto all'immagine che *Google* ci offre ogniqualvolta digitiamo "mappa politica del mondo": è ancora una volta una mappa bi-dimensionale con l'Europa

⁴¹ Vedasi S. AMIN, *Eurocentrism*, New York, 1988/2009 o S. WYNTER, *Unsettling the Coloniality of Being/Power/Truth/Freedom: Towards the Human, After Man, Its Overrepresentation—An Argument*, in *The New Centennial Review*, 2003, pp. 257-337. Il termine "scoperta" è esso stesso chiaramente eurocentrico nel senso tecnico del termine, poiché presuppone il punto di vista europeo come standard atto a stabilire ciò che è nuovo e ciò che è vecchio.

⁴² W. MIGNOLO (a cura di), *Capitalismo y geopolítica del conocimiento: el eurocentrismo y la filosofía de la liberación en el debate intelectual contemporáneo*, Buenos Aires, 2001.

⁴³ C. BOTTICI e B. CHALLAND, *Imagining Europe*, cit., p. 122.

⁴⁴ D. CHAKRABARTY, *Deprovincializing Europe. Postcolonial Thought and Historical Difference*, Princeton, 2000.

⁴⁵ S. WYNTER, *Unsettling the Coloniality*, cit. p. 260.

al suo centro, una mappa che riproduciamo costantemente nel linguaggio corrente con espressioni come “Medio Oriente” o “civiltà occidentale.” In mezzo a cosa? All'occidente di cosa? L'eurocentrismo, in senso puramente tecnico. *Google*, forse più di ogni altro motore di ricerca, è ormai diventato depositario di questa mappa inconscia del mondo.⁴⁶ Tale mappa è piena di ciò che Anibal Quijano ha chiamato la “*coloniality of power*,” la colonialità del potere, un'espressione da lui coniata per indicare che tale organizzazione dello spazio presuppone sia una visione eurocentrica che la classificazione razziale dei popoli che in essa ha origine.⁴⁷ Di qui l'importanza di concentrarsi sulla “colonialità,” e non soltanto sul “colonialismo”: se quest'ultimo può essere percepito come un elemento del passato, il termine colonialità sta invece ad indicare quelle relazioni di potere che continuano ad esistere nonostante il processo di colonizzazione sia, in alcuni casi almeno, formalmente terminato⁴⁸.

Non dobbiamo quindi pensare che l'Eurocentrismo sia un pregiudizio accidentale, una specie di abbaglio momentaneo che possa affliggere alcune persone mentre altre ne rimangono immuni. È un'immagine inconscia del mondo pervasiva e persistente che viene costantemente riprodotta attraverso il linguaggio e attraverso pratiche di sfruttamento ed esclusione che cominciarono con il colonialismo europeo, e che ancora oggi riflettono il “punto di vista” delle *élites* della borghesia internazionale educata dentro una tale matrice Eurocentrica⁴⁹. Nel suo importante saggio sulla *Coloniality of Power, Eurocentrism, and Latin America* (1992), Quijano dimostra che non possiamo comprendere la portata e la profondità dell'Eurocentrismo come sistema di conoscenza se non abbiamo ben presente che, sin dagli albori della modernità, l'ascesa di un sistema mondiale capitalista è andata mano nella mano con l'affermazione del concetto di razza, inteso come uno strumento per la classificazione delle persone a livello mondiale e quindi per il controllo della forza-lavoro.⁵⁰ Questo non significa che prima di ciò non esistesse discriminazione, ma che il concetto moderno di razza, con le sue specifiche connotazioni biologiche e gerarchiche, ha raggiunto un'egemonia globale soltanto con il sorgere del sistema capitalista mondiale basato sulla divisione internazionale del lavoro che separa il centro dalla periferia (e dalle semi-periferie), e che richiede quindi di classificare i corpi a seconda che siano più o meno adatti alle specifiche esigenze di tale divisione del lavoro.

Esiste ormai una vasta letteratura sul processo che ha portato all'emergere del concetto moderno di razza ed alla sua diffusione a livello planetario. Alcuni sostengono che le origini di questo fenomeno si trovino nel dibattito sull'umanità dei nativi “Americani” (ossia, la disputa se questi ultimi fossero o meno da considerarsi esseri umani), altri

⁴⁶ Ad esempio, questa immagine eurocentrica di una mappa bidimensionale con l'Europa al suo centro è l'immagine che appare quando si cerca la “*political map of the world*” su *Google* da una connessione statunitense od europea (<https://www.google.com/search?client=firefox-b-1-d&q=political+map+of+the+world>) al 14 ottobre 2019.

⁴⁷ A. QUIJANO, *Coloniality of Power, Eurocentrism, and Latin America*, in *Nepantla: Views from the South*, 2000, pp. 533-580.

⁴⁸ In questa stessa vena vedasi A. QUIJANO, *Coloniality of Power*, cit. e N. M. TORRES, *Outline of Ten Theses on Coloniality and Decoloniality*, 2016, <http://foundationfrantzfanon.com/outline-of-ten-theses-on-coloniality-and-decoloniality/2016>. Tra coloro i quali, invece, preferiscono fare uso del termine colonialismo ed imperialismo, si veda per esempio A. L. STOLER, *Duress*, cit.

⁴⁹ S. AMIN, *Eurocentrism*, cit.

⁵⁰ Un concetto simile è espresso in E. E. WILLIAMS, *Slavery and Capitalism*, cit. ma Quijano ha il merito di aver enfatizzato la distinzione tra colonialismo e colonialità.

ritengono che vadano cercate in eventi più recenti quali la tratta degli schiavi⁵¹. Le diverse prospettive convergono tuttavia nell'osservare come l'Eurocentrismo fosse già pienamente all'opera quando, nel diciottesimo e diciannovesimo secolo, filosofi e naturalisti europei elaborarono sistematicamente la nozione di "razza", avvalendosi dei numerosi resoconti di chi aveva viaggiato come missionario, colonizzatore o schiavista⁵².

Quijano ha messo in evidenza come, nel corso dell'invenzione delle Americhe, le classificazioni razziali venissero intese principalmente in termini dell'identità cristiana dei *conquistadores*, ma come, progressivamente, tale identità abbia assunto ulteriori connotazioni, in particolare biologiche. Inizialmente, la principale spinta identitaria era la dicotomia tra cristiani e indiani, tra coloro che erano civilizzati ed i selvaggi, un comune allocronismo che ritroviamo in molti dei testi prodotti all'epoca⁵³. Per allocronismo si intende la sistematica allocazione dell'altro in un *altro* (*allos*) tempo (*chronos*), in questo caso un tempo primitivo, definito precisamente dalla sua contrapposizione ad un presunto stadio superiore e civilizzato. L'allocronismo è un potente strumento di esclusione, ed, in particolare, uno che ha fornito il quadro ideologico di giustificazione per l'eliminazione dei nativi: anche quando ai "selvaggi" era riconosciuto lo status di essere umani, in virtù del fatto che erano percepiti come appartenenti agli albori dell'umanità, ad un *altro* tempo precedente la civilizzazione, essi venivano comunque implicitamente presentati come pre-cristiani, e quindi come cristiani immaturi che potevano essere assimilati per via di una profonda trasformazione culturale o, quando questo non era possibile, dell'eliminazione fisica⁵⁴.

Con l'espandersi della colonizzazione, il colore della pelle divenne progressivamente indicatore fenotipico della razza di una persona, sostituendo così la distinzione tra "cristiani" e "selvaggi" come strumento per la classificazione ed il controllo della forza-lavoro. In America Latina, per esempio, dove il lavoro salariato era riservato principalmente alle persone bianche, tutte le altre razze (e colori) divennero simbolo dei diversi tipi di forza-lavoro non salariata, posizioni che spaziavano dalla servitù, riservata principalmente agli *Indios*, alla schiavitù, che in diverse parti delle colonie era riservata ai neri di origine africana. Nell'Anglo-America, i nativi furono più raramente ridotti in schiavitù, e vennero invece più spesso direttamente sterminati, forzatamente assimilati o reclusi nelle riserve⁵⁵.

Fanon e Quijano sono, in un certo senso, simili nel loro sistematico tentativo di evidenziare il legame tra razzismo e capitalismo. L'influente concetto di "*coloniality of power*" di Quijano lega la critica dell'Eurocentrismo al concetto di capitalismo mondiale di Karl Marx e alla teoria del sistema-mondo di Immanuel Wallerstein. Secondo questa sintesi di concetti, la divisione del lavoro capitalista moderna su scala globale è stata, e rimane connessa, al concetto di razza sin dal 1492, ossia sin dal momento in cui il colonialismo

⁵¹ R. BERNASCONI ROBERT E T. LOTT, *The Idea of Race*, Indianapolis, 2000, p. VIII.

⁵² *Ibid.*, pp. VII-VIII.

⁵³ Per la prima discussione dell'allocronismo, vedasi J. FABIAN, *Time and the Other. How Anthropology Makes Its Object*, New York, 1983.

⁵⁴ Un buon esempio di come questo sia accaduto è offerto da Penny Weiss, che ha raccolto, assieme ad altri manifesti femminili, una serie di petizioni del Consiglio delle Donne *Cheerokee* (P. A. WEISS, *Feminist Manifestos. A Global Documentary Reader*, New York, 2018, p. 47-50). Le donne *cheerokee* erano, al tempo, ben più emancipate delle loro controparti europee e usavano la loro autorità per dare voce ai loro ideali politici. In questo contesto, una lettura comparativa dei discorsi del 2 marzo 1817, 30 giugno 1818, e del 17 ottobre 1821, dimostra come le donne *cheerokee* interiorizzarono progressivamente l'idea di "civiltà" e, adottati gli usi ed i costumi degli europei, sentirono di aver finalmente abbandonato lo "stato di natura" (vedasi, in particolare, p. 49).

⁵⁵ A. QUIJANO, *Coloniality of Power*, cit.

europeo fu esteso al mondo intero. Le ragioni di questo sono facilmente comprese: come sistema predicato sull'incessante espansione del profitto, il capitalismo richiede sia l'estrazione di plusvalore dal lavoro salariato che l'estorsione di lavoro e risorse gratuite attraverso relazioni di produzione non retribuite. Furono il concetto di razza e la relativa idea che alcuni gruppi umani fossero più portati di altri per certe attività fisiche a garantire che tale processo potesse accadere. Senza il lavoro estorto a schiavi e nativi non ci sarebbe stata alcun'accumulazione originaria di capitale e quindi alcun capitalismo.

È quindi chiaro il motivo per cui Quijano voglia insistere sulla nozione di un'intrinseca "colonialità" del potere moderno. La mossa teorica consiste nel distinguere il colonialismo, un sistema di governo basato sulla gestione delle differenze ma che non è necessariamente razzista per definizione, dalla colonialità del potere moderno, che è invece inconcepibile senza tener conto del concetto di razza e del fenomeno del razzismo. Il ruolo centrale del razzismo all'interno del sistema capitalista mondiale spiega quindi la pervasività e la persistenza dell'Eurocentrismo: l'Eurocentrismo, e di conseguenza la mappa del mondo sopra descritta, è inseparabile da un sistema di conoscenza che opera una distinzione tra diversi colori della pelle (nero, rosso, giallo, mulatto, etc.) sempre a partire da un immaginale⁵⁶ colore di pelle europeo identificato come "bianco." Non esiste pelle nera o pelle rossa se non in rispetto a uno sguardo bianco, così come non esiste un "Medio Oriente" senza lo sguardo eurocentrico che identifica Greenwich come il punto focale attraverso il quale trasformare un globo in una mappa bidimensionale con l'Europa al suo centro.

Che il bianco e il nero siano i due colori sulla base dei quali classificare tutti gli altri è una caratteristica del pensiero razziale fin dalle sue origini. In un lavoro del 1777 dal titolo «Delle Diverse Razze di Uomini,» Immanuel Kant afferma esplicitamente che «negri e bianchi sono le due razze di base», mentre tutti gli altri colori (giallo-olivastro, marrone, rosso rame) risultano dalla loro combinazione causata dalle diverse influenze climatiche⁵⁷. Questo è un testo cruciale nella storia del pensiero razziale poiché tra i primi a riconoscere che, nonostante tutti gli esseri umani facciano parte di una stessa specie (quella umana per l'appunto), essi debbano tuttavia essere classificati a seconda della loro diversa appartenenza razziale. Qui Kant definisce la razza come quelle «deviazioni preservate di generazione in generazione e per molte generazioni e che avvengono in conseguenza di migrazioni (spostamenti verso nuove regioni) o attraverso incroci con altre deviazioni dalla stessa linea di discendenza»⁵⁸. «Le deviazioni», a loro volta, sono definite come «differenze ereditarie che troviamo in animali che appartengono ad una singola linea di discendenza»⁵⁹. Il concetto di razza risulta così inscritto nel campo dei tratti ereditari e della biologia, mentre il colore della pelle, le cui diverse gradazioni Kant attribuisce ai diversi livelli di ferro nel sangue, diventa il tratto caratteristico per distinguere tra le varie razze. Kant scrive:

⁵⁶ Per immaginale va inteso ciò che è fatto di immagini, intese come rappresentazioni (ri-presentazioni) che sono presenze in sé stesse in quanto possono essere conscie o inconscie. Per una discussione più approfondita della nozione di immaginale e la sua rilevanza politica, vedasi C. BOTTICI, *Imaginal Politics. Images beyond the Imagination and beyond the Imaginary*, New York, 2014.

⁵⁷ I. KANT, *On The Different Human Races*, 2000[1777], in R. BERNASCONI ROBERT E T. LOTT, *The Idea of Race*, cit., p. 12, p. 20. Traduzione degli autori.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 9.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 9.

«Ci spieghiamo le diverse colorazioni di diverse piante sulla base della variazione del contenuto di ferro in certi loro succhi. Allo stesso modo, dal momento che il sangue di tutti gli animali contiene ferro, nulla ci impedisce di spiegare i diversi colori delle razze umane con riferimento alle stesse cause. Possiamo quindi supporre che l'acido cloridrico, o l'acido fosforico, o il contenuto alcalino volatile dei vasi sanguigni della pelle riflettano rosso, nero, o giallo nelle particelle di ferro nel reticolo. Nel caso delle persone di pelle bianca, tuttavia, questi acidi ed il contenuto alcalino volatile non vengono in alcun modo riflessi poiché il ferro nei fluidi corporei è stato dissolto, il che dimostra il perfetto mescolamento di questi fluidi e la forza di questo ceppo umano rispetto a tutti gli altri»⁶⁰.

Kant non offre nessun'altra spiegazione del perché tali acidi ed il contenuto alcalino non verrebbero in alcun modo riflessi nelle persone di carnagione chiara, ed arriva persino ad ammettere che le sue opinioni sulla questione della composizione del sangue sono solamente «preliminari»⁶¹. Ciononostante, il colore bianco viene identificato come la norma dalla quale tutti gli altri colori sono derivati. Secondo Kant, infatti, siccome la parte della terra dotata della più fortunata combinazione di regioni calde e regioni fredde sarebbe quella che si trova tra i 32 ed i 53 gradi di latitudine nord, ossia esattamente la zona dove è collocato il «Vecchio Mondo», è proprio in questa zona che dovremmo trovare quegli esseri umani «che meno di tutti si allontanano dalla loro forma originale» e che perciò possiamo presumere siano «ben predisposti a spostarsi in qualsiasi altra regione della terra»⁶². Il «Vecchio Mondo» quindi ci appare vecchio poiché, secondo la classificazione di Kant, i popoli che lo abitano sarebbero anche più antichi⁶³. Ora, dal momento che, secondo Kant, in queste regioni vi troviamo soprattutto abitanti bianchi e bruni, questi ultimi devono essere considerati la prima radice genealogica degli esseri umani come *specie*, mentre la «più immediata deviazione nordica ad essersi sviluppata da questa forma originale» sarebbe secondo Kant il tipo «nobile biondo»⁶⁴. A partire da questa radice, Kant sviluppa una classificazione completa di quattro fondamentali razze umane basata sul colore della pelle e sulle cause naturali che lui stesso identifica come responsabili delle loro origini, presumibilmente per la loro influenza sui fluidi corporei: «Prima razza: Biondo Nobile (Nord Europa), dal freddo umido; Seconda razza: Rosso Rame (America) dal freddo secco; Terza razza: Nero (Senegambia) dal caldo umido; Quarta razza, Giallo olivastro (Asiatici-Indiani) dal caldo secco»⁶⁵.

È importante notare che Kant, famoso per non aver mai lasciato la sua nativa Königsberg, elaborò la sua classificazione degli esseri umani in quattro razze fondamentali basando la sua teoria sulla biologia e sui resoconti di viaggiatori, missionari e mercanti europei coinvolti nel commercio mondiale, laddove quest'ultimo includeva ovviamente anche la proficua tratta degli schiavi. È grazie a testi come questo che il colore della pelle divenne un ingrediente cruciale del moderno concetto di razza, concetto che ancora oggi è definito prevalentemente in termini di differenze essenziali tra gruppi umani⁶⁶. Si noti come

⁶⁰ *Ibid.*, p. 19.

⁶¹ *Ibid.*, p. 19.

⁶² *Ibid.*, pp. 19-20.

⁶³ *Ibid.*, p. 20.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 20.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 20.

⁶⁶ Lentin offre questa sintetica definizione di razza, ma introduce una distinzione tra naturalismo razziale e storicismo razziale, chiarendo così che, pur avendo abbandonato le connotazioni biologiche delle primissime elaborazioni, il concetto di razza è sopravvissuto (A. LENTIN, *Racism. A Beginner's Guide*, Oxford, 2008, p. 23). Elaborando sulla sua definizione e la sua incorporazione dello storicismo razziale, suggeriamo di definire la

la capacità lavorativa, di ovvio e cruciale interesse per i mercanti europei autori di tali resoconti, sia esplicitamente invocata da Kant. Ad esempio, parlando dei nativi americani, Kant osserva che questi mostrano una «potenza di vita semi estinta,» probabilmente a causa del clima freddo di quella regione, diametralmente opposto al clima caldo umido delle zone di sviluppo della razza Negra. Per Kant, infatti, «il Negro, forte, in carne ed agile, è ben adattato al suo clima» ma diventa poi «pigro, indolente ed inerte» per via dell'abbondanza della sua terra natia, suggerendo come debba essere trasportato in altri climi per ritrovare l'originaria forza ed agilità⁶⁷. A riprova di questa differenza tra corpi a pelle rossa e corpi a pelle nera, Kant offre il seguente esempio:

«Per darvi un solo esempio, gli schiavi rossi (i nativi-americani) in Suriname sono usati solamente per lavori domestici, poiché troppo deboli per lavorare nei campi. Vi è quindi bisogno di Negri per questo tipo di lavoro. Le difficoltà in questo caso, dunque, non sono causate dalla mancanza di misure coercitive, ma dalla scarsa abilità e resistenza delle popolazioni native»⁶⁸.

Kant non indica una fonte per questo esempio, ma non è difficile immaginare che debba provenire da autori particolarmente attenti alle necessità lavorative⁶⁹. Mentre l'attitudine al lavoro fisico diventa quindi indicazione di un'innata predisposizione alla schiavitù, Kant, in altri luoghi, fa anche riferimento alla capacità di astrazione come ulteriore criterio di classificazione razziale. Come evidenziato da Van Norden, Kant usa anche la capacità di pensiero astratto come ulteriore criterio per suddividere le razze in un ordine gerarchico, distinguendo così tra coloro che sono capaci di pensiero filosofico e coloro che non lo sono. Secondo Kant:

1. «La razza bianca ha in sé stessa ogni talento e ragione».
2. «Gli indù...hanno un forte desiderio di calma e sembrano tutti filosofi. Ciononostante, sono molto inclini alla rabbia e all'amore. Possono così essere educati ai più alti livelli, ma solo nelle arti e non nelle scienze. Non raggiungeranno mai concetti astratti.»
3. «La razza dei Negri...[è] ricca di emozione e di passione, molto vivace, chiacchierona e vanesia. Può essere educata, ma solo come servitù, vale a dire, può essere addestrata».
4. «I popoli [indigeni] americani non sono educabili; poiché mancano di emozione e passione. Non hanno desiderio sessuale e sono quindi infertili. Quasi non parlano...non hanno alcun interesse e sono pigri»⁷⁰.

Se a ciò aggiungiamo che secondo Kant, «in tutto l'Oriente non esiste alcuna filosofia» giungiamo alla sorprendente conclusione che cinesi, indiani, africani e popoli indigeni americani sarebbero congenitamente incapaci di filosofia⁷¹, mentre i popoli bianchi vi sarebbero naturalmente portati. Il concetto di razza funziona qui come una sorta di

razza in termini di differenze ereditarie fisse tra diversi gruppi, suggerendo così che si possa considerare che tale trasmissione ereditaria avvenga sia biologicamente che storicamente, od una commistione delle due.

⁶⁷ I. KANT, *On The different Human Races*, cit., p. 17.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 17.

⁶⁹ In E. E. WILLIAMS, *Slavery and Capitalism*, cit., ai capitoli 1-2 è rintracciata nella creazione del capitalismo moderno l'origine della retorica dell'"idoneità" e della "naturale abilità" degli schiavi Neri a lavorare in condizioni dure e ad alte temperature. Poiché la servitù debitoria e gli schiavi nativi americani si rivelarono insufficienti, era necessario trovare una nuova giustificazione per lo sfruttamento massivo dei corpi Neri e quest'ultima fu identificata nelle qualità naturali a cui Kant fa riferimento.

⁷⁰ Citato in B. W. VAN NORDEN, *Taking Back Philosophy: A Multicultural Manifesto*, New York, 2017, pp. 21-22.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 22-23.

criterio ontologico per la creazione di “annunci di lavoro,” e, in particolare, uno secondo il quale la razza europea sarebbe la più portata per il pensiero astratto ed il lavoro intellettuale, mentre tutte le altre presenterebbero tratti tali da renderle adatti ai diversi tipi di lavoro principalmente manuale.

Abbiamo deciso di insistere sul linguaggio biologico adoperato da Kant nella sua elaborazione del concetto di razza poiché, nel dibattito politico pubblico europeo quantomeno, tendiamo a considerare tale biologismo come completamente superato. Sin dai primi anni Cinquanta (con la Dichiarazione sulla Razza e i Pregiudizi Razziali dell’UNESCO), il termine razza fu considerato come scientificamente infondato, proprio in luce delle sue connotazioni biologiche, e come quindi un concetto spurio, e quindi da evitare nel dibattito politico. Tuttavia, come osservato da Alana Lentin, il concetto di razza, bandito dalla sfera pubblica sin dal dopoguerra, è tuttavia sopravvissuto sotto altri nomi e pratiche, quali quello di origine etnica, civilizzazione, o persino cultura⁷². Se il termine razza è stato sepolto, è stato certamente sepolto vivo, perché costantemente riprodotto dall’istituzione al centro dell’organizzazione politica della modernità europea: lo stato sovrano. È infatti a quest’ultimo che la storia del razzismo è intimamente legata⁷³.

Ad esempio, si tende a dimenticare che l’idea di un senso biologico di appartenenza è costantemente riprodotta tramite l’istituzione della cittadinanza, un’istituzione che sta alla base delle fondamenta stesse dei moderni stati-nazione. Tuttavia, sin dai tempi della Dichiarazione dei Diritti dell’Uomo e del Cittadino nella Francia del 1789, è riscontrabile una tensione tra le aspirazioni universali del linguaggio dei diritti umani e il particolarismo della cittadinanza, tensione ben evidente nel fatto che la protezione dei diritti è assicurata solamente a coloro che appartengono a uno specifico stato, così che, come ben messo in evidenza da Hannah Arendt, la questione cruciale del nostro tempo diventa quella del diritto di avere diritti⁷⁴. Il sistema statale attuale costantemente riproduce l’apparato concettuale razziale, dal momento che nella maggior parte degli stati-nazione europei la cittadinanza è tutt’oggi definita sulla base di una combinazione di *jus soli* (lo *jus* del territorio) e *jus sanguinis* (lo *jus* del sangue). Vale a dire che il criterio di appartenenza ad uno stato-nazione europeo è nella maggioranza dei casi un misto tra i diritti che una persona acquisisce in virtù della sua presenza in un territorio (*jus soli*) e la discendenza di sangue (*jus sanguinis*), con alcuni stati UE dove la cittadinanza è invece esclusivamente basata sullo *jus sanguinis*⁷⁵. Questo significa che, in alcuni casi, una persona può ottenere la cittadinanza europea automaticamente in virtù del fatto che entrambi i suoi genitori siano cittadini europei, ossia in virtù del fatto che quella persona abbia così biologicamente sviluppato del “sangue” europeo, pur non avendo mai vissuto in quel territorio. Al contrario, esistono paesi Europei dove, se una persona non possiede “sangue” europeo, non ha accesso alla relativa cittadinanza, pur nel caso di coloro che hanno sempre vissuto in quel territorio (*jus soli*). Si noti inoltre che anche la semplice opposizione dei due termini latini può essere fuorviante: anche lo *jus soli* infatti include un elemento biologico dal momento che, molto spesso, il criterio per accedere alla cittadinanza per mezzo dello *jus soli* è il fatto stesso di

⁷² Per una discussione della dichiarazione UNESCO e dell’idea di “razzismo senza razza,” vedasi A. LENTIN, *Racism*, cit., p. 92.

⁷³ *Ibid.*, pp. 15-23.

⁷⁴ Secondo Arendt, chi non è cittadino di uno stato sovrano non ha diritti (H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, Boston, 1973, pp. 267-304).

⁷⁵ Per materiale comparativo sulla cittadinanza europea e sulla cittadinanza in Europa, vedasi: <http://eudocitizenship.eu/> e <http://globalcit.eu>.

essere *nato* in un certo paese piuttosto che in un altro. Ancora una volta, quindi, non è tanto la residenza che conta, quanto l'evento biologico della nascita all'interno di un territorio, come se questo evento biologico (il nascere) potesse di per sé trasmettere un sangue più o meno europeo.

Spesso siamo portati a pensare che la cittadinanza sia un'istituzione universale e che definire l'appartenenza politica in termini del proprio luogo di nascita (o del sangue dei propri genitori biologici) sia un fatto normale. Ma l'istituzione della cittadinanza non è universale e, nella stessa Europa, è un fatto storico relativamente recente⁷⁶. Questo non vuole dire che i secoli che hanno preceduto il suo emergere fossero necessariamente tempi migliori, ma semplicemente che l'istituzione della cittadinanza è un fatto storico, e, in particolare, uno che è intimamente legato alla storia dello stato moderno e alla sua logica di esclusione che divide il territorio secondo un dentro ed un fuori. Nella voce "Cittadino," scritta dal filosofo Denis Diderot per l'*Encyclopédie*, testo chiave e simbolo dello spirito illuminista europeo, Diderot cattura bene questa duplice natura della cittadinanza. «I cittadini» scrive, «in qualità di cittadini, vale a dire nelle loro società, sono tutti egualmente nobili»⁷⁷. Sebbene Diderot voglia qui enfatizzare come, tramite la cittadinanza, la nobiltà sia stata estesa a tutti i cittadini appartenenti ad una data comunità, si può anche leggere questo passo nella direzione esattamente opposta: con l'istituzione della cittadinanza moderna, da un lato, la nobiltà viene estesa da una sola casta ad un'intera classe, ma, dall'altro, lo stesso meccanismo di esclusione viene così adesso trasferito ad un altro confine: non più quello dal lignaggio familiare, bensì quello all'appartenenza politica. Vi è un connubio tra la visione razziale del mondo e l'istituzione moderna dello stato sovrano, e tale connubio è stato esportato in tutto il mondo attraverso l'istituzione della cittadinanza. Quella che, vista dall'interno di uno stato-nazione quale la Francia di Diderot, potrebbe sembrare un'istituzione universalizzante, risulta immediatamente particolarizzante se vista dall'esterno, ed in particolare, dal punto di vista delle sue colonie. I cittadini francesi liberi erano la "nobiltà" dei tempi moderni di Diderot poiché godevano di privilegi negati a persone di altra discendenza (e, non dimentichiamolo, di altro genere).

Se ora consideriamo il fatto che, sin dalla fine della seconda guerra mondiale, il mondo intero è stato diviso in stati sovrani e che non esiste neanche un singolo luogo sulla terra che non sia soggetto ad uno stato sovrano, non pare eccessivo affermare, con Fanon, che ciò che divide il nostro mondo è innanzitutto la nostra specie, ossia la "razza" alla quale ciascuno di noi appartiene⁷⁸. Ben prima di Quijano, Fanon aveva infatti sottolineato che la connessione tra la divisione internazionale del lavoro e la classificazione razziale dei popoli della terra è un prodotto del colonialismo europeo⁷⁹. Secondo Fanon, nelle «[colonie], l'infrastruttura economica è pure una superstruttura. La causa è conseguenza: si è ricchi perché bianchi, si è bianchi perché ricchi. Perciò le analisi marxiste devono essere

⁷⁶ E. MENDIETA, *Jus Soli versus Jus Sanguinis: On the Grounds of Justice*, in A. REED-SANDOVAL e L. R. DÍAZ CEPEDA (a cura di), *Latin American Immigration Ethics*, (forthcoming), 2020, p. 8.

⁷⁷ E. MENDIETA, *Jus Soli versus Jus Sanguinis*, cit. p. 10. Sebbene Mendieta lo cita come un esempio del potenziale emancipatorio della cittadinanza moderna, con la sua «democratizzazione dello spirito di nobiltà per tutti i cittadini» è bene contestualizzare tale effetto ed esaminarlo dal punto di vista di coloro che ne sono esclusi.

⁷⁸ F. FANON, *I dannati della terra*, cit., p. 7.

⁷⁹ Lo storico del Trinidad Eric E. Williams, in un suo importante lavoro spesso dimenticato, fa notare come il razzismo sia emerso a giustificazione del crescente uso di schiavi nel commercio atlantico. Per Williams, è il capitalismo che coltiva il razzismo (E. E. WILLIAMS, *Slavery and Capitalism*, cit.).

sempre leggermente ampliate ogni volta che si affronta il problema coloniale»⁸⁰. Rispetto a Quijano, in Fanon troviamo non solo un'analisi del legame tra schemi razziali e capitalismo mondiale, ma anche un'enfasi, come già evidenziato, sul riflesso di tali meccanismi sull'inconscio sociale. E, dal momento che la divisione capitalista del lavoro è globale, ne consegue che gli schemi inconsci che la sostengono devono essere anch'essi ugualmente globali.

Già nel 1961 Fanon poteva osservare che «il colonizzato, l'uomo sottosviluppato sono oggi animali politici nel senso più planetario del termine»⁸¹. Il termine planetario va qui preso alla lettera. Una volta assunta la prospettiva del colonizzato, e dunque dell'intera divisione internazionale del lavoro che il concetto di razza prese ad indicare, non si può che prendere l'intero globo come quadro dell'analisi. Con ciò non intendiamo suggerire che esista un inconscio globale razzista che funziona nello stesso modo in tutto il mondo. Seppure Fanon utilizzi la nozione di inconscio collettivo nell'analizzare il complesso del colonizzato, egli è altresì attento a sottolineare come quest'ultimo vari considerevolmente da un contesto all'altro. Seguendo il ragionamento di Fanon, diviene così necessario analizzare le strutture che perpetrano il razzismo tramite un *framework* potenzialmente globale, ma con la necessaria attenzione alle specificità di ogni singolo contesto.

4. *Dalla politica coloniale del passato alla necropolitica del presente*

La nozione di *coloniality of modern power* sviluppata da Quijano prevalentemente in riferimento all'America Latina può essere estesa anche ad altre ex-colonie e senza dubbio a quelle situate al confine mediterraneo del sud dell'Europa. Negare la maturità intellettuale e civica delle popolazioni indigene del Nord Africa e del Medio Oriente era una pratica comune da parte delle nazioni colonizzatrici europee. In particolare, nel periodo fra le due guerre furono creati diversi tipi di mandati per la Società delle Nazioni, mandati espressamente basati sul calcolo della presunta abilità che ciascuna colonia aveva di raggiungere o meno l'indipendenza. Mandati A, B, o C furono creati in base al presunto grado di "predisposizione" per l'auto-governo, così da giustificare la continuazione di pratiche coloniali da parte di potenze europee, fra cui spiccano Francia, Inghilterra, Germania ed Italia. Albert Memmi, nel suo *Portrait du colonisé* (pubblicato nel 1956) descrive la maniera in cui i colonizzatori europei perpetrarono il mito dell'immaturità dei colonizzati attraverso meccanismi simbolici come l'equiparazione dei colonizzati a una società adolescente⁸², mentre, in parallelo, i colonizzati perdevano gradualmente la speranza di sentirsi cittadini a pieno diritto. Il punto di vista dei colonizzatori fu interiorizzato a tal punto da diventare la norma: molti dei colonizzati finirono per considerare le loro società come davvero "immature" e dunque incapaci di auto-governarsi⁸³. L'infantilizzazione delle società indigene è una pratica coloniale che ha alimentato il senso di differenza biologica e culturale, riproducendo forme di razzismo strutturale a diversi livelli.

⁸⁰ F. FANON, *I dannati della terra*, cit., p. 7.

⁸¹ *Ibid.*, p. 43.

⁸² e.g., A. MEMMI, *The Colonizer and the Colonized*, New York, 1965, p. 98.

⁸³ *Ibid.*, p. 96. Qualcosa di simile è espresso nella celebre teoria del Neopatriarcato di H. Sharabi (H. SHARABI, *Neopatriarchy. A theory of distorted change in Arab society*, Oxford, 1988).

La combinazione di religione e fenotipi evidenziata da Quijano nel caso delle Americhe è difatti presente anche negli incontri tra gli europei e le popolazioni nordafricane. La comune origine cristiana dei vari coloni europei, che fossero cattolici o protestanti, veniva percepita in opposizione all'identità musulmana della maggior parte delle popolazioni locali. Non a caso l'impero francese creò in Algeria un sistema di cittadinanza su più livelli basato sulla religione, contrapponendo cristiani (cittadini di prima classe) ed "indigeni" (cittadini di seconda se non addirittura di terza classe)⁸⁴. La presenza di alcuni ebrei in queste colonie, in un periodo nel quale gli ebrei europei stavano cercando l'assimilazione nelle metropoli, aggiunse una seconda divisione arbitraria, basata appunto sull'essere bianchi. Gli ebrei, seppur ancor più indigeni degli arabi musulmani dal punto di vista storico⁸⁵, furono considerati "bianchi" e, con il famigerato Decreto Crémieux del 1870, divennero cittadini francesi a pieno titolo. Un gradiente di superiorità espresso su una scala che andava dal bianco al nero si estendeva così dalla metropoli europea sino all'Africa, riproducendo quel traumatico complesso del colonizzato che Frantz Fanon ha catturato così bene nel suo *Pelle Nera, Maschere Bianche*. Questo complesso è basato su una dicotomia tra nero e bianco dove questi ultimi funzionano come estremi di uno spettro che include una serie di variazioni. Fanon offre diversi esempi di questo complesso e del razzismo esistente nel contesto coloniale stesso. Racconta ad esempio come agli abitanti delle Antille tra cui lui stesso era cresciuto venisse insegnato a guardare quei «selvaggi Senegalesi» dall'alto in basso, e di come fu sorpreso «nello scoprire che i nordafricani disprezzassero gli uomini di colore,» ossia persone dalla pelle più scura della loro⁸⁶. Tutt'oggi, il colore della pelle rimane un formidabile apparato di classificazione dei corpi, tanto che, parafrasando Fanon, potremmo dire che, anche nelle post-colonie del Nord-Africa, più sei bianco, più sei ricco, e viceversa.

Si pensi al ruolo che il concetto di cittadinanza ha giocato nel Nord Africa, come meccanismo di produzione e riproduzione di una visione razziale del mondo. L'Algeria è un caso emblematico, che mostra come un'analisi coloniale-critica della storia della cittadinanza francese nel periodo della decolonizzazione (e della costruzione europea) possa fare luce sul generale meccanismo di esclusione che la cittadinanza rappresenta per chi non è cittadino, ma anche per coloro che sono, per così dire, cittadini di serie B. Todd Shepard ha messo in luce proprio la violenza di questo meccanismo di classificazione legale, con il pesante retaggio della decolonizzazione tutt'ora vivente nel contesto francese⁸⁷. Nel suo libro *The Invention of Decolonization*, Shepard ricostruisce come, in un drammatico dietrofront alla fine della Guerra d'Algeria nel 1962, la Francia, che si era rifiutata di lasciare la colonia algerina ed aveva iniziato a perseguire politiche di assimilazione, aveva però creato nuove specifiche misure mirate a colpire gli algerini di fede musulmana, così da impedirne la migrazione verso la Francia metropolitana. A cosa fu dovuto questo brusco cambiamento di strategia? Nel diciannovesimo secolo, la Francia aveva disposto alcune misure che garantivano una forma di cittadinanza agli algerini disposti ad abbandonare i costumi religiosi locali. Nel periodo tra il 1865 e il 1919, un algerino di fede musulmana che avesse accettato il codice civile francese poteva quindi guadagnare l'accesso a posti di lavoro più prestigiosi e beneficiare quindi di alcuni diritti

⁸⁴ T. SHEPARD, *The Invention of Decolonization: The Algerian War and the Remaking of France*, Chicago, 2008.

⁸⁵ Da notare che il Nord Africa fu conquistato dagli arabi musulmani al tempo del Profeta, e che quindi le popolazioni ebraiche ed i berberi precedettero la presenza araba in quei territori.

⁸⁶ F. FANON, *Pelle nera*, cit., p. 109 ss.

⁸⁷ T. SHEPARD, *The Invention of Decolonization*, cit.

politici (seppur non gli stessi dei cittadini di prima classe quali i francesi “europei” o gli ebrei algerini, a cui il Decreto Crémieux aveva garantito la cittadinanza a pieno titolo). Ai musulmani dell’Algeria francese, tuttavia, non fu mai concesso di ottenere la piena *cittadinanza*, bensì soltanto, nel migliore dei casi, la *nazionalità* francese⁸⁸. Nel 1946 constatati gli scarsi risultati del processo di assimilazione⁸⁹, la Francia propose l’integrazione di tutti i suoi cittadini nell’*Union Française*, un ultimo disperato tentativo di preservare il suo impero sotto un nuovo nome. Tuttavia, in Nord Africa, l’intera popolazione musulmana in quanto membri dell’*Union Française*, non aveva alcuna voce in capitolo riguardo agli aspetti legali dell’auto-governo ed era quindi fortemente discriminata nella politica francese. Ad esempio, la rappresentanza dell’Algeria nell’Assemblea Francese fu basata fino al 1958 sul principio del “doppio collegio,” per il quale i coloni francesi e la popolazione ebraica (il primo collegio elettorale) eleggevano lo stesso numero di deputati che tutto il resto della popolazione algerina (il secondo collegio). Sebbene il numero di elettori fosse ben più ridotto nel caso del primo collegio (intorno ad un totale di 200.000 coloni) che del secondo (circa sette milioni di “algerini” in totale)⁹⁰, i due collegi inviavano lo stesso numero di deputati a *Palais Bourbon*, fornendo così un accesso assai ridotto alla rappresentanza politica per tutta la popolazione musulmana dell’Algeria. Questa era solo una delle tante istanze di razzializzazione dei soggetti musulmani, processo che raggiunse l’apice alla fine della Guerra d’Algeria⁹¹. Anche nel vicino protettorato tunisino, si adottarono simili schemi di discriminazione: i lavoratori europei e francesi ricevevano un salario del 30% più alto delle loro controparti tunisine (leggasi musulmane) – il cosiddetto “*tiers colonial*” in francese (o terzo coloniale)⁹². È sintomatico che i cosiddetti “Musulmani Francesi d’Algeria” (FMA), una categoria ufficiale della legge amministrativa francese nei dipartimenti algerini a partire dal 1944⁹³, non furono nemmeno consultati nel referendum dell’Aprile del 1962 che portò alla conclusione della Guerra d’Algeria⁹⁴.

In sintesi, negli anni Cinquanta e Sessanta i musulmani del Nord Africa furono bersaglio di misure legali ed amministrative volte ad impedirne l’accesso alla piena cittadinanza, mentre ad altri abitanti dell’Algeria coloniale, sebbene anch’essi non fossero

⁸⁸ Per un’analisi ed una descrizione dettagliate, vedasi T. SHEPARD, *The Invention of Decolonization*, cit., pp. 19-54.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 31.

⁹⁰ Vedasi per esempio https://www.persee.fr/doc/pop_0032-4663_1971_hos_26_1_4969 per cifre riguardanti la popolazione europea e locale nell’“Algeria francese”.

⁹¹ T. SHEPARD, *The Invention of Decolonization*, cit. p. 37, 42, nota n. 67.

⁹² L. ANDERSON, *The State and Social Transformation in Tunisia and Libya, 1830-1980*, Princeton, 1986, p. 148.

⁹³ T. SHEPARD, *The Invention of Decolonization*, cit. p. 41, p. 51.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 41, 94. L’apice di questa discriminazione confessionale contro i musulmani venne raggiunto con le misure che determinavano a chi sarebbe stato permesso di “ritornare” alla metropoli, ossia la Francia continentale. Vi erano due tipi di residenti nell’Algeria Francese: i “cittadini francesi” da un lato, e i residenti europei, che non godevano di diritti politici nel sistema francese. Il gruppo dei cittadini francesi era a sua volta diviso, come abbiamo già visto, in tre sottogruppi: cristiani, ebrei e musulmani. Gli ebrei erano prevalentemente trattati e considerati come cittadini francesi al 100% sin dal Decreto Crémieux, a parte una piccola minoranza nel Sahara algerino (i cosiddetti ebrei Mozabiti, probabilmente meno di 1.000 persone) che nel diciannovesimo secolo si era rifiutata di rinunciare alle loro leggi e a cui nel 1961 fu garantita la piena cittadinanza francese. Erano quindi “*rapatriés*”, come i musulmani “franco-algerini.” Musulmani che, come abbiamo visto, erano considerati cittadini di seconda classe e a cui non era permesso di accedere al continente europeo, dove nella migliore delle ipotesi erano considerati “*réfugiés*” (T. SHEPARD, *The Invention of Decolonization*, cit., Ch. 9 «*Rejecting the Muslims*»). Agli europei non-francesi residenti in Algeria fu invece concesso l’accesso alla Francia, su basi confessionali, sebbene non vi fossero ragioni legali per garantirgli il privilegio di poter “ritornare” in Francia. (T. SHEPARD, *The Invention of Decolonization*, cit., pp. 224-247).

francesi, fu offerto supporto per il rimpatrio in virtù del fatto che erano “europei.” Queste misure, che sancivano l'esistenza di una cittadinanza di serie B e che confermavano un'opposizione legale tra europei, da un lato, e musulmani dall'altro, rinforzarono lo sviluppo di un inveterato senso di inferiorità, ossia ciò che Fanon ha chiamato il complesso del colonizzato⁹⁵.

Seppur la fine dell'impero coloniale sia un evento relativamente distante nella storia, molti commentatori sostengono che lo specifico bersagliamento di migranti musulmani e nordafricani da parte delle forze di polizia e nel dibattito pubblico nell'Europa contemporanea sia in perfetta continuità con questa lunga storia di governo coloniale basato sulla differenza. Insomma, ancora oggi conviviamo con il periodo e le pratiche coloniali. Quando nel novembre 2015 il presidente Hollande dichiarò “lo stato d'emergenza” dopo gli attacchi di Parigi, lo fece attraverso una categoria legale le cui origini risalgono proprio al tempo della Guerra d'Algeria (al marzo 1955 per essere precisi)⁹⁶. Analogamente, dopo gli episodi di molestie sessuali avvenute a Colonia la notte di San Silvestro tra il 2015 e il 2016, abbiamo assistito ad una recrudescenza di rappresentazioni dei “nordafricani” come individui iper-sessualizzati, sostanzialmente disturbati, che costituiscono una minaccia per l'ordine pubblico europeo⁹⁷. Senza dubbio, la “guerra globale contro il terrorismo” post-undici settembre ha contribuito alla diffusione del mito di uno scontro tra l'Islam e l'Occidente⁹⁸. Altri episodi a livello nazionale hanno ulteriormente contribuito al processo di costruzione di una presunta “identità europea comune” che si suppone minacciata dai migranti in generale ed in particolare da quelli di origine musulmana.

In sintesi, quando Frantz Fanon affermava che l'Europa fosse «letteralmente una creazione del Terzo Mondo»⁹⁹, voleva indicare molto di più che l'origine del benessere europeo tramite il semplice saccheggio di beni materiali e lo sfruttamento della manodopera delle colonie. I contesti coloniali e di decolonizzazione contribuirono altresì alla costruzione di una certa idea di cittadinanza fortemente radicata nell'islamofobia e nel razzismo. Nel suo più recente lavoro, *Sex, France, and Arab Men* (2017), Todd Shepard evidenzia un ulteriore retaggio della decolonizzazione, ossia l'immagine del musulmano come sessualmente aggressivo, percepito come un pericolo per le donne francesi, e quella parallela dell'arabo omosessuale, percepito invece come una minaccia all'ordine culturale eteronormativo europeo. Quest'immagine stereotipata dell'uomo arabo sessualmente aggressivo fu proposta per la prima volta da formazioni sociali opposte alla decolonizzazione dell'Algeria, in particolare l'*Organisation de l'Armée Secrète* (OAS, un gruppo di ufficiali dell'esercito che si opponeva all'accondiscendenza di de Gaulle rispetto alla decolonizzazione allora in corso). *Europe Action* era una pubblicazione che offriva punti di vista razzisti ed omofobi riguardo i musulmani francesi in Algeria, una rivista spesso associata all'“orientalismo sessuale” ed alle paure verso il musulmano (generalmente

⁹⁵ Per Shepard, questo significa che l'“Islam” è legalmente connesso alla Francia dal 1962 in poi. Altri autori insistono che questo bersagliamento dell'Islam possa essere datato sino addirittura al diciannovesimo secolo. Ad ogni modo, è evidente che precedenti norme di differenza coloniale costituirono la base per la successiva istituzione di una distinzione legale tra europei e musulmani.

⁹⁶ J. SERENI, *L'état d'urgence en France, de l'Algérie coloniale à aujourd'hui*, in *Orient XXI*, 2015, <https://orientxxi.info/magazine/l-etat-d-urgence-en-france-de-l-algerie-coloniale-a-aujourd-hui>.

⁹⁷ J. DAKHLIYA, *L'Algérie à Cologne: un emballement français*, in *Vacarme 80*, 2017, disponibile a: <http://www.vacarme.org/article3030.html>.

⁹⁸ C. BOTTICI E B. CHALLAND, *The Myth of the Clash of Civilizations*, London, 2011.

⁹⁹ F. FANON, *I dannati della terra*, cit., p. 60.

maschio) percepito come sessualmente aggressivo¹⁰⁰. La continuità di questo immaginario conservatore sino al presente, con l'FLN di Jean-Marie e Marine Le Pen, ed altri intellettuali della *Nouvelle Droite*, come Alain de Benoist, che continuano ad animarlo, ha contribuito a nutrire l'immagine xenofoba di una Francia e di un'Europa sotto attacco, come ben mostrato da Shepard nella sua analisi della lunga storia coloniale Europea. La formulazione originale della teoria del “*grand remplacement*” (la grande sostituzione), usata al giorno d'oggi da suprematisti bianchi e da terroristi che bersagliano i musulmani in tutto il mondo¹⁰¹, proviene da Renaud Camus, giornalista e saggista le cui idee si definirono nel contesto degli anni Settanta post-Guerra d'Algeria¹⁰². Secondo questa teoria, la stessa esistenza dell'Europa sarebbe minacciata dal nutrito e sostenuto flusso di migranti musulmani e di colore, un flusso ben presto destinato a rimpiazzare l'intera popolazione bianca.

In sintesi, non è quindi possibile capire come gli Europei percepiscano oggi se stessi senza tenere conto della lunga storia del colonialismo europeo¹⁰³. Dalla Francia, è possibile infatti estendere considerazioni simili a quelle sopra esposte ad altre parti dell'Europa, come il Regno Unito, dove si è recentemente assistito ad un proliferare di discorsi razzisti, come il “Fiume di Sangue” di Enoch Powell, e l'odio verso l'immigrazione di origine giamaicana¹⁰⁴. Il mito di un'identità europea comune e condivisa è basato sull'immagine fantasmatica di un'opposizione tra “bianchi” e “persone di colore” mito fondatore della storia coloniale europea. Arabi, turchi o “nordafricani” (anche quando questi ultimi sono cittadini regolari francesi, spagnoli o tedeschi) sono costantemente presi di mira da considerazioni xenofobe che li dipingono come dei reietti, delle minacce, o delle vite di minor valore solo in virtù del fatto di non essere “bianchi”. Chiunque desideri parlare di un “Europa post-razziale” sulla base del fatto che, dopo la Seconda Guerra mondiale, il concetto di razza è stato largamente bandito dal dibattito pubblico, dovrebbe considerare la maniera in cui altre categorie, quali la civilizzazione¹⁰⁵, l'etnia, o la stessa cittadinanza, ricoprono oggi lo stesso ruolo che teorie razziali di tipo biologico svolgevano in passato. Il termine “razza” potrà ben essere stato espulso dalla sfera pubblica europea, ma la sua sostanza è costantemente praticata nella regolamentazione dell'accesso ai suoi confini.

La cosiddetta “crisi migratoria” attuale, che è anzitutto una “crisi” proprio dal punto di vista di questa supposta identità bianca (visto che in tutto il mondo si sono sempre verificate migrazioni su larga scala, incluse migrazioni di portata ben più significativa di quella attuale verso i paesi europei), deve essere letta come un ennesimo episodio in questa lunga storia coloniale. Dalla “crisi migratoria” del 1991, con le immagini scioccanti della nave Vlora ricolma di albanesi a cui fu negato l'ingresso alla città di Bari, dal flusso di rifugiati della guerra in Jugoslavia, fino agli interminabili dibattiti sull'accettazione di qualche migliaia di migranti nell'ultimo decennio, inclusi i provvedimenti illegittimi usati del

¹⁰⁰ T. SHEPARD, *Sex, France & Arab Men 1962-1979*, Chicago, 2017, pp. 19-41, p. 282.

¹⁰¹ Ad esempio, i recenti attacchi di Christchurch in Nuova Zelanda nel marzo 2019, o quello di El Paso, nell'agosto 2019. Per i riferimenti al *grand replacement* nella sparatoria di El Paso, vedasi «Minutes Before El Paso Killing, Hate-Filled Manifesto Appears Online.» *The New York Times* (3 agosto 2019).

¹⁰² T. SHEPARD, *Sex, France & Arab Men*, cit., pp. 125-129; pp. 282-284.

¹⁰³ M. H. DAVIS e T. SERRES, *North Africa and the Making of Europe: Governance, Institutions and Culture*, London, 2018. P. HANSEN e S. JONSSON, *Eurafrica. The Untold History of European Integration and Colonialism*, London, 2014.

¹⁰⁴ P. GILROY, *There Ain't No Black in the Union Jack!: The Cultural Politics of Race and Nation*, Chicago, 1987.

¹⁰⁵ Per una critica dell'Europa post-razziale, vedasi A. LENTIN, *Why Race Still Matters*, Cambridge, 2020.

ministro italiano Matteo Salvini per criminalizzare la solidarietà nel Mediterraneo¹⁰⁶, si è visto come sia gli stati europei, sia l'Europa, hanno per anni svolto questo ruolo di amministrazione delle opportunità di sopravvivenza dinanzi al rischio di morte.

A fronte delle centinaia di migliaia di migranti che hanno tentato di raggiungere l'Europa, l'UE ha spesso preferito lasciare che queste persone perissero lungo il loro tragitto, o chiudere un occhio dinanzi alle attività delle unità paramilitari che vivono del traffico di rifugiati verso o attraverso la Libia¹⁰⁷. L'uso del termine "necropolitica" pare quindi ben appropriato a descrivere queste situazioni. Mbembe, originariamente, ha coniato questa espressione per indicare che il potere sovrano moderno è, in generale, molto più di ciò che Foucault chiama biopotere. Per Mbembe, il termine necropolitica è complementare al biopotere e ci permette di comprendere come le armi creino dei "deathworlds", ossia dei luoghi per i morti viventi¹⁰⁸. Nello stesso articolo, viene poi esplorata la specificità dei contesti coloniali per quanto concerne la necropolitica: è in tali contesti che i soggetti razzializzati ne hanno affrontato le peggiori conseguenze¹⁰⁹. Per Mbembe, in particolare, «l'occupazione coloniale attuale della Palestina costituisce la forma più compiuta di necropolitica»¹¹⁰. Proseguendo il suo ragionamento, e sviluppandolo ulteriormente, vorremmo qui sostenere che anche nel contesto "post-coloniale" dei confini dell'Europa (che certo non ha superato il colonialismo), la violenza e l'ineguaglianza, intese in termini di opportunità che una persona possiede di sfuggire alla morte, continuano ad essere distribuite tutt'altro che uniformemente. Se nel periodo degli imperi coloniali europei, i coloni europei godevano sistematicamente di una particolare protezione, e registravano quindi tassi di mortalità molto più bassi dei colonizzati, tale funzione viene oggi espletata dalla "Fortezza Europa", che come abbiamo sottolineato, continua ad essere produttrice di altrettante disuguaglianze. In questo lavoro quindi usiamo il termine "necropolitica" per indicare una "politica della morte"¹¹¹ non uniforme, e, in particolare, il relativo apparato biopolitico che offre differenti traiettorie di vita a seconda di come questa sia situata rispetto alla prospettiva di una morte prematura.

Il termine "Fortezza Europa" ricorre spesso nelle critiche delle politiche europee mirate ad impedire l'accesso ai migranti situati ai suoi confini meridionali ed orientali¹¹². L'anno 1999 rappresentò un punto di svolta, poiché fu allora che l'UE adottò misure condivise per fermare la migrazione dai Balcani e dal Nord Africa¹¹³. Strumenti più recenti, come ad esempio Frontex, non sono altro che la continuazione di questo sforzo per

¹⁰⁶ Negando l'accesso ai porti italiani alle barche impegnate nel salvataggio di migranti e rifugiati, o procedendo legalmente contro le ONG responsabili di queste operazioni di salvataggio. Per un altro esempio di criminalizzazione del confine franco-italiano, vedasi R. CELIKATES, *Constituent power beyond exceptionalism: Irregular migration, disobedience, and (re-) constitution*, in *Journal of International Political Theory*, 2018, pp. 67-81.

¹⁰⁷ Per un esempio dell'accondiscendenza nei confronti delle forze paramilitari sudanesi e della noncuranza riguardo la questione della "migrazione" verso l'Europa, vedasi <https://www.middleeasteye.net/news/eu-accused-hiding-links-sudan-armedgroups-migration-funding>.

¹⁰⁸ A. MBEMBE, *Necropolitics*, in *Public Culture*, 2003, p. 12 e 40.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 17, 24.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 27.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 21.

¹¹² Sulla storia della Fortezza Europa, vedasi J. SILONEN, *Fortress Europe*, cit. Cercando "Fortress Europe" su JSTOR (al 25 agosto 2019) si ottengono 2337 risultati, con un massimo di 89 citazioni per decennio sino agli anni Novanta. Dagli anni Novanta, dove il termine tocca le 683 citazioni, in avanti, si ottengono 741 risultati per il periodo 2000-2009 e 698 dal 2010 al 2019. Vedasi <https://bit.ly/2NBZDMp>.

¹¹³ Vedasi, ad esempio, www.economist.com/leaders/1999/10/14/fortress-europe (ultimo accesso 20 agosto 2019).

impedire la migrazione attraverso il Mediterraneo, ma più l'Europa costruisce la sua forza e meno è legittimata nella sua capacità di offrire un nuovo modello di cittadinanza. L'annuncio del novembre del 2019 circa la creazione di un nuovo portfolio per il Commissario UE per la Migrazione chiamato, significativamente, portfolio per la "Difesa dello Stile di Vita Europeo" non fa che confermare come l'attuale gestione della migrazione nel contesto europeo sia ancora imbevuta di schemi immaginali e biopolitici che hanno origine nel colonialismo europeo.

Se l'amministrazione della morte per mezzo del controllo dei confini è un chiaro esempio di pratica necropolitica, l'amministrazione delle risorse ecologiche ne è un altro di altrettanta importanza, seppur meno discusso nella letteratura. In questo caso, in primo piano, non è tanto l'aspetto politico della costruzione Europea quanto la conseguenza delle sue politiche economiche. Tre decenni di politiche neoliberali e di sfruttamento capitalista collocano l'Europa tra i protagonisti dell'attuale "necropolitica ambientale:" sebbene l'Europa sia stata e continui ad essere tra le regioni che più hanno tratto beneficio dalla sconfinata depredazione delle risorse naturali, è prevalentemente il sud globale che oggi si trova ad affrontare le fatali conseguenze di tale saccheggio; ondate di caldo mai registrate prima trasformano gli abitanti di questi luoghi in altrettanti "morti viventi," per dirla ancora con le parole di Mbembe¹¹⁴. Questo è particolarmente evidente se guardiamo alle conseguenze del cambiamento climatico. L'Europa, assieme agli Stati Uniti e alla Cina, rimane le prime regioni responsabili delle emissioni di biossido di carbonio, mentre sono l'Africa e l'Est asiatico a pagare le più care conseguenze delle condizioni climatiche estreme prodotte da tali emissioni¹¹⁵.

Sin dagli anni Novanta, gli esperti di riscaldamento globale hanno ripetutamente sottolineato la necessità di ripensare l'idea di una crescita economica ed industriale costanti ed incontrollate. Nell'agosto 2019, l'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) ha presentato il suo rapporto su "Il Cambiamento Climatico e il Territorio." Priyadarshi Shukla, un esperto di cambiamento climatico e sicurezza alimentare e co-responsabile di uno dei gruppi di lavoro dell'IPCC ha sottolineato l'ineguaglianza delle conseguenze del riscaldamento globale: «Assisteremo a diverse conseguenze in diversi paesi, ma l'impatto sarà più drastico nei paesi poveri dell'Africa, dell'Asia, dell'America Latina e dei Caraibi»¹¹⁶. *Le Monde*, in un reportage sulla pubblicazione del rapporto¹¹⁷, stima che, sebbene 500 milioni di persone saranno esposte a crescente rischio di desertificazione, quasi nessuna di queste si troverà in Europa o in società capitaliste avanzate. Il rischio di desertificazione, e con esso quello di nuove morti e nuovi conflitti, saranno ancora una volta esportati nei paesi del Medio Oriente e del Sud ed Est Asiatico¹¹⁸.

C'è tuttavia uno spiraglio di luce, seppur fiavole, in questo rapporto. Il gruppo di esperti che hanno prodotto il rapporto è formato da 100 ricercatori internazionali. Per la

¹¹⁴ A. MBEMBE, *Necropolitics*, cit. p. 40.

¹¹⁵ Le emissioni di CO2 pro-capite continuano ad essere più alte in Europa che nel resto del mondo (escluso il Nord America dove le emissioni pro-capite sono addirittura il doppio). Vedasi: shorturl.at/giH18 (ultimo accesso 12 ottobre 2019, via *Google Public Data Explorer*).

¹¹⁶ Per più informazioni riguardanti il rapporto dell'IPCC sul cambiamento climatico, la desertificazione, il degrado del suolo, la gestione sostenibile del territorio, la sicurezza alimentare, e i flussi di gas serra negli ecosistemi terrestri, vedasi www.ipcc.ch/2019/08/08/land-is-a-critical-resource_srcc/ (ultimo accesso al 2 settembre 2019).

¹¹⁷ *Le Monde*, 9 agosto 2019, p. 2-3.

¹¹⁸ Vedasi https://www.lemonde.fr/planete/article/2019/08/08/l-humanite-epuise-les-terres-selon-ledemier-rapport-du-giec_5497654_3244.html.

prima volta, la maggioranza di questi (53%)¹¹⁹ viene da “paesi in via di sviluppo” (l’espressione usata da *Le Monde*), ed è così in grado di affrontare temi solitamente trascurati da analisti europei e nordamericani. I leader di “popoli e comunità indigene” provenienti da 42 paesi hanno accolto positivamente il rapporto, vedendo in un campanello d’allarme che permette di difendere un modello alternativo di gestione del territorio. Questi leader ritengono che «garantire i diritti comunitari sul territorio e le risorse naturali sia essenziale per una gestione sostenibile e per la conservazione delle foreste (...) in particolare attraverso la leadership di donne indigene e rurali»¹²⁰. Questo significa che la consapevolezza della dimensione globale di questi problemi dovrebbe essere accompagnata da una riconsiderazione delle risorse naturali globali come risorse comuni, fuori dalla logica dei confini e del nazionalismo metodologico ereditati dal passato. Il riconoscimento del ruolo positivo che le comunità indigene possono ricoprire nella prevenzione di catastrofi naturali non ci deve portare ad indulgere nell’idea di un possibile ritorno alle origini. Gli esseri umani hanno sempre migrato e quindi, in termini letterali, nessuno è puramente “aborigeno,” nel senso dell’aver occupato un tal posto sin dalle sue origini, a meno che il termine sia inteso, in senso universale, per indicare che tutti gli esseri umani sono aborigeni rispetto al Pianeta Terra.

5. Invece di una conclusione

Da un punto di vista critico-coloniale, è chiaro che parlare di “crisi” con riferimento al progetto europeo è fuorviante. Più che di “crisi europea” o di “crisi migratoria,” dovremmo parlare di “ri-politicizzazione delle battaglie sui suoi confini”, una battaglia che non ha mai cessato di esistere durante la storia europea che è inseparabile da quella del colonialismo¹²¹. I cartelli impugnati da alcuni migranti al passaggio del confine con slogan come «*We did not cross the border, the border crossed us*» ci ricordano che lo spostamento di persone e merci tra l’Europa e le colonie non è nulla di nuovo. Allo stesso modo, le battaglie per determinare chi è dentro e chi è fuori dall’Europa ci ricordano che l’umanità non ha sempre vissuto in formazioni politiche caratterizzate da confini sovrani che delimitassero un dentro da un fuori.

È quindi possibile un Europa oltre l’Eurocentrismo? Soltanto se l’Europa sarà in grado di diventare uno spazio di scambio che includa i suoi vicini politici e culturali, con zone liminali di passaggio, dibattito e, inevitabilmente, di dissenso e di contesa, ma dalle quali possono emergere progetti comuni di emancipazione e solidarietà. La storia dell’Europa non può essere solamente la storia dei suoi stati membri: è anche una storia di relazioni conflittuali ai confini dell’Europa ed al di fuori di essa. Ciò significa che la storia europea non è fatta di sole voci europee, ma di intellettuali, pensatori, artisti e migranti, il cui stesso atto di attraversare il confine può avere un effetto democratico, nel senso etimologico di un’espressione del potere (*cratos*) del popolo (*demos*). Nell’attuale configurazione necropolitica, attraversare i confini illegalmente non è più un semplice atto di disobbedienza civile, ma può diventare esso stesso parte di un nuovo processo di potere

¹¹⁹ Vedasi <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2019/08/190729-SRCCL-leaflet.pdf> (ultimo accesso al 29 agosto 2019).

¹²⁰ *Le Monde*, p. 3.

¹²¹ S. MEZZADRA, B. NEILSON, *Border as Method, or the Multiplication of Labor*, Durham e London, 2018, p. 15.

costituente¹²². Innescato dal passato coloniale europeo, l'attraversamento dei confini può proiettare l'Europa verso un futuro alternativo, permettendoci di immaginare una diversa forma di cittadinanza al di fuori dalla logica di esclusione dello stato-nazione – un compito, quello di superare la logica del nazionalismo, che per molti è stata la principale ragione d'essere del progetto europeo. Forse la riconfigurazione della cittadinanza europea non è sufficiente a superare il nazionalismo, ma è certamente un passo importante in quella direzione.

Invece di contemplare la nostra presunta identità europea, bisognosa di essere salvaguardata e minacciata da una presunta “crisi,” dovremmo quindi piuttosto accogliere l'invito di Fanon a difendere un senso condiviso di solidarietà che trascenda ogni concezione ristretta dell'identità e dell'umanità. Nelle pagine conclusive di *Pelle Nera, Maschere Bianche*, Fanon indica un possibile percorso:

«[...] Mi riconosco un solo diritto: il diritto di pretendere un comportamento umano dall'altro.

Ed un dovere: il dovere di non rinnegare la mia libertà attraverso le mie scelte. [...]

Non c'è un mondo bianco; non c'è un'etica bianca, così come non c'è un'intelligenza bianca. [...]

Non sono prigioniero della Storia. Non ci devo cercare il significato del mio destino. Devo ricordarmi in ogni momento che il vero *salto* consiste nell'introdurre l'invenzione nella vita.

Nel mondo verso il quale mi incammino, mi creo senza fine.

Mostro solidarietà verso l'Essere purché io possa sempre fare un passo avanti»¹²³.

(traduzione di Giuseppe Vicinanza, rivista dagli autori)

Siamo grati a Simona Forti, Eduardo Mendieta e Antti Tarvainen per i loro utili commenti ed osservazioni, e a Muriam Haleh Davis per le conversazioni su Fanon e nuovi modi di guardare alla storia nordafricana ed europea.

ABSTRACT: *Europe after Eurocentrism?*

The essay invites to reflect on the theories produced by those who are in or in the margins of, but not from, Europe to rethink the European project in a global context marked by mass migration, challenges to established forms of citizenship, and the new forms of oppression created by climate change and global warming.

¹²² R. CELIKATES, *Constituent power beyond exceptionalism*, cit.

¹²³ Traduzione dagli autori dall'originale francese (F. FANON, *Peau noire, masques blancs*, Paris, 1971, p. 186, enfasi nell'originale: «Je me reconnais un seul droit: celui d'exiger de l'autre un comportement humain. Un seul devoir: Celui de ne pas renier ma liberté au travers de mes choix. [...]

Il n'y a pas de monde blanc, il n'y a pas d'éthique blanche, pas davantage d'intelligence blanche. [...]

Je ne suis pas prisonnier de l'Histoire. Je ne dois pas y chercher le sens de ma destinée.

Je dois me rappeler à tout instant que le véritable *saut* consiste à introduire l'invention dans l'existence.

Dans le monde où je m'achemine, je me crée interminablement.

Je suis solidaire de l'Être dans la mesure où je le dépasse».

**JUDGMENT ON THE CASE.
THE PECULIARITY OF TRANSNATIONAL ORDERS:
CASE STUDIES IN EUROPEAN LAW**

ANGELA CONDELLO*

Therefore of things past, there is no *deliberation*; because manifestly impossible to be changed: nor of things known to be impossible, or thought so; because men know, or think such deliberation vain. But of things impossible, which we think possible, we may deliberate; not knowing it is in vain. And it is called *deliberation*; because it is a putting an end to the *liberty* we had of doing, or omitting, according to our own appetite, or aversion.
[TH. HOBBS (1651), *Leviathan*, Oxford, 1998, pp. 39-40]

SUMMARY: 1. Judgment within the legal realm. – 2. The peculiarity of transnational legal orders. – 3. The example of EU anti-discriminatory law and the experience of feminist legal judgments. – 4. Conclusion.

1. *Judgment within the legal realm*

The term ‘judgment’, across common sense and scientific discourses, covers a wide and complex set of meanings. At a conceptual level, judgment entails deliberation and decision-making. Yet, we seem to be committed to thinking that – among all human actions – there are some that originate in decisions, and some which do not¹. In other words, if all judgments – understood as deliberations – can be considered actions, it is not reciprocally true that every human action is necessarily connected with judgment. It is by no chance that Hannah Arendt’s remarks on judgment, drawing from a political reading of the Kantian account on reflective judgment, were to constitute the third section of her work consecrated to the *vita activa*.

We must point out that - within the public realm - judgment, i.e., that type of judgment related to actions producing consequences on other people, is specific to fields like politics and law, which – as it is obvious – are intertwined in various forms. A political judgment, in fact, entails that the act of judging is not just personal, but oriented towards the *other*, the *outside* of a subject. Such condition, which we could phrase the *intrinsic relationality* of political judgment, also entails that in structurally pluralistic realms the points of view are various and might be contrasting between each other. Judgment in the political

* Assistant Professor in Philosophy of Law, University of Messina.

¹ P. PETITT, *Deliberation and Decision*, in T. O’CONNOR, C. SANDIS (eds.), *A Companion to the Philosophy of Action*, Hoboken NJ, 2010, p. 252. Considered as a human faculty broadly speaking, judgment depends on the attitude of the spectator that has a position towards the world. See, on this, A. LO GIUDICE, *Sulla crisi del giudizio politico*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 1/2019, pp. 99-117, p. 108.

sphere, thus, involves what Arendt terms, following Kant, reflection and *understanding*: the act of judging, from this perspective, is the outcome of a process that considers different possibilities and integrates different points of view.

Judgment within the legal realm has certainly some aspects in common with political judgment; yet, it is different from it, in that the act of judging in law is aimed at finding a correspondence between factuality and normativity. Indeed, legal judgment can be considered as a paradigm of the complex nature of judging, especially of judging in the public realms, of a sort of «communitarian» judgment², since both in the political and in the legal dimension the act of judging entails a quest for sense, and interpellates the basic values of an order. This paper deals with such varieties of the concept of judgment, and not with any judgment, like for instance moral or logical judgment.

As a matter of fact, the Latin term *indicium*, evoked both by Cicero and Aquinas, presupposes the legal question on how to judge on the singular case through the choice over a multiplicity of different options, a choice aimed at reaching the result of operating a selection among them: the term *indicium* hence performs the intertwinement between the philosophical concept of judgment and the experience of legal science³.

The act of judging is, indeed, naturally intertwined with the life of the law. A «life», as Oliver Wendell Holmes claimed, which since its origin «has not been logic», but «experience»⁴. What we inherited from Wendell Holmes' notorious maxim, notwithstanding the multiple and sometimes contradictory interpretations that it received⁵, is that legal experience contributes to the evolution of legal science through an oscillation between universal norms and particular situations, and such oscillation is institutionally regulated with the act of judging over singular conflicts.

Subsequent, according to Hannah Arendt⁶, to the other two actions characterising the life of our mind, i.e., *thinking* and *willing*, judgment aims at handling the constitutive disagreement that comes with the plurality of forms of life, language and culture inhabiting human reality. Every time that no universal norm is provided, or that on the content of universally valid norms there is disagreement, the act of judging provides human beings with the possibility of choosing a direction among multiple options, by justifying the choice according to the context and the specificity of the peculiar situation.

Judgment is a human action which normally entails intentionality, responsibility, and understanding: such action assumes a specific meaning within the legal realm (§1). To clarify the core thesis contained in the present paragraph, the second paragraph will be devoted to a concrete exemplification of how judgment works within systems that have incorporated pluralism since their origin, and the focus will be especially on Europe (§2). Within the specific framework of the European legal sphere, two case studies will be analysed to discuss how judgment can work differently when different values and principles are concerned, even though the facts of the case were very similar (§3). Before drawing some concise and conclusive remarks (§4), the case studies will be read in their significant, paradigmatic, function of representing how different understandings of core political and legal concepts (such as *freedom*), can influence the outcome of legal judgments. Such critique

² A. LO GIUDICE, *Giudizio. Lo scarto tra intelletto e volontà*, in A. ANDRONICO, T. GRECO, F. MACIOCE (eds.), *Dimensioni del diritto*, Torino, 2019, p. 251.

³ A. LO GIUDICE, *Giudizio. Lo scarto tra intelletto e volontà*, cit., p. 254.

⁴ H. W. HOLMES, *The Common Law*, 1881.

⁵ B. HAWKINS, *The Life of the Law: What Holmes Meant*, in *Whittier Law Review*, Vol. 33 n. 2, 2012.

⁶ H. ARENDT, *Responsibility and Judgment*, ed. by and with an introduction by Jerome Kohn, New York, 2003.

of the process and impact of judgment will be developed starting from the exemplary practice of feminist judgments, aimed at rewriting legal decisions from a feminist perspective.

The cases analysed regard the clash between different freedoms, a clash that (as all cases of conflict) could be resolved in various ways. As it will be explained, the cases analysed regard two muslim women, in Belgium and France, who faced problems because they wanted to wear a headscarf when at the workplace, and their employers instead required their workers to appear as neutral as possible. With two judgments, similar for some characteristics and different for their outcomes, the European Court of Justice ruled on these cases, namely *Achbita* and *Bougnououi*. These two decisions, both similar and different, prove that judgment follows understanding and that it precisely constitutes the moment of the *realization* of legal science, a moment in which *responsibility* plays a central role, since all «particular questions must receive particular answers» and «there are no general standards to determine our judgments unfailingly, no general rules under which to subsume the particular cases with any degree of certainty»⁷.

As it is widely known, towards the end of her life Hannah Arendt was working on judgment, with regard particularly to political judgment in the global dimension; she often intervened, publicly, on issues concerning the political crises of her time. For instance, in 1966, she was asked an opinion concerning the Vietnam war. Against the background constituted by the proliferation of values and institutions, a phenomenon at the core of political and juridical modernity and clearly embodied by the European Union's history and development, Arendt suggested, following Kant, that the only solution is not to be found in theory, but in the incentive to individuals to think for themselves. An incentive which should not be interpreted as individualistic or selfish, but in that it is aimed to form one's own opinion in accordance with the peculiar character of each situation that requires judgment. Especially, she notices, when the experiences of past times are not sufficient to throw light on the present and future. It is at such moments, when a universal horizon of values and principles is missing, that Arendt invites to use the faculty of judgment, that gives men the capacity to consider anew the meaning of human responsibility.

Let us, first, consider what the act of judging entails at a philosophical level, and then attempt to draw some remarks about its peculiar function within the legal realm.

Judgment is at the same time a *personal* and a *relational* action. We judge *for* ourselves and *in relation to* our relationship with the Other. Even when we judge within ourselves and for ourselves only, the act of judging concerns our *being with* others. This specific point will be discussed in the conclusive paragraph, so be it sufficient here to claim that the responsibility that comes with the act of judgment concerns human autonomy and does not depend on the obedience to law; on the contrary, it is related to how the world appears to single persons. The experience of freedom, specifically, is such that describing in advance what it means is considered by Arendt, at a philosophical level, utterly wrong. It is by no chance that the case studies reported and analysed in this paper concern the problem

⁷ In his Introduction to *Responsibility and Judgment* by Arendt, Jerome Kahn reports this significant quote by the German philosopher (p. VII), adding that «with these words Hannah Arendt (1906-75) encapsulated what throughout her life she regarded as the problematic nature of the relation of philosophy to politics, or of theory to practice, or, more simply and precisely, of thinking to acting». Kahn adds that, at the time when she pronounced these words, Hannah Arendt was addressing a large audience that had gathered from across the nation in Manhattan's Riverside Church to attend a colloquium on «The Crisis Character of Modern Society». Her remarks were later published in *Christianity and Crisis: a Christian Journal of Opinion*, vol. 26, no. 9, May 30, 1966, pp. 112-114.

of two diverse freedoms (of religion and of enterprise) clashing first at the level of national courts, and then at the level of the supranational competence of the European Court of Justice.

Second point. Judgment is an action concerned with the act of balancing different forces, voices, and grammars. Frozen and represented in the scales of lady justice, judgment should provide stability where positions clash and there is risk of instability. Such balancing is first and foremost that between generality and particularity: in other terms, it corresponds to the moment when the principles and values which are contained into norms are adapted to the particularity of each case. Judgment as balancing is therefore a moment of a transition, entailing a withdrawal from the *doings* of men to reflect on the *meaning* of what they do.

A transition that completes our being human, as it is testified by the fact (above mentioned) that Arendt's work on *Judgment* should have succeeded *Thinking and Willing*, the first two parts of *The Life of the Mind*. Judging is understood as one articulation of the integral whole comprising the life of the mind and it represents, following Kant, the most human of all faculties: as *zoon politikon*, man is indeed called to weigh ideals by trying to consider the possible judgments of the Other. Thus, such faculty is the most personal and the most relational of all faculties. By bridging the first and the second point, in other terms, the philosophical reflections on judgment reveal that: 1) it is both a personal and a relational action, stemming from the will and thoughts of one individual and then projecting onto his or her relational sphere, with his or her connections with otherness; 2) in this double frame, judgment aims at balancing different dimensions and appears to be crucial in situations dominated by disagreement.

Against these reflections, how and why is legal judgment different from, and depending on, the philosophical accounts on judgment? Inasmuch as political judgment, legal judgment has the power to characterise legal culture at a certain time, by performatively establishing – in the absence of a predominant and clear universal rule – what behaviour is most recommendable.

As a matter of fact, there are societal spheres that are peculiarly dominated by disagreement and those are, according to Arendt, in particular culture and politics: indeed, it is as if these two dimensions were intertwined with each other and certainly in both the cultural and the political realm there isn't a main truth-discourse dominating. These are spheres peculiarly dominated by a plurality of opposing opinions and positions, and they «belong together because it is not knowledge or truth which is at stake, but rather judgment and decision, the judicious exchange of opinion about the sphere of public life and the common world, and the decision what manner of action is to be taken in it, as well as to how it is to look henceforth, what kinds of things are to appear in it»⁸. Both politics and culture are based on choices.

We have noted how legal judgment is similar to, and yet different from, political judgment: judgment in the legal realm is based upon a syllogism that aims at finding a correspondence between a judgment on the content of the norms and a judgment on the facts. Judgment in law consists in the application of values and principles to a fact through the qualification operated by the norm. Within this frame, the moment in which the judge decides is crucial and it symbolically absorbs much of the deliberative process that brings

⁸ H. ARENDT, *The Crisis in Culture: Its Social and Its Political Significance*, in *Between Past and Future*, pp. 197-226, p. 223.

to it⁹. The approaches to the authoritative force attributed to such a moment have been varied across the most recent history of legal theory. Be it sufficient to recall trends like legal realism, which have insisted on the centrality of the performative act of judging as the moment in which legal science is realized. Likewise, legal hermeneutics on the one hand and strict legal positivism on the other hand have provided opposite perspectives on what it means to judge in the legal realm. In any case, what characterizes the act of judging within the legal realm is the crucial role of the evaluations elaborated by the judge during the trial.

The procedure on which judgment depends, in law, is composed by various aspects among which the construction of the premises in the argumentative syllogism plays a focal function. It is indeed from the facts of the case that judgment proceeds and it is for this essential connection with the particularity of each case that judgment in the legal realm has been interpreted in light of the Kantian reflective judgment: because, in other words, in the legal realm judgment is generated by the need to deliberate on the particularity of a case and it is from that particularity that the argumentative process is developed in order to be as just and correct as possible¹⁰. The balancing that comes with the peculiarity of such a deliberative act in the legal realm becomes extraordinarily relevant when it comes to judge on hard cases, in other words when judging enters that type of «crisis» that Arendt mentions by referring especially to the political sphere, but that can obviously occur in other spheres, like in law, which are constitutively grounded in conflict and disagreement.

Considering the specificity characterising judgment in the legal realm, then, in this paper I argue that in the life of the law there are recurring episodes in which the typical rhetorical structure of legal reasoning, i.e., the syllogism aimed at building a correspondence between normativity and factuality, intersects the form of a political judgment. This happens especially, as it will be argued in the next paragraphs, when it comes to establishing common criteria within pluralistic orders, such as in the European sphere, and when it comes to judging particularly complex cases where a disagreement on the basic values is involved.

2. *The peculiarity of transnational legal orders*

As mentioned above, Arendt's remarks on judgment were to follow her works on *Thinking* and *Willing*: from her perspective, judgment constitutes – among other human faculties – an all-encompassing capability of man, which puts us in the position to choose how to act especially in critical contexts. Although (political) judgment is the theme on which Arendt was writing her last words (on a Saturday) before dying in New York (the Thursday after), as a scholar engaged in Kantian hermeneutics she had been engaged with

⁹ A. LO GIUDICE, *Giudizio. Lo scarto tra intelletto e volontà*, cit., p. 261.

¹⁰ R. Alexy has written widely on the concept of «claim to correctness» which underlies legal science and legal operations. See, among other works, R. ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford, 1989 (or. ed. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main, 1978; R. Alexy, *The Argument from Injustice. A Reply to legal Positivism*, Oxford, 2002 (or. ed. *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg-München, 1992). For a recent account on Alexy's concept of rule of law and its interconnection with judgment, see A. LO GIUDICE, *The Rule of Law and Democracy in Robert Alexy's Legal Philosophy*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 2, 2020, pp. 277-292.

judgment during her entire career. As a matter of fact, already in her earlier writings she had pointed out how the notion of judgment is necessary to ground a conception of political action capable of including a plurality of actors within a public space¹¹.

If judgment depends so immediately on understanding the positions of other human beings and, more broadly, of other cultures and opinions (of the *Other* more generally), then such faculty acquires an essential role in those areas of public life where diversity is at its highest, and where human beings act as *political* beings because they act in relation with others and, ideally, could enter the others' potential standpoints. By entering, or by trying to enter, into other people's perspectives, we come to terms with the social reality surrounding us and – eventually – we try to be «at home in the world». Understanding, relationality, and judgment are, thus, closely interconnected and constitute a circuit, a progression of passages that cannot be taken apart from each other. If this is the case with political judgment in times of crisis, i.e., if this is the case in those situations when deciding over the just and the unjust entails an effort, the responsibility to choose, then such continuous circuit between understanding and judgment concerns as well the legal realm in particularly critical cases (see the case analysis in §3).

A crisis in *understanding*, following Arendt, entails a crisis in *judgment*. When does it become crucial to recognize the point of view of other people? It becomes crucial especially when there is basic disagreement: in dimensions dominated by pluralism of values and where a common grammar is not natural, hence, where the responsibility to define a shared intentionality is necessary. In critical situations, both at a political and at a legal level, a *work* of construction is required for the definition of a shared horizon (which is the case of the European Union since its very origin). How are we to judge in realms like the European Union, where common and universal principles and values are difficult to be detected, where – as it has been argued – the «postnational identity» is yet to be *instituted*¹²? Where a common and shared narrative is absent, although attempts are being constantly made at an institutional level to establish a shared horizon¹³?

Where, and when, we no longer possess the reliable universal rules necessary for subsumption, the inherited wisdom of the past fails us «as soon as we try to apply it honestly to the central political experiences of our own time»¹⁴. Indeed, common sense and a uniform direction are often missing in those realms dominated by constitutive pluralism such as the European Union, which already in its motto aims at building a community of subjects and institutions «united in diversity». A unity that, since the origin of the European Union, was to be searched for in the force of what Arendt would have defined *new beginnings*, of those acts and events that have the capacity to work as paradigms of reference. Especially in times of crisis, when the clash between opposing interests translates into tensions that urge to be regulated, we must attend, Arendt would say, man's capacity to

¹¹ Especially, as noted by R. BEINER in *his Interpretive Essay to Arendt's Lectures on Kant's Political Philosophy* (Chicago, 1989), in her writings *Freedom and Politics*, *The Crisis in Culture*, and *Truth and Politics*.

¹² A. LO GIUDICE, *Istituire il postnazionale. Identità europea e legittimazione*, Torino, 2011.

¹³ Ferrara claims - in Chapter VIII of *The Force of the Example. Explorations in the Paradigm of Judgment*, New York, 2008, p. 164 ff – that Europe is a space «of hope». A space, as it will be argued in this and in the next paragraphs, where identity and culture are permanently under definition and therefore where exemplary events, judgments and symbols play a fundamental function in the construction of homogeneity within dishomogeneity (see A. CONDELLO and A. MASTROMARINO, *Introduction*, special issue “Memories of Europe”, in *De Europa*, no. 02/2020, pp. 7-18, and in particular p. 15).

¹⁴ H. ARENDT, *Understanding and Politics*, in *Partisan Review*, 20, 1953, pp. 377-92, p. 379.

understand the singularity of each situation and to undertake new directions (this is what the metaphor of the *new beginning* refers to).

If, as stated in the former paragraph, law constitutively deals with disagreement, supranational normative orders like the European Union and other transnational experiences originated among diverse forces and institutions – are privileged spheres for the observation of the «paradigm of judgment» in action¹⁵. Judgment, in fact, plays a central role where common criteria are unstable or even missing. It is precisely when the «yardsticks of judgment» disappear that the faculty of judgment comes into its own. Arendt claims: «even though we have lost *yardsticks*¹⁶ by which to measure, and rules under which to subsume the particular, a being whose essence is beginning may have enough of origin within himself to understand without preconceived categories and to judge without the set of customary rules which is morality. If the essence of all, and in particular of political, action is to make a new beginning, then understanding becomes the other side of action, namely that form of cognition, in distinction from many others, by which acting men (and not men who are engaged in contemplating some progressive or doomed course of history) eventually can come to terms with what irrevocably happened and be reconciled with what unavoidably exists»¹⁷.

When the «yardsticks», the instruments of measure, are missing, a special capacity to judge is required to distinguish between what we are used to, what is already given, and what is new and different. Thought, understanding and consequent judgment jointly contribute to the capacity of loosening the hold of universals (in the form of precepts, values, principles), hence opening a space where discernment plays a driving and focal role. Where discernment and distinction dominate, measure is subsequent to judgment and refers to our shared world and to what pertains to the public domain where multiple judging subjects participate.

Judgment derives, therefore, both from conflict and from plurality: the two aspects are interrelated. In order to refer to such capacity of the act of judging, Alessandro Ferrara has introduced the concept of «judgment paradigm», which he deliberately uses because he thinks that the idea of normative validity presupposed by Kant's concept of reflective judgment extends its significance well beyond the realm of aesthetics, to which it has traditionally been confined, and does provide a coherent and inspiring model for a large range of disciplines, including political theory»¹⁸. In the realm of moral and political philosophy – and for the reasons mentioned – judgment has indeed been considered as a paradigm apt to handle periods and situations where a universal reference is missing¹⁹. Judgment has been considered, from this perspective, as the device that triggers solutions in absence of universal validity. The judgment paradigm traces the way for an approach of «non-foundationalist universalism»: a non-foundationalist principle of validity which

¹⁵ A. FERRARA, *The Force of the Example. Explorations in the Paradigm of Judgment*, New York, 2008.

¹⁶ My emphasis.

¹⁷ H. ARENDT, *Understanding and Politics*, cit., p. 391.

¹⁸ A. FERRARA, *The Force of the Example. Explorations in the Paradigm of Judgment*, cit., p. 16. Ferrara explains what it means to him considering judgment as a logical model: «It might not be too implausible, then, to say that for us aesthetics, and within it reflective judgment in particular, play the role that physics played for Kant, namely, that of constituting not so much a specific doctrine but rather a model of validity, which, through the notion of exemplary validity — exemplary validity as predicated originally, but certainly not exclusively, of the work of art — is capable of bringing together what no contemporary philosophical doctrine seems able to fully reconcile: universalism and pluralism» (cit., p. 18).

¹⁹ A. FERRARA, *The Force of the Example. Explorations in the Paradigm of Judgment*, cit.

expands on Hannah Arendt's works on judgment within the political realm, aimed to find a reconciliation between *universalism* and *pluralism*.

The European political space is constitutively dishomogeneous, and pluralistic in its nature and structure²⁰; hence here the judgment paradigm can constitute a response to the «the claim that perfect commensurability is a myth», in particular if we consider the «positional character of meaning, combined with the morphological, syntactic, lexical, semantic, and pragmatic diversity of concrete historical languages—and that *imperfect* translatability inevitably affects the transcontextual grip of general principles by way of limiting their potential for subsuming local meanings without failing to include semantic residues whose crucial relevance cannot be ruled out a priori»²¹.

The conceptual analysis on judgment we can derive from Kant and Arendt's personal understanding of the Kantian Critique of Judgment in light of its political potential, suggests to export the singular and exemplary universalism «without principles» beyond aesthetics, in law, politics, and at a theoretical level - «into all the realms of inquiry where we painfully feel the tension between our persistently universalistic understanding of validity and our awareness of the impossibility of speaking from a privileged location beyond all language games, all traditions, all paradigms»²². Especially, and this takes our argument towards the next step, when large political units which are not only nation states yearn for defining their own identity, judgment enters into a dialogue with other jusgenerative junctures and - within such an evolutive and yet unstable frame - it can end up working as a stabilizer. The question on *what* values should be stabilized through judgment depends on various aspects and clearly not all judgments can be considered *just*.

3. The example of EU anti-discriminatory law and the experience of feminist legal judgments

The evaluation on the just or unjust nature of the singular judgment, understood as «decision on a case or conflict» and not only as a type of action, depends on several criteria. For a judgment to be considered just, in fact, we must assume a certain set of values to be valid. There is not, in other words, absolute justice. As we have mentioned by recalling Kant and Arendt, to judge *properly* we must think and understand and, especially for this second action, it is necessary to activate imagination. Understanding and imagination are faculties that allow us to share other people's positions. Faculties that, progressively, take us to the next passage of the argument followed in the present paper, to the exemplary case studies chosen to discuss how the faculty of judgment works in law and especially in hard cases, where we might envisage a correspondence between legal and political judgment.

As mentioned in the introductory remarks, the term 'judgment' refers to a vast semantic field, where the act of judging means taking responsibility for one's own actions²³. Judgment as responsibility exposes the subject to assuming a determined position, by

²⁰ A. LO GIUDICE, *Istituire il postnazionale. Identità europea e legittimazione*, Torino, 2011.

²¹ A. FERRARA, cit. p. 17.

²² A. FERRARA, cit. p. 23.

²³ See P. RICOEUR, *L'acte de juger*, in *Esprit*, n. 183, 7, 1992, pp. 20-25. Ricoeur describes judgment as a progressive action, covering a large variety of actions, from giving an opinion, to evaluating conflicting interests, up to those actions that define an appreciation and entail the complete involvement of the subject formulating it.

selecting and establishing a certain order of values. Now, before introducing the two cases and to work on the comparison of the argumentations followed, let us briefly return on what Arendt – following Kant's account on common sense and judging on particular situations – claims about imagination and understanding. Within *public* spheres like politics and law, actors can only have a partial view of the situation: therefore, the meaning of the *whole* can only be measured in relation to a specific situation.

Having other people's standpoints in our minds, according to the German philosopher author of *The Life of the Mind*, entails having present what other people think or might think: it means embracing the «representative character of political thought»²⁴. The more we have in mind other people's positions when pondering a certain issue, the better we can imagine what it means to be in their position and therefore the more complete my judgment can be, given in particular the support of thinking through representation that is involved in trying to feel in other people's positions²⁵. Such dynamic corresponds to the «enlarged mentality» theorized by Kant as the core of Arendt's theory of judgment. In the present paragraph, we will try to make an intellectual exercise by using such mentality to analyse two cases decided by the European Court of Justice and concerning the contrast between different freedoms.

*a. Samira Achbita and Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding vs. G4S Secure Solutions NV*²⁶.

The case concerns a preliminary reference procedure posed to the European Court of Justice by the Belgian Constitutional Court. The Court is interpellated to judge. Specifically, the request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Article 2(2)(a), Council Directive 2000/78/EC (27 November 2000), establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation²⁷. The request for this preliminary ruling has been made within the proceeding between Samira Achbita (together with the *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding* - Centre for Equal Opportunities and Combating Racism), and G4S Secure Solutions, a company whose registered office is in Belgium, concerning the prohibition by the employer (G4S Secure Solutions) on its employees (in this case, Ms. Achbita) «wearing any visible signs of their political, philosophical or religious beliefs in the workplace and on engaging in any observance of those beliefs».

The Belgian court asks whether Article 2(2)(a) of Directive 2000/78 must be interpreted as meaning that «the prohibition on wearing an Islamic headscarf, which arises from an internal rule of a private undertaking imposing a blanket ban on the visible wearing of any political, philosophical or religious sign in the workplace, constitutes *direct discrimination* that is prohibited by that directive»²⁸. Despite a regulation of her employer

²⁴ R. BEINER, Interpretive Essay to Arendt's *Lectures on Kant's Political Philosophy*, Chicago, 1989, p. 107.

²⁵ This enlarged mentality is the foundation of our ability to judge within the political realm. Following such mentality, our judgment of a particular instance does not merely depend upon our singular perception, but upon our representing to ourselves something which I we not directly perceive. But in which we nevertheless participate.

²⁶ C-157/15, 2017:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188852&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15240708>.

²⁷ OJ 2000 L 303, p. 16.

²⁸ I emphasized the term 'direct' because this is the crucial passage of the case, in particular as far as the comparison with the other case, Bougnaoui, is concerned. Direct discrimination occurs when someone is treated unfairly because of a «protected characteristic», such as sex or race. For example, when someone is

saying that no religious sign should be shown at work, Ms. Achbita continues to wear the headscarf because of her religious belief. Following her choice, Ms. Achbita is dismissed «on account of her continuing insistence that she wished, as a Muslim, to wear the Islamic headscarf at work». The legal questions emerging from the case is whether a discrimination based on religion can be considered as a «direct discrimination». The response to such question requires an analysis on the concept of religion, of freedom, and also on the specificity of the case, which regards not only a Muslim individual but a Muslim *female* individual, and therefore someone that through the headscarf might also see her gender represented, and not only her religious identity.

Depending on the account that one has regarding the role of religion in the definition of an individual's identity, the reply to the question posed by the case might vary. The *arbeidshof te Antwerpen* (Higher Labour Court, Antwerp) noted «that it was common ground that Ms Achbita was dismissed not because of her Muslim faith but because she persisted in wishing to manifest that faith, visibly, during working hours, by wearing an Islamic headscarf. The provision of the workplace regulations infringed by Ms Achbita was of general scope in that it prohibited all workers from wearing visible signs of political, philosophical or religious beliefs in the workplace». Quite in line with such reading, the Grand Chamber of the European Court of Justice ruled that: «Article 2(2)(a) of Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation must be interpreted as meaning that the prohibition on wearing an Islamic headscarf, which arises from an internal rule of a private undertaking prohibiting the visible wearing of any political, philosophical or religious sign in the workplace, *does not constitute direct discrimination* based on religion or belief within the meaning of that directive». And that, «by contrast, such an internal rule of a private undertaking may constitute indirect discrimination within the meaning of Article 2(2)(b) of Directive 2000/78 if it is established that the apparently neutral obligation it imposes results, in fact, in persons adhering to a particular religion or belief being put at a particular disadvantage, unless it is objectively justified by a legitimate aim, such as the pursuit by the employer, in its relations with its customers, of a policy of political, philosophical and religious neutrality, and the means of achieving that aim are appropriate and necessary, which it is for the referring court to ascertain».

*b. Asma Bougnaoui and Association de défense des droits de l'homme (ADDH) vs. Micropole SA*²⁹

In this case, what is at stake is again the reference for a preliminary ruling concerning the equal treatment of employees in relation to Directive 2000/78/EC, based on the discrimination regarding religion or belief. Can religion or belief be considered as determining occupational requirement and to what extent can the customer's wish not to have services provided by a worker wearing an Islamic headscarf be regarded as *just*?

Like in the previous case analyzed, the request for a preliminary ruling concerns the interpretation of an article of Council Directive 2000/78/EC (27 November 2000),

not offered a promotion because she is a woman, and the job eventually goes to a less qualified man. Indirect discrimination can happen, instead, when there are rules or arrangements that appear to be neutral and that apply to a group of employees or job applicants, but that in practice are less fair to a certain protected characteristic. In the case analyzed, the question is whether Ms. Achbita has suffered from a direct discrimination or not.

²⁹ Case C-188/15 here the link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CJ0188&from=EN>.

establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation³⁰. Here, the request has been made «in proceedings between Ms. Asma Bougnaoui and the *Association de défense des droits de l'homme* [...], and Micropole SA [...], concerning the latter's dismissal of Ms. Bougnaoui because of her refusal to remove her Islamic headscarf when sent on assignment to customers of Micropole». The Court, in this judgment, underlines how the purposes of the Directive, i.e., the *principle of equal treatment*, «shall mean that there shall be no direct or indirect discrimination whatsoever».

Asma Bougnaoui was also dismissed, and she considered that dismissal to be discriminatory, thus bringing an action before the Labour Tribunal in Paris, France. The Tribunal ordered Micropole «to pay compensation in respect of her period of notice because it had failed to indicate in its letter of dismissal the gravity of Ms. Bougnaoui's alleged misconduct, and dismissed the remainder of the action on the ground that the restriction of Ms. Bougnaoui's freedom to wear the Islamic headscarf was justified by her contact with customers of that company and proportionate to Micropole's aim of protecting its image and of avoiding conflict with its customers' beliefs».

After the publication of the Advocate General's opinion, Micropole lodged a request that the oral procedure be reopened. The European Court of Justice points out that «it is only in very limited circumstances that a characteristic related, in particular, to religion may constitute a genuine and determining occupational requirement» and, on those grounds, the Grand Chamber ruled that the Council Directive 2000/78/EC must be interpreted as «meaning that the willingness of an employer to take account of the wishes of a customer no longer to have the services of that employer provided by a worker wearing an Islamic headscarf cannot be considered a genuine and determining occupational requirement within the meaning of that provision». And, therefore, that dismissal should have been considered as an open discrimination against Ms. Bougnaoui.

The two outcomes of the cases, despite the similarity between the facts, offer a fertile occasion of comparison and critical discussion on how the act of judgment can be used differently to produce different consequences. As it has been noted by various feminist critics, legal cases can always be read from different perspectives³¹, and judicial decisions offer the opportunity to generate comprehensive critiques of existing legal doctrine. By looking at our two case studies, what emerges is first and foremost how different judgments can reflect different hierarchies of values. In *Achbita*, what emerges is that the logic governing the European juridical policies is not always the centrality of the human being, but it can also happen to be the economic and neoliberal logic for which freedom of enterprise should be weighed more than other freedoms. Which is also testified quite clearly by the fact that in *Achbita*, during the trial, the woman is represented and she never speaks for herself.

Facts, in other terms, can be eventful in various ways³². The cases both involved the conflict between divergent rights and freedoms. In *Achbita*, the Court decided to exclude the direct discrimination and sent the files to a different level of jurisdiction to verify if there had been any indirect discrimination. In *Bougnaoui*, the Court decided not to qualify the type of discrimination and focused more on the fundamental role of the religious freedom of the woman, underlining how her religious belonging could harm the clients of the company for which she was working. In situations where a case is particularly eventful,

³⁰ OJ 2000 L 303, p. 16.

³¹ R. HUNTER, C. MCGLYNN, E. RACKLEY (eds.), *Feminist Judgments. From Theory to Practice*, Oxford, 2009.

³² A. CONDELLO, *The Importance of Being Eventful. On Narratives and Legal Cultures*, ISLL Papers, 2020, pp. 67-80.

to the point that it requires a surplus of interpretation and a variation in the range of application of norms, the outcome of the single conflict is measured on the unique characteristics of the singular situation in relation to the hierarchy of values governing a particular order.

The surplus of «interpretive exposure» requires a clarification on how to handle a basic disagreement and, hence, judgment performs a certain equilibrium and balance between values, either working as a new exception or confirming a previous regularity. In these two cases, the European Court of Justice had to define a limit to discrimination, both dealing with principles of equality and mechanisms of differentiation between singular individuals. In this specific frame, antidiscrimination law entails a positioning of the act of understanding and interpreting the diverse aspects of the cases to balance the contrast between the freedom of the individual to embrace a certain belief (and then perform it), and the freedom of enterprise, in its specific formulation known as the ideological freedom reflected in the public image of a company. As it evidently appears from the different outcomes of the act of judging, in regimes of pluralism such balancing is extremely delicate, since «non-discrimination» refers to different semantic fields according to the context of reference. It is *context laden*.

Can the freedom of religion, or the freedom of ideologically giving a certain image of one's own company, be determined a priori by a legal proposition? Such is the problem created by pluralistic orders, especially as far as values which have extremely dishomogeneous roots are at stake. This problem translates in the question whether wearing a headscarf when at workplace can be considered a «freedom» or just an act reflecting one's own identity, and identity which is also defined by personal beliefs. The will of the subject, in these cases of Ms. Achbita and Ms. Bougnaoui, to generate *disorder* within a given *order* – is a direct consequence of how that precise order is structured, and judgment on such controversies is embedded with choices on the authorities dominating the public discourse on what an *order* is: should the interests of the market, for instance, prevail over the personal choices? If so, to what extent?

Similar controversies on equality and non-discrimination at a European level have concerned rights related to parenting, after questions such as «should a mother have more rights than a father in order to follow the process of her child's growth?». Equality and parity have played a crucial role in judging what model of family should prevail: that of a family projected towards its own nucleus, or that of a family projected towards the job market? When the choice leaned towards the second option (job market), European policies – as well as judgments on conflicts – have often leaned towards equalizing and neutralizing the role of the parents in the process of their children's growth.

Let us now bridge the case studies and the consequent remarks made, with the more theoretical sections of the present article, concerning the philosophical account on judgment with reference to Arendt's remarks on judgment as a *political* act, as an act – in other words – projecting the subjects towards their social relations, through their responsibility *for* and *with* the others. Coherently with their remarks as mentioned in the first section, the philosophical account provided by Kant and Arendt leads to considering judgment as an action aimed at giving opinion in its own distinctive way, striving to find a *measure* of legitimation of a determinate truth-discourse. An opinion given by multiple parts and towards multiple parts, enriching the exchange within the public sphere and elevating the status of the political. And it is when it comes to legitimizing a certain choice, especially within pluralistic realms and in front of peculiarly critical cases, that it becomes necessary

to legitimize the act of judging: since things, quite simply, might have been resolved *otherwise*. The more the potential *other* voices, grammars, and opinions – the more relevant the legitimation of the arguments used to justify an act of deliberation. In other terms, contexts intrinsically plural require each responsible act to be legitimized in front of a wide variety of reasonable orders of values. From this perspective, legal *indicia* (the «law that is said») are exemplary judgments, as in them neither norms nor facts are given once forever, and the act of judging realizes the sense of the legal order within a determined spatial and temporal context.

In the attempt to bridge the facts of the two cases reported with these remarks on judgment, we should now question: what are the voices involved in the definition of those controversies? How come that Samira Achbita's words, for instance, are not included in the conclusions of the European Court of Justice? Kant had specified three maxims on common human understanding: 1) think for oneself; 2) think from the standpoint of everyone else; 3) think consistently. Theoretically, a consistent process of thinking inspired by these three maxims should not exclude the opinion of the subject involved in the judgment. It is interesting, instead, that the standpoint excluded in the discussion, and only mediated by the Center that represents her, is that of the protagonists of the case: this could be read, critically, as an obliteration of the Kantian maxim of «enlarged thought». Within public spheres and - even more so - within a sphere like the European Union, then, judgment should result from the act of trying to think *with* the others. Behind the gesture of these two women, there could be, in fact, both their freedom of religion and their need to be recognized as entire subjects, i.e., as both workers in multicultural European cities and Muslim women with a precise identity within their family and more restricted community. There seems to be, behind their will to pursue in wearing the headscarf, that «needs of the soul» (Simone Weil) of living a whole life, without having to sacrifice one constitutive aspect of their existence. Similar conflicts challenge lower and higher courts when conflicts between rights and freedoms are at stake.

The relevance of the act of judging in balancing conflicting rights emerges clearly from the analysis of how such balancing might discriminate or foster injustice. Above, we mentioned the experience of the feminist legal judgments³³, aimed at reading how a group of feminist scholars would have reasoned their decisions in several paradigmatic cases, creating the type of conflicts exemplified in our two case studies above. Such experience aims to show, both at a national and at an international level, how the description of the facts of the case, and the voice of the protagonists of the legal conflicts, might influence the outcome of the act of judging. In a certain way, they aim to reflect as well on how the act of judging is not just a moment, but it entails the preparation of a few progressive passages: how the story is told, which features are integrated in the narrative, and which are discarded. Looking at a judgment from the perspective considered «minor», one that has structurally suffered from discriminations, such as that of the feminine, helps attributing to the act of judging a certain responsibility towards oneself and the others, that is theorized

³³ R. HUNTER, C. MCGLYNN, E. RACKLEY (eds.), *Feminist Judgments. From Theory to Practice*, Oxford, 2009. In their work, Hunter and her colleagues analyze cases of Courts based in the United Kingdom. The idea for the project was sparked by a similar venture in Canada, the Women's Court of Canada (WCC), where several Canadian feminist scholars and litigators were engaged in writing «shadow» judgments of major Canadian Supreme Court decisions, aiming to show how substantive equality can be given judicial expression at a practical level. A similar project has been developed at the level of international law, by renowned scholar H. Charlesworth (Australian National University). See H. CHARLESWORTH, *Prefiguring Feminist Judgment in International Law*, in T. LAVERS and L. HODSON (eds.), *Feminist Judgments in International Law*, Oxford, 2019.

in philosophical accounts. What impact could *Achbita* and *Bouagnaoui* have, had their outcomes been different? What would their arguments look like?

Questioning legal science through a critique of judgment by embracing the theoretical background provided by the philosophical reflections, inaugurates a form of critical legal scholarship that, following the experience of feminist legal judgments, could reproduce the same project also with other «minor» or «textually excluded»³⁴ subjectivities, enhancing the emergence of potentially different outcomes of renowned trials, and promoting at a jurisdictional level an idea of judgment as a moment in which decision makers have the responsibility of influencing a legal culture. Given, in fact, the indeterminate nature of legal language, judgment in law represents a constitutive moment of specification of the meaning of legal concepts³⁵: the law is at least to some extent indeterminate, and judges thus have considerable scope to make choices between competing interpretations of the same term or proposition. In this process, a critical (be it feminist, or otherwise) consciousness as well as the philosophical understanding of the responsibility that comes with the act of judging - may legitimately come into play.

Observed from the point of view of its potential impact, as well as well of the system of choices that lie behind the passage from a *before the judgment* to an *after the judgment*, legal science emerges not only as a coercive force, but as a productive social discourse creating and resignifying norms³⁶. The act of judging is hence a moment of the realization and concretization of legal science³⁷, through definitions and redefinitions of legal concepts, that attributes paradigmatic validity (either positively or negatively) to singular events and cases. The judgments on complex and eventful cases define the «juridical mitosis» of a certain age³⁸, by constituting a community about what is *just* and *unjust*, about what is *right* or *wrong*. The operation of «juridical mitosis» is never monolithic or neutral. Many discourses converge: language, and especially legal language, is characterized by a multiplicity of meanings. Legal judgment, in other terms, cannot be reduced to the mere knowledge of the content of legality or of the legitimacy of a certain behaviour: underlying legal judgment there is, on the contrary, a claim of correctness, of justice³⁹. Also, observed from the point of view of the potentially excluded positions, judgment constitutes a passage – within legal procedure – where all voices can be heard before a final «cut» (*decision*).

It is, conclusively, for these reasons that Arendt considers judgment as the most human, personal, and yet relational of all human faculties: because it entails the sharing, with other subjects, of a common world⁴⁰.

³⁴ R. WEST, *Communities, Texts, and Law: Reflections on the Law and Literature Movement*, in *Yale J.L. & Human.*, 1/1988, pp. 129-156.

³⁵ Let us consider at the least the major contributions on this topic: H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961; R. DWORKIN, *Law's Empire*, London, 1986; N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978; J.W. HARRIS, *Law and Legal Science*, Oxford, 1979; P. GOODRICH, *Reading the Law: A Critical Introduction to Legal Method and Techniques*, Hoboken, 1986; S. FISH, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Oxford, 1989; D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication: Fin de Siècle*, Cambridge MA, 1997.

³⁶ C. SMART, *Feminism and the Power of Law*, London, 1989.

³⁷ R. HUNTER, *Rethinking Equality Projects in Law. Feminist Challenges*, ed. Rosemary Hunter, Oñati International Series in Law and Society, Oxford, 2008.

³⁸ R. COVER, *The Supreme Court, 1982 Term. Nomos and Narrative*, in *Harvard Law Review*, 1983, pp. 4-68, p. 15.

³⁹ A. LO GIUDICE, *Giudizio. Lo scarto tra intelletto e volontà*, cit., p. 267.

⁴⁰ A. LO GIUDICE, *Giudizio. Lo scarto tra intelletto e volontà*, cit., p. 275.

4. Conclusion

Although interconnected with thinking, judging is therefore a completely different type of action. It *presupposes* the ability to *think* and *understand*, but it requires *more*. And since law, as Arendt points out⁴¹, is not a command given to subjects, but rather a communicative device aimed at relating to other citizens (which she derives from *lex*, an «intimate link or connection»), then it is especially when external circumstances bring together different subjects that legal judgment is at work and shows a nature like that proper of political judgment. Law in action, in other words, instantiates in judging within multitudes of voices, grammars, and values.

The preliminary remarks on the philosophy of judgment (firstly), and then the case analyses (secondly), have taken our argument to a point where it is no longer open to question that the sphere of law constitutively correlates, especially in transnational orders, with a constitutive plurality of irreconcilable factors: i.e., it should now be clear that in certain circumstances legal judgment converges into a political judgment and that, for this reason, it should not be treated as a mere syllogism but it should instead involve an effort of conciliating diverse positions, in order to take responsibility before *the most human of all actions*.

As it has been discussed by Jean-Luc Nancy, inspired by Kant and Arendt⁴², the functioning of judgment reveals how justice is constructed with the world and in the world: in other words, how it is not a given value transcending human life and action. Justice is, in Nancy's view, a result of our being part of a community and law is nothing but the *proceduralization* of such *being with*. The legal experience is the result of the act of balancing different components, where rules are not deduced from one single supreme principle and in the absence of a generalized metalanguage able to reconcile the discrepancies.

Judgment, in conclusion, reveals how legal science, especially within inhomogeneous orders, oscillates between incommensurability and the attempt to find common measure: «Justice does not come from the outside (what outside?) to hover above the world, in order to repair it or bring it to completion. It is given with the world, given in the world as the very law of its givenness. Strictly speaking, there is no sovereignty, or church, or set of laws that is not also the world itself, the severed [or carved up] trace that is both inextricable from its horizon and unaccomplishable. One might be tempted to say that there is a justice for the world, and there is a world for justice. But these finalities, or these reciprocal intentions, say rather poorly what such justice is. In itself, the world is the supreme law of its justice: not the given world and the 'such that it is,' but the world that springs forth as a properly incongruous incongruity»⁴³.

In the process of finding a content for justice, judgment works through imagination and understanding; and although the singular act of judging is determined by a certain subjectivity, by the simple fact that each person occupies a place of his own from which she looks upon and judges the world, it also derives from the fact that the world itself is

⁴¹ H. ARENDT, *Between Past and Future. Six Exercises in Political Thought*, New York, 1961, p. 166, 187, 189.

⁴² J.-L. NANCY, *Dies Irae*, ed. by A. CONDELLO, C. GRASSI, A. PHILIPPOPOULOS MIHALOPOULOS, transl. by Cadenza Academic Translations with A. Condello, London, 2019.

⁴³ J.-L. NANCY, *Cosmos Basileus*, transl. by Robert D. Richardson and Anne E. O'Byrne, in J.-L. NANCY, *Being Singular Plural*, Palo Alto, 1996, p. 189.

something *common* to all its inhabitants. Arendt appeals to the Aristotelian distinction between *phronesis* and *sophia*: the latter strives to rise above common sense; the former is rooted in common sense, and identifies with our being singular and plural, with our *being with* the others.

The instantiation of judgment, the very day of judgment, is not a *dies irae*, i.e., the day or rather night of religion and fear, it is only a *dies illa*, i.e., that illustrious day, the sublime day when freedom and law give us order together with the *gift of judging*. The day of judgment is in other words any day, *this* very day, *dies haec, hic et nunc*, the eternity of judgment and of its repetition in the construction of justice⁴⁴.

ABSTRACT: *Judgment on the Case. The Peculiarity of Transnational Orders: Case Studies in European Law*

In the present contribution, I deal with the problem of judging on the singular case and my argument is based on two parts: firstly, I explore the complex field of meanings that can be traced back to the term ‘judgment’; secondly, the ideas discussed in the first section are developed through two exemplary cases.

The Latin term *iudicium* presupposed the problem of how to judge on the singular, individual case when multiple alternatives are possible. Political judgment, moreover, implies that the act of judging is not only personal, but also oriented towards the others: it is an intrinsically *relational* act, and it is necessary each time a universally valid principle is absent (hence, it becomes fundamental in supranational and pluralistic contexts). I analyse two cases concerning religious freedom and labour rights (*Achbita* and *Boungaoui*).

⁴⁴ J.-L. NANCY, *Dies Irae*, ed. by A. Condello, C. Grassi, A. Philippopoulos Mihalopoulos, transl. by Cadenza Academic Translations with A. Condello, London, 2019, p. 93.

**WEIRD JUDGEMENT
AGON, OMNISCIENCE AND THE ABSENCE OF AN “E”**

PETER GOODRICH*

SUMMARY: 1. Etymon. – 2. Omniscience. – 3. *Lex Agonistes*.

The hubris of legal judgment would be greatly mitigated and the process of decision making significantly improved if the vowelized truncation, the excised “e”, were to be returned. This will allow cases to be judged as opposed to the current stutter, the syncope that is “judgment”. The transitive, the verb to judge is at the root of judgement, and lacking the vowel – etymologically the shift, the sail, the *voyelle, voile* -- the mobility of thought is cut out and replaced by a deterritorialized and positivized arbitrium. It was no less a figure than Sir Edward Coke, the great chef of the early doctrinal tradition, who remarked that the particulars of common law were infinite, and that every syllable is known and significant. A missing “e”, a lacking comma, misspelling or misprision would defeat a cause, forfeit a property or hang a man¹. The inelegance of the now standardized spelling of legal judgment, is significant, the particular is pertinent, although not properly known and certainly too little challenged. Time then to embark upon an investigation of the lipogram, and pursue the clue, an instance of the absence of the fifth letter of the alphabet from the practice and reporting of law.

1. *Etymon*

One can admit freely that the propensity of linguistic morphology is often to remove letters, to shorten forms and to standardize literary practices². The process is not, however, neutral and verbal conformity comes with costs, tariffs and restraints that not only limit diversity but equally impact style and meaning. Nowhere more so than in the castration of judgement, the ripping out of the middle vowel, the chopping of judgement, that takes away

* Professor of Law, Cardozo Law School, NY. I would lack all judgement, and egregiously wrong my Egeria, were I not to express, expatiate and explicate my exegetical entailments and errant indebtedness to the erudition of Simon Sterne who provided me with the references to *Notes and Queries* and to *The Law Times*, used below. Neil Duxbury and Gary Watt enormously enhanced elucubration with epistolary exchanges, and David Campbell elevated my ebbing *esprit* with encouragement.

¹ The most famous example, hanged by a comma, is *The King v Casement* [1917] a K.B. 98.

² Debate raged in the late 19th century over the spelling of judgment, with or without the “e”. Was orthography to trump phonetics, why shouldn’t “g” be hard and soft as convention, meaning or occasion required? See IV *Notes and Queries* 404 (9th Series) for lively debate on the literary virtues and phonetics of the syncopated spelling.

the *mens legis* or mind of the delegate in the very act of handing down a verdict. The judgement is jugged. Decision contracted and, I will argue, the justice of the “e” removed. Just at the time that judgement declined, when the Chancery described by Dickens could «never dispense with the judgments that it also never dispenses», formalism buried interpretation, the mobility of thought, under the weight of parchment obfuscations and the heavy signifiers of an obsessive legitimation of hierarchical postponements of dialogue and encounter. The *Law Times* from May 30, 1885, to use a striking example, inveighs against the need for a softening “e” «as an eyesore to every lawyer, not to mention literary men in general, and which gratuitously adds to the confusion through which every schoolboy has to struggle his way to a mastery of English orthography»³. Juristic convention, it seems, is offended by the effeminacy of an additional “e” intruding upon the virile practice and established conventions of the coif and guild of lawyers. Back, however, and first to the symptomatic syncope.

The early spellings of judgement are predominantly with a plurality of the letter “e”. The vowel trundles through the juggernaut of decision, cognate with the Latin *iudicium* and with roots in the French *jugement*. The diversity of early English spellings includes *gogement*, *gugement*, *iugegement*, *iugemente*, *iuggemen*, *iuggement*, *iuggemente*. Early law reports use *juggement*, as in the Year Books we find in *The Petition of the Prior of Lanthon* from 1430 reference to «de quel juggement devant les ditz nadgairs justice del bank», which *juggement*, of the Parliament of Ireland was left standing because, «vestre dit bank en Engleterre nount my polar de determiner ne de adjudger per la loy ceo que fuist fait en votre dit parlement Dyreland»⁴. Occasionally *juggement* would be reduced to *juggment*, perhaps because of the cost of letters in early print, but the propensity of more fluid early law reporters was mainly for inclusion of the expansive, primary fifth letter – *numero Deus impare gaudet*, God loves an uneven number. Thus, for those that plod in Plowden, *Les Commentaries ou Reportes* open by invoking the decisions, the work of “maisters” and «le judgement» of the best. He references himself as reporter of «les arguments et juggements» given in the King’s Courts⁵. Moving to the master himself, Coke’s *Reports* reference «the iudgement of the Lawes of England»⁶. The *Manipulus vocabulorum* of 1587, translates *iudicium* as iudgement⁷. In sum, an Egeria of e’s giving elegance to the forensic term and on occasion to the performance of that decisive and indicative copula, the “jugament” alike of argument and judgement⁸.

The root of judgement lies precisely in the copulation and conjugation of *juger*, *jugger*, *jugier* and latterly judge and *mentum* or mind, the *jugamentum* of reason and decision as grounds of possibility. Thus, the common law sage, Judge and author of *The English Lawyer* of 1631, an early and important statement of common law methodology, extrapolates from the concept of wit, «the light of humane understanding», to the operation of the human mind as a significant play of *Apprehension* and *Judgement*. The former relates to the passions, to acumen, ingenuity,

³ *The Law Times*, May 30, 1885, p. 73 column 1.

⁴ *Petition of the Prior of Lanthon* 1 SHOW. K. B. 558

⁵ E. PLOWDEN, *Les Commentaires, ou Reportes de Edmund Plowden un apprentice de le comen ley*, London, 1578, fol. ii.

⁶ *Calvin’s Case* 7 Co. Rep. 3, London, 1629.

⁷ H. WHEATLEY, *Manipulus vocabulorum* [1578], Oxford, 1867.

⁸ On *jugament*, «a thing that fastens or couples like a yolk», see T. BLOUNT, *Glossographia*, London, 1656.

speed and readiness of wit. Doderidge, who is on occasion wrongly spelled Doddridge, and how ugly that sounds, continues with the observation, meriting a longer reproduction:

«The other (before called *Iudgement*) is the faculty whereby we do as it were give sentence of the thing conceived, and censure our own understanding concerning the same. And as unto the first may be attributed (as the true ensigne and peculiar qualitie thereof) *Sharpenesse*; So from the other, which is *Iudgement*, in like manner followeth (the proper qualitie wherewith it is invested) *Soundnesse* ... resembling and alluding to that *Philosophicall* distinction, *Intellectus agens*, and *intellectus possibilis, seu possibilis*».⁹

Active and passive, affect and logic, speed and reflection, materiality and potentiality are joined in judgement as the composite juristic concept of soundness of reason suggests, and the intellectual exercise of stating and applying what the law entails. A final example of the early uses of the word as plurally indicative of potential may be taken from a sixteenth century treatise on statutes where «the iudgement of reason» is decreed to be the last resort and deliberative corrective to errors in the formulation of the law, as where «the carte [is] sette before the horse»¹⁰.

The etymology suggests a copula, a portmanteau word, that combines judge and mind, the materiality and performance of *delegatus maiestatis*, the judicial subject historically termed *anima lex*, with the community of thought, the commonality of intellection that is indicated by *mens legis*. The acoustic connotations of soundness of judgement also embrace the auditory in the process of justice, the atmosphere and echo, the reverberations of thought that exceed any unitary or closed concept of the casuistry of cases. There is an ethics of enlivening the dead letters of statute and precedent. The residue and link to *potentia* serves to emphasize flux and flow, timbre and tone, a style of judging in the active mode that both sounds and is sound according to the apprehensions, the sharpness of wit that preceded and infused reflection. Everything in the “e” suggests resistance to the misjudgement of standardization, contraction and positivization that comes in the modern era. By the mid-eighteenth-century Coke is published with the “e” of judgement removed and the law reports increasingly use the legalistic spelling that is now the convention and rule of transmission of precedents¹¹. Quietly, slyly, covertly, under cover of print and reportage, the “e” slips away, and the judge is reduced to judgment.

2. Omniscience

Juggering is not far from juggling and with it the suggestion of a mobility of thought that keeps a diversity of perspectives, language types, dialogues and images in play. It is in such a spirit that a further complexity to the missing “e” emerges. It takes a theological turn in that it is the King James Bible that most prominently and authoritatively introduces, by royal decree, by astronomical dictate, the judgment of God, the Last Judgment, as lacking the middle “e”. The other strand of the etymon is obviously enough the theistic and strictly hierarchical

⁹ Sir J. DODERIDGE, *The English Lawyer. Describing a Method for managing the Lawes of this Land*, London, 1631, p. 6.

¹⁰ S. THORNE (ed.), *A Discourse Upon the Statutes*, San Marino, 1942, [1567], p. 134.

¹¹ *The Law French Dictionary Alphabetically Digested*, London, Cleave, 1701, lists judgment.

provenance and morphology of the exemplary Judge and their decisive cut, the shoring off of the “e”. What God does, the lawyers pretend to copy, although as Nietzsche was wont to point out, that suggests a reverse causality in that it was the mosaic lawyers, the *nomothetes* who invented the divinity and made the King’s word sovereign and true, dictat, *fu*it and law. There is then a further and excessive dimension to the lost “e”, which is that it takes up the divine cause and arrogates to judges a judgment that mimics and takes the place of that of God. It ascribes an omniscience to the judicial subject, the common caviller dressed up as an improbable immortal.

The logic is that of the universe in a speck of dust, everything and nothing, that is the declaratory theory of legal judgment. Hercules may be a figure of judgement, but the more dangerous and effective prosopopoeia of the Judge, the Jugg, is the enigmatic visage of the Sphinx, the oracle of the law. These tenebrous guardians of custom and use since time immemorial, are for Blackstone the «depository of the law, the living oracles» whose function, as defined by the doctrine of precedent, is to declare the deposits, to follow precedent, to be bound and «abide by» former precedents. Solemn declaration and determination renders the uncertain stable and constant, «a permanent rule» and proper subject of the doctrine of *stare decisis*¹². Here the Judge is expressly «not delegated to pronounce new law, but to maintain and expound the new one»¹³. It is against such weird, elacking, and oracular declaring that Bentham so effectively inveighs in terms of law robed in darkness: «The Common Law, in order to make it the fitter for adoration, was to be turned into an abstruse and invisible quiddity ... never to show itself in public ... its existence to be perceivable only by means of its delegates»¹⁴. The judges do not judge but rather by sleight of hand from hidden repositories produce a statement of the law as authority. The debate, however, is geareyified already and well enough known, and so it is simply to the hubris of the theory, the saturnine character of the slashing of the “e” that I wish to advert¹⁵.

In an essay of considerable wit and even greater intellectual power, the irrepressible and habile Professor David Campbell has recently inveighed against the judicial propensity to act as if they were omniscient¹⁶. The courts, he argues, have usurped the powers of the legislature and increasingly undertaken to decide issues of policy that are neither justiciable according to law nor procedurally within the competence of the judiciary. The restraint of law gives way to the lure of a jurisastronomy that empowers the courts to formulate massive changes in social relations on no surer basis than that this seems to the omnivoyant intellection of the bench to

¹² Sir W. BLACKSTONE, *Commentaries upon the Laws of England*, Oxford, 1765-1769, Vol. 1, p. 69.

¹³ *Ibid.* pp. 69-70. If the law is irrational, it can be corrected «[b]ut even in such cases the subsequent judges do not pretend to make a new law, but to vindicate the old one from misrepresentation». It was not that it was a *bad law*, he goes on to surmise, but that it was *not law*.

¹⁴ J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, J.H. BURNS, H.L.A. HART (eds.), Oxford, 1997, p. 195.

¹⁵ For geareyfication, see C. DOUZINAS and A. GEAREY, *Critical Jurisprudence: The Political Philosophy of Common Law*, Oxford, 2013, p. 147. See also J.P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968, p. 93-94, makes the point well: «Judges who declare themselves slaves to the past are thus, in some degree, inescapably, sovereigns of the future».

¹⁶ D. CAMPBELL, *The Proof of Judicial Omniscience Act (UK)*, in P. GOODRICH and T. ZARTALLOUDIS (eds.), *The Cabinet of Imaginary Laws*, London, 2021.

be what natural law, or the right thing to do, require. As Campbell elucidates with a dose of characteristic sarcasm:

«After the UK Government, about to embark on the most extensive social security programme the world had ever seen, mercifully failed to summon the necessary resolution to abolish the private action for personal injury, it has proven entirely possible for *Donoghue v Stevenson* to undermine the universal welfare state. The unfortunate socialist aspiration to provide mutual aid against want, which would have acknowledged that accidents are a question of common hardship, has been countered by preservation of a proper regard for self-interest regardless of social cost expressed in the individual right to the private action, and even to expand self-interested litigation into a widespread compensation culture¹⁷».

In public law, the same tendency infuses the judicial refashioning of legislation through interpretation, wrecking measures, empirically and socially uninformed dictates and other impositions of what Judge Posner, without any apparent irony, terms «the extrinsic nonevidence» of judicial cogitation, the «best guess» theory of legal construction¹⁸. Goliath knows best is what Posner announces to the mirror. The Judge, he intones, can decide «without getting entangled in the sort of factual disagreements that require a trial to untangle -- in other words without taking evidence». He can use «common sense» which means the «the simplest, most intuitive economic thinking»¹⁹. The Judge, in other words, becomes the Father, the figure from the St James *Bible*, the harbinger and herald of an omniscient judgment, a law and prophet speaking the tongues of the Pentateuch, or in the Christological diction of the *New Testament*, the glossolalia of unknown registers.

David against Goliath, tackling the opposition on its own ground, Campbell in turn legislates a requirement of proof of judicial omniscience that no judge could satisfy and so is forced to return to decision according to law and specifically those expressions of democratic will that take the form of legislation. Stay with the point, however, and our focus returns to the missing “e” and the change in the mode of judgment that syncope and standardization has fostered. Omniscience is blindness, a product of seclusion, epistemic solipsism engendered by the guild mentality and class privilege of the judiciary in the United Kingdom, and the hubris of hostility to scholarship in the United States. The significance of the diagnosis of a judicial Napoleon complex lies in the failure to acknowledge and accede to the limitations of juridical knowledge. The judiciary are very fond of denouncing the distance and irrelevance of the academy, of scholarship, of “law and”, to their practices. The professoriate need to change position and orientation in favour of pragmatism or simply lending support to what judges do²⁰. They must descend from the Ivory tower, step away from the sword, abandon their

¹⁷ D. CAMPBELL, *The Proof of Judicial Omniscience Act*, cit., p. 2.

¹⁸ R. POSNER, *The Law and Economics of Contract Interpretation*, in *Texas L. Rev.*, 2005, 1581, p. 1603: «Extrinsic Nonevidence and the “Best Guess” Theory». Away with the jury, that last relic of democracy, and enter the Judge with his Law, the world historical spirit now riding a hobby horse.

¹⁹ R. POSNER, *The Law and Economics of Contract Interpretation*, cit., p. 1603.

²⁰ A classic of this genre is Judge A. KOZINSKI, *Who Gives a Hoot about Legal Scholarship?*, in *Houston L. Rev.*, 2000, 295. The recent source of this genre of lament or derision is Judge H. EDWARDS, *The Growing Distinction between Legal Education and the Legal Profession*, in *Michigan L. Rev.*, 1992, p. 34. The position in the UK and other anglophone jurisdictions is politer than in the U.S. but despite protestations of Oxbridge familiarity, dinners and Chairs, the bubble of elitism and separation remains. N. DUXBURY, *Jurists and Judges: An Essay on Influence*, London,

punts, their “impracticality”, and act useful. The legal scholar should appreciate their subservient role and provide a legitimating rhetoric for the scintillations of judicial opinion, and justificatory arguments for what the Judge knows intuitively to be the Right answer. Hercules unbound, as in certain Renaissance *emblemata*, wishes to lead the legal scholars by means of chains attached to the tip of their tongues²¹.

To have done with the judgment of God is to resist the call to servitude, the demotions of the hierarchy, and to reverse the order of precedence²². It is not that scholars are too far removed from judicial and professional practice, the administrative offices and enforcement mechanisms of legal institutions, but the precise opposite. The problem lies in the missing “e”, in the lack of epistemic and empirical awareness, the distance of the judiciary from the scholarship and knowledge that might actually inform their decisions. The political and socio-economic sources of conflict, as also the policy consequences of decisions are the subject of empirical study and of public debate that tend to pass by the bench as chimera or at best as candy that can be picked and used where it confirms the opinions and right thinking of the judicial browser in the library. It is something of a one-way street and hard if not impossible to turn insofar as doubt, and modesty are not the usual accoutrements of legal dress. The tendency of judges, of prosecutors, of enforcement agencies is to take the short cut, to act as usual, to stay within their comfort zone, to get the job done, to dictate rather than engage in dialogue. The judgment becomes a screen, a barrier rather than an entrance into the reasons for decision.

Lest I be accused of as high handed and fast flying an intellectual approach as that of the judiciary whose omniscience is here impaled, an example from the United States, Europe without brakes, may be helpful. For very different reasons, in the U.S. and the U.K., it is something of a badge of honour for a jurist not to have a PhD, which is to say to evade formal academic training. In the U.S. the reason is that the law degree is already a graduate degree and such is the certainty of the legal profession as to their brilliance, as to the brightest and best rising to the top, that scholarly credentials are a distant second to status insignia, a law degree from a brand name school, and practical experience, ideally clerking for the Supreme Court²³. The students at law school run the law reviews that confer status and publish a disproportionate number of the fellow students and professoriate. In the UK, in house training in Oxbridge Colleges and Faculty is preferred to merely academic training or qualifications. It is not at all evident, as David Campbell wittily testifies, that those without qualifications in research methodology are particularly well equipped for either research or for making policy decisions. Thus, in the U.S., seismic shifts in social policy and political life are occasioned by

2001, is an excellent guide. LORD NEUBERGER, *Judges and Professors – Ships Passing in the Night?*, in *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2013, pp. 233-250 provides an update on the symbiotics of profession and professor, bench and podium, colleges and Temples.

²¹ See P. HALDAR, *The Tongue and the Eye: eloquence and office in renaissance emblems*, in P. GOODRICH, V. HAYAERT (eds), *Genealogies of Legal Vision*, London, 2015, p. 152, pp. 160-163.

²² G. DELEUZE, *To Have Done with Judgment*, in *Essays: Clinical and Critical*, Minneapolis, 1997.

²³ The non academic narrative is well dissected in P. PETHER, *Discipline and Punish: Despatches from the Citation Manual Wars and Other (Literally) Unspeakable Stories*, in *Griffith L. Rev.*, 2001, p. 101. I have digressed on this topic in *Who Are We? Persona, Office, Suspicion and Critique*, in J. DESAUTELS-STEIN, C. TOMLINS (eds.), *Searching for Contemporary Legal Thought*, Cambridge, 2017.

Judges intervening in a politically motivated manner in topics outwith their jurisdiction. *Bush v Gore* gave away the Presidency of the U.S. by deciding that an omnipotent SCOTUS could take the decision out of the hands of the State Courts that would historically have decided election issues²⁴. *Citizens United* decided that money could vote in the form of Corporations being deemed persons and their political contributions protected as freedom of expression²⁵. In private law, *Concepcion v AT&T* wrecked the 1925 Federal Arbitration Act by expanding its scope beyond any feasible legislative intent, to apply to employment contracts and to consumer contracts and further allowed the arbitration clause to determine gateway issues and the rights and remedies available to the employee or consumer²⁶. The privatization of civil rights and of dispute settlement is arguably a sovereign act, a fundamental change in institutional and social relations and, final flourish, last point, not really a judgement that the Court is either legally equipped or legitimately entitled to make.

3. *Lex Agonistes*

Law can go to the head. It can distract sensibility and warp perception in an overly antagonistic and disputatious fashion. The model of legal process in the Anglican common law tradition is one of ire and agonism that is predicated historically upon trial by ordeal and by combat, and in the Druidic vein of early usage, upon sacrifice to the Deities²⁷. Embark with the fact that an unwritten tradition is necessarily a somewhat esoteric and secretive one, the guild mentality a heightened condition where it is the hierophant, the Priest, the red robed, the member of the coif, who sits in the place of the Monarch and decides the fate of the subject. The links to religion in costume, and to custom in law, in the Church services that precede terms, in the modes of induction and training, in the architecture, in the very walls and trophies all indicate the proximity of the Judgment to the *ars praedicandi* and dispensation of divine decree. The elevated bench is home to a throne and precipitates the path to omniscience, to merely formal judgment dispensed from the judicial pulpit.

A first point to make is that attacking the disputant is not the best mode of obtaining knowledge. Fear of decapitation, originally literally and latterly metaphorically, is neither the best condition under which to pursue a joint venture nor the ideal process for advancing intellection. For all that the tradition extols the best inheritance and commonality of common law, the more accurate descriptor of the modern tradition is of a system of donations in which the Judge is kept at a sacral distance, and the pulpit is far removed from the pit, where the other of law, bare being, lives and dies. The fight on stage is driven by the desire for the cause, to impress, to punish, to mulct, to eradicate, lock away, and in sum and pestle, to win. The fact

²⁴ *Bush v Gore* 121 S.Ct. 525, 2000.

²⁵ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310, 2010.

²⁶ *AT&T Mobility v Concepcion* (2011) 131 S. Ct. 1740; and for recent updates, see *Epic Systems Corp. v Lewis* 138 S.Ct. 1612 (2018); and *Lamps Plus v Varela* 139 1407, 2019.

²⁷ J. SELDEN, *Jani Anglorum facies altera* [1610], in J. SELDEN, *Tracts*, London, 1683. On the Druids, see also JONES, *Answers*, in T. HEARNE (ed), *A Collection of Curious Discourses*, London, 1720, p. 213.

that there has to be a decision, an outcome, is too often misunderstood as an incitement to battle, to war, to dirty tricks, because the process is zero sum and allows in the main only for winners and losers, and for the final verdict announced from on high.

Unversed in the methodologies of social research, lacking policy think tanks and research units, the judgment has to fall back on an ascetic training in the intricacies of legal doctrine, and a tradition of teaching that there are right modes of presenting legal answers but that the reality is one of policy and of doing what is best. That may be formulated as right answers, or as legal solutions, as unimpeachable alterations of the social course, but the realist sense of paying attention to what courts do has to be supplemented by an appreciation of the process of such doing, which is the fight in court, the nose flaring ritual which briefly intercedes in the cogs of the administrative machinery. The prosecutorial spirit, the war by other means involves an antagonistic taking of sides in which the Judge, however distant from the scene of blood, sweat and tears, from the oratorical joustings and incantations, still has to make an election and come down in favor of one, and against another party. Decision, a rapid cut and justification, the sensibility of victory or defeat, leaves little room for learning more about a subject, a practice, a social issue. As the English Judge and author Robert Megarry famously and somewhat unreflectively put it in terms of a distinction between author and judge, the root was that judicial reason was honed in battle and was the greater for «the purifying ordeal of skilled argument on the specific facts of a contested case. Argued law is tough law»²⁸. It is, in this view, the «strife of debate and contention» that focusses judgement and that purifies the juridical truth. It is the confusion of trial rather than confession that leads to revelation and to the “veritie hidde” upon which judgment depends²⁹.

As against the war zone of legal decision, the work of scholarship is merely «fertilizer», and thinly sprinkled insofar as there is oral argument and then extemporized decision with little or no time for research or indeed for much else in the way of contemplation. The right persons, witnesses to a carefully orchestrated staging of ritualized arguments, will come to the right decision, which is often enough to do what they will, to render judgment as if they knew all of what they spoke and of its social, economic and political consequences. Free of what Duxbury terms the «cotton wool» of academic commentary, profession and judiciary are made up of people of action, of getting things done, of arguing and deciding cases upon the conveyor belt of conflict³⁰. In such a context, albeit crudely drawn here, there are limited heuristic resources, little access to research and small to no appreciation of the actual consequences of policy decisions. To declare, as the U.S. Seventh Circuit, and the Supreme Court of the U.S. variously like to do, that the free market, the fiction of an unregulated sphere of economic exchange, is what the consumers want, may or may not be true at any given point in time but it is unsubstantiated by anything other than divine decree. Indeed, it is not at all clear what it means, let alone what policy it actually entails, but just as judicial thought is slow to start, it is quick to run out.

The political slogans that dominate large areas of public life in the United States, the elimination of drugs, the war on crime, the ending of domestic violence, the termination of

²⁸ *Cordell v Second Clanfield Properties Ltd*, 1969, 2 Ch. 91.

²⁹ R. E. MEGARRY, *Lanier and Litigant in England*, London, 1962, pp. 120-21.

³⁰ N. DUXBURY, *Jurists and Judges*, London, 2001, p. 75.

illegal immigration, act as sound bites and nibbles on the fringes of law. The tweeps, tweets and twitters on social media that wish to liquidate, kill, annihilate, crucify, end, destroy, whatever evil is perceived to be annoying the author, periodical, TV station host, political candidate or pundit, become the stand in for policy and circulate in the imaginal domains of often unconscious influence propagated by lack of research and the limits of legal reason. For Campbell, this means staying within and not straying from the confines of good faith interpretation of legislative instruments and other legitimate expressions of democratic popular will. Let Parliament, Doyle, Assembly, Congress, research, deliberate, debate and decide the democratic issues of how we will live, not the courts and not the judges who are peculiarly ill suited and ineptly equipped to step out of the proper confines of their judicial jurisdiction and remit, which is simply to state and interpret the particular law before them. Judgment, *sans* “e”, here means a restricted mode of decision making, an authentic application of juristic rules to specific circumstances in the spirit of their authors. The logic of the missing “e” is here one that precisely distinguishes legal decision from ethical, political or economic judgements. That it shares this distinction with biblical dictates, with *Deuteronomy*, with the Last Judgment, as transcribed by King James is perhaps unfortunate but historically and semantically it is far from accidental.

Happily or more often sadly, the judiciary has not been content to crib, cabin or confine itself to such limits and prefers, as Campbell also insists, the Biblical sense of omniscient decision and divinely inspired powers of perception. The sensibility is precisely that of expansive judgment, but the missing “e” indicates desire without substance, grand intentions lacking grand supports. The letter has gone astray, the word is misspelt, the term a misprision, an immoral spelling, because legal judgement should be invested and exercised in a fuller and more informed sense. As both Professor Duxbury and Lord Neuberger note, there are closer liaisons and links between academy and profession in the twenty-first century than there were before, and this is evidenced not least in his Lordships frequent reference, and deference, to Duxbury. The latter had the time and amiability of outlook, together with a facility for speed reading, that allowed him to cover the historical materials of which Lord Neuberger would otherwise have had, at best, only anecdotal knowledge. There is a start, a beginning, but one that has been assayed many times before and has not led far, perhaps because of too great a degree of mutual deference, maybe for lack of the spirit of innovation or desire for change. Duxbury has bobbed and ducked well enough. Made a career. Was for a while Editor of the *Modern Law Review*. David Edmond Baron Neuberger of Abbotsbury was crowned President of the Supreme Court.

There are limited further signs of change, but generally in the wrong direction. The Feminist Judgments Project lacks an “e”, I suspect because of the desire to mimic, and so gain acceptance amongst those that the Project is gauged at influencing. Compromises have to be made, and the recently retired President of the Supreme Court of England and Wales, Baroness Hale of Richmond, references the work to the delight of the authors³¹. The legal future, however, is far from as yet being female. The question of who influences who is still out for an answer. What is evident, however, is that feminine, transgender, and racial voices

³¹ R. HUNTER, *More than Just a Different Face? Judicial Diversity and Decision-Making*, in *Current Legal Problems*, 2015, 1, p. 3.

being heard pushes the bench to think more broadly, to include questions of how their decisions impact those groups into their rather cursory deliberations. The Wild Judgments Projects, also, surprisingly, lacks an “e”, despite its eerie project of attending to non-human patterns of existence. It also, perhaps even more surprisingly, has a judicial sponsor, Justice Brian Preston endorsing and joining the initial reports that sought to determine in the light of the rights of snails, Lungfish, Crayfish, Green Sea turtles, the Great Barrier Reef, the climate and more³². Small steps but considerable prospects. These are lives, beings, entities, atmospheres, spaces of flux and flow that matter in the strongest of senses.

The larger point, the big “E”, is that a fuller sense of judgement as a collective and interactive dialogue, as an encounter between languages and disciplines, environments and institutions, between humans, animals, plants, organic matter, oceans and atmospheres, would both diminish the importance of the judiciary and the scope of their input into decisions that affect the community, democracy and future life. If the virtue of law is in essence procedural, then the engendering of dialogue, polylogue and other multiverses can help clarify the scope of legal process and limit the extent of its jurisdiction, and so also and crucially, the scope of what it can decide, and of what it will say. The key to judgement in its hermeneutically larger sense and proper spelling is that it necessarily acknowledges that it does not know everything, that this is a work in progress, that doubt suffuses and deserves expression in politics and in law. In the end there is only the enigma to love. Here that aporetic sentence has been directed at an absent letter, as if it mattered, and because it wasn’t sent.

ABSTRACT: *Weird Judgement: Agon, Omniscience and the Absence of an “e”*

Seeking recourse to the Queen of the Sciences, Dame Philology and tracing the etymological and lexical variations in the morphology of judgement, this article questions the excision of the fifth letter of the alphabet and of the word, from legal judgment. The result of this syncope and amputation, it is argued, is a stuttering elision and truncation of the word and the act of judging, the transitive creation of thought that is the combinatory of *indicium et mentum*, of judge and mind. Secondarily, the 'e' is excised and the word first notably castrated in the King James Bible. The last Judgment is more clangorous, the signifier heavier for the lack of an e, for its absoluteness. It is a mistake for jurists to imagine and spell judgement as if humans were gods and as if each judgement was the last judgment.

³² B. J. PRESTON, *Writing Judgments Wildly*, in N. ROGERS, M. MALONEY (eds.), *Law as if Earth Really Mattered: The Wild Law Judgment Project*, London, 2015, p. 19.

FACTIONS AND LEGAL INTERPRETATION: WHO'S JUDGMENT, WHAT EVIDENCE?

BRIAN E. BUTLER*

SUMMARY: 1. Introduction. - 2. Factions. - 3. Who's Judgment? - 4. What Evidence? - 5. Objections. - 6. Conclusion

1. *Introduction*

In this article I argue that instead of aiming at “the” correct understanding of legal interpretation it is better to look at theories of legal interpretation as representing factions and their respective group interests. This analysis, constructed along the lines of James Madison's analysis of the relationship between factions and government in the “*Federalist No. 10*”¹, offers an understanding of interpretive factions and government that suggests that instead of aiming at one best manner of legal interpretation it is better to make sure that no one faction, no one theory of legal judgment, wins out. This is because any one interpretive theory of legal judgment represents a specific faction's interests, and more than likely privileges the interests of that one faction to the detriment of other groups.

Following Madison's lead, in this paper I argue that eliminating factions in legal judgments is undesirable, indeed a type of hope for an interpretive tyranny. This understanding of disputes over legal interpretation, in turn, has important implications for who's legal judgment should be privileged and what evidence is legitimately cognizable in legal disputes.

2. *Factions*

It is difficult if not impossible to dispute the fact that the usual analysis of legal judgment has a normative motivation if not an explicitly normative aim. For an instance where this claim might be resisted, legal positivism is often offered as purportedly normatively neutral and as, in turn, only motivated by empirical accuracy. But, of course, if it were actually so easy to

* Professor of Philosophy, The University of North Carolina, Asheville.

¹ A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *The Federalist*, New York, 1937, p. 53-62. For an important recent application of Madison's argument to constitutional law see, M. C. DORF, C. F. SABEL, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, in *Columbia Law Review*, 2/1998. For the same ideas applied to the European Union see, C. F. SABEL and J. ZEITLIN, *Experimentalist Governance in the European Union: Towards a New Architecture*, Oxford, 2012. For general exploration of democratic experimentalism see, B. E. BUTLER (ed.), *Democratic Experimentalism*, New York, 2013.

describe law in neutral terms without the normative aim of clarifying empirical practices then the project of legal positivism would be trivial at best. The underlying aim in positivism is usually described as that of clarifying the means of identifying law so that law can be properly analyzed and applied without distortions or non-essential impurities. This is, quite clearly, a normative enterprise based upon strong assumptions as to what law is and where it can be identified.

Other interpretive agendas, such as the various types of originalism, intent-based or language-based proposals are also driven by normative considerations such as predictability or clarity. Then there are theories offered from economic analysis such as Richard Posner's that focus on efficiency². While Posner sometimes claims this may be a "minimal" type of normative aim that can gain almost universal agreement, it is a normative aim none-the-less³. And, of course, there are theories such as Ronald Dworkin's "law as integrity" that are explicitly based on moral reasons. Indeed, Dworkin claims that legal practice and theory are unavoidably normative.

What these theories almost universally have in common is the hope to arrive at one proper interpretive methodology to use to understand law as well as to apply within the practice of law to the exclusion of all other pretenders, therefore insuring legal legitimacy, predictability and whatever other legal virtues are fixed upon as central in the given theory. Exemplifying this hope, Dworkin famously offers the "one right answer thesis" as underlying legal reasoning in general. This is, not surprisingly, the idea that in any given legal case (and he is most interested in the hard or controversial constitutional case) the judge reasons with the understanding that there is only one right answer to the matter. And Dworkin is clear that while moral reasoning is legitimate to use in these cases, economic reasoning is not. Therefore, he is also explicit in rejecting what he sees as reasons that pretend to be part of legal judgment but are actually illegitimate.

While Dworkin is most explicit on the idea that there will always be one right answer, this assumption is pretty much ubiquitous across theories of legal interpretation. For instance, this assumption, possibly watered down just slightly, is seen in the ascendent theory of the day for United States jurisprudence – originalism. This is the idea, that comes in multiple variations, that the correct way to interpret a statute or a constitution is by identifying the original intent of the founders of the document. An originalist is pretty much by definition against a proponent of a "living" evolutionary interpretation – thinking such a methodology offers too much license for the judge, and therefore excludes that type of reasoning from legal reasoning. (Never mind that it is very plausible to claim that the writers of the Constitution were not originalists.)

Once again, for this article the most important aspect to note is that these theories have some underlying assumptions in common. The general pattern in this type of analysis goes something like this. Legal judgment, to be legitimate, must include reason types "a", "b", "c" etc., and must exclude reason types "x", "y", "z" ... etc. Otherwise the true legal virtues of

² R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law* (Ninth Edition), Aspen, 2014.

³ Posner initially argued that efficiency was a very non-controversial normative stance. Later he accepted that efficiency is more controversial than previous thought but still offers it as a proper aim of legal process.

“p”, “d”, “q” ...etc., will not be realized. I have characterized this as the “exclude in order to bind” strategy⁴.

But why is this right answer assumption and the concomitant exclude in order to bind strategy so unquestioned? And why are they linked to the accepted as proper search for one proper mode of interpretation that will determine the judgment? In the United States at the very least, most of the governmental organization at the national level was premised upon the fear of putting too much power in one location. As Cohen puts it, while historically most political theories were premised upon identifying the one best government and the one best leader, the government of the United States was built upon a skepticism of power and the aim was rather than creating the best to curb the greatest abuses and dangers of government⁵. This was done in part by decentering and distributing powers, creating checks and balances, and allowing powers to offer competing solutions to pressing problems. The greatest fear was the monopolization of power. Of course, the worst form of monopolization for them was a tyranny.

In this article I want to raise and press the following question - Might the aim for one right legal methodology be described as an aim for such a tyranny by whatever faction is advocating for it? In this sense, by changing the question from what is proper in legal interpretation to who is doing the interpretation one arrives at what might be loosely characterized as a Madisonian view of legal interpretation. Famously, in “The Federalist No. 10”, James Madison argued that a properly constructed government should control what he described as “the violence of faction.” Therein, he defined faction as “a number of citizens, whether amounting to a majority or minority of the whole, who are united and actuated by some common impulse of passion, or an interest, adverse to the rights of other citizens, or to the permanent and aggregate interests of the community.”

Madison then argued that there are only so many ways to curb factional disputes and their attempts to monopolize governmental power. Ultimately he concluded that the attempt to control its causes would be “worse than the disease” because this would require either the destruction of liberty, which is something “essential to political life,” or the “giving to every citizen the same opinions, the same passions, and the same interests.” The latter is undesirable because, Madison argued, human reason is fallible, and that difference in the faculties of citizens will make this type of universal conformity impossible.

Madison based his theory of faction on the theory that the most common source of faction is the various and unequal distribution of property and that dealing with property is, at the same time, the “principle task of modern legislation.” Because of this, government “involves the spirit of party and faction in the necessary and ordinary operations of government.” That is, faction is inevitable. For Madison, because the causes cannot be removed, that is, because factions will exist, “relief is only to be sought in the means of

⁴ B. E. BUTLER, *The Democratic Constitution*, Chicago, 2017, p. 65.

⁵ Cohen’s characterization of this stance towards government is most clearly seen in, his article, F. S. COHEN, *Colonialism: A Realistic Approach*, Chicago, 55/1945, p. 167 where he describes this as a properly “profound political realism, or cynicism.” Therein he tries to use the same cynicism to solve the problem of U.S. colonial rule over Native Americans. For the full development of Cohen’s thought the best source is F. S. COHEN, *The Legal Conscience: Selected Papers of Felix S. Cohen*, Yale, 1960.

controlling its “effects’.” Madison’s solution was the republican form of government rather than one based upon purely democratic processes. Republican government requires multiple sources of power and various institutional checks and balances. It is, that is, a picture of distributed and diversified government with rigorous and plural sources of power. The greatest fear for this theory is not chaos and disarray but rather too much unchecked power in any single location. That is, the largest fear is the tyranny of an unchecked faction.

Project this analysis on to a legal system and the quest to ensure that the one right answer, the proper judgement, will be arrived at through the use of correct interpretive methodology seems very undesirable, indeed looks like a clear case of one faction trying to tyrannize power. It also changes the question of what legal judgment, what legal interpretation, should look like. The quest for one proper method becomes suspect. The advocacy of one proper source of authority, for a “supreme” location of interpretation becomes equally questionable.

Given a Madisonian framework, the question becomes not the search for the “best” theory of legal judgment but rather protection from the tyranny of any one faction’s favorite theory. The hope for one right answer does not seem so unquestionably beneficial, indeed seems worrisome. The more important aim might become how to make sure such a monopoly or tyranny does not happen. And this, in turn, could be seen as changing the question from looking for the best manner of legal judgment to how to avoid the worst pitfalls. Indeed, the “exclude in order to bind” strategy now becomes seen as aiming at a potentially much less positive type of binding.

Once again, the idea under such a Madisonian interpretation is that each theory represents one faction’s take on how law should be applied and each faction’s attempt to monopolize legal power. Advocates of a specific manner of interpretation are, simply put, advocating for their own factional interests. Given this, the advocate of any one manner of interpretation, if this is bundled with a claim that it is the only correct manner of interpretation, is actually just attempting to exclude other interests from the process and bind other factions to the one faction’s aims. So, for example, if one adopted Dworkin’s “one right answer thesis” in combination with his specific theory of “law as integrity” what is really being advocated for is an elimination of other voices, other concerns. Indeed, he is explicit in his exclusion of consequential types of analysis. When characterized like this, instead of encouraging legal stability and predictability it looks rather like an attempt to establish legal tyranny.

3. *Who's Judgment?*

This analysis, in addition to challenging the quest for one properly authoritative interpretive method for arriving at legal judgments also challenges the quest for one proper spot where authority rests. In “The Democratic Constitution” I argued that in the United States, constitutional interpretation was best not thought of as resting solely in the

practitioners of law and the legal profession⁶. Instead, not only is constitutional interpretation better located in all three branches of the government, but even more importantly, it is centrally and primarily located in the citizenry. (And it is important here not to think of the citizenry as a unified block but rather as constructed “publics” along the lines that John Dewey described)⁷. Indeed, it might be thought of as very undesirable to “professionalize” constitutional interpretation. The argument offered in this article attempts to broaden the salient aspects of this argument to other areas of law.

Just as the advocacy of specific interpretive theories may be properly seen as attempts by specific factions to monopolize legal power in favor of their interests, so can the attempt to rest legal judgment in a specifically legal caste (or, of course, in any other single location). That is, under a Madisonian framework not only should we be wary of accepting one interpretive theory as dispositive, but we should also be wary of resting legal judgment in any one group.

In passing, it is important to emphasize here that this is not to say that there should not be a realm where legal professionals are required and essential. Most legal issues are properly mundane and at the same require technical skills of drafting, nomenclature or the like where legal expertise is both needed and quite helpful. Therefore, a Madisonian view of legal interpretation as offered in this article still has ample room for legal professionals. It is where significant normative disputes arise that the limited tools of the legal profession become questionable as to their usefulness and that worry about faction becomes relevant and potentially dispositive. This change in who’s judgment is deemed central has strong implications for what “proper” legal interpretation entails.

This might seem a quite radical proposal. But in the context of United States law it has some notable successes. Perhaps the most relevant example of decentering legal interpretation somewhat out of the hands of legal professionals and in to business practitioners is offered by Karl Llewellyn and the Uniform Commercial Code⁸. Therein, Llewellyn reversed the standard picture of law as giving the game rules to business practitioners and rather created a code that would follow the practices of the various commercial enterprises.

So, to reiterate the argument so far, if interpretation is not thought of as properly monopolized by legal professionals, then many of the interminable theoretical questions of proper interpretive tools, and proper types of legal judgement, become reframed. For instance, the question as to whether or not judges should be originalists, textualists or use a type of living constitution methodology becomes less impactful. Indeed, it becomes seen as an improperly framed question because not only is the quest for one interpretive methodology to the exclusion of all others seen to be a quest for factional tyranny, but so is the quest to rest judgment in one location. This is because it is only on the assumption that ultimate authority for interpretation resides in judges (or one other spot), and that this judicial authority rests

⁶ Other sources for this view are available. Of note, for instance are, R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge MA, 2004, R.D. PARKER, “Here The People Rule”: *A Constitutional Populist Manifesto*, Cambridge MA, 1998, and M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, 1999.

⁷ J. DEWEY, *The Public and Its Problems*, New York, 1927.

⁸ The best introduction to Karl Llewellyn’s methodology is in *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, London, 2017.

upon the use of specific legally legitimate tools, that the ubiquitous debates over proper interpretation, and therefore proper legal judgment, and proper legal authority are founded.

Once locations of judgment are seen to be plural, decentered and legitimately competing, the narrow debate over judicial interpretation would become less interesting and almost trivial if it were not for the fact that it represents an often dangerous factional grasp for power. This is the same for any ultimate location of authority. The who in "Who's judgment counts?" becomes much more inclusive. This is an encouraging result if the worry is not of what can be properly excluded but more one of making sure all stakeholders are being heard and represented.

4. *What Evidence?*

This fear of exclusion being foregrounded rather than the desire to exclude has a further implication. If interpretive theories available are seen as properly and essentially plural, and if diverse groups are by necessity involved in legal judgments, then The Madisonian stance towards legal judgment has the further result that what counts as relevant evidence must be greatly expanded. Here again, the "exclude in order to bind" strategies are seen as wrongheaded, indeed often dangerous. This is because the "exclude" part of "exclude in order to bind" entails that each interpretive theory brings with it a specific conception of what evidence is dispositive as well as what types of purported evidence are irrelevant and illegitimate. Of course, many legal theorists think this is the virtue of arriving at one proper jurisprudential theory to the exclusion of all other pretenders. But here we must include the fear that all this is unavoidably mixed in with a quest for factional power. Certainly, in the context of the United States the fierce battles over judicial appointments and their interpretive theories makes this faction-based analysis more than plausible.

Given the change of perspective from the quest for a best to the worry of monopoly and the avoidance of worst possibilities, erring on the side of inclusion seems worthy of consideration. Indeed, from this Madisonian perspective it becomes startling to see what is excluded and the comfort which such exclusion brings judges. Maybe the best example (or one of the most egregious) of this is seen in the US Supreme Court Case *Coy v. Iowa*⁹ wherein, in an opinion written by Justice Scalia it was held that a court had unconstitutionally abridged the defendant's rights to "confront" the witnesses when it had allowed two 13-year-old girls who were testifying about alleged molestation by the defendant to place a screen which blocked full sight but allowed the defendant to hear them. The court rejected appellant's argument that this procedure violated the Confrontation Clause of the Sixth Amendment, which gives a defendant the right "to be confronted with the witnesses against him." The Sixth Amendment's text reads, "in all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right...to be confronted with the witnesses against him." The Court held that this meant that the Confrontation Clause, by its words, provides a criminal defendant the right to "confront" face-to-face the witnesses giving evidence against him at trial 1015-1020. Of course, the irony here

⁹ U.S. Supreme Court, June 29, 1988, 487 U.S. 1012, *Coy v. Iowa*

is that the text does not say “face-to-face” at all. Further, the reason that Scalia could blithely hold this, contrary to text and the reasoning that was used for allowing the screen, is that Scalia’s own jurisprudential theory allows him to exclude any social-scientific fact as illegitimate and extraneous to “Proper” legal reasoning.

5. *Objections*

Of course, there will be strong objections to the perspective offered in this article. And not all of these fears may be dismissed as the result of cherished and unquestioned beliefs of a professional caste and its believers being critiqued.

One objection, and a legitimate one, is that by diversifying interpretive theories, locations of judgment and types of evidence, there will not be enough stability for society to function. But there are a few responses to this that I think might mitigate this fear. First, more than often various interpretive schemes, various authorities, and various types of evidence will produce an overlapping consensus. Indeed, in such a case this might be thought of as strengthening the legitimacy of the judgment. That is, as opposed to being forced to accept both very specific premises and one route to a judgment, if there are many disparate premises, and many different routes to one judgment the judgment might be thought to be overdetermined in a very salutary way. Further, often there will be the possibility of an incompletely theorized agreement among the various parties. This concept, most clearly articulated by Cass Sunstein, allows that sometimes the search for articulate premises for a conclusion might be foregone if there is sufficient agreement on the conclusion¹⁰.

Further, it may very well be the case that the picture of law creating the stabilizing game rules for society is factually incorrect. Rather, law could be seen as a dispute resolution mechanism that only arrives when everyday social practices and norms come into conflict. This seems to be what happens in areas that rely mostly upon common law practices. Legal disputes arrive when various social practices come into conflict with each other. Then, in a case by case manner, the courts try to solve the dispute in a manner that satisfies various Social aims. Even statutory law can be thought in this way, of course. Need for code must arise because of a conflict and then code is developed. It seems naïve to think that a code could anticipate every move in society as it could in a simple board game, for example.

Even so, these types of fears must be accepted as legitimate, and most answers to these fears must be based upon empirical evidence. A priori answers that purport to conclude this question for either side are properly suspect. It is important, though, to note that the empirical claims on both sides need further analysis and that stability truly does follow from the adoption of a single manner of interpretation and judgment is not as obvious as it is sometimes thought to be.

To give one example of a prior reasoning that seems to have been refuted – and that seems to show that much of the content of these stability-based fears rest upon an assumption that while clearly empirical in nature often goes unquestioned and therefore unexamined in

¹⁰ C. R. SUNSTEIN, *Practical Reasoning and Incompletely Theorized Agreements*, in *Current Legal Problems*, 51/1998, p. 267.

social/political theory - is the Hobbesian claim that there are only two social options when it comes to political authority. Either there is a clear single location of sovereign power or there will be social instability and chaos. Hobbes therefore requires a unified sovereign with no limits, no check and no balances a no competing sources of power. Otherwise for him the result will be, famously, a war of all against all.

There are just too many examples in the world where this has not been the case. This conclusion is clearly unwarranted as a general rule. Indeed, there is a very obvious counterexample to this. The Constitution of the United States was not designed on this theory, but rather expressly distributes powers among branches of government, states, etc. It is a patently Madisonian structure based upon multiple centers of power. There may be reasons to see the structure as seriously flawed, and one might crave more order and structure than often seen in the United States as it actually functions, but it has at the very least lasted and been moderately workable for a while now.

But what about the United States Supreme Court as a court of final review when it comes to the interpretation of its constitution? Does this not show that specific and clear locations of authority are necessary? Well, for the sake of arguments let us stipulate that there must be a location where legal disputes finally end. There is no doubt that the Supreme Court was designed to be that location in federal disputes. But that is a far cry from accepting that the same court has conclusive power over legal interpretation in anything but a single case.

This might be seen as the distinction between a court of final review and a court that gives final interpretive rules. A court can be the final decision-making authority for each specific case or controversy without having the power to create any interpretive rules. Most minimally, such a court could expressly disavow the precedential impact of its own decisions. That extreme, though, is not what is being argued here. All that is argued here is that it is not obvious that a court of final appeal must do anything but decide cases one at a time as they arrive and in the most minimal manner possible,

Indeed, it is interesting to note that the broader and more rule-giving version of the United States Supreme Court does not have textual support in the Constitution. It is only accepted practice because of John Marshall's early opinion *Marbury v. Madison*¹¹. Therein, Marshall argued that the Supreme Court had final say on the meaning of the United States Constitution because it was a legal document and the Court had final say on legal matters. He found this conclusion obvious. But, of course, both of these claims are questionable and worthy of serious doubt. The Constitution might be thought of as extra-legal, for instance as a peoples' document. And, of course, it was only Marshall's self-executing decision that gave the Supreme Court final say on the broad interpretation of the document rather as just on any specific case.

Further worries are substantial. One is that given the worry of faction, and the use of strategies to diffuse the powers of faction, the moral power of court decisions will be diffused as well. So, for example, if such a Madisonian view were adopted, human rights abuses might be tolerated. This is a genuine worry that highlights a greater problem. I tend to worry more about the "democratic deficit" that such judicial pronouncements seem to exemplify. I further tend to think that the worry about dominating factions and group tyranny is often more

¹¹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 1803.

effective at curbing rights abuses than authoritative top-down decisions. That is, that by thwarting the attempts of factions to tyrannize the greatest of human rights abuses will be prevented. Not only that, but that at least in the context of the United States, the courts have been generally more useful for legitimizing rights abuses rather than curbing them¹². But there is no doubt that my beliefs here might be naïve. Once again, these are difficult empirical questions that require careful empirical investigation. But in legal theory at least these questions should be raised.

6. Conclusion

James Madison wrote the “*The Federalist No. 10*” animated by a worry of faction and monarchical tyranny. In this article I have argued against what might be characterized as various tendencies towards factional monarchy and tyranny in legal theory and practice. What is most interesting in the context of American legal theory of the last 100 or so years is the tendency to ignore the Madisonian aspects of the United States Constitution and consistently aim for a single monopolizing manner of interpretation that can determine specific outcomes. Luckily, at least so far, the actual practice of legal interpretation has avoided this. This article’s conclusion might be thought of as the claim that it is time to stop hoping for a legal monarchy. Instead the aim should be for inclusiveness, pluralism and diversity in legal judgment. It is not the proper solution to any problem to impose a super faction of lawyers with a unitary theory of judgment on top. While located in an extension of Madison’s “*The Federalist No. 10*” argument, I hope that this analysis has implications beyond United States law. Indeed, it might keep other nations from following the practices of our jurisprudential practice of unquestioned interpretive supremacy in the Supreme Court which seems on its face to ignore Madisonian worries about faction.

ABSTRACT: *Factions and Legal Interpretation: Who’s Judgment, What Evidence?*

In this article I argue that instead of aiming at “the” correct understanding of legal interpretation it is better to look at theories of legal interpretation as representing factions and their respective group interests. This analysis suggests that instead of aiming at one best manner of legal interpretation it is better to make sure that no one faction, no one theory of legal judgment, wins out because any one interpretive theory of legal judgment represents a specific faction’s interests, and more than likely privileges the interests of that one faction to the detriment of other groups.

Following James Madison’s lead in *The Federalist No. 10*, in this paper I argue that eliminating factions in legal judgments is undesirable, indeed a type of hope for an interpretive

¹² See, for example, the extensive list of cases where the U.S. Supreme Court failed to protect citizens from rights abuses offered by E. CHEMERINSKY in *The Case Against the Supreme Court*, London, 2014, pp. 1-4, 15-16.

tyranny. This, in turn, has important implications for who's legal judgment should be privileged and what evidence is legitimately cognizable in legal disputes. While the analysis is based upon Madison's theory of factions, it is hoped that it is not too parochial and has some significant implications that are applicable beyond the idiosyncratic and isolated nature of United States practices.